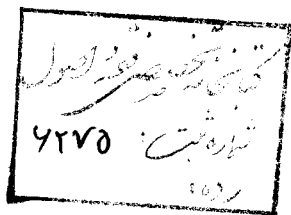


كل

٢٠.



بسم الله الرحمن الرحيم
والفقه الاسلامي



الدكتور سمير عاليه

قاضي عدلي
واستاذ في كليات الحقوق والشرعة
في لبنان

علم القانون والفقه الإسلامي

نظرية القانون والمعاملات الشرعية

دراسة مقارنة

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع



جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
1412 هـ - 1991 م


المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت - الحمراء - شارع اميل اده - بناية سلام
هاتف: ٨٠٢٤٢٨ - ٨٠٢٤٠٧ - ٨٠٢٢٩٦
بيروت - المصيطبة - بناية طاهر هاتف: ٣٠١٠٣٠ - ٣١١٣١٠
ص.ب: ٦٣١١ / ١١٣ تليكس: LE ٢٠٦٦٥ - ٢٠٦٨٠ - لبنان

من يُردِ الله به خيراً يُفَقِّههُ في الدين »

(حديث نبوي شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير الكتاب

تتيح دراسة علم القانون الوضعي فرصة فتح نافذة على عالم القانون بمجمله ، والإطلالة العامة على مبادئه من حيث تعريف القانون ومعرفة خصائصه ، وبيان أقسامه وفروعه ، والتطرق الى مصادره وأوجه تطبيقه ووسائل تفسيره .

وتتجه دراسة فقه المعاملات الشرعية الوسيلة الفضلى للإطلاع العام على حقيقة الفقه الإسلامي وأقسامه ، والإلمام بمصطلحاته ، ومعرفة القوانين والنظم التي جاء بها ، وبيان مصادره ، ونطاق تطبيقه ، وكيفية تفسير نصوصه .

وتهدف الدراسة الجامعة للقانون وللغة الإسلامية الى إعطاء معلومات عامة وأفكار أولية عن معالمها بإظهار أوجه التشابه أو الاختلاف أو التمايز بينهما ، وذلك عن طريق الدراسة المقارنة التي تقوم على المقابلة بين موضوعاتها وأفكارها وفقاً للأسلوب المتبع في فقه القانون الوضعي ، لأنه أقرب الى الفهم .

وتتجه هذه الدراسة بصفة خاصة الى الكشف عما جاء به الشرع الإسلامي وفقهه القانوني من نظم حضارية وقوانين عادلة وقواعد متطورة ومبادئ خالدة توجد لها صور مشابهة في القانون الوضعي مما يعتز ويفخر بها حالياً علماء القانون ، في حين أن الإسلام ومنذ قديم الزمان قد سبق الفكر الوضعي في بعضها وجاء بأفضل منها في غيرها ، وهذا باعتراف العلماء والمفكرين المنصفين .

مقدمة

التعريف بأصول القانون وبأصول الفقه

1 - تمهيد وتقسيم :

تشكل دراسة علم أصل القانون الوضعي أو المدخل للقانون في كليات الحقوق المادة الأساس التي تمكن الطالب من الإلمام بحقيقة القانون وخصائصه وأقسامه وفروعه ، والمدخل الطبيعي للدراسة التفصيلية لموضوعاته .

كما تشكل دراسة علم أصول الفقه محور دراسة الفقه الاسلامي ، والوسيلة الفضلى لمعرفة طبيعته وأقسامه ومزايه والقوانين والنظم التي جاء بها وطرق استنباط القواعد الشرعية من أصولها .

وبالنظر لكون الفقه الاسلامي ديناً وقانوناً في آن ، كان من المفيد الجمع بين دراسة علم أصول القانون وعلم أصول الفقه لاستخلاص حقيقتيهما ومدى التقائهما في المبادئ والأفكار أو تمايزهما في ذلك .

وتتناول هذه المقدمة التعريف بكل من العلمين في مبحث على حدة ، على أن يعقب ذلك مبحث خاص للدراسة المقارنة بينهما ، وآخر لمنهجية الدراسة وأقسامها .

(أ) - التعريف بعلم أصول القانون

2 - المقصود بعلم أصول القانون وتسمياته :

يقصد بعلم أصول القانون « العلم الذي يتخذ من القانون الوضعي موضوعاً له ، فيبحث فيما يحكمه من أصول كلية ونظريات مشتركة بين القوانين الوضعية المختلفة⁽¹⁾ » .

(1) الدكتور عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشرعة الاسلامية ج 1 ص 5 ، الناشر جامعة بغداد عام 1972 .

وينطلق هذا المفهوم من وجود مبادئ أساسية وإتجاهات رئيسة تشترك فيها قوانين الدول المختلفة ، وتفرض على الباحث مهمة الكشف عنها ، بغية الوصول الى نظرية عامة في القانون الوضعي تسمو على التفصيلات وتقف عند الجوهر من المبادئ⁽²⁾ .

ويمكن تشبيه العلاقة بين علم أصول القانون وبين قوانين الدول المختلفة بالعلاقة بين علم النحو المجرد وبين مختلف اللغات . فإذا كان لكل لغة علم نحو يختص بها ، ويبيّن أقسام الكلّم ومواقعها في الجمل والعلاقة فيما بينها وأحكام كل منها ، كحال الفعل والفاعل والمفعول والصفة وحرف الجر ، إلّا أن فكرة الفعل والفاعل وغيرها من كلمات هي أفكار مستقرة ومعروفة في مختلف اللغات . وإذا كان علم النحو المجرد يُعنى بدراسة هذه الأفكار المشتركة بين شتى اللغات ، فإن علم أصول القانون هو الذي يتكفّل بالبحث في المبادئ القانونية المشتركة لمختلف القوانين الوضعية⁽³⁾ .

والواقع أن المهتمين بالكتابة في هذا العلم لم يستعملوا إسماً واحداً له ، بل وضعوا مؤلفاتهم فيه تحت أسماء مختلفة ، تتوقف على الغاية من البحث . فمن بحث الموضوع بحثاً نظرياً مستفيضاً كتب فيه تحت عنوان : علم القانون أو نظرية القانون أو فلسفة القانون . ومن قدّم فكرة موجزة شاملة عنه وضع له إسم المدخل لدراسة القانون أو علم أصول القانون .

ونحن إذا ما اخترنا لهذا العلم تسمية أصول القانون لقربها من تسمية أصول الفقه المعمول بها في الإطار الشرعي ، فإننا لا نقلل من أهمية تسمية هذا العلم بالمدخل .

3 - نشأة علم أصول القانون :

وأما لجهة نشأة علم أصول القانون ، فإنه من ابتكار العصر الحديث بعد أن مرّ بمرحلتين اجتازهما في تطوّره . المرحلة الأولى بدأت في منتصف القرن السادس عشر ، وقد انحصرت خلالها مباحث هذا العلم في نطاق مصادر القانون وفكرة العدل الطبيعي التي تمتد جذورها الى الفكر الإغريقي . وأما الثانية ، فقد افتتحها الفيلسوف الألماني « كانت » (1724 - 1804 م) الذي وضع أسس الفلسفة الوضعية ونهج بها نهجاً عقلياً نفذ من خلاله الى البحث في القانون وأصوله . وقد تابعت بعد ذلك الدراسات في أصول القانون على يد العلماء الانكليز والألمان الذين كانوا السّباقيين في تطويره⁽⁴⁾ .

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 3 ، الناشر دار النهضة العربية بيروت 1978 ، الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية ص 7 ، الناشر مكتبة مكاري بيروت 1975 ، القاضي الرئيس البر فرحات : المدخل للعلوم القانونية ص 11 - 13 ، بيروت 1987 .

(3) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 5 .

(4) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 13 حتى 16 .

4 - موضوعات علم أصول القانون :

يتخذ علم أصول القانون من القانون الوضعي بمجمله موضوعاً له ، فيتولى التعريف به والكشف عن خصائص قواعده ، والبحث في أساس إلزاميته وماهية وظيفته ، وبيان أقسامه وفروعه ، ومعرفة المصادر التي يُستمد منها ، وتحديد نطاق تطبيقه ، وكيفية تفسير نصوصه .

ولا تقف مهمة هذا العلم عند تحديد نظرية للقانون فحسب ، بل تتعداه لرسم نظرية للحق أيضاً . ذلك أن القانون ، في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع ، لا يكتفي بفرض التكاليف والواجبات عليهم ، وإنما يجاوزها الى بيان حقوقهم . فالواجبات والحقوق تصدران عن شيء واحد هو القانون . والقانون باعتباره قاعدة اجتماعية يفرض نظاماً معيناً ، وهو ذاته الذي يخول الحق فيضج بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين في علاقاته بغيره ، أو يفرض عليه واجباً في هذا السبيل .

والواقع أن الصلة وثيقة جداً بين القانون والحق ، بحيث يصح القول إن كلاً منهما يكمل الآخر . فالقانون من ناحية هو الذي يحدد ما للأفراد من حقوق ويرسم نطاقها ويفرض ضوابطها ، ومن ناحية أخرى لا جدوى من القانون ولا يترتب عليه أي أثر إلا بقدر ما يخول الأفراد من حقوق وما يفرض عليهم من واجبات تنظم بها علاقاتهم . فنظرية الحق تنفرع إذن عن دراسة القانون ، وتحل فيها منزلة هامة الى جانب نظرية القانون⁽⁵⁾ .

5 - مميزات علم أصول القانون :

وتتمثل مميزات هذا العلم في الخصائص التالية :⁽⁶⁾
أولاً : إنه علم من جملة العلوم ، لأنه أداة للمعرفة يستكمل كيانه بالتطور ، ويتميز بوحدة الموضوع واشتغاله على قواعد كلية ونظريات مشتركة .

ثانياً : إنه لا يهتم بالمسائل التفصيلية التي تختلف قوانين الدول بشأنها ، وإنما يركز على الأفكار المشتركة المتشابهة بينها . فمثلاً إن قوانين الدول المختلفة تُسلم ببعض الأفكار والمبادئ المشتركة كحق الملكية ، والاعتراف بالحقوق العائلية ، وفكرة نعتد كمصدر للالتزامات ، وتحميل الشخص مسؤولية الأضرار التي يلحقها بغيره . لكن هذه القوانين التي تُسلم بتلك المبادئ المشتركة تختلف بذات الوقت في تفصيل هذه المبادئ سواء لجهة طرق انتقال الملكية وحدود سلطة المالك على ملكه ، أو لجهة مدى سلطان الإرادة في إنشاء

(5) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية ج 1 ص 9 ، الناشر معهد البحوث والدراسات العربية 1970 .

(6) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 7 - 8 .

العقد وتنظيم مسائله ، أو لجهة نطاق المسؤولية المترتبة على من يُلحق بالغير ضرراً وطبيعتها وعبء إثباتها . لذا ، فإن اهتمام علم المدخل للقانون ينصب فقط على القواعد المشتركة لمختلف القوانين دون المسائل التفصيلية فيها .

ثالثاً : إنه لا يحصر اهتمامه بفرع معين من فروع القانون ليتولاه بالبحث والمعالجة ، وإنما يهتم بالنظام القانوني برمته ليتحرى عن الأصول العامة والأفكار المشتركة السائدة فيه .

رابعاً : إنه صلة وصل بين مختلف القوانين ، ووسيلة إحاطة بخصائصها والمبادئ الرئيسة التي تركز عليها . فتلك القوانين ، إذا كانت تتباين عن بعضها ببعض التفاصيل بتأثير عوامل الزمان والمكان وإختلاف طبيعة الروابط القانونية ، إلا أن هذا العلم يشدها الى بعضها بنظرية عامة تفرزها مبادئها العامة وقواعدها المشتركة .

6 - أهمية وفائدة دراسته للجميع :

تظهر أهمية دراسة هذا العلم جليلة واضحة لكل مبتدئ في دراسة القانون الوضعي ، إذ يستطيع من خلاله تكوين فكرة عامة عن القانون ، من حيث تعريفه وخصائصه وطبيعته ، ومصادره وأقسامه ونطاق تطبيقه وتفسيره .

وتتعدى أهمية هذه الدراسة المبتدئ لتمتد الى من أحاط علماً بفروع القانون وخصائصها ، فتتيح له مجال التعمق والبحث في الأصول القانونية المشتركة والمبادئ العامة التي ترد اليها الجزئيات، وتقدم له عوناً في اكتشاف مسار القانون بحيث يستطيع في ضوءه أن يحكم على الأمور حكماً علمياً لا حكماً شخصياً ذاتياً .

ولا تقتصر فائدة هذا العلم على القانونيين ، بل تجاوزهم الى طلاب الثقافة العامة . ذلك ، لأن هذا العلم في معرض دراسته لأصول القانون يُعنى أيضاً بدراسة أمور لا غنى عنها لكل مثقف . فهو يهتم بدراسة القوانين المطبقة وتحديد الحقوق والواجبات المترتبة على الأفراد . ولما كان من المفيد لكل فرد ، خاصة لغير القانوني ، أن يكون على معرفة بالقوانين النافذة في حقه ومطلعاً على الحقوق والواجبات المترتبة على اعتباره مواطناً في دولة أو عضواً في مجتمع أو طرفاً في علاقة قانونية مع آخرين ، فإن هذه الدراسة تصبح مطلوبة بالنسبة للكافة وليس فقط بالنسبة لرجل القانون المتخصص .

وإذا كانت هذه الدراسة مفيدة لأي مثقف بصورة عامة ، فإنها أكثر فائدة بالنسبة للعالم المسلم . ذلك أن الإسلام ليس ديناً يُعبد به فحسب ، وإنما هو دين وقانون ونظام اجتماعي شامل . فالعالم المسلم ، وإن كان رجل دين يُستفتى ويفتي في أمور العبادات ، لكنه في الوقت عينه الاستاذ المثقف الذي يطمئن اليه الناس فيقصده في كل ما يُشكل

عليهم من مسائل دينية ، واجتماعية وحتى قانونية ، ويتوقعوا أن يجدوا عنده الجواب لكل سؤال ، فليس غريباً أن يُطلب من العالم المسلم أن يحيط علومه الشرعية بكل ما تمس اليه الحاجة من معارف قانونية وإجتماعية ، خاصة أنه محط الأنظار ، والداعي المرشد ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(ب) - التعريف بعلم أصول الفقه الاسلامي

7 - أهمية كتابة المداخل في الفقه الاسلامي :

للفقه الاسلامي ، كغيره من النظم ، خصائص يمتاز بها من حيث نشأته وتطوّره ، والأسس التي بني عليها ، والمصادر التي يستمد منها ، والقوانين التي جاء بها .

لهذا كان لا بد من تمهيد لدراسته يُنير الطريق أمام طالبيه ، ويجعله يسير في تحصيله وتفهم مسائله على بصيرة وهدى ، تمهيد يُعطيهِ فكرة إجمالية وعامة عنه ، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع اليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط⁽⁷⁾ ، تمهيد يُسمّى في الإصطلاح القانوني الوضعي علم أصول القانون أو المدخل لعلم القانون .

وبذلك يكون المدخل للفقه الإسلامي مفتاح دراسة هذا النظام من حيث التعريف به وبمصطلحاته ، وتبيان أقسامه وطبيعته ، والكشف عن خصائصه وأساسه ومقاصده وأنواع مصادره ، واستخلاص قواعده وقوانينه ونظمه⁽⁸⁾ .

فإذا ما تمكن الباحث من ذلك واستوعبه ، كان على بيّنة من هذا الشرع القيم وأفكاره المتطورة ، وبالتالي سيسهل عليه الإلمام به ولن يجد مشقة ولا كبير عناء إذا ما أراد التعمق في دراسة تفاصيل مسائله وفروع موضوعاته⁽⁹⁾ .

وكتابة « المداخل » أو « المقدمات » ليست أمراً جديداً⁽¹⁰⁾ أو طارئاً على الحياة العلمية الإسلامية ، فقد يما اعتنى العلماء المسلمون بهذا الفن حيث أحسّوا الحاجة اليه .

(7) الشيخ الدكتور محمد مصطفى شلي : المدخل في الفقه الإسلامي ص 14 ، الناشر الدار الجامعية بيروت ، الطبعة العاشرة لعام 1985

(8) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص 10 ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة العاشرة لعام 1988 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص 3 - 4 ، الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ، الطبعة الثانية لعام 1961 .

(9) ان الحاجة ماسة الى وضع مداخل للعلوم الإسلامية الشرعية كافة تتيج للراغب مجال التعرف عليها بصورة عامة .
(10) من الفقهاء المعاصرين الذين كتبوا مقدمات في الشرع الإسلامي نجد الدكتور صبحي محمصاني في كتابه : مقدمة في إحياء علوم الشريعة ، الناشر دار العلم بيروت ، الطبعة الأولى لعام 1961 ؛ وفلسفة التشريع في الإسلام أو مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة وضوء القوانين الحديثة ، الناشر دار العلم للملايين بيروت ، الطبعة الخامسة لعام 1980 .

فالباحث في تاريخ العلوم نشأة وتطوراً ، يجد أن المسلمين قد سبقوا بقرون عديدة غيرهم من العلماء في كتابة « مدخل أو مقدمات » لكثير من العلوم⁽¹¹⁾ . فقد وضع الفقيه ابن حزم الأندلسي الظاهري (384 - 456 هـ / 994 - 1063 م) مدخلاً إلى المنطق⁽¹²⁾ ، وكتب العلامة ابن خلدون (32 / 808 هـ / 1332 - 1405 م) مقدمة في التاريخ⁽¹³⁾ ، وكتب آخرون مدخل ومقدمات في التفسير والحديث والعلوم الإسلامية الأخرى .

8 - المقصود بعلم أصول الفقه وتعريفه :

إن الفقهاء المسلمين ، عندما واجهوا الكثير من المسائل والوقائع والمعاملات الجديدة ، نتيجة اتساع رقعة البلاد الإسلامية واختلاط العرب بغيرهم ، احتاجوا إلى بيان حكم الإسلام فيها ، فاستدعى ذلك التوسع في الاجتهاد ، وأدى التوسع في الاجتهاد إلى تعدد وتضارب الأحكام والفتاوى الشرعية في المسألة الواحدة ، فدعت الحاجة إلى إيجاد علم شرعي يضبط الاجتهاد ويرسم شروطه ويوضح مسالكه ، فقام الفقهاء بوضع أسس وقواعد هذا العلم الذي أطلق عليه عند تدوين تسمية « علم أصول الفقه »⁽¹⁴⁾ .

ويقول العلامة ابن خلدون عن هذا العلم : « إن هذا الفن من الفنون المستحدثة . . . وكان السلف في غنية عنه . . . فلما انقرض السلف وذهب الصدر الأول وانقلبت العلوم كلها صناعة . . . احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل . . . القوانين والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة فكتبوها فناً قائماً برأسه سموه أصول الفقه »⁽¹⁵⁾ .

ويبدو أن تسمية « المدخل » أو « المقدمة » استعملت كعناوين للعلوم والفنون الإسلامية المختلفة ، بينما اقتضت تسمية « علم أصول الفقه » على الميدان الفقهي وحده .

هذا ويُعتبر علم أصول الفقه في نظر العلماء المسلمين من أعظم العلوم الشرعية ، وأجلها قدراً وأكثر فائدة⁽¹⁶⁾ .

(11) الدكتور محمد يوسف موسى : المرجع السابق ص 4 .

(12) يوجد كتاب له بعنوان : التقريب لحد المنطق والمدخل إليه .

(13) وهي عبارة عن الجزء الأول من كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ، ومن طبقات المقدمة طبعة دار إحياء التراث ببيروت ، الطبعة الثالثة بدون تاريخ .

(14) الدكتور بدران أبو العيين بدران : أصول الفقه ص 10 - 11 ، الناشر دار المعارف بالاسكندرية عام 1965 .

(15) مقدمة ابن خلدون ص 454 - 455 .

(16) مقدمة العلامة ابن خلدون ص 452 من المرجع السابق .

ويذكر الأصوليون لعلم أصول الفقه تعريفاً مركباً إضافياً ، وآخر اصطلاحياً كلقب لعلم مخصوص⁽¹⁷⁾ .

وأما تعريفه باعتباره مركباً إضافياً مكوناً من كلمتين : أصول وفقه ، فيستلزم بيان المقصود بجزأي هذا المركب الذي أضيفت احدى كلمتيه الى الأخرى .

- فالأصول : جمع أصل ، وهو في اللغة ما يُبنى عليه غيره سواء كان الابتناء حسباً (كبناء السقف على الجدران) أو عقلياً أي معنوياً (كبناء الحكم على دليله ، والمعلول على علته)⁽¹⁸⁾ .

وما يُبنى عليه الشيء في دائرة الأحكام - عند الأصوليين - هو الدليل الذي يتوصل منه الى المعنى المراد . وعليه يكون المقصود بالأصل « الدليل »⁽¹⁹⁾ وبالأصول الأدلة . فمثلاً يُقال : الأصل في تحريم القتل قوله تعالى في القرآن الكريم : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ (سورة الأنعام ، آية 151) ، أي أن الدليل الدال على تحريم القتل هو هذه الآية . وبهذا المعنى يُقال أيضاً : أصول الفقه أي أدلته ، لأن الفقه يُبنى على الأدلة ابتناءً عقلياً .

- وأما الفقه : فهو في اللغة العلم بالشيء والفهم له ، ولكن استعماله في القرآن الكريم يُرشد الى أن المراد بالفقه ليس مطلق العلم ، بل دقة الفهم ولطف الإدراك ومعرفة غرض المتكلم⁽²⁰⁾ .

وهو في اصطلاح العلماء : « العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية »⁽²¹⁾ .

(17) يُراجع بشأن التعريف بالتفصيل : الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 7 حتى 12 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 19 و 20 ؛ الشيخ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه الإسلامي ص 15 وما بعدها ، طبع دار النهضة العربية ببيروت ، الطبعة الثالثة لعام 1982 .

(18) الشيخ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 15 ؛ الدكتور بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق ص 22 .

(19) يُراد بلفظ الأصل في الاصطلاح أيضاً معان أخرى منها : الراجح والقاعدة والمستصحب (الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 8 ؛ الدكتور بدران أبو العينين بدران : المرجع السابق ص 22) .

(20) ومنه قوله تعالى : ﴿ قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول ﴾ (سورة هود ، آية 91) ، وقوله تعالى : ﴿ فما هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً ﴾ (سورة النساء ، آية 78) . وقد أشار الى هذا المعنى الأخير (الدكتور عبد الكريم زيدان : أصول الفقه ص 8) .

(21) الإمام الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ج 1 ص 8 من طبعة دار الكتب العلمية ببيروت لعام 1985 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : أصول الفقه ص 8 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 17 ؛ الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 23 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الإسلامي ص 10 ، =

وبذلك يكون المعنى التركيبي لكلمتي (أصول الفقه) هو أدلة الفقه التي يُتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية العملية .

غير أن الأخذ بالتعريف المركب السابق يؤدي الى استبعاد بعض مباحث علم أصول الفقه من نطاقه ، كالاتجاه والترجيح⁽²²⁾ . ولذلك استبدله العلماء بتعريف آخر إصطلاحي ، وباعتباره لقباً على علم مخصوص يُقصد به : العلم بالقواعد والبحوث (اللغوية والتشريعية) التي يُتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ، أو العلم بهذه القواعد ذاتها . لأن العلم ، كما يُطلق على إدراك الشيء ، يُطلق أيضاً على الشيء المدرك ذاته⁽²³⁾ . وهذا هو المراد بالقول : درس فلان الفقه الإسلامي⁽²⁴⁾ .

9 - نشأة علم أصول الفقه وأول من دَوَّنه :

إن نشأة علم أصول الفقه مرتبطة بنشأة الفقه ، فحيث يوجد فقه لازم حتماً وجود أصول وضوابط وقواعد له ، وهذه هي مقومات علم الأصول وأدواته ، ولكن الفقه سبى علم الأصول في التدوين وإن قارنه في النشأة ، بمعنى أن الفقه دَوَّن وهُدِّبَت مسائله ، وأُرسيت قواعده ونُظِّمَت أبوابه قبل تدوين قواعد أصول الفقه وتمييزها عن غيرها . وهذا لا يعني أن علم الأصول لم ينشأ إلا منذ تدوينه ، وأنه لم يكن موجوداً قبل ذلك ، أو أن الفقهاء ما كانوا يعتمدون في استنباطهم للأحكام على قواعد معينة ومناهج ثابتة . فالواقع أن قواعد هذا العلم ومناهجه كانت مستقرة في أذهان المجتهدين ، وكانوا يعملون بوحيتها وإن لم يصِّرَحوا بذلك . فالصحابي الفقيه عبد الله بن مسعود عندما كان يقول : إن الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي عدتها بوضع حملها ، لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (سورة الطلاق ، آية 4) ، ويستدل بأن سورة الطلاق التي فيها هذه الآية ، نزلت بعد سورة البقرة التي فيها قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً ﴾ (سورة البقرة ، آية 234) إنما كان يُشير بهذا

= الناشر الدار الجامعية ببيروت 1988 ؛ الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الإسلام ص 23 ، الناشر جامعة الكويت ، الطبعة الأولى لعام 1973 .

(22) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 19 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 31 .

(23) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 20 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : أصول الفقه ص 11 ؛

الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 20 ؛ الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 31 ؛ الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 47 ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة 1970 .

(24) الاستاذ مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 1 ص 25 ، الطبعة السابعة لعام 1961 .

الاستدلال الى قاعدة من قواعد الأصول ، وهي أن النص اللاحق ينسخ - أي يُلغى - النص السابق ، وإن لم يصرح بذلك . يُضاف الى ذلك أنه من المعلوم أن الشيء يوجد أولاً ثم يُدَوّن لاحقاً ، فالتدوين إنما هو كاشف عن وجوده لا منشيء له . فمثلاً ان العرب في قضايا النحو ترفع الفاعل وتنصب المفعول في كلاهما ، وكانت تجري على هذه القاعدة وغيرها من قواعد النحو قبل تدوين علم النحو ، وما زالت تفعل ذلك حتى الآن .

فظهر علم الأصول ترافق إذن مع وجود الفقه ولازمه منذ نشأته ، بل كان موجوداً قبل نشأته كعلم ، لأنه قوانين للاستنباط وموازين للآراء . ولكن لم تظهر الحاجة الى تدوينه في البدء لا في زمن النبي ولا في عصر الصحابة وتابعيهم⁽²⁵⁾ ، وعندما مست الحاجة اليه بسبب بُعد الزمان واتساع مساحة الدولة الإسلامية بالفتوح واختلاط العرب بغيرهم ، وتسرب الدخيل الى اللغة العربية وظهور اللحن في الكلام ووقوع النزاع بين أهل الرأي وأهل الحديث وإدعاء الاجتهاد ممن لم يتأهل له ، اضطر العلماء الى وضع قواعد للغة وللاجتهاد فكان تدوينها وبداية ظهور علم أصول الفقه⁽²⁶⁾ .

هذا وقد اختلف العلماء والمؤرخون في أول من دَوّن علم أصول الفقه :

- فابن النديم يروي في كتابه « الفهرست » أن أول من جمع قواعده في كتاب مستقل هو الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة⁽²⁷⁾ . والمتأخرون من الحنفية يدّعون أن الإمام أبا حنيفة سبق تلميذه أبا يوسف في ذلك ، فيقولون : إن أول من دَوّنه هو إمامهم الأعظم ، حيث بين طرق الاستدلال في كتاب له يُسمّى « كتاب الرأي » ثم أُلّف فيه من بعده تلميذاه وصاحبه أبو يوسف ومحمد بن الحسن⁽²⁸⁾ .

- وعلماء الشيعة يعتبرون الإمام محمد بن الباقر أول من دَوّن أصول الفقه ، ويليه في التدوين ابنه عبد الله جعفر الصادق⁽²⁹⁾ .

- والراجع عند جمهور العلماء أن أول من دَوّن هذا العلم ، وكتب فيه بصورة

(25) الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 13 و 14 .

(26) الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 34 .

(27) وقد ذكر كتاب أبي يوسف في علم الأصول - والذي لم يُعثر عليه - كل من الخطيب البغدادي في تاريخه ج 4 ص 245 والسمعاني في الأنساب ص 439 وابن خلكان في وفيات الأعيان ج 5 ص 424 (نقلاً عن الدكتور محمد سلام مذكور في مناهج الاجتهاد ص 64 بالهامش رقم 2) .

(28) الدكتور محمد مصطفى الشلبي : أصول الفقه ص 37 و 38 ؛ الإمام السرخسي في : أصوله مقدمة الجزء الأول ص 3 ، طبع دار المعرفة في بيروت (تحقيق أبو الوفا الأفعاني) .

(29) وقد أشار الى هذا الرأي : الدكتور محمد سلام مذكور : ذات المرجع ص 64 بالهامش رقم 2 ؛ وكذلك الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 14 .

مستقلة ، هو الإمام محمد بن إدريس الشافعي⁽³⁰⁾ (150 - 204 هـ / 767 - 819 م) .

والواقع أنه لا يُستبعد أن يكون غير الشافعي قد سبقه بالكتابة في هذا العلم ، إلا أنه لم يصل الى علم المتخصصين مؤلف يحمل هذا الاسم قبل رسالة الشافعي التي كتبها وهو في مكة ، فضلاً عن أنه لم يثبت تاريخياً ما زعمه البعض عن أسبقيتهم في هذا الفن .

والرسالة التي كتبها الإمام الشافعي ببغداد في هذا العلم هي عبارة عن مجموعة كتب (رسائل) بعثها الى الفقيه عبد الرحمن بن مهدي المحدث المشهور المتوفى سنة 198 هجرية إجابة لطلبه أن يضع له كتاباً فيه معاني القرآن والسنة والناسخ والمنسوخ وحجتيه والإجماع ، فلما انتهى منها الشافعي أرسلها مع الحارس بن سريج النقال . فسميت رسالة لهذا ، ولم يُسمَّها الشافعي بذلك ، بل كان يشير اليها فيقول : كتابي أو كتابنا ، أو في الكتاب كذا وكذا ، ثم أملاها مرة أخرى على تلاميذه في مصر لتكون مقدّمة⁽³¹⁾ لما أملاه في الفقه في كتاب الأم .

وكان نهج الإمام الشافعي في هذه الرسالة يتسم بالدقة والعمق ، وإقامة الدليل على ما يقول ، ومناقشة آراء المخالف بأسلوب علمي رصين⁽³²⁾ .

ولم تكن رسالة الشافعي وحدها كل ما أثر عنه في علم الأصول ، بل أثر عنه أيضاً كتاب « إجماع العلم » وكتاب « إبطال الاستحسان » .

ثم جاء بعد الإمام الشافعي من نَمَى هذا العلم ، فقد زاد الحنفية على أصول الشافعي العرف والاستحسان ، وزاد المالكية في كتاباتهم على هذه الأصول عمل أهل المدينة واعتبروه مصدراً ، كما كتبوا عن المصالح والذرائع ، وتوسعوا في الكتابة عنها نظراً لتوسعهم في اعتبارها والأخذ بها .

وهكذا اتجه الفقهاء الى البحث والتعمق في دراسة هذا العلم والكتابة فيه . فكتب الإمام أحمد بن حنبل في ذلك كتاب (العلل) ، وكتاب (الناسخ والمنسوخ) وكتاب (طاعة الرسول) . كما كتب الكثير من الفقهاء كابن حزم الظاهري الذي صنف كتاب الأحكام على منهج الظاهرية ، وهناك كتب أخرى في أصول الشيعة الجعفرية وفي أصول

(30) الدكتور محمد سلام مذكور : ذات المرجع ص 64 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 38 وما بعدها ؛ الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 11 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز ص 76 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 17 .

(31) الدكتور محمد مصطفى شلبي : المرجع السابق ص 38 ؛ الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص 65 .

(32) الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 16 .

الأباضية . وقد تناول أيضاً علماء الكلام هذا الفن بالبحث والدراسة⁽³³⁾ .

10 - موضوعات علم أصول الفقه :

قدّمنا أن علم أصول الفقه هو العلم الذي يبحث في الأدلة الشرعية وفي طرق استنباط الأحكام منها . فموضوعه إذن هو البحث في الأدلة والأحكام الشرعية ومتعلقاتها⁽³⁴⁾ .

والأدلة الشرعية هي أصول الشرع الإسلامي ومصادره ، كما سيأتي لاحقاً . والأدلة التي يُعنى هذا العلم باستنباط الأحكام منها هي الأدلة التفصيلية أو الجزئية لا الأدلة الإجمالية . ومن الأدلة التفصيلية ما هو متفق على الاستدلال به بين جميع مذاهب المسلمين كالقرآن الكريم والسنة النبوية . ومنها ما هو متفق عليه بين جمهور علماء السنة كالإجماع والقياس ، ومنها ما هو مختلف في حجته كما سيتضح لاحقاً .

ويُقصد بمتعلقات الأدلة ما له مدخل في الاستدلال بها كمباحث دلالة اللفظ الخاص والعام والمطلق والمقيّد ودلالة العبارة والإشارة وغيرها ، وهو ما يتعلق بموضوع التفسير .

وأما الحكم الشرعي فهو خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية ، أو القاعدة التي نصّ عليها الشرع الإسلامي في مسألة من المسائل .

ومتعلقات الحكم تعني ما يجزئ إليه البحث من حيث ثبوته بالأدلة ، كالحاكم الذي هو الشارع سبحانه وتعالى ، والمحكوم فيه بمعنى الفعل الذي يتعلق به الحكم ، والمحكوم عليه الذي هو الإنسان المكلف بالحكم الشرعي ، على ما سيأتي تفصيله .

وبالنظر إلى أن استنباط الأحكام الشرعية أمر يقوم به المجتهد ، فقد أضحي البحث في مسألة الاجتهاد من صميم علم أصول الفقه .

وإذا كان الكثير من مباحث هذا العلم مستمدّاً من علوم مختلفة كعلم التفسير وعلم مصطلح الحديث أو علم الأخبار⁽³⁵⁾ وعلم التوحيد⁽³⁶⁾ ، فإن بعضها يختص بسر التشريع

(33) الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص 65 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع ص 16 .

(34) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع ص 17 حتى 20 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق

ص 20 حتى 22 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 19 ؛ الدكتور محمد مصطفى

شليبي : المرجع السابق ص 25 وما بعدها ؛ الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 43 و 44 .

(35) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع ص 16 .

(36) أدخل فيه الفلاسفة علم التوحيد أو علم الكلام (الإمام الغزالي : الجواهر الغوالي من رسائله ص 27 - 30 ،

طبع مطبعة السعادة بمصر 1931 ، كما هو وارد عند الدكتور محمصاني في فلسفة التشريع ص 17 بالهامش رقم

(3) .

من حيث وضع الإنسان المكلف تحت أعباء التكليف الشرعي . ولذلك اعتبر البحث في المقصد العام للشرع الإسلامي وبيان ما شرع فيه للمصالح الضرورية والحاجية والتحسينية من القواعد الأصولية التي ينبغي الإلمام بها في دراسة هذا العلم .

ويعتبر البعض⁽³⁷⁾ أن موضوعات علم أصول الفقه هي التالية : أولاً - الأحكام الشرعية . ثانياً - أدلة الأحكام . ثالثاً - طرق الاستنباط وتوابعها من ترجيح وناسخ ومنسوخ . رابعاً - الاجتهاد ومسائله . خامساً - سر التشريع .

وسوف تُعالج هذه الموضوعات في الأماكن المخصصة لها في الدراسة وحسب الترتيب المقترح لها .

ومن الواضح أن ما قلناه - بخصوص دراسة القانون - عن الصلة الوثيقة بين القانون والحق ، إنما هي فكرة أولية تصدق في أي نظام قانوني ، لا فارق في ذلك بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي اللبناني أو أي قانون آخر⁽³⁸⁾ .

11 - سبق المسلمين الغرب في إكتشاف علم الأصول :

وأما لجهة اكتشاف هذا العلم الأصولي الذي ظهر له شبيه في ميدان القانون الوضعي بعنوان « علم أصول القانون » أو « المدخل للقانون » ، فقد كان المسلمون أول من سبق الى هذا العلم ، حيث بحثوا فيه المبادئ الأساسية للشرع الإسلامي ومصادره ، ووضعوا القواعد العامة والأصول الكلية التي يُستعان بها في تفسير نصوصه واستنباط الأحكام والمبادئ منها⁽³⁹⁾ .

وقد أشار الى هذا السبق بعض علماء القانون المشهورين ، إذ يقول : إن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم ، باستخلاصهم أصولاً ومبادئ عامة هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سمّوه بعلم أصول الفقه⁽⁴⁰⁾ .

ويقرر في موضع آخر أن الفقهاء المسلمين : « قد امتازوا على الرومان ، وعلى غير

(37) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 22 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز ص 19 ؛ والدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 43 - 44 .

(38) الدكتور عبد المنعم فراج الصدة : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون رقم 4 ص 9 .

(39) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 17 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المرجع السابق ص 4 و5

(40) الدكتوران عبد الرازق السنهوري وحشمت أبو ستيت : أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص 132 ، طبع لجنة التأليف بالقاهرة 1950 .

الرومان من الأمم التي تفوّقت في القانون ، بوضع علم أقرب ما يكون لعلم أصول القانون ، وهو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر ، وهذا العلم يُميّز الفقه الاسلامي عن أي فقه آخر»⁽⁴¹⁾ .

12 - مميزاته وأهمية دراسته للعلماء والقانونيين⁽⁴²⁾ :

إن الإشارة السابقة الى مميزات وأهمية دراسة علم أصول القانون تستدعي هنا الكلام عن مميزات وأهمية دراسة علم أصول الفقه وذلك على النحو الآتي :

أولاً - إنه مفتاح الوصول الى الأحكام الشرعية العملية ، بوضع القواعد والمناهج الموصلة إليها ، على وجه يسلم به الفقيه أو المجتهد من الخطأ والتعثر .

ثانياً - إنه طريق للتعرف على الأسس التي بُنيت عليها الأحكام الشرعية ، والمقاصد التي تهدف الى تحقيقها .

ثالثاً - إنه أداة منظّمة لعمل الاجتهاد وإرسائه على أسس علمية سليمة ، وذلك بتطبيق قواعده وبحوثه ونظرياته الكلية على الأدلة التفصيلية من أجل استنباط الأحكام الشرعية للوقائع التي لم يرد نص يحكمها .

رابعاً - إنه عون في إجراء المقارنة بين آراء المجتهدين المختلفة في المسألة الواحدة للترجيح بينها ، ترجيحاً سليماً يجري في ضوء الأدلة التي استند إليها كل رأي ومدى قوته .

خامساً - إنه سبيل لتفسير النصوص لإزالة ما يشوبها من غموض ولتفادي ما يقوم بين بعضها من تعارض في الأحكام . فمن النصوص ما يكون عاماً أو خاصاً أو مطلقاً أو مقيداً . ومنها ما هو واضح الدلالة أو خفيها ، ومنها ما يفيد الحكم بعبارته أو بفهمه أو بإشارته ، ولذلك يُسترشد بقواعد هذا العلم لتحديد المعنى المقصود للنص المبهم وإزالة ما يترأى للدارس من تناقض بين أحكام نصين أو عدد من النصوص .

سادساً - إنه وسيلة للإلمام بقواعد نسخ أو إلغاء الأحكام الشرعية ومعرفة كيف ينسخ المتأخر المتقدم أو يُخصّصه أو يُجمّع بينها .

وعليه ، فإن فائدة علم أصول الفقه وإن كانت تبرز بالنسبة الى دارس الفقه أو

(41) الدكتوران السنهاوري وأبوستيت: المرجع أعلاه ص 11 .

(42) يُراجع بشأن ذلك على وجه الخصوص : الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 36 حتى 39 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 22 و 23 ؛ وعلى وجه العموم : الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 12 و 13 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه ص 44 حتى 48 .

الشرع الإسلامي ، إلا أنها تتعداه الى دارس القانون الوضعي من محام أو قاضٍ أو أستاذ جامعي . ذلك لأن القوانين على اختلاف أنواعها وفروعها تشتمل على نصوص عديدة متباينة في الألفاظ والعبارات والدلالات ، كما أنها قد تقصر عن معالجة الوقائع المستحدثة التي لم تتعرض لها بحكم ، فيُلجأ الى تفسير النصوص على ضوء قواعد مضبوطة والى قياسها على نظائرها ومعرفة الذي لم ينسخ منها . فجميع هذه الأسباب كان لا بد لمن يطبّق القانون أن يكون على علم بتلك القواعد ، ولا طريق الى ذلك إلا بدراسة هذا العلم الإسلامي النفيس الذي لا مثيل له عند أمم الأرض قاطبة لا في القديم ولا في الحديث ، ألا وهو علم أصول الفقه⁽⁴³⁾ .

وهذا الذي يقدمه لنا علم أصول الفقه من عظيم الفائدة في الحياة القانونية يُعبر عنه بوضوح ما جاء في الموسوعة الفرنسية للعلوم والآداب والفنون حيث تقول :

« إن القوانين التي تضع الأحكام العامة لا تستطيع في الحقيقة أن تتصور جميع الفرضيات الخاصة قبل وقوعها ، وأن القوانين قد تكون أحياناً ساكتة تجاه إحدى الفرضيات ، وأحياناً لا تتناولها إلا بصورة غير كافية ، وأحياناً يكون النص غامضاً أو مبهماً ، ويجب في هذه الأحوال أن يُكْمَل النقص بالبيان والتفسير ، وعلى هذا فالقوانين في جميع بلدان العالم لا تلبث بعد مدة أن تصبح مبهمة بالنسبة لبعض الوقائع ، وغير وافية بالنسبة لبعض الأحداث ، ولا يمكن إزالة هذا الإبهام وجعل النصوص كافية إلا بالاجتهاد »⁽⁴⁴⁾ .

فالاجتهاد باستنباط الأحكام أمر لا بد منه لفهم القوانين والشرائع سماوية كانت أم وضعية ، ولا يُعرف الاجتهاد وشروطه ورجاله وقواعده إلا من خلال دراسة علم أصول الفقه الذي امتاز بوضعه المسلمون مسجلين في ذلك فضل السبق على علماء القانون الوضعي الذين اقتبسوه أو تلمسوا خطاه فوضعوا علماً كثير الشبه به هو علم أصول القانون .

وهنا تجدر الإشارة الى ظاهرة تدريس هذا العلم في الكليات الجامعية ، فهادة علم أصول الفقه تُدرّس في الكليات الشرعية في مراحل التعليم الأخيرة ، على حين أن علم أصول القانون يُدرّس في كليات الحقوق في السنة الأولى ، وذلك ليكون مقدمة لما يكون بعده من فروع القانون وموضوعاته ، فأَي الخطتين أولى بالاتباع ؟

(43) الدكتور عبد الكريم زيدان : مقدمة الطبعة السادسة من الوجيز في أصول الفقه ص 5 .

(44) نقلاً عن الدكتور معروف الدواليبي في كتابه علم أصول الفقه وقد أشار الى ذلك الدكتور بدران بدران : المرجع السابق ص 39 وبالهامش رقم 1 .

والواقع أن كلاً من الخطتين هاتين لها وجهة نظر تستحق الاعتبار . ومع هذا فإن الخطوة الأنسب هي تلك الوسط بينهما ، والتي تقوم على تدريس هذا العلم دراسة ابتدائية سهلة لا تعقيد فيها للبادئ في دراسة الفقه والقانون ، على أن يعقب ذلك دراسة تفصيلية عميقة للمادة . وهذا الذي يراه البعض في الفقه العربي⁽⁴⁵⁾ بشأن تدريس علم الأصول يتوافق مع ما ذهب اليه العلامة الفرنسي « كابيتان » في بعض كتاباته⁽⁴⁶⁾ ، وهو جدير بالاتباع في كليات الحقوق والشرعية وغيرها مما يهتم بتدريس هذا العلم⁽⁴⁷⁾ .

(ج) - الدراسة المقارنة للعلمين وأهميتها

13 - الإسلام دين وقانون والمقارنة معه عظيمة الفائدة :

قد يظن البعض من الناس أن الإسلام دين وعبادات فحسب ، وأنه ليس سوى دعوة دينية لا علاقة لها بتنظيم الدولة وتشريع القانون ، وأن النبي محمداً ﷺ ما كان إلا رسولاً لدعوة روحية قاصرة على الدين والعبادات ، ولذلك لا جدوى بنظرهم للكلام عن النظام أو القانون الإسلامي ، وبالتالي لا فائدة من إجراء المقارنة بين الإسلام وغيره من النظم الوضعية غير الدينية . هذا فضلاً عن الادعاء بأن الإسلام دين قديم والأنظمة الحالية عصرية وحديثة ، فكيف يُعقل أن تُجرى المقارنة بين قديم وحديث .

والواقع أن ذلك الظن وهذا الادعاء لا ينطبقان على الإسلام في شيء ، لأنه ليس مجرد دعوة للايمان الديني فحسب ، وإنما هو أيضاً دعوة لإقامة دولة⁽⁴⁸⁾ وسيادة قانون وإرساء نظام اجتماعي غطى شعب الحياة الإنسانية كلها . هذا فضلاً عن أن الإسلام وإن كان قديماً من حيث تاريخ بعثته ، لكنه حديث التنظيم في أفكاره ومفاهيمه وقوانينه ، وليس ما يمنع تاريخياً أو علمياً أو حتى منطقياً أن يكون القديم أفضل من الجديد ، إذا ما توافرت فيه مزايا قل نظيرها في الجديد . وليس دائماً كل جديد دليلاً على الحضارة والتطور ، فكم من جديد هو أكثر تخلفاً وتأخراً عن أي قديم . فالعبرة في الحداثة والتطور هي في قدرة النظام على

(45) هذا ما طرحه وأجاب عليه الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه السابق ص 5 .

(46) Capitain (C): Introduction à l'étude du Droit civil p. 16- 17, Paris 1927.

(47) وهذا ما اعتمدته كلية الشريعة التابعة لدار الفتوى في لبنان حيث تدرّس مادة « المدخل الى علم القانون » في السنة الأولى ، بينما تدرّس مواد « قوانين الأحوال الشخصية ، وأصول المحاكمات المدنية ، والقانون المدني » في السنوات الثانية والثالثة والرابعة على التوالي .

(48) يُراجع بشأن موضوع هل الإسلام دين فقط أم دين ودولة : كتابنا « نظرية الدولة وآدابها في الإسلام » ص 8 حتى 17 ، الناشر المؤسسة الجامعية للدراسات (مجد) بيروت 1988 .

محاكاة الحياة وإيجاد الحلول العادلة لها ، وليست العبرة في زمن مجيئه أو ظروف نشأته .

ولا ريب أن حضارة الإسلام من أهم الحضارات الإنسانية ، لأنها تتضمن حضارة العالم المتمدن في العصور الوسطى ، أو هي حلقة تصل ما بين التاريخ القديم والتاريخ الحديث ، إذ فيها انتهى التمدن القديم ، ومنها أشرقت الحضارة الحديثة . والكلام عن حضارة الإسلام يجب أن يتناول ما بلغت اليه من رقي وعظمة وغنى ، وما رافقها من أسباب التمدن وثمارها ، ويدخل في ذلك العلم والأدب والفن ، والقانون والسياسة ونظام الدولة⁽⁴⁹⁾ .

والحقيقة أن الإسلام - كنظام - ليس قاصراً على أحكام العبادات ، وإنما هو منهج متكامل لشعب الحياة الإنسانية كلها ، من عقيدة وعبادة ، ودولة وقانون ، وسياسة واقتصاد واجتماع . وأن التنظيم الدقيق الذي وصل اليه فقهه في آخر مراحلها كان بناءً متكاملًا ، يستوعب أحوال المجتمع الإسلامي ومختلف المعاملات القانونية والعلاقات الإنسانية وهذا التنظيم الدقيق لشؤون الحياة جعل من الإسلام النموذج الأمثل للحضارة الإنسانية في أرقى مستوياتها⁽⁵⁰⁾ .

والإسلام كشرع قانوني تضمن قواعد عديدة في كافة فروع القانون بقسميه العام والخاص ، فكان طبعياً أن يكون له قانونه المميز وحكمه الفريد مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يعملون ﴾ (سورة المائدة ، آية 50) .

هذا وتشتمل النصوص الإسلامية على عدد من المبادئ والأسس اللازمة لقيام الدولة واشتراط القوانين ، لكنها لم تذكر تفصيلاً وإنما عُرِضَتْ إجمالاً في قواعد رئيسة لأن الأمر يتعلق بنظام وتشريع لكل زمان ومكان فيجب أن يُسَاقِرَ مصالح الناس ويتسعا لاحتواء مجتمع متطور ، ولكي لا يشق على المجتهدين المسلمين استنباط القواعد والقوانين في نطاق تلك الخطوط القانونية العريضة ، وإنما يستطيعون أن يتحركوا في دائرتها بما يعود على مجتمعهم بالنفع ويتفق مع تطوره⁽⁵¹⁾ .

فمثلاً لو أخذنا آية المدائنة في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم إلى أجل مسمى فاكتبوه . . . إلا أن تكون تجارة حاضرة . . . فليس عليكم جناح ألا

(49) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 3 .

(50) الاستاذ مناع القطان : التشريع والفقه في الإسلام ص 11 ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت 1983

(51) الاستاذ عبد الوهاب خلاف : السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية ص 21 ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثالثة لعام 1987 .

تكتسوها ﴿ (سورة البقرة ، آية 282) ، فإن هذه الآية تضع مبدأ عاماً للاثبات القانوني في المعاملات المدنية والتجارية ، وكذلك غيرها من الآيات ونصوص السنة تضع الأسس لتنظيم سائر المعاملات من البيع والرهن والقرض والغصب والضمان والشفعة والإجارة والإعارة والإيداع والصلح . وهناك غيرها من الآيات والأحاديث نظمت أحوال الأسرة والعلاقات بين أفرادها في الحياة وبعد الممات من الخطبة والزواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأولاد والأقارب ، والولاية بنوعيتها والميراث والوصية . وهناك نصوص تحكم نظام التقاضي ، ونصوص تتعلق بالجريمة والعقوبة ، ونصوص خاصة بعلاقات الدولة الإسلامية بغيرها في السلم والحرب والصلح وإبرام المعاهدات ، ونصوص أخرى تشير إلى النظام المالي وجباية الضرائب والصدقات وأبواب انفاقها .

والقول بأن الإسلام دين وقانون لم يكن من رأي المسلمين فقط ، وإنما صرح به العلماء الأجانب والمؤتمرات القانونية الدولية .

فالسير توماس أرنولد يقول في كتابه الخليفة : إن الاسلام دين ودولة ، عقيدة ونظام . والاستاذ شاخ ت يقول بأن الإسلام ليس ديناً فحسب وإنما هو أكثر من دين . وكتب الاستاذ ستروثمان يقول بأن الإسلام ظاهرة دينية وسياسية ، وأن مؤسسه لم يكن نبياً فحسب وإنما كان أيضاً سياسياً حكيماً ورجل دولة . وكتب أيضاً السير هاملتون جيب يقول : إن الاسلام لم يكن مجرد عقائد دينية فردية ، وإنما استوجب إقامة مجتمع مستقل له أسلوبه المعين في الحكم ، وله قوانينه وأنظمته الخاصة به . وصرح كذلك الأستاذ لويس غارديه يقول بأن الإسلام دين وأنه أيضاً في تعاليمه الأساسية جماعة تُحدد بإسم الدين لكل عضو فيها ولجميع أعضائها على السواء شروط الحياة وقواعدها : فالحياة العائلية ، والاجتماعية ، والسياسية ، والدينية المحضة ، والمصلحة العاجلة في هذه الحياة الدنيا ، والنعيم المقيم لكل مؤمن بالحياة الآخرة ، كل ذلك مرسوم في وحدة كلية كبرى يهيمن عليها الإسلام وينفخ فيها من روحه⁽⁵²⁾ .

وتعلن المؤتمرات القانونية الدولية بأن الفقه الإسلامي دين وقانون وأن مبادئه القانونية تنطوي على ثروة غنية من المفاهيم والنظريات ، وأنه يتعين تبني الدراسة المقارنة معه والتشجيع عليها .

ففي مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي عام 1937 (الذي حضر فيه ممثلو الأزهر عن المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية في الإسلام ، وعن نفي كل علاقة مزعومة

(52) تُراجع الأقوال المذكورة أعلاه ومراجعها في : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الاسلام ص 14 و 15 وهوامشها .

بين القانون الروماني والشرعية الإسلامية) صدر قرار تاريخي مهم عنه بالنسبة إلى رجال القانون الأجانب ، إذ جاء فيه : 1 - إعتبار الشرعية الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام . 2 - إن الشرعية حية قابلة للتطور . 3 - إنها شرع قائم بذاته ليس مأخوذاً عن غيره .

وكذلك فإن المؤتمر الدولي للمحاميين المنعقد في لاهاي أيضاً عام 1948 ، والذي اشترك فيه ثلاث وخمسون دولة من دول العالم ، قد اتخذ قراراً جاء فيه : نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وما له من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وتشجّع عليها .

وفي خلال مناقشات المؤتمر الدولي للقانون المقارن (المخصص لاسبوع الفقه الإسلامي) المنعقد في باريس عام 1951 وقف أحد المشاركين فيه ، وهو نقيب سابق للمحاميين في باريس ، وصرّح : « أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما يُحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور ، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادئ »⁽⁵³⁾ .

وقد أختتم المؤتمر الأخير بوضع تقرير جاء فيه ما حرفيته : « إن المؤتمرين ، بناءً على الفائدة المتحققة من المباحث التي عُرضت أثناء « أسبوع الفقه الإسلامي » وما جرى حولها من المناقشات التي يُستخلص منها بوضوح : أن مبادئ القانون الإسلامي لها قيمة لا يُمارى فيها ، وأن مختلف المذاهب الفقهية في هذا النظام العظيم تنطوي على ثروة غنية من المفاهيم القانونية والمعلومات ، وهي مناط الإعجاب إذ بواسطتها يتمكّن هذا القانون من أن يستجيب الى جميع متطلبات الحياة العصرية ، والتوفيق بين حاجاتها » .

وقد كان طبعياً أن يأخذ الفقه الإسلامي مكانته في الدراسة في كليات الحقوق بالجامعات العربية ، لأن القوانين والنظم ستكون خاضعة له ومأخوذة منه ، إذ أن الشرعية الإسلامية المصدر الرئيس للتقنين في معظم دولها .

(53) وقد أورد ذلك الاستاذ مصطفى الزرقا : في كتابه المدخل الفقهي العام جـ 1 على التوالي ص 209 و 210 و 8 ، الناشر مطبعة جامعة دمشق 1961 ؛ وقد قامت الجمعية الدولية للقانون المقارن بتلخيص وقائع جلسات « أسبوع الفقه الإسلامي » ، ونشرت هذه الخلاصة في 30 صفحة من مجلته الدولية للقانون المقارن لعام 1951 عدد 4 . (R.I.D.C.) . كما نشر معهد القانون المقارن بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي أُلقيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص أصدرته سيراى (Sirey) للبحوث القانونية سنة 1953 بإشراف الاستاذ (Milliot) رئيس المؤتمر واستاذ التشريع الإسلامي في كلية حقوق باريس .

ولقد بادرت اتحاد الجامعات العربية الى دعوة عمداء كليات الحقوق بالجامعات العربية لوضع النصوص موضع التنفيذ ، فعقد في المدة من 24 الى 30 ابريل (نيسان) سنة 1973 أول ندوة في جامعة بيروت العربية ، وقد أوصت بالتوسع في دراسة الفقه الإسلامي بكليات الحقوق العربية ، وفي مارس (آذار) سنة 1974 عُقدت بجامعة بغداد ندوة أخرى ناقشت الوضع من جوانبه المختلفة ، وانتهت بتقرير توصيات منها ما يختص بدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، . وجاءت التوصية على النحو الآتي :

« العناية التامة بدراسة الفقه الإسلامي ، باعتباره الخطوة الضرورية التي تسبق الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية وتقع مسؤولية هذه الدراسة على عاتق علماء الشريعة وأساتذة ورجال القانون سواء في كليات الحقوق والشريعة وفي الهيئات والمجامع العلمية المعنية بأمور الشريعة . وتؤكد الندوة - على - الاهتمام بدراسة الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة في كليات الحقوق والشريعة » (54) .

ويلاحظ أخيراً بشأن الدراسة المقارنة بين الإسلام وغيره الى أنه لا سبيل الى إعطاء الحكم الصحيح عن النظام الإسلامي وقوانينه العادلة إلا بدراسة الفقه الإسلامي دراسة موضوعية تقوم على الأسس العلمية السليمة ، ووفق أسلوب الدراسة المقارنة المتبع في فقه القانون إذ بفضل هذا النوع من الدراسات العلمية تقدّم القانون والفقه الوضعيين في العالم الغربي حتى وصل الى ما يُعرف عنها اليوم (55) .

وهذا الذي نقول به لجهة اعتماد أسلوب الدراسة المقارنة بين النظم ليس جديداً على الفكر العلمي الإسلامي ، فقديماً وعى الفقهاء المسلمون أهمية هذا النوع من الدراسة فعكفوا على الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة على أسس علمية مستمدة من أصول الفقه ، وكانت في عصور الحضارة الإسلامية الأولى من أسباب نمو الفقه وازدهاره ، فكانت تجري هذه الدراسة المقارنة بين الفقهاء بروح البحث العلمي (56) المجرد عن الهوى وتؤدي في كثير من الحالات الى رجوع الفقيه عن رأي إذا وجد ما هو أفضل منه ، وقد نشأ عن المقارنة بين المذاهب علم مستقل سمي بعلم الخلاف أو علم اختلاف الفقهاء وهو أشبه

(54) تراجع توصيات هذه الندوات في كتاب الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 19 و 20 ، الناشر الدار الجامعية بيروت عام 1988 .

(55) الدكتور محمد يوسف موسى : المرجع السابق ص 6 و 8 .

(56) تجدر الإشارة هنا الى أن الفقيه المسلم ابن الطلاع (المتوفى سنة 497 هـ / 1104 م) هو أول من عُرف في تاريخ الإسلام بالالتزام بذكر مصادر كتابه في آخر الكتاب وهذا شيء لم يكن معروفاً قبله وليس من المبالغة القول بأنه مخترع هذا المنهج العلمي وقد سبق فيه حتى الأجانب (الدكتور محمد الأعظمي : أقضية رسول الله ﷺ تأليف ابن الطلاع ص 57 - 58 ، طبع دار الكتاب اللبناني الثانية لعام 1982) .

في الدراسات المعاصرة بما يُعرف « بالقانون المقارن »⁽⁵⁷⁾ . وقد كانت تسمية علم « إختلاف الفقهاء » عنواناً لكتاب كتبه المؤرخ والفقيه المعروف الإمام ابن جرير الطبري ، لكنّ هذا الكتاب اندثر باندثار مذهب مؤلفه ، باستثناء بعض وريقات منه طُبعت في مصر على يد المستشرق كِرْن⁽⁵⁸⁾ .

والآن ، إذ تنشط الدعوة الى إحياء دراسة الفقه الإسلامي وتطبيق قواعد الشرع الإسلامي ، لا بد من متابعة مسيرة الفقهاء في هذه الدراسة ومدّها بأساليب المقارنة الحديثة للكشف عن مزايا الفقه الإسلامي⁽⁵⁹⁾ بمقارنته مع القوانين الوضعية الكبرى وإظهار ما انطوى عليه من مرونة في التطبيق وصفاء في الفكر القانوني مما يجعله جديراً باقتداء القوانين الوضعية به واستلهاها منه طابعه الأخلاقي والإنساني الرفيع⁽⁶⁰⁾ .

وتجدر الإشارة هنا الى أن الدراسة المقارنة بين الشرع الاسلامي والقوانين الوضعية لن تعتمد حالة القانون في أطواره الاولى ، ولن توازن بين القانون في القرن السابع الميلادي وبين الشرع الاسلامي الذي أنزل على النبي محمد ﷺ في أول ذلك القرن ، فإن القانون في تلك العهود لم يكن في مستوى يسمح له أن يقارن بالشرع الاسلامي ، ولكن هذه المقارنة ستكون بين القانون في عصرنا الحاضر وبين الشرع القديم ، أي أن المقارنة ستكون بين قانون عصري متغير متطور يسير حثيثاً نحو الكمال حتى يكاد أن يبلغه كما يقولون ، وبين شرع نزل منذ أربعة عشر قرناً وأكثر .

فالدراسة إذن حين تقارن إنما تقارن بين أحدث الآراء والنظريات في القانون وبين أقدمها في الشرع ، وسوف يتضح من هذه المقارنة أن القديم أفضل من الحديث ، وأن الشرع على قدمه أجلّ من أن يقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما إنطوت عليه من الآراء واستحدثت من مبادئ ونظريات لا تزال في مستوى أدنى من مستوى الشرع الاسلامي وفقهه⁽⁶¹⁾ .

14 - أوجه الاتفاق بين علمي أصول القانون وأصول الفقه :

توجد بين علمي أصول القانون وأصول الفقه أوجه اتفاق ومواضع افتراق⁽⁶²⁾ .

(57) الدكتور عبد السلام الترماني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ص 17 طبعة 1980 دون ذكر لمكان النشر ؛ الدكتور صلاح الدين الناهي : النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف (بغداد 1968) .

(58) الدكتور صبحي محمصاني : مقدمة في إحياء علوم الشريعة ص 35 .

(59) تراجع هذه المزايا لاحقاً .

(60) الدكتور عبد السلام الترماني : ذات المرجع ص 18 .

(61) الأستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج 1 ص 4 - 5 .

(62) يُراجع ذلك عند : الدكتور بدران ص 41 حتى 43 من المرجع السابق ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 23 حتى 26 .

فأما أوجه الاتفاق بين العلمين فتظهر في الآتي :

أولاً - كلاهما يتناول الإطار العام للموضوع دون أن يتحدد بحقل معين بالذات .
ثانياً - كلاهما يضم مجموعة من القواعد العامة المشتركة لمسائلهما . فقواعد أصول القانون مشتركة بين جميع القوانين الوضعية لمختلف الأمم ، وقواعد أصول الفقه مشتركة بين مختلف المذاهب الإسلامية .

ثالثاً - كلاهما يُركز على المبادئ الأساسية دون أن يتصدى للأمور التفصيلية إلا بصورة عرضية لغرض الاستشهاد . فعلم أصول القوانين لا يتعرض لبحث مسألة الملكية مثلاً وطرق انتقالها في قانون دولة معينة بل من حيث الأسس العامة لها في مختلف القوانين ، وهو عندما يتحدث عن قانون خاص يكون ذلك استكمالاً للمبدأ العام ولغرض الاستشهاد والتمثيل فحسب . وكذلك فعلم أصول الفقه لا يبحث في الأدلة الجزئية لمذهب معين من مذاهب المسلمين إلاّ عرضاً وعلى سبيل التلليل فقط .

15 - أوجه الخلاف بين علمي أصول القانون وأصول الفقه :

وأما مواضع الافتراق بين العلمين فتتمثل في الآتي :

أولاً - إن أصول القوانين لا ترجع الى أصول محصورة بعينها بل يلعب العقل دوراً هاماً في إنشائها ، وإن لزمه غالباً أن يستوحي روح التشريع الوضعي ويتبع المصادر التاريخية بتتبع مختلف القوانين . أما الأصول الكلية في الفقه الإسلامي فإنها ترجع الى مصادر محددة ، هي القرآن والسنة النبوية ، ومصادر أخرى يتباين الأخذ بها بين المذاهب الإسلامية . وعليه فإن العقل البشري لا يستأثر في الإسلام بإنشاء أصل أو قاعدة شرعية ، وإنما يقتصر دوره على الكشف عنها وفق ضوابط محددة .

ثانياً - إن المبادئ القانونية العامة تتصف بضيق دائرة تطبيقها إذ يُراعى فيها زمان خاص وظروف معينة ، وهي عندما تتطور يكون ذلك بدواعي الحاجة والتجدد . أما المبادئ الكلية في الشرع الإسلامي فتتسم بسعة نطاقها في التطبيق ، فهي تتسع لكل زمان ومكان ولا تضيق بالأحداث والظروف لعمومية أحكامها وشمولية تطبيقها ومرونة قواعدها وقابليتها للحياة . فالشرع الإسلامي إنما جاء لهدي البشر جميعاً دون أن يختص بأمة معينة ودون أن يتفوق داخل إقليم معين أو يتحجر بزمان معين .

ثالثاً - إن أصول القوانين لا تستعصي على الإلغاء والتغيير وتقبل الإضافة بتأثير التطورات الزمانية والمكانية والحياتية . أما أصول الشرع الإسلامي فتتصف بالثبات والخلود ، فقد فرغ من النسخ والتغيير والإضافة فيها في زمن نزول الوحي الإلهي على

الرسول ﷺ ، وما يستنبطه المجتهد بعد ذلك من حكم لم يُنص عليه فلا يعتبر خلقاً للحكم وإنما هو إظهار له عن طريق فهم الأصول الشرعية .

رابعاً - إن علماء القانون الوضعي لم يجعلوا من استنباط القواعد من مصادرها غاية علم الأصول وإنما جعلوه أحد اهتماماتهم الى جانب البحث في مسائل القانون الأخرى . أما علماء الأصول المسلمون فقد جعلوا استنباط الأحكام من أدلتها ومعرفه طرق الاستنباط غاية علم أصول الفقه . ولم يعنوا كثيراً بالكتابة في المقاصد التي اعتبرها الشارع في التشريع ، وإنما تركوا البحث في ذلك لفقهاء الشريعة .

خامساً - إن مسائل علم أصول القانون تتضمن بعض المباحث الخاصة بتطبيق القانون الوضعي من حيث الأشخاص والزمان والمكان . أما علم أصول الفقه فقد خلت مسائله من هذه المباحث ، ولا ينسب ذلك الى قصور من قبل الفقهاء وإنما مردّه الى طبيعة هذا الشرع وخصائصه ، حيث أنه يتميز بالعمومية والشمولية والخلود . فلقد جاء لهدى الناس جميعاً دون أن يختص بإقليم معين أو بأمة معينة أو بزمان معين ، من هنا يُفهم سبب تجاهل الفقهاء لمثل هذه المباحث .

سادساً - إن مباحث علم أصول القانون قد خلت من الكلام عن المجتهد الذي يستنبط الأحكام ، الأمر الذي أولاه الأصوليون المسلمون أكبر عناية لأنه من متمات موضوع الاستنباط الذي هو غاية علم أصول الفقه .

سابعاً - إن دراسة علم أصول القانون تقوم على الطرق التحليلية والتاريخية والمقارنة⁽⁶³⁾ . أما دراسة علم أصول الفقه فتقوم - في استنباطها للأحكام - على التحليل في الغالب ، وإن جمع بعض الأصوليين في عرضه للأصول الكلية بين التحليل والمقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي⁽⁶⁴⁾ . وفيما خص الطريقة التاريخية فلم يكن لها محل في بحوثهم ، لأن الأصول الكلية مصدرها الشرع الإسلامي ، وهذا الشرع تنزيل من الله تعالى رسخ كيانه في عهد الرسول الكريم واكتمل بنيانه في زمن قصير مبكر .

(د) - منهج الدراسة وأقسامها

16 - منهج الدراسة :

يُقصد من هذه الدراسة إعطاء معلومات إجمالية وأفكار أولية عن علم القانون في

(63) يراجع بشأن تلك الطرق : الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 11 - 14 .

(64) يراجع بشأن منهج الأصوليين المسلمين في هذا العلم : الدكتور محمد سلام مذكور : منهج الاجتهاد في الاسلام ص 66 حتى 69 ؛ والدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 16 حتى 18 .

النظامين الوضعي والإسلامي ، من خلال الدراسة المقارنة التي تُتيح معرفة أوجه التشابه أو الاختلاف أو التمايز بينها . فهذه الدراسة تتجه إذن الى أهم موضوعات القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، وهو موضوع نظرية القانون في الأول وفقه المعاملات الشرعية في الثاني . وبذلك يوضع هذان النظامان الوضعي والإسلامي جنباً الى جنب فيما هو ضروري ومفيد ، لمعرفة معالم كل منهما ومدى إلتقائهما حول مبادئ وأفكار متقاربة أو متمايزة ، رغبة في قيام الدراسات المقارنة بين الأنظمة القانونية المتعددة المعمول بها داخل دولة معينة من قبل المجموعات الدينية المتنوعة التي تتألف منها ، أو داخل التجمعات الاقليمية والعالمية من قبل الدول التي تتشكل منها .

وقد اتبعت الدراسة المنهجية التالية :

أولاً - إن اقتصر الدراسة على نظرية القانون في النظامين دون نظرية الحق فرضه إتساع البحث في الأولى وتشعب المواد مما لم يسعح بالتطرق للثانية .

ثانياً - إن رسم معالم النظامين الوضعي والإسلامي استدعى التعريف بهما وأقسامهما وفروعها ومصطلحاتها وقوانينها .

ثالثاً - إن البحث اعتمد أسلوب الدراسات المقارنة ، لأنه يسمح بتقريب المسائل وتوضيح الخصائص بأسلوب علمي موضوعي .

رابعاً - إن التقسيم الذي اتبعته الدراسة هو ذلك المعمول به في فقه القانون الوضعي تبويباً وأسلوباً ، لأنه أقرب الى الفهم .

خامساً - إن تقديم القانون الوضعي على الفقه الاسلامي في المعالجة لم يكن على أساس أن الأول هو الأكمل ، وإنما استوجبه التبسيط والتدرج في الأفكار . وقد كان المقام يقتضي البدء بالفقه الاسلامي ثم القانون ، لأن الأول أشمل وأعم وأسبق تاريخياً ، لكن الدراسة نزلت عند الضرورات العملية .

سادساً - إن إطلاق لفظ النظام في الدراسة أُريد به المعنى الواسع للنظام من حيث كونه بنياناً متكاملاً ومستقلاً .

سابعاً - إن المقصود بالقانون الوضعي هو ما وضعه البشر ، في مقابل الشرع الاسلامي المنزل من السماء والموحي به من الله خالق البشر .

ثامناً - إن الاستشهاد بالنصوص القانونية كان من خلال القانون اللبناني ، مع عدم إهمال القانون المقارن عند الضرورة .

تاسعاً - حرصت الدراسة على إبراز الوقائع والأقوال التي تشهد بسبق الفقه الإسلامي للقانون الوضعي في كثير من المسائل ، دون أن يُكشف عن أساسها أو مصدرها الإسلامي . وما قامت به الدراسة ليس مبعثه التحيز والتعصب للشرع والفقه الإسلامي ، وإنما فرضته الحقيقة العلمية المجردة التي هي هدف الباحث .

17 - أقسام الدراسة :

الفصل الأول : المقصود بالقانون والشرع والفقه .

الفصل الثاني : وظيفة وإلزامية القانون والشرع

الفصل الثالث : أقسام وفروع القانونين الوضعي والإسلامي .

وقد كان يُؤمل أن تشتمل الدراسة أيضاً على الفصول التالية : مصادر القانون والشرع الإسلامي⁽⁶⁵⁾ ، وتطبيق القانونين الوضعي والإسلامي⁽⁶⁶⁾ ، وتفسير النصوص القانونية والشرعية⁽⁶⁷⁾ .

غير أن ضيق الوقت وإتساع المباحث حالادون تحقيق هذه الأمنية الغالية .

(65) إن مصادر القانون الوضعي هي : التقنين أو التشريع والعرف القانوني وآراء علماء القانون وأحكام المحاكم الوضعية . أما مصادر الشرع الإسلامي فهي : القرآن والسنة النبوية والمصادر الاجتهادية من إجماع وقياس واستحسان ومصالح مرسله وعرف شرعي وغير ذلك .

(66) هذا التطبيق يكون من حيث الأشخاص ، والزمان ، والمكان .

(67) التفسير القانوني يكون إما تشريعياً أو قضائياً أو فقهياً أو إدارياً ؛ في حين أن تفسير النصوص الشرعية يكون إما بالمأثور أو بالرأي وله قواعد خاصة بدلالة اللفظ على المعنى والأحكام .

الفصل الاول

المقصود بالقانون والشرع والفقه

18 - القانون الإلهي والوضعي ضرورة اجتماعية

من المسلّم به حالياً عند علماء الاجتماع ، أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه وأنه لا يستطيع أن يحيا بمعزل تام عن البشر ليعيش وحيداً بمفرده⁽¹⁾ . فالكثابة عن حياة إنساني في عزلة تامة ، كقصة حي بن يقظان⁽²⁾ التي تخيلها الفيلسوف العربي الأندلسي ابن طفيل 494 - 581 هـ / 1100 - 1185 م) أو قصة روبنسون كروزو⁽³⁾ كما تصوّرها الكاتب الانكليزي دانيال دوفوا والتي نشرت عام 1917 ، هي مجرد افتراض ومن نسج الخيال ولا وجود لهذه الحياة المنعزلة في عالم الواقع . فالإنسان الذي يعيش بعزلة تامة عن البشر لا يمكن أن يكون من طبيعتهم ، وهو في حال افتراض وجوده لا يعدو أن يكون - كما قال أرسطو - وحشاً أو إلهاً⁽⁴⁾ .

(1) الدكتور بدر جاسم يعقوب : أصول الإلزام في القانون المدني الكويتي ص 13 ، الناشر مطابع دار القبس بالكويت عام 1981 .

Scelle (G.): L'ouvrage collectif à l'étude du droit T.1 (1951) p. 4- 5.

(2) تخيل ابن طفيل هذه القصة التي تتحدث عن طفل يدعى حي بن يقظان وُجد في جزيرة من جزر الهند تحت خط الاستواء وكان وحيداً في عزلة عن الناس وفي حضن ظبية تكفلت به ، فتربى ونما وتغذى بلبنها ، وتدرج في المشي ، وكان يحكي أصوات الظباء في الاستدعاء والاستئلاف ، ويقلد أصوات الطيور والحيوانات ، ويفعل ما تفعل بتقليد غرائزها حتى كبر واستطاع بالملاحظة والفكر والتأمل أن يحصل على غذائه ، وان يكتشف بنفسه مذهباً فلسفياً يوضح به سائر حقائق الكون (الاستاذان جميل صليبا وكامل عياد : ابن طفيل الاندلسي وحي بن يقظان ، دراسة وتحليل ص 22 و 28 ، طبع مطبعة جامعة دمشق 1962) .

(3) تدور قصة روبنسون كروزو حول أحد تجار الرقيق الانكليز الذي غرقت سفينته في المحيط وتمكن من الوصول على زورق الى جزيرة نائية أمضى فيها 18 سنة من العزلة التامة باستثناء 5 سنوات عاشها برفقة أحد العبيد ويدعى « جمعة » كان قد هرب الى الجزيرة .

(Encyclopédie de la jeunesse T. 4 (1979) p. 688)

(4) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 48 .

ولما كان من الضروري أن يعيش الإنسان في جماعة أو مجتمع من بني جنسه ، فإن ذلك يستتبع دخوله معهم في معاملات وعلاقات شتى . ومتى وُجدت هذه المعاملات والعلاقات بين البشر اقتضت الضرورة وجود قانون يحد من حرياتهم ورغباتهم المطلقة ، ويحاول التوفيق بين مصالحهم المتعارضة ، ويحسم المنازعات التي قد تثور بينهم .

وقد تنبّه علماء العرب والمسلمين منذ القديم الى صفة الإنسان الاجتماعية والحاجة الى وجود وازع قانوني⁽⁴⁾ (مكرر) . فنوّه بذلك الفيلسوف أبو حيان التوحيدي⁽⁵⁾ ، والقاضي الماوردي⁽⁶⁾ ، وأوضحه العلامة ابن خلدون في مقدمته⁽⁷⁾ . وأشارت الى الفكرة المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية العثمانية⁽⁸⁾ حيث جاء في شرحها : « . . . إن الإنسان ، من حيث أنه مدني بالطبع ، لا يمكن أن يعيش على وجه الانفراد كسائر الحيوانات ، بل يحتاج الى التعاون والتشارك بسط بساط المدنية . والحال أن كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه . فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل ، يحتاج الى قوانين مؤيدة شرعية »⁽⁹⁾ .

فالقانون إذن ضروري للمجتمع الإنساني كما أن المجتمع ضروري للإنسان ، ولا يمكن لأي مجتمع مهما كان نظامه الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي أن يعيش بدون قانون ينظم علاقات أفرادها فيما بينهم وعلاقاته معهم ، بل أن درجة رقي أي دولة تقاس بمدى خضوعها للقانون⁽¹⁰⁾ . وبقدر ما تقوم الدولة على أساس القانون بإخضاع الحكام والمحكومين على السواء لقواعده ، بقدر ما توصف بالدولة القانونية⁽¹¹⁾ .

وعلى الرغم من أهمية القانون كتنظيم للجماعة⁽¹²⁾ ، فقد نادى بعض المذاهب السياسية - كالفوضوية - بإلغاء القانون لعدم الحاجة إليه ، وطالب بالثورة على الدولة كسلطة منظمّة ، لكن أنصاره لم يستطيعوا الاستغناء عن القانون بصورة مطلقة ، إذ أعربوا عن حاجتهم لبعض القواعد القانونية التي ترعى علاقاتهم مع الدول الأخرى⁽¹³⁾ .

(4) مكرر الدكتور صبحي حمصاني : فلسفة التشريع في الاسلام ص 13 - 14 .

(5) في كتابه : الصداقة والصديق ص 202 ، شرح الاستاذ علي متولي صلاح ، القاهرة .

(6) في كتابه : أدب الدنيا والدين ص 132 من طبعة دار الهلال ببيروت 1985 ، تحقيق الاستاذ مصطفى السقا .

(7) مقدمة ابن خلدون ص 41 - 44 و 302 - 303 .

(8) المجلة هي القانون المدني العثماني المستوحى من المذهب الحنفي .

(9) شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص 16 - 17 ، المطبعة الأدبية ببيروت 1923 .

(10) الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق ص 15 .

(11) يُراجع في عرض عناصر الدولة القانونية الوضعية والإسلامية : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 18 حتى 20 ص 97 حتى 108 .

(12) Dabin: Théorie du droit N 23 p. 28 (Paris 1969)

(13) Marty et Raynaud: Droit civil T. 1 (1972) N 2 P. 1

والقانون الذي ينظم علاقات الناس ويحقق الاستقرار والنظام في المجتمع قد يكون وضعياً بشرياً ، وقد يكون إلهياً سائوياً . ويكون وضعياً إذا كان من وضع الناس أنفسهم ، ويكون إلهياً إذا كان من تشريع الله تعالى على لسان رسله⁽¹⁴⁾ .

وقد ذهب بعض الناس الى القول بأنه بإمكان البشر أن يضعوا لأنفسهم القانون المنظم لشؤونهم بدون حاجة الى تشريع إلهي . وأنه يوجد في كل زمان فئة مؤهلة لوضع قواعد العدل وأصول الفضيلة ، ويبقى على السلطة أن تحمل الكافة على أتباعها ، وبذلك يستقيم أمر الناس .

والحق أن القانون الوضعي لا يغني عن الشرع الإلهي⁽¹⁵⁾ ، لأن العقول البشرية قاصرة وإدراكها متفاوت . فقد يستحسن البعض شيئاً ويستقبحه آخرون ، بل إن الشخص الواحد قد يستحسن شيئاً ويستقبحه في وقت آخر . والإنسان لا يخضع للقانون الوضعي خضوعاً تاماً ، لأنه لا يكفل سعادته على الوجه الأكمل ، إذ هو من صنع الإنسان ، والإنسان مهما بلغ من إدراك ، محدود الزمان لا يدري شيئاً عن المستقبل ، بل لا بد من قوة عليا تدفعه الى الخير رغبة في ثواب ، وتمنعه عن الشر خوفاً من عقاب . فالناس لا غنى لهم عن شرع إلهي يفوق ما يضعه البشر من قوانين ويحيط بكل ما يحتاجون اليه في حاضرتهم ومستقبلهم ، ويحدد لهم علاقاتهم فيما بينهم وبين خالقهم ، وفيما بين بعضهم والبعض على أتم الوجوه وأكملها .

وفضلاً عن ذلك ، فإن الشرع الإلهي يربي في الانسان طهارة القلب وعزة النفس ويقتله الضمير ، وله من القوة والثبات ما لا يمكن أن يكون لغيره من القوانين الوضعية ، فقواعده رادعة يخشاها الإنسان في السر والعلن ، ولا يستطيع أن يتهرب منها أو يحتال عليها ، لأن عين الشارع لا تغفل ولا تنام . أما القانون الوضعي فليست له هذه القوة ولا تلك الحشية ، فمن خالف القانون الوضعي وأفلت من المراقبة الدنيوية فلا عليه بعد ذلك شيء .

وأما من خالف الشرع الإلهي وأفلت من جهاز المراقبة الدنيوية ، فإنه لن يفلت من المراقبة العليا ، وهو ملاق جزاءه لا محالة ، وذلك أعظم مزايا الشرع ومن أقوى العوامل على إطاعة وتنفيذ قواعده في السر والعلن .

(14) الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 14 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 6 - 7 .

(15) الدكتور أحمد فراج حسين : ذات المرجع ص 14 .

ولهذا وغيره كان الشرع الإلهي أمراً ضرورياً، لا يغني عنه القانون الوضعي الذي هو من صنع الإنسان⁽¹⁶⁾ .

المبحث الأول تعريف القانون والشرع والفقه

19 - نشأة القانون والشرع الإسلامي :

نشأ القانون الوضعي في مراحل الأولى في صورة تقاليد وعادات بدائية ، فرضتها ضرورات ظروف الحياة في تلك الفترة ، ثم بدأ يتكوّن مع تكوّن الأسرة والقبيلة ، وكانت سلطة ربّ الأسرة وسلطة رئيس القبيلة هي القانون الذي يحكم العائلة ويسود بين أفراد القبيلة ، وكانت تقاليد كل أسرة أو قبيلة لا تتفق مع تقاليد وعادات غيرها من الأسر والقبائل ، وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان . وعند نشوء الدولة بمفهومها الحديث قامت بتوحيد العادات والتقاليد وجعلت منها قانوناً ملزماً لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخليين في نطاق الدولة⁽¹⁷⁾ . ولكن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وظل هذا التباين حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطوّر القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية فأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة ، وهذه النظريات الحديثة أساسها العدالة والمساواة والحرية . وقد أدى شيوع هذه النظريات الوضعية الى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم وإن كان قد بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل . ويعني ذلك أن القانون الوضعي حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن وضعه الحالي ، وأنه ظل يتبدل حتى وصل الى شكله الحالي ، وأنه لم يصل الى ما هو عليه الآن إلّا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين⁽¹⁸⁾ . فالقانون الروماني مثلاً ، الذي عدّه المؤرخون الغربيون مفخرة القوانين الوضعية ، فقد نشأ مع نشأة مدينة روما سنة 754 قبل الميلاد ، ولكن قواعده لم تتم إلّا في عصر القيصر جوستينيان في سنة 533 بعد الميلاد . وقد بلغ في عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرناً ، ومع هذا العمر الطويل المليء بالتعديل والتحسين في ظل رعاية الحكام القياصرة لم يعد صالحاً للتطبيق الآن⁽¹⁹⁾ .

(16) الدكتور أحمد فراج حسين : المرجع السابق ص 14 - 15 .

(17) الدكتور علي جمعة : تاريخ القوانين ومراحل التشريع الاسلامي ص 13 - 14 ، الناشر المؤسسة الجامعية للدراسات ببيروت (مجد) الطبعة الأولى لعام 1986 .

(18) الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ج 1 ص 14 - 15 ، طبع مؤسسة الرسالة ببيروت .

(19) الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 271 .

وإذا كانت تلك نشأة القانون الوضعي ، فإن الشرع الاسلامي لم ينشأ تلك النشأة ولم يسر في ذلك الطريق . فلم يكن الشرع قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم يولد الشرع طفلاً مع الجماعة الاسلامية ثم سائر تطورها ونما بنموها ، وإنما جاء من عند الله كاملاً ومتكاملاً من أول أمره ، فقد تمت قواعده ، وكملت مبادئه في فترة وجيزة لم تزد في حساب الزمن على عشر سنوات تقريباً (من الهجرة حتى وفاة النبي) ، وهي فترة التشريع الاسلامي في المدينة المنورة⁽²⁰⁾ .

ولم يأت الشرع الاسلامي لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاء للناس كافة على إختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوه .

وأساس الفرق بين القانون الوضعي والشرع الاسلامي هو أن الأخير قد صيغ بحيث لا يؤثر عليه مرور الزمن ، ولا تبلى جدته ، ولا يقتضي تغيير قواعده العامة ونظرياته الأساسية ، إذ جاءت نصوص الشرع من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولولم يكن في الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشرع غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل . فالشرع من عند الله ، وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان ، أما القوانين فمن وضع البشر وهي توضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية . ويقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاء الشرع الاسلامي من يوم نزوله بأحدث النظريات التي وصل اليها أخيراً القانون الوضعي مع أن الشرع أقدم منه في الزمان⁽²¹⁾ .

وبعد هذا التمهيد ، يتعين تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي :

المطلب الأول : مفهوم القانون الوضعي .

المطلب الثاني : مفهوم الشرع الاسلامي .

المطلب الثالث : مفهوم الفقه الاسلامي .

(20) قال الاستاذ زكي عريبي المحامي حينما أعلن إسلامه في جمعية الشبان المسلمين في مصر إن ما بهر من الاسلام هو أنه وجد القانون الروماني الذي استغرق وضعه أكثر من ألف عام يتضاءل الى جوار الفقه الاسلامي الذي تكاملت أوضاعه في مائة عام ثم صار أمثل وأجمل قانون جاءت به شريعة ، فكيف نترك هذه الجواهر وهذا التراث الضخم ثم نلتمس بضاعة من غيرنا (نقلا عن الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 271 بالهامش رقم 1) .

(21) الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي جـ 1 ص 15 - 17 .

المطلب الأول : مفهوم القانون الوضعي

20 - (أولاً) - أصل لفظ القانون ومعناه في اللغة :

اختلفت الآراء حول أصل لفظ القانون⁽²²⁾ . فذهب رأي أول الى القول بأنه ليس عربي الأصل ، وأنه دخيل على العربية ، وهو مستخرج من كلمة (Kanôn) اللاتينية⁽²³⁾ التي تعني المسطرة أو القاعدة وقد اقتبس منها الفرنسيون كلمة (Canon) ليطلقوها على قرارات المجامع الكنسية ، ثم أخذها الانكليز عنهم وأطلقوها بدورهم على القانون الكنسي (Canon Law) . وقد احتج هذا الرأي بوجود تشابه صوتي بين اللفظين العربي واللاتيني ، وتقارب المعنيين ، وإمكانية استعراب اللفظ الأجنبي - من ضمن ما استعربه العرب - أثناء احتكاك الثقافتين الإسلامية والغربية . وذهب رأي ثان الى القول أيضاً باستعراب اللفظ الأجنبي لكنه أرجعه الى الرومية أو الفارسية⁽²⁴⁾ ، أو السريانية⁽²⁵⁾ ، أو العبرية . وتوصل رأي ثالث الى القول أن اللفظ عربي الأصل مادة وشكلاً⁽²⁶⁾ . فأصل لفظ قانون (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان في معرفته . وأما من حيث شكله فهو من صيغة عربية على وزن فاعول ، وهي تدل على الكمال وبذل الجهد . والقول بوجود تشابه صوتي بين اللفظين العربي والأجنبي لا ينهض دليلاً على استعراب اللفظ ، خاصة وأن تغيير حرف الكاف بالقاف عند القائلين باستعراب اللفظ من (Kanôn-Canon) ، لم تكن ثمرة حاجة اليه لأنه بما لحقه من حروف ليس من الأصوات المنفورة منها في اللغة العربية . والرأي الأخير أجدر بالترجيح لوجهة حججه واستناداً الى عدم إدراج هذا اللفظ بين الكلمات المستعربة التي وضع لها الكتاب العرب مجموعات خاصة⁽²⁷⁾ . هذا فضلاً عن أن بعض الفقهاء المسلمين قد استعمل اللفظ ليقصد به القواعد القانونية الملزمة ، كما سيرد لاحقاً .

(22) يُراجع في عرض هذه الآراء : الدكتور عبد الباقي البكري ص 34 - 36 من المرجع السابق ؛ الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع في الاسلام ص 15 .

(23) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع والمكان وبالهامش رقم 2 ؛ الاستاذ مناع القطان : التشريع والفقه في الاسلام ص 14 ، طبع مؤسسة الرسالة بيروت 1983 ؛ الاستاذ ألبرت فرحات : المدخل للعلوم القانونية ص 19 ؛ بيروت 1987 ؛ الدكتور نقولا أسود : القانون المدني (المدخل) ص 1 ، مطبوعات كلية الحقوق اللبنانية لعام 1985 - 1986 .

(24) جاء في تاج العروس أن كلمة قانون رومية أو فارسية (ج 9) .

(25) جاء في قاموس محيط المحيط للمعلم البستاني أن كلمة قانون من السريانية وهي بمعنى المسطرة ، وأنها تُطلق كذلك على آلة من آلات الطرب ذات أوتار يُلعب عليها بالأصابع (ص 760 من طبعة 1983) ؛ الاستاذ علي الندوي : القواعد الفقهية ص 40 بالهامش رقم 5 ، الناشر ، دار القلم بدمشق 1986 .

(26) الدكتور عبد الله النقشبدي : علم أصول القانون (نقلاً عن الدكتور البكري ص 35 بالهامش رقم 1) .

(27) مثل كتاب (المعرب) لأبي منصور موهوب بن أحمد الجواليقي .

وأما معنى القانون في اللغة فهو « مقياس كل شيء »⁽²⁸⁾ . وكان الفلاسفة المسلمون يقصدون به القاعدة المُطَرَّدة أي التي تستمر وتستقر وفقاً لنظام ثابت . وبهذا المعنى يُطلق القانون على النظم التي لها طابع الاستمرار والاستقرار في كافة المجالات . فيقال مثلاً في ميدان العلوم الطبيعية « قانون الكون » ليقصد به نظام الكون المستقر والمتمثل خاصة في دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار ، و« قانون الجاذبية الأرضية » الذي يراد به القاعدة المستقرة القاضية بانجذاب الأجسام وسقوطها الى الأرض كلها ألقيت في الفضاء ، ويُقال مثلاً في ميدان الاقتصاد « قانون العرض والطلب » الذي يُفيد تأثر الأسعار في السلع والخدمات باختلال التوازن بين عرضها والطلب عليها⁽²⁹⁾ .

والواقع أن لفظ القانون ندر استعماله في الحياة القانونية لمعظم الدول العربية أثناء سيادة أحكام الشرع الإسلامي ، وكانت تستعمل مكانه كلمات الشرع والشرعية والحكم الشرعي . وأنه لم يكثر استعماله في هذه الدول إلا منذ منتصف القرن التاسع عشر حين أقدمت الدولة العثمانية على سن تشريعات وضعية لا تتوافق مع أحكام الشرع الحنيف في ذات المسألة . فمثلاً الربا محرم شرعاً ، ولكن الفائدة مباحة قانوناً⁽³⁰⁾ ، لذلك صدر بها قانون المرابحة العثماني لعام 1309 هـ / 1887 م . ثم شاع استعمال اللفظ بعد استقلال الدول العربية وإقدام سلطاتها على سن التشريعات وإصدار التقنيات . وقد اقتصر معناه في البدء على النصوص المشرعة المدونة ، ثم تعددت معانيه واتسع نطاق مدلوله بربسوخ وشيوع استعماله⁽³¹⁾ .

ويُشار هنا الى أن كلمة القانون استعملت لها أحياناً في الدول العربية مرادفات أخرى : مثل (المدونة في المغرب) و (المجلّة في تونس) و (التقنين في مصر)⁽³²⁾ و (النظام في السعودية)⁽³³⁾ .

21 - (ثانياً) - معنى القانون إصطلاحاً وتعريفه :

إذا كان لفظ القانون يفيد لغة القاعدة المُطَرَّدة أو النظام المستمر والمستقر في كافة

(28) قاموس المحيط للفرووز أبادي ج 4 ؛ ولسان العرب لابن منظور ج 7 .

(29) الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل الى علم القانون ص 5 ، بيروت 1978 ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 6 ص 11 ؛ الاستاذ البير فرحات : المرجع السابق ص 19 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 35 - 36 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية ص 15 .

(30) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع ص 17 .

(31) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 36 .

(32) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع ص 16 .

(33) الدكتور صبحي محمصاني : الأوضاع التشريعية في الدول العربية ص 368 وما بعدها ، الناشر دار العلم للملايين بيروت الطبعة الثانية لعام 1962 .

المجالات والعلوم ، إلا أنه في مجال العلوم الاجتماعية وخصوصاً الدراسات القانونية له معنيان إصطلاحاً : أحدهما واسع ، وآخر ضيق .

فالقانون بالمعنى الواسع⁽³⁴⁾ يفيد مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في مجتمع معين . وهذا المعنى مشابه لمعناه اللغوي ، إذ يعني النظام الذي يجب على الأفراد أن يسيروا على مقتضاه في سلوكهم وعلاقاتهم ، وهو الذي يجب أن يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق .

أما القانون بالمعنى الضيق⁽³⁵⁾ فيراد به مجموعة معينة من القواعد القانونية التشريعية الخاصة بأمر معين . فيقال مثلاً قانون الموظفين للقواعد التشريعية الخاصة بشؤون الموظفين تعييناً وترقيةً وعزلاً وإحالة الى التقاعد . ويقال أيضاً قانون الجامعات ، وقانون المحاماة ، وقانون السير ، لهذه الأمور الخاصة . والقانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية⁽³⁶⁾ .

والقانون بمعناه الواسع هو الذي يعني هذه الدراسة ، وهو يتخصص بالمكان والزمان حيث يختلف من بلد الى آخر ومن زمان إلى آخر . وستعرض الدراسة بالطبع الى التشريع ، أي القانون بمعناه الضيق ، على أساس كونه صورة من صور القانون وأحد مصادره .

وقد عرّف العلماء القانون بمعناه الواسع بتعريفات عديدة⁽³⁷⁾ تتفق في المعنى وإن تباينت في الألفاظ . ويمكن إيجاز هذا التعريف بالآتي : « القانون الوضعي هو مجموعة من القواعد تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع بصورة عامة مجردة ، وتوقع الدولة جزاء على من يخالفها » .

22 - (ثالثاً) - القانون الوضعي ومصطلحاته وعائلاته :

تتردد في لغة القانون مصطلحات عديدة يُطلق بعضها على وجه من وجوه القانون أو

(34) في اللغة اللاتينية (Jus) ، وفي الفرنسية (Droit) ، وفي الانكليزية (Law) ، وفي الألمانية (Recht) ، وفي الإيطالية (Dritto) .

(35) في اللاتينية (Lex) ، وفي الفرنسية (Loi) ، وفي الانكليزية (Law-Act of parliament) ، وفي المصطلح الأمريكي (Statue) ، وفي الألمانية (Gesetz) .

(36) الدكتور عبد النعمن فرج الصدة : المرجع السابق ص 12 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 16 ؛ الدكتور إدوار عيد . المدخل ص 5

(37) يُراجع في تعريف القانون :

Michel Villey: Une définition du droit, Archives de philosophie du droit (1959) p. 47 et s; Herman Bekaert: Introduction à l'étude du droit p. 101 et s (3e edd. 1969); Dabin (J.): Théorie générale du droit p. 17 et s. (Paris 1969).

مادة أو جزء أو فرع منه أو أصل ينتسب إليه ، مثل القانون الوضعي والمادة والقاعدة القانونية والنظام القانوني وفرع القانون والعائلة القانونية⁽³⁸⁾ . فیتعین توضیح المقصود بهذه المصطلحات ، منعاً لأي التباس أو خلط مع المعنى الاصطلاحي السابق للقانون .

أ - القانون الوضعي (Droit positif) : ويُقصد به مجموعة القواعد القانونية السائدة فعلاً والمطبقة في دولة معينة في زمن معين ، مهما كانت طبيعتها تشريعية أم غير تشريعية . فيقال مثلاً « القانون الوضعي اللبناني » للدلالة على القانون المعمول به في لبنان في الوقت الحاضر ، ويقال « القانون الوضعي الفرنسي » للدلالة على القانون الفرنسي المطبق حالياً في فرنسا .

وستستعمل مصطلح القانون الوضعي في الدراسة ، بمعنى القانون الذي هو من وضع وصنع البشر ، وذلك في المقابلة والمقارنة مع مصطلح القانون أو الشرع السماوي⁽³⁹⁾ الذي هو من صنع الله ووحيه⁽⁴⁰⁾ .

ويتميز القانون الوضعي بخصائص أربعة⁽⁴¹⁾ : 1 - أن قواعده تسود في دولة معينة، ذات مجتمع متجانس له حياته الخاصة وسيادته وطابعه المميز . وبذلك يكون لكل دولة قانونها الوضعي الخاص بها . 2 - أنه يعني مجموعة القواعد التي تسود الدولة في زمن معين ، إذ هو كما يتخصص بالمكان كذلك يتخصص بالزمان . فيقال مثلاً القانون الوضعي اللبناني الحالي أو القانون الوضعي الفرنسي في زمن نابوليون . 3 - إنه يضم مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الأفراد على اتباعها ، ولذا لا تعتبر من القوانين الوضعية الأحكام الدينية المتروكة للناس أمر اتباعها . 4 - أنه يضم مجموعة القواعد القانونية الملزمة أيأ كانت طبيعتها أو مصدرها . فلكل دولة قانونها الوضعي ، بما تشتمل عليه قواعده من تشريع مكتوب وعرف غير مدون وأحكام المحاكم وآراء علماء القانون .

ب - المادة القانونية (Article) : ويُراد بها النص القانوني المكتوب الوارد في تشريع معين والمسبوق برقم متسلسل من أرقام المواد العديدة التي يتألف منها ، فيقال مثلاً المادة كذا

(38) يُراجع في شرح هذه المصطلحات : الدكتور عبد الباقي البكري : ص 41 - 47 من المرجع السابق ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 16 - 17 ؛ الدكتور محمد وجدي عبد الصمد : الاعتذار بالجهل بالقانون ص 231 - 233 ، الناشر عالم الكتب بالقاهرة 1973 .

(39) وكذلك ذهب الدكتور عبد الكريم زيدان في : المدخل لدراسة الشريعة ص 6 - 7 .
(40) يرى الدكتور عبد الباقي البكري أن لفظ القانون الوضعي ليس قاصراً على القوانين البشرية وإنما يراد به القواعد القانونية التي تفرضها الدولة على الناس سواء كان مصدرها المجتمع البشري أم الخالق الإلهي (ص 44 - 45 من المرجع السابق) .

(41) يُراجع في عرض ذلك : الدكتور عبد الباقي البكري ص 44 من المرجع السابق .

من قانون الموظفين والتي تعالج أمراً من أمور الوظيفة وليس بالضرورة أن يكون كاملاً .

ج - القاعدة القانونية (Règle juridique) : ويُقصد بها الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة أو لجانب من هذه العلاقة ، وهي بالنسبة للقانون كالفرد بالنسبة للمجتمع . فقيام الأسرة أو العائلة مثلاً يتطلب قيام زواج بين شخصين . فمتى يعتبر هذا الزواج تاماً وما هي آثاره وكيف ينقضي ؟ فكل رابطة من روابط الزواج هذا يرد حكمها في القاعدة القانونية .

د - النظام القانوني (Institution juridique)⁽⁴²⁾ : ويُراد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكم روابط قانونية من نوع واحد بحيث تساهم في تنظيم ناحية من نواحي الحياة في المجتمع كنظام الأسرة ونظام الملكية الفردية⁽⁴³⁾ . فنظام الأسرة يعني مجموعة القواعد القانونية المنظمة لناحية من نواحي الحياة الاجتماعية وهي قيام الأسرة ، فتحكم الرابطة الزوجية في نشوئها وصحتها وحياتها وانقضائها ، كما تحكم ما يتصل بها أو يتفرع عنها من روابط وحقوق خاصة بالأولاد . ونظام الملكية الفردية يتضمن القواعد القانونية المنظمة لشأن حياتي هو حق الملكية فيتعرض له بتبيان كيفية اكتسابه واستعماله وانتقاله وماهية حدوده والقيود الواردة عليه .

هـ - فرع القانون : ويُقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تحكم ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية وتنظم روابط متشابهة في طبيعتها وإن تباينت في أغراضها ، كالقانون المدني في نطاق المعاملات المدنية ، والقانون التجاري في نطاق الحياة التجارية ، وقانون العقوبات في نطاق الأعمال المحظورة على الأفراد ، والقانون الدولي العام في نطاق العلاقات القائمة بين الدول .

ويُشار هنا إلى أن لفظ القانون إذا أُطلق ليُقصد به فرع من فروع القانون ، فإن مدلوله لا يقتصر على مجموعة القواعد الواردة في التشريع المدوّن ، وإنما يمتد ليشمل أيضاً القواعد الأخرى المتمثلة في العرف وأحكام القضاء وآراء العلماء وإذا أُريد بذلك النصوص المدونة أو التشريعات فقط فتقتضي الدقة استعمال لفظ التقنين (Code) . فيقال مثلاً التقنين المدني أو التجاري أو الجزائي وغير ذلك .

و - العائلات القانونية⁽⁴⁴⁾ (Familles juridiques) : تتعدد القوانين في عالمنا الحالي

(42) وهذا هو المعنى الضيق والاصطلاحي لكلمة نظام داخل القانون الوضعي ، أما عند إطلاق الكلمة فيقصد بها البيان الكامل لكل القوانين داخل الدولة والذي يمثل فلسفة أو اتجاهًا مميزًا خاصًا بها .

(44) يُطلق عليها رجال القانون كلمة الشرائع ، وهذه الكلمة مشتقة من الشرع والشرعة ، وعلى القانونيين أن يستبدلوها بكلمة أخرى كالمجموعة أو المنظومة أو العائلات كما فعلنا .

بتعدد الدول لجهة إختلاف لغاتها وتباين صياغتها وتنوع مصادرها وخصائصها ، ومن أجل التعرف على قانون من القوانين الأجنبية قام علماء القانون بتجميع القوانين الكبرى المتنوعة ضمن مجموعات أطلقوا عليها اسم عائلات ، وعرضوا لكل عائلة خصائص عامة تميزها عن غيرها من العائلات وتتيح التعرف عليها دون الغوص في تفصيلاتها⁽⁴⁵⁾ . وعلى هذا الأساس جُمعت المناهج القانونية الكبرى لمختلف القوانين في خمس عائلات كبرى وهي : عائلة القوانين الرومانية الجرمانية ، وعائلة القانون المشترك الانكليزي ، وعائلة القوانين الاشتراكية ، ومنهج الشرع الإسلامي والمناهج التقليدية .

1 - العائلة الرومانية الجرمانية : وتجمع هذه العائلة القوانين التي استمدت أصولها من القانون الروماني والعادات الجرمانية ، وفي طليعتها القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الألماني . وتعتبر القاعدة القانونية في هذه العائلة قاعدة سلوك تهدف الى تحقيق العدل وصيانة الأخلاق ، وقد وضعت في الأصل ولأسباب تاريخية لتنظم العلاقة بين المواطنين ، فكانت ذات طبيعة مدنية ثم أخذت تنمو في هذا النطاق ، على عكس الفروع الأخرى من القانون التي ظهرت متأخرة عنها ، مما جعل القانون المدني يحتل المركز الرئيس في بلاد العائلة الرومانية الجرمانية . وتقوم مصادر القانون في هذه العائلة على التشريع المكتوب كأساس ، ثم يليه العرف والاجتهاد القضائي والفقه القانوني .

وقد نشأت هذه العائلة في أوروبا ثم انتشرت في خارجها عن طريق الاستعمار وعن طريق الاقتباس ، وهي تضم حالياً قوانين الدول الأوروبية وقوانين دول أميركا اللاتينية ، وبعض دول أفريقيا ، وقوانين كثير من دول الشرق الأوسط كالدول العربية وتركيا ، والشرق الأدنى كاليابان وأندونيسيا وتايلاند وكوريا الجنوبية ولاوس⁽⁴⁶⁾ .

2 - عائلة القانون المشترك الانكليزي (المعروف باسم الكومون لو Common Law) : وتشتمل هذه العائلة على قانون انكلترا والقوانين التي اقتدت به وسارت على نهجه . ويختلف (الكومون لو) عن قوانين العائلة الرومانية الجرمانية إختلافاً أساسياً ، (فالكومون لو) من صنع القضاة وما زال حتى الآن مطبوعاً بهذه السمة . ولما كان (الكومون لو) يتألف من أحكام في قضايا فردية ، فالقاعدة القانونية فيه أقل تجريداً من القاعدة القانونية في قوانين العائلة الرومانية الجرمانية وليس لها مثلها صفة العموم . وبما أن القاضي هو الذي يصنعها ، وهو الذي يؤسسها عن طريق الإجراءات القضائية التي

(45) يراجع في ذلك : الدكتور عبد السلام الترماني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ص 88 - 92 وما بعدها .

R. David: Les grands systèmes de droits contemporains, Paris 1974.

(46) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 88 - 89 و 97 - 99 و 108 .

يتخذها ، ووسائل الإثبات التي يضعها ، وطرق التنفيذ التي يقررها ، فهي بذلك تبدو قاعدة إجراءات أكثر منها قاعدة موضوعية . فالقاضي الانكليزي - ولأسباب تاريخية - يهتم باقرار الأمن وحفظ النظام أكثر من اهتمامه بإقامة قواعد للمجتمع . وفي الوقت الذي كان يتكوّن فيه (الكومون لو) كقانون مشترك منبثق من إجراءات قضائية ، كان دور القاضي الروماني المؤسس على القانون المدني محدداً في نطاق المنازعات الفردية الضيقة . ومن أجل ذلك نرى (الكومون لو) في تقسيماته ومفاهيمه ومصطلحاته مختلفاً عن تقسيمات ومصطلحات قوانين العائلة الرومانية الجرمانية ومفاهيمها .

وتقوم مصادر القانون الانكليزي على أحكام القضاء والتشريع كمصدرين أساسيين ، ثم يليهما العرف كمصدر ذي أهمية قليلة . فالقانون الانكليزي ، خلافاً للاعتقاد الشائع ، ليس قانوناً عرفياً ، وما يقال بأن القانون المشترك (الكومون لو) قد بني على الأعراف القديمة لم يكن سوى حيلة أو إقراض لإبعاد الشك في أن القضاة يقضون بصورة تحكّمية⁽⁴⁷⁾ . وقد أضفى عليه هذا الوصف رجال القانون في البلاد الأوروبية ، لأن القانون عندهم بين أحد أمرين : إما أن يكون مكتوباً ومجموعاً في مدونة ، وإما أن يكون غير مكتوب فيكون عرفياً .

والواقع أنه إذا كان هناك بعض أعراف أيدتها المحاكم الانكليزية ، أو أيدها التشريع الانكليزي وخاصة في الأمور التجارية ، فإنها تفقد صفتها العرفية الأصلية لتصبح قواعد قضائية أو قواعد تشريعية . وهكذا يبقى العرف في انكلترا ، كما هو في فرنسا ، محصوراً في نطاق ضيق ليكون مصدراً ثانوياً من مصادر القانون⁽⁴⁸⁾ .

غير أن دور العرف إذا بدا محدوداً في المجال القانوني ، فإنه لم يفقد أهميته في المجتمع الانكليزي .

وقد انتشر (الكومون لو) انتشاراً واسعاً في العالم عن طريق الاستعمار أو الاقتباس . وهو يطبق في انكلترا وإيرلندا ، وأمريكا الشمالية وبعض البلاد الإسلامية والهند .

3 - العائلة الاشتراكية : وتضم هذه العائلة قوانين الدول الاشتراكية . وقد كانت هذه القوانين تنتمي الى العائلة الرومانية الجرمانية ، ولم تزل تحتفظ ببعض خصائص هذه العائلة كما تحتفظ - الى حد كبير - بمفهومها للقاعدة القانونية وتقسيماتها ومصطلحاتها . وعلى الرغم من ذلك فإن بين العائلتين اختلافاً كبيراً يجعل كلاً منها مستقلاً عن الآخر ،

(47) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 89 و 90 و 157 - 158 و 166 .

(48) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 166 .

فالقوانين الاشتراكية تتصف بأنها ثورية وأنها مؤقتة ، لأن القادة السوفيات يهدفون إلى إقامة مجتمع لا دولة فيه ولا قانون .

وتقوم مصادر القانون في المنهج الاشتراكي السوفياتي على التشريع ، وأحكام القضاء ، والعرف وقواعد الحياة الاشتراكية ، والفقه الوضعي⁽⁴⁹⁾ .

4 - منهج الشرع الإسلامي : وقد استهوى الشرع الإسلامي كثيراً من الباحثين والعلماء الغربيين . وقد وجد فيه المنصفون منهم شرعاً كاملاً تضبطه مبادئ عامة وأساسية تقوم على فكرة العدل والعدالة . فالعدل يقضي بسيادة القانون ويستلزم تطبيقه بالسوية⁽⁵⁰⁾ . والعدالة - ويطلق عليها في الشرع الاسلامي - الإحسان⁽⁵¹⁾ ، تقضي بمراعاة الظروف في تطبيقه ، وبحيث لا يتأتى عن تطبيقه ضرر بالأفراد أو بالجماعة . ومثل هذه المبادئ تجعل الشرع الإسلامي قادراً - كما كان منذ وجد - على مسيرة التطور وإيجاد الحلول العامة لجميع المشكلات على اختلاف صورها وأنواعها .

وقد تجلت أهمية الشرع الإسلامي في المؤتمرات الدولية والعربية للقانون المقارن كما ورد سابقاً ، وهو على الرغم من تفرد بمنهج مستقل يختلف عن المناهج القانونية الأخرى ، من حيث مصادره وخصائصه كما سيرد لاحقاً ، فقد اعترف الباحثون والمقارنون بسمو مبادئه ومرونة مصادره ، وأنه ميدان خصب لإغناء الفكر القانوني وتنويره بكل ما يؤدي إلى جلاء الحق على أساس من العدل والانصاف⁽⁵²⁾ .

وما يتعلق بهذا المنهج ومعاله وأقسامه وقواعده ومصطلحاته هو موضوع المقارنة مع القانون الوضعي في هذه الدراسة ، وقد ورد كل ذلك بالتفصيل في الأماكن المخصصة له من الدراسة .

5 - المناهج التقليدية : تطبق في الشرق الأقصى وأفريقيا قوانين مستمدة من مناهج العائلات الثلاث الكبرى ، ولكن تطبيق القانون يصطدم دائماً بالتقاليد المستقرة فيها . ففي الشرق الأقصى ، وخاصة في الصين ، ينظر الناس إلى القانون على أنه أداة للفوضى وسيلة للتحكم ، وأنه مثار للخصومة والعداء ، والرجل الفاضل لا يسوغ له أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه والاحتكام إلى القانون للحصول عليه ، وإنما ينبغي عليه أن يتوسل إلى ذلك

(49) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 90 - 91 و 242 .

(50) يراجع بشأن سيادة القانون الاسلامي : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الاسلام ص 97 - 107 .

(51) يراجع بشأن الإحسان : الدكتور صبحي محمصاني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص 269 - 301 .

(52) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 91 .

بالصلح والتراضي ، فهما أجدى في الإبقاء على التعاون بين الأفراد وأحفظ لسلامة المجتمع .

وما هو حاصل في الشرق الأقصى مشابه لما هو معمول به في أفريقيا السوداء ، وخاصة في مدغشقر . فالناس هناك يعتدّون بالتقاليد التي تحفظ تماسك الجماعة وتشد بعضهم الى بعض ، وهم يؤثرونها على القانون⁽⁵³⁾ .

المطلب الثاني : مفهوم الشرع الإسلامي

23 - (أولاً) - معنى الشرع الإسلامي :

الشرع في اللغة نهج الطريق الواضح ، ثم جعل إسماً للطريق النهج ، وقد استعير للطريق الإلهي في الدين من حيث أن من شرع فيه على الحقيقة روى⁽⁵⁴⁾ .

والشريعة في اللغة تطلق على الطريقة المستقيمة ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ﴾ (سورة الجاثية ، آية 18) ، أي جعلناك على منهاج واضح من أمر الدين يشرع بك الى الحق⁽⁵⁵⁾ .

وسميت الشريعة كذلك لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريق المستقيم ، كما أنها شبيهة بمورد الماء في أن كلاً منها سبيل للحياة ، فهي تحمي العقول والنفوس وهو يحمي الأجساد والأبدان .

ومثلها في ذلك الشريعة قال تعالى : ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ﴾ (سورة المائدة ، آية 48) أي طريقة مستقيمة لا إعوجاج فيها ولا التواء ، كما تطلق على مَشْرَعَة الماء وهي مورد الناس للاستسقاء سُميت بذلك لوضوحها وظهورها .

والشرع والشريعة والشريعة في الاصطلاح ما شرّعه الله للناس من قواعد الدين سواء كانت متعلقة بالعقيدة الدينية أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات⁽⁵⁶⁾ ، وهذا المفهوم يساوي معنى الفقه في صدر الإسلام .

وعلى ذلك يكون الشرع والشريعة والشرعة مترادفين في المعنى⁽⁵⁷⁾ ، لأن كلاً منهم

(53) الدكتور عبد السلام الترماني : المرجع السابق ص 91 - 92 .

(54) قال الشاعر : كنت أشرب فلا أروى فلما عرفت الله رويت بلا شرب

(55) الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الإسلامي ص 6 .

(56) الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 27 .

(57) قاموس محيط المحيط للمعلم بطرس البستاني : كلمة شَرَعَ ص 460 - 461 .

يمثل المنهج الإلهي الحق المستقيم الذي يرتوي منه الإنسان فتحيا به نفسه ويتغذى منه عقله ، فيستقيم على جادة الحق والصواب لينال عز الدنيا وسعادة الآخرين⁽⁵⁸⁾ .

ومن الشرع والشرعية اشتق شرع بمعنى أنشأ وسنّ ، فيقال : شرع الدين يشرعه شرعاً إذا سنّ القواعد وبين النظم وأوضح الأحكام ، ومنه قوله تعالى : ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً ﴾ (سورة الشورى ، آية 13) ، وقوله : ﴿ أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ﴾ (سورة الشورى ، آية 21) .

والتشريع مصدر شرع ، وهو سن الشرع وبيان الأحكام وإنشاء القوانين .

والشرع الإسلامي ، بمعنى القواعد والنظم والأحكام التي شرعها الله للناس ، خاص بما جاء عن الله ، والله هو الشارع الأول وما سنه هو المشروع ، وقواعده ونظمه ومبادئه هي التي تسمى شرعاً ، فلا يجوز إطلاق هذه الكلمات الشرعية على القوانين الوضعية التي وضعها البشر . وقد جرى عرف كثير من القانونيين على تسمية القوانين الوضعية بالتشريع الوضعي ، وتسمية الوحي الإلهي بالتشريع السماوي⁽⁵⁹⁾ . والحق أن الشرع أو الشريعة لا يجوز إطلاقهما إلا على الطريقة الإلهية دون سواها من طرائق الناس وقوانينهم وأنظمتهم⁽⁶⁰⁾ .

وكذلك فإن الشرع والشريعة والدين والملة بمعنى واحد، وهو ما شرعه الله للناس من قواعد وأحكام ، ولكن هذه القواعد تسمى شرعاً أو شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها ، وتسمى ديناً باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها ، وتسمى ملة باعتبار إملائها على الناس لتنظيم حياتهم وتدبير شؤونهم⁽⁶¹⁾ .

وسمي الشرع بالاسلامي نسبة الى الإسلام ، والإسلام لغة مصدر أسلم ، وهو يستعمل في الإصطلاح الشرعي بمعنى الاستسلام لله والانقياد لأحكامه والرضى بقضائه⁽⁶²⁾ ثم خُص استعماله بالدين الذي أرسل به النبي محمداً ﷺ ، وبهذا المعنى وردت كلمة الإسلام في قوله تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾ (سورة المائدة ، آية 3) ، وفي قوله تعالى : ﴿ ومن يتبع غير الإسلام ديناً

(58) الاستاذ مناع القطان : المرجع السابق ص 15 .

(59) يُعرف البعض التشريع السماوي أو الإلهي بأنه « مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات والقواعد التي يشرعها الله للناس على يد رسول منها ليعملوا بها ويتدبوا هديها » (الدكتور محمد سلام مذكور : المرجع السابق ص 21) .

(60) الاستاذ مناع القطان : المرجع السابق ص 16 .

(61) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 34 .

(62) الدكتور محمد مصطفى شليبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 28 .

فلن يُقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين ﴿ (سورة آل عمران ، آية 85) .

وفي تحديد معنى الشريعة أو الشرع يقول الإمام الشاطبي⁽⁶³⁾ : « إن معنى الشريعة أنها تحد للمكلفين حدوداً في أفعالهم وأقوالهم واعتقاداتهم ، وهو جملة ما تضمنته » ، كما يقول العلامة التهانوي⁽⁶⁴⁾ الذي عُني بتحقيق المصطلحات : « الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء كانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى فرعية وعملية ودُونَ لها علم الفقه ، أو بكيفية الاعتقاد وتسمى أصلية واعتقادية ودُونَ لها علم الكلام . ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة » .

ففي التحديد السابق للشرع يبدو أنه غير مرادف « للفقه الإسلامي » ، لأن الشرع يشمل كل ما تقرر في القرآن والسنة النبوية من عقيدة دينية وتعاليم أخلاقية وقواعد عملية ، في حين أن الفقه - كما سيأتي - يقتصر على القواعد العملية التي هي قسم واحد فقط من الشرع .

هذا ويجري الأمر في بعض الكليات الإسلامية والقانونية على إطلاق تعبير « الشريعة الإسلامية » على « الفقه الإسلامي » وكأن الشريعة مرادفة للفقه ، في حين أنه أعم من الفقه وهو يشكل جزءاً منها فقط⁽⁶⁵⁾ .

والدراسة إذ وضعت تعبير « الشرع الإسلامي » الى جانب القانون الوضعي الذي يقابله ويساويه « الفقه الإسلامي » ، فذلك من باب استعمال العام للتعبير عن الخاص⁽⁶⁶⁾ ، فضلاً عن اشتراك كل من الشرع والفقه في موضوع المعاملات القانونية التي هي محل المقارنة مع القانون الوضعي .

24 - (ثانياً) - أقسام الشرع الإسلامي وجزؤه القانوني :

(أ) - تعداد أقسام الشرع الاسلامي :

ما شرعه الله للانسان من قواعد وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية نظاماً شاملاً لجوانب الحياة الروحية والمعيشية . فهو ينظم صلة الإنسان بربه ، وكيفية تزكية نفسه ، وأطر علاقاته بغيره وبالمجتمع . وهكذا لا يخرج أمر من أمور الحياة من قواعد الشرع .

(63) في كتابه الموافقات في الشريعة ج 1 ص 88 .

(64) في كتابه : كشف اصطلاحات الفنون ، مادة شريعة ج 1 ص 835 - 836 من طبعة الأستانة عام 1317 هـ .

(65) يراجع لاحقاً رقم 30 .

(66) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 107 ؛ الأستاذ أحمد موافي : من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون ص 6 ، الناشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة 1965) .

وعلى ضوء هذا الشمول يمكن تقسيم قواعد الشرع الإسلامي الى ثلاث فئات (67) :

الأولى - قواعد العقيدة الدينية ، وتتناول ما يتصل بذات الله تعالى وصفاته ، والايمان به وبرسله واليوم الآخر بما فيه من حساب وثواب وعقاب ، ومحل دراستها علم الكلام (68) أو التوحيد .

الثانية - القواعد الأخلاقية ، وتتناول كيفية تهذيب النفس وإصلاحها وضرورة تمسك المسلم بالمثل العليا والفضائل كالصدق والأمانة والوفاء بالوعد والإحسان والصفح واجتناب الكذب والخيانة ونقض العهد وغير ذلك ، ومحل دراستها علم الأخلاق (69) أو التصوف (70) .

الثالثة - القواعد العملية ، وتتناول العبادات كالصلاة والصوم والزكاة والحج ، والمعاملات بين الأفراد والجماعات والدول من جميع جوانبها . وقد سميت هذه القواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فيما بعد (بالفقه) ، ومحل دراستها علم الفقه .

ويعبر عن هذه القواعد عند الإطلاق بالأحكام .
وهكذا تكون الشريعة الإسلامية - في منطق الشرعيين - شاملة لثلاثة علوم : علم الكلام وعلم الأخلاق وعلم الفقه .

(ب) - جزء الشرع القانوني :

لقد إتضح من أقسام الشرع الإسلامي أن القسم الثالث فيها يتناول القواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات ، وهي التي سميت تخصيصاً بالفقه الاسلامي . فيكون الفقه الإسلامي أو جزؤه الخاص بالمعاملات - تحديداً - هو المرادف لفكرة القانون في عرف القانونيين ، لأن الاثنين يبحثان في تنظيم أعمال الإنسان وعلاقاته بغيره وبالمجتمع ، وبذلك يكون هذا الجزء الأخير من الشرع هو الذي يصح تسميته بالقانون الاسلامي .

والواقع أن الشرع الإسلامي بكامله يصح أن يُطلق عليه وصف القانون الاسلامي

(67) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 49 - 51 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلي : المدخل في الفقه ص 29 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 8 - 10 .

(68) انظر في تعريف علم الكلام والدواعي اليه : الدكتور عبد الرحمن بدوي : مذاهب الاسلاميين ج1 ص 7 وما بعدها ، الناشر دار العلم للملايين بيروت الطبعة الثالثة لعام 1983 .

(69) يراجع في موضوع الأخلاق الاسلامية : الدكتور صبحي محمصاني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص 93 - 301 ، طبع دار العلم للملايين بيروت ، الطبعة الثانية لعام 1979 .

(70) يراجع بشأن التصوف : الدكتور توفيق الطويل : في تراثنا العربي الاسلامي ص 169 - 202 ، الناشر عالم المعرفة بالكويت .

إذا نُظر إليه نظرة شاملة ، لأنه من أوله الى آخره ليس إلّا مجموعة القواعد التي قررها الحاكم الأعلى لتنظيم أحوال الاجتماع الإنساني أفراداً وجماعات من مختلف جوانبها⁽⁷¹⁾ ، وقد استعملت كلمة الشرع بالفعل بمعنى القانون ؛ فقبل شرائع الإسلام للدلالة على قوانينه⁽⁷²⁾ . لكن لما كانت كلمة « القانون » في إصطلاح القانونيين تقتصر فقط على المعاملات ، لذا يجب قصرها على ذلك الجزء المخصوص من الشرع المتعلق بالمعاملات .

وقد جاء التشريع الإسلامي في هذا الجزء القانوني ، فيما عدا ما فصله من أحكام الموارث وأحوال الأسرة وحرمة الزنا وجرائم الحدود والقصاص ، على شكل قواعد عامة ومبادئ كلية يمكن للمجتهدين أن يستنبطوا حكم الله تعالى من تلك القواعد والمبادئ ، وأن يستخرجوا الحلول الشرعية للحوادث المتجددة في كل زمان ومكان .

ولقد قام العلماء المعاصرون وتناولوا هذه القواعد بالتفصيل والتنظيم في أبواب مستقلة يسهل الرجوع إليها للمشرعين ورجال القانون ، وذلك في كل ما يتصل بفروع القانون العامة والخاصة .

وقد تبين لهم أن القرآن بالإضافة الى اشتماله على آيات في العبادات ، يتضمن آيات قانونية خاصة بالمعاملات ، ومنها ما يتعلق بالعلاقات الدولية العامة والخاصة ، وما يتعلق بالقانون الدستوري ، والإداري والمالي ، والجزائي ، وما يتعلق بالأحوال الشخصية ، والقانون المدني والتجاري ، وقانون أصول المحاكمات⁽⁷³⁾ .

ففيما يختص بالعلاقات الدولية أتى القرآن بأهم المبادئ في معاملة غير المسلمين ، وعلاقة دولة الإسلام بغيرها من الدول في السلم والحرب ، وذلك في نحو 25 آية . ومن هذه المبادئ مراعاة العدالة في معاملة المحاربين والوفاء بالوعد والمعاملة بالمثل مع مراعاة الفضيلة .

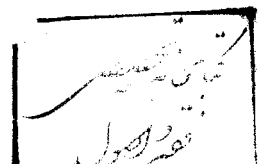
وفي خصوص القانون الدستوري وما يتعلق بنظام الحكم وأصوله أتى القرآن بالقواعد العامة في علاقة الحاكم بالمحكوم وفي حقوق الأفراد والجماعات وذلك في نحو 10 آيات .

وفي العلاقات الاقتصادية والمالية والاجتماعية ورد في القرآن نحو 10 آيات دلت على

(71) ان النصوص التي تصور خيراً أو قصة لا تُعتبر قانوناً ولو وردت في القرآن .

(72) استعملت كلمة الشرائع بمعنى القوانين في كتاب « شرائع الاسلام في الفقه الإسلامي الجعفري » للمُحقّق الحليّ جعفر الهذلي (602 - 676 هـ / 1205 - 1277 م) وهو جزءان من مطبوعات مكتبة الحياة ببيروت 1978 .

(73) الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه ص 31 - 33 ، الطبعة الرابعة ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 146 - 149 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 273 - 274 .



القواعد العامة في أموال الأغنياء وتنظيم الموارد والمصارف ، وتنظيم العلاقات المالية في الجملة بين الدولة والأفراد ، وبين أفراد الدولة من أغنياء وفقراء .

وفي مجال قانون العقوبات ، ورد في القرآن الكريم نحو 30 آية بيّنت الأصول العامة في هذا القانون ، كتشريع القصاص في الجرائم التي تقع على النفس وما دونها ، وكذلك جرائم الحدود الشرعية وعقوباتها .

وفي مجال الأحوال الشخصية وهي المتعلقة بالأسرة منذ تكوينها ، من زواج وطلاق وإرث ووصية وحجر ، فقد ورد في القرآن بشأنها نحو 70 آية .

وفي مجال المسائل المدنية والتجارية ، وهي المتعلقة بعلاقات الأفراد فيما بينهم من عقود والتزامات وغيرها ، يلاحظ أن القرآن الكريم ذكر فيها 70 آية .

وفي أصول المحاكمات ، وهي المتعلقة بالقضاء والشهادة واليمين وما إليها مما قصد به تنظيم الإجراءات اللازمة للوصول كل إلى حقه المقرر له شرعاً، ورد ذكر لها في القرآن في نحو 13 آية . ومن آيات هذا القسم آية المدائنة ، وتقضي بالإشهاد عند التبائع ، وكتابة الديون والأثمان إذا كانت مؤجلة وفي التجارة الحاضرة إذ ذكر النص أنه ليس هناك جناح إذا لم تُكتب . وفي الآية غير ذلك من قواعد الإثبات .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن طرق تدوين الفقه ومصطلحاته عند الفقهاء القدامى كانت مختلفة عما هو الحال عند الفقهاء المعاصرين . فالقدماء لم يعنوا بالفصل بين تلك الأقسام والفروع والتنظيمات ، كما هي في القوانين الحديثة ، لانعدام الفائدة المترتبة على هذا الفصل في نظرهم . وستذكر لاحقاً العناوين المستعملة من قبلهم ، وذلك عند الكلام عن أقسام الفقه .

ولا بد من التأكيد هنا إلى أن جزء الشرع القانوني إنما هو جزء من خطة إسلامية متكاملة للحياة ، وليس هو في حد ذاته بشيء مستقل حتى يكون من السهل فهمه وتنفيذه مع تجزئته عن كله⁽⁷⁴⁾ . ومن يرغب في تنفيذ هذا الجزء القانوني مع تجزئته عن الشرع ككل ، لا يكون قد نفذ القانون الإسلامي ولا يكون قد حقق مقصود الشارع الحقيقي الذي يرغب في تنفيذ خطته كاملة في الحياة .

ولما لم يكن القانون الإسلامي إلّا جزءاً من خطة الاسلام الشاملة ، فلا يمكن تنفيذه بصورته الصحيحة إلّا بعد وضع هذه الخطة الكاملة قيد التنفيذ والتطبيق ، وهذا لا يكون

(74) يُراجع ذلك لاحقاً ضمن مزايا الشرع الإسلامي .

إلا بإعداد الإنسان المسلم المثالي ، وقيام المجتمع الإسلامي الفاضل الذي يسود فيه الشرع الإسلامي ، ووجود الدولة الإسلامية التي تسهر على تنفيذ هذا الشرع ومبادئه وفقاً لخطة الإسلام المتكاملة⁽⁷⁵⁾ .

25 - (ثالثاً) - مزايا الشرع الاسلامي :

للشرع الاسلامي مزايا فريدة تجعله يتفوق على أي نظام أو قانون من وضع البشر ، وهذه المزايا من الكثرة والتنوع بحيث يصعب الإلمام بها كلها ، لكن بالإمكان إجمالها في الآتي⁽⁷⁶⁾ :

1 - طابعه ديني تعبدى حتى في المعاملات القانونية : إذا كان القانون الوضعي لا يُعنى في الغالب إلا بالظاهر من الأفعال ، فإن الشرع الاسلامي يهدف من قواعده الى تحقيق غرضين : أحدهما ، يدور حول صلة الإنسان بالخالق ، وثانيهما : يدور حول صلة الإنسان بغيره . فهو إذن قائم على أساس الجمع بين مصلحتي الدين والدنيا لا في العبادات فقط ولكن في المعاملات القانونية أيضاً ، فتراه يجعل لكل عمل اعتبارين :

(أ) - اعتبار مرجعه الى صلة الإنسان بغيره ، وهذا الاعتبار مستمد من ظاهر العمل .

(ب) - واعتبار مرجعه الى صلة الإنسان بربه ، وهذا الاعتبار مستمد من باطن العمل .

فالبيع مثلاً في ظاهره هو نقل الملكية في المبيع والثلث ووصف العقد تبعاً لظروفه ، بأنه نافذ أو موقوف أو فاسد ؛ وهو من ناحيته الباطنية متوقف على قصد المتعاقدين فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو حرام . فإذا كان البيع مثلاً لحاجة البائع الى الثمن كان مباحاً ، وإذا كان لاستثمار المال كان مندوباً ، وإذا كان وسيلة لأكل الربا كان حراماً وهذا يستتبع فساد العقد عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر . على أنه مع ترجيح وجهة نظر القائلين بأن الحرام لا ينبني عليه الفساد ، وإنما تكون المؤاخذه عليه عند الحساب يوم القيامة ، فإن

(75) العلامة أبو الأعلى المودودي : المرجع السابق ص 142

(76) يراجع في عرض هذه المزايا : الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 22 - 29 ؛ الاستاذ علي منصور : المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي ص 50 - 51 ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 85 - 97 و 270 - 297 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 35 - 53 ؛ موسوعة الفقه الاسلامي ج 1 ص 44 - 45 ؛ الدكتور وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الاسلامي ص 7 - 24 ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت 1987 وكذلك كتابه : نظرية الضرورة الشرعية ص 38 - 56 ، طبع ذات المؤسسة 1979 ؛ الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج 1 ص 17 - 25 .

التشريع بهذه الوسيلة وهذا الأسلوب يعمل على إيجاد مجتمع صالح وذلك بوضع تربية الروح وتهذيب النفس في الاعتبار الأول ، فينبني على ذلك بطبيعة الحال استقامة أعمال الأفراد ، لأن النفس الخيرة لا تفعل إلا خيراً ، والنفس الشريرة لا يصدر عنها إلا الشر ومتى صلحت نفس الفرد صلح عمله ، ومتى صلحت أعمال الناس صلح المجتمع الذي يعيشون فيه⁽⁷⁷⁾ .

واعتداء الإنسان على غيره له أثران : أحدهما يرجع الى صورته التي ظهرت في الواقع وما ترتب عليه من ضرر وهو جعل هذا الاعتداء سبباً للتعويض وموجباً للعقاب ، وأثر يرجع الى الباعث وهو كون هذا الفعل حراماً يستوجب غضب الله وعقابه ، ومثل ذلك في كل اعتداء على النفس أو على المال أو على العرض وفي كل تصرف أو عقد وفي كل فعل من أفعال الإنسان .

وتأسيساً على التفرقة السابقة بين ظاهر الفعل وبين باطنه ، قال الفقهاء بأن الأعمال الظاهرة هي التي تتخذ فقط أساساً للمعاملة بين الناس ، ولأنه يمكن الوصول إليها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن أجل ذلك أطلقوا عليها أحكام القضاء . أما الباطنة فلا سبيل الى إثباتها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن ثم لا تتخذ أساساً للمعاملة بين الناس ، وإنما تعتبر أساساً للثواب والعقاب من الله ، وواجب الإنسان أن يعمل بها في خاصة نفسه ، ويطلق الفقهاء عليها أحكام الديانة .

وعلى هذا فالقاضي لا يصير الحلال حراماً ولا الحرام حلالاً ، وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيع لنفسه فعل الحرام وإن أباح القضاء ذلك بناء على ظاهر الفعل ، فمن يدعي كذباً بأن له ديناً في ذمة شخص آخر وينجح في حمل القضاء على تصديقه والحكم له فلا يحل له ديانة أن يأخذ ذلك .

وهذا التمييز بين أحكام القضاء وأحكام الديانة مأخوذ من الحديث النبوي الشريف : « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته (أي أفصح تعبيراً عنها)⁽⁷⁸⁾ من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار »⁽⁷⁹⁾ .

ولا ريب أن مراعاة الجانب الديني في المعاملات وما يترتب عليه من وصف الفعل بالحلال أو الحرام بناء على حقيقته الفعلية ، تجعل المسلم لا يقدم على فعل أو تصرف إلا إذا

(77) الاستاذ أحمد مواني : من الفقه الجنائي المقارن ص 22 - 23 .

(78) أو أحسن في عرضها والدفاع عنها حتى يخيل أنه محق في حين أنه على باطل .

(79) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ، للشيخ منصور ناصف ، جزء 3 ص 69 .

كان حلالاً في الشرع ، وإن كان القضاء يجيز له ذلك بناء على ظاهر الفعل . كما تجعله لا يتمسك ولا يطالب بشيء لا حَقَّ له فيه وإن كان يمكنه إثبات ذلك أمام القضاء . وهذا كله يدعو الى الاطمئنان في حسن سير المعاملات بين البشر ، إذ هناك رقابة دينية على الإنسان في علاقاته مع الغير زيادة على الرقابة القضائية ، وفي هذا أعظم ضمان للتعامل السليم وعدم ضياع الحقوق⁽⁸⁰⁾ .

وعن هذا المعنى الديني لقواعد الشرع يقول بعض الفقهاء : « فالجانب الروحي في هذه القوانين - الشرعية - هو التكليف من الشارع والخضوع والامتثال من المكلفين ، وهذا هو العنصر الديني فيها . أما الجانب المادي ، فهو تنظيم أمور الناس ورعاية أحوالهم بالأحكام الإسلامية من جانب الشارع والانتفاع العملي وتحقيق المصالح من جانب الأمة ، وقد امتزج الأمران وصعب التفريق في أحكام الإسلام بين ما هو دين وما هو دنيا . ومن مجموع ما عُرض القول بأن الأحكام الشرعية الإسلامية تقوم على المعنى التعبدية الروحي وعلى المعنى القانوني النافع للإنسانية »⁽⁸¹⁾ .

2 - المعنى الديني للشرع يحقق الامتثال الاختياري له : واستمداد الشرع من الدين من شأنه إضفاء التقديس والإحترام على قواعده بحيث يطيعها الأفراد عن اختيار كامل وليس عن رهبة أو إكراه . ذلك أن واضع الشرع هو الله سبحانه وتعالى ، وله في النفوس القداسة العظمى والخضوع المطلق ، ويظهر أثر ذلك في التزام الشرع والعمل بمقتضاه في السر والعلن ، لان امتثاله طاعة دينية يكافأ عليها الإنسان ومخالفته معصية يعاقب عليها . أما القانون الوضعي فهو من وضع البشر أنفسهم ، فليس له القداسة والطاعة الدينية . فلو أخذنا مسألة الزكاة الإسلامية والضريبة الوضعية مثلاً ، نجد أن المسلمين الأثرياء يخرجون زكاة أموالهم طائعين مختارين عن طيب نفس ، بينما يتقايس المكلفون عن دفع الضريبة التي تفرضها الدولة مع أنها تنفق في مصلحتهم وإذا دفعوها كانوا مكرهين أو غير راضين . والسبب في ذلك أن الزكاة الإسلامية تكليف من الله وهي عبادة تُزَكِّي دافعها ، أما الضريبة الوضعية فتكليف من الحاكم وقد تقررت بسطوة القانون⁽⁸²⁾

وعن الامتثال الطوعي والاختياري لقواعد الشرع يقول البعض : « ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لإصلاح طوائف المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم

(80) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 52 - 53 .

(81) الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الإسلام ص 468 - 469 .

(82) الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الإسلامي ص 23 .

المستقيم ما قام على رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها ، والأحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد قائلها . وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرأ يكون من غير شجر ، وأن غصونأ تقوم على غير جذوع . وليس في كون الإسلام مستمداً ينابيعه من الدين وقائماً على أساسه غض من قيمته ، ونقص من قدر المستبطين له المفرعين لفروعه ، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم وقويم إدراكهم أن قوانين تستمد من الدين ويظللها بظله تكون أمسّ بالوجدان ، وأمكن في الضمير ، وأقرّ في النفس ، يطيعها الناس لا بعضا السلطان ولا بقهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة في النعيم المقيم . فتكون الطاعة إرهافاً للإحساس وإيقاظاً للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر ، ولا تكون الطاعة ضرباً من ضروب المسكنة والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير ومراعي الإصلاح ، إذ يُنفذ على أنه إرادة الحكم ورغبة السلطان ، وهما واجبا الطاعة من غير أي نظر وراء ذلك . وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يُقلّل من الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار ، ويحسّون من داخل نفوسهم مراقبة الله إذا ضعفت مراقبة الإنسان» (83) .

3 - الرقابة الشرعية للأعمال مزدوجة : فالجزء الوضعي الذي توقعه الدولة على من يخالف قواعده هو دنيوي ينال الإنسان في حياته لا في آخرته ، لأن الدولة لا تملك من أمر الآخرة شيئاً ، وبالتالي فإن من خالف القانون الوضعي واستطاع أن يتهرب من الرقابة الدنيوية التي تقوم بها أجهزة الدولة الوضعية فلا عليه شيء بعد ذلك . أما من خالف القواعد الشرعية وأفلت من الرقابة الدنيوية التي تقوم بها أيضاً أجهزة الدولة الإسلامية ، فإنه لن يفلت من الرقابة العليا للخالق العليم الخبير الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، وهو ملاق جزاءه الأخروي لا محالة . وفي ذلك أقوى العوامل على إطاعة قواعد الشرع وتنفيذها في السر والعلن (84) .

والجزء الأخروي الذي ينتظر المخالف يترتب على كل مخالفة لقواعد الشرع ، سواء أكانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح ، وسواء أكانت من المعاملات المدنية أو المسائل الجزائية ، وسواء عوقب عليها الإنسان في الدنيا أم لم يعاقب ما لم تقترن المخالفة بتوبة نصوح وتحلّل من حق الغير (85) .

4 - شموليته ومراعاته للأخلاق : والقواعد التي جاء بها الشرع الإسلامي شاملة

(83) الاستاذ محمد أبو زهرة : مقدمة كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص 1 - 2 .

(84) موسوعة الفقه الإسلامي ج 1 ص 45 .

(85) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 39 .

لأوجه حياة الإنسان الثلاثة : علاقته بربه ، وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بغيره وبمجتمعه . فهو ينظم أمور العقيدة الدينية والعبادات ، والأخلاق والعادات والآداب في الأكل والشرب والجلوس والقيام واللباس والكلام ، ومعاملات الأفراد كأحوال العائلة والالتزامات المالية والجرائم والعقوبات وأصول المحاكمات ونظام القضاء ، وتنظيم علاقة المواطن بالسلطة الحاكمة ، والنظام المالي ، وحالات السلم والحرب والعلاقات مع الأمم الأخرى وغير ذلك من القضايا . فما هناك شأن من شؤون الحياة إلا وتناوله الشرع وأوضح فيه الخير والشر والطاهر من الخبيث والصحيح من الفاسد⁽⁸⁶⁾ .

وهذا الشمول الذي جاء به الشرع الإسلامي لا نظير له في القانون الوضعي فهو لا ينظم مسائل العقيدة ولا العبادات ولا الأخلاق .

وحتى في جانب المعاملات الذي تناوله القانون الوضعي بالتنظيم نجد تنظيم الشرع له على نحو يميزه عن القانون الوضعي ، فالجانب الأخلاقي مراعى في الشرع الإسلامي مراعاة تامة⁽⁸⁷⁾ ، ومن مظاهر ذلك تحريم الربا والقمار والزنا ولزوم الوفاء بالعهود من قبل الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى في السلم والحرب ، وعدم مجارة الدولة العدو في الظلم حتى ولو أنها قتلت رعايا الدولة الإسلامية فيها ، فلا يحل للدولة الإسلامية أن تقتل رعايا تلك الدول الداخلين إليها بأمان⁽⁸⁸⁾ .

وبمراعاة الإسلام للأخلاق يكون الشرع الإسلامي أول تشريع يلتقي فيه القانون والأخلاق ، وهذا ما يحقق المجتمع الفاضل الذي كان حلماً للفلاسفة والمصلحين الذين حاولوا تحقيقه دون أن يصلوا إليه ، فجاء الإسلام ونجح في إقامة هذا المجتمع الراقي⁽⁸⁹⁾ .

ولا ريب أن الشرع الإسلامي بتطلعه الى المجتمع الفاضل أراد أن يعطي الإنسان صورة كاملة لنظام صالح للحياة ، وأن يوضح له ما هي الحسنات التي يجب أن يقيمها ويرقيها وينمّيها ، وما هي السيئات التي يجب العمل على محوها واستئصالها .

5 - الشرع الإسلامي كلي النظرة لا يقبل التجزئة⁽⁹⁰⁾ : فالصورة الشاملة ، التي

(86) العلامة أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدى في السياسة والقانون والدستور، 136 - 137 ؛ الدكتور وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي ص 8 - 9 .

(87) يراجع كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 95 - 96 .

(88) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 51 .

(89) الاستاذ محمد أبو زهرة : مقدمة كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة ص 1 - 2 .

(90) العلامة أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدى في السياسة والقانون والدستور ص 137 - 142 .

يقررها الشرع الإسلامي للحياة الإنسانية ، هي صورة واحدة ومتكاملة ، فلا يصح أن تُقَطَّع أجزاءً ويُجعل كل جزء منها مستقلاً عن غيره ثم يُحكم عليه على انفراد . كما لا يصلح أن يقال إذا أُقيم بعض أجزائها أنه قد أُقيم نصف الإسلام أو ريعه أو سدسه ، ولا أن يُقال إذا ربط جزء أو أجزاء منها في نظام آخر للحياة أنه قد أُدخل فيه الإسلام بقدر هذا الجزء أو الأجزاء . فالشارع إنما شرع هذا الدين ورسم صورته لتقام كلها وكاملة ، ولم يرسمها ليأخذ البعض أي جزء أعجبه من أجزائها ويقيمها حيث أراد سواء أكانت معه بقية أجزائها أم لم تكن . إن كل جزء من هذه الصورة الإسلامية للحياة مرتبط بسائر أجزائها ، ولا يصلح أن يُعمل عمل أو يؤق بنفع إلاّ معها ، ولا يجوز أن يُدلى برأي في محاسن الجزء ومنافعه إلاّ من خلال النظرة الشاملة للشرع الإسلامي .

ويفسّر التحليل السابق مصدر الخطأ عند البعض لجهة فهم قواعد الشرع ، وهو أنهم بدلاً من أن ينظروا في نظام الإسلام نظرة شاملة متكاملة ، يأخذون جزءاً من أجزائها ويحاولون أن يحكموا عليه من خلال نظام الحياة الحاضر غير الإسلامي ، أو يحكمون بحسنة وقبحه ونفعه ومضرته وصحته وبطلانه وكأنه شيء مستقل قائم بذاته . فالناس في هذا الزمان مثلاً ، يشتمنون ويتنقدون بعض العقوبات الإسلامية كقطع يد السارق وجلد الزاني ، ولكنهم لا يدرون أن هذه الجزاءات هي جزء من صورة شاملة لنظام الحياة في الإسلام ، وأنه يوجد الى جانبها تنظيمات للاقتصاد والمالية والإدارة والتعليم والتربية . وأن الشارع راسم هذه الصورة لم يشأ أن يُفرز قانونها العقابي من مجموع نظامها الشامل وينفّذ وحده في الحياة ، وإنما وُضع هذا القانون لمجتمع يجري فيه نظام الحياة كلها على منهاج الإسلام ، ولم يوضع لمجتمع يطبق فيه من الإسلام قانونه العقابي فقط⁽⁹¹⁾ .

والواقع أن قانون الإسلام يعاقب السارق بقطع يده ، ولكن ما جاء هذا القانون لينفّذ في أي مجتمع كان ، وإنما جاء ليطبّق في مجتمع الإسلام ، حيث تؤخذ الزكاة من أغنيائه وتكون مالية الدولة مفتوحة لمساعدة أي محتاج ، ويكون كل فرد من أفرادها ملزماً بأن يستضيف ثلاثة أيام على الأقل كل من ينزل عليه من أبناء السبيل ، وحيث الناس في شرعه متساوون في الحقوق والواجبات وفرص العمل ، ولا مجال في تنظيمه الاقتصادي لأي فئة في الاستئثار بفرص كنز المال وتكديسه وحرمان الآخرين منه . فأبواب الكسب الحلال مفتوحة فيه أمام الجميع دون تمييز أو تفرقة ، ونظامه التعليمي والتربوي يزرع في النفوس خشية الله والرغبة في نيل رضاه ، ويحبّب إليها فضائل الكرم وواجب مساعدة المنكوبين والمحتاجين ،

(91) العلامة أبو الأعلى المودودي : المرجع السابق ص 137 - 139 .

ويري أبناءه على الحديث النبوي الشريف القائل : « ما آمن بي من بات شبعاناً وجاره جائع الى جانبه وهو يعلم » .

فحكم قطع يد السارق إذن ، ما جاء في الإسلام لينفذ في مجتمع يمتنع الأفراد فيه على إقراض الغير بدون ربا، ويلقى فيه المحتاج الزجر والمنع بدل مد يد المساعدة، ويتمسك فيه الفرد بالنظرة المادية الأنانية . فمثل هذا المجتمع المادي لا يخاطبه الإسلام ، والأجدر ألا يعاقب السارق فيه بشيء أصلاً ، لأنه مضطر . أما المجتمع الذي يقيمه الإسلام ، فلا مجال فيه لسد أبواب الرزق والكسب الحلال على أحد حتى يضطر الى السرقة ، كما أن الأفراد فيه مستعدون عن طيب خاطر لمساعدة المحتاج ، والدولة فيه ساهرة على راحة المواطن وتلبية احتياجاته . فالذي يرتكب السرقة مع توافر هذه الظروف الجيدة يتعرض لعقوبة قطع اليد ، لأن مثله غير جدير بالعيش في هذا المجتمع الفاضل .

ويقاس على ذلك الجزاءات العقابية الأخرى كجلد الزاني ، فهذه العقوبة لم تقرر إلا لتنفذ في مجتمع إسلامي تنتشر فيه الفضيلة والطهارة ، ويكون فيه الزواج ميسراً للجميع ، ويكون الصلاح والعفة والتقوى ونظافة الأخلاق شعاراً للمسلم ، والخشية وخفاة الله حرزاً له من الرذائل⁽⁹²⁾ .

6 - سموه عن مستوى الجماعة : فالقوانين الوضعية متأخرة عادة عن الجماعة وتابعة لتطورها ، ثم استخدمت القوانين أخيراً في توجيه الجماعة والتخطيط لها ، كما فعلت بعض الدول لأغراض معينة .

وهذا الذي وصلت اليه القوانين في تطورها هو ما بدأ به الشرع منذ أكثر من أربعة عشر قرناً ، فإن الغرض من التشريع الاسلامي إنما كان ولا يزال موضوعاً بقصد توجيه الجماعة وتنظيمها ، وإيجاد نواة الدولة المثالية ، وإقامة المجتمع الفاضل ، لذا كانت نصوصه أسمى من مستوى العالم الذي عاصره ، ودأب معه على أن تكون رسالته له رسالة توجيه وإرشاد ، وتصحيح لأخطاء العالم والأخذ بما هو الأفضل والأكمل الذي يرمي الشرع الى تحقيقه ، فهو قد بني على السمو في المبادئ والقيم والنظريات ، وينشد الكمال في كل شيء عبادة كانت أم معاملة .

ولعل أوضح مثال عن تأخر القوانين الوضعية عن مستوى الشرع : أن قواعدنا ونظرياتنا ما تزال دون مستواه ، ولم يكتمل بعضها إلا بعد أن مرت البشرية بتجارب قاسية

(92) العلامة أبو الأعلى المودودي : المرجع السابق ص 139 - 140 .

استفاد منها علماء القانون وقرروا نظرياتهم بناء عليها ، وانتهوا الى حيث بدأ شرع الله⁽⁹³⁾ .

7 - موافقته للعدل⁽⁹⁴⁾ والحق والصواب : لأن الشرع مصدره الله ، والله سبحانه وتعالى له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، وقواعده تخلو من معاني الظلم والنقص والهوى . أما القانون الوضعي فلكونه من صنع الإنسان ، والإنسان لا يخلو من معاني الخطأ والتقصير والمصلحة ومحدودية التفكير ، فإنه يتصف بصفات الإنسان مما يجعله قابلاً للتبديل والتغيير والتعديل حسب الظروف⁽⁹⁵⁾ ، وصدق الله إذ يقول : ﴿ ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كبيراً ﴾ (سورة النساء ، آية 82) .

8 - الوسطية والاعتدال فيه : الوسطية هي الاعتدال وعكسها التطرف ، ويعتبر هذا المبدأ مزية رئيسة في الشرع الاسلامي ، إذ يميل هذا التشريع في جميع مبادئه الى الوسطية دون التطرف ، لأن التطرف يحمل معه الإحراج والتأقبت والمشقة ، ويلاحظ على الآراء المتطرفة أنها تظهر نتيجة ردود فعل عكسية وتنتهي غالباً بانتهاء تلك الأسباب مما يجعلها مؤقتة غير صالحة لأن تكون دائمة . وهذه الوسطية لا تقتصر في الاسلام على المعاملات القانونية والاقتصادية فحسب ، بل هي شاملة لجميع فروع الشرع حتى العبادات والقربات .

ويظهر هذا المبدأ واضحاً في النصوص القرآنية العامة ، يقول تعالى : ﴿ ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً ﴾ (سورة الاسراء ، آية 29) ، ويقول أيضاً : ﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً ﴾ (سورة الفرقان ، آية 67) .

وتلاحظ هذه الوسطية في مجال الملكية الفردية مثلاً ، والتي هي أهم مراكز الصراع بين المذاهب الفردية والمذاهب الجماعية . فالمذاهب الفردية تعطي الإنسان الحق الكامل في التصرف بملكياته كما يشاء ، وأما المذاهب الجماعية فإنها تذهب الى إلغاء الملكية الفردية إلغاء تاماً .

وهذان الاتجاهان متطرفان ويقف الاسلام بينهما ، فيرفض الأول لأنه يعطي المالك

(93) الدكتور وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الاسلامي ص 22 - 23 .

(94) يراجع بشأن العدل كإحدى دعائم الدولة الاسلامية كتابنا : نظرية الدولة وأدائها في الاسلام رقم 14 ص 78 -

81 .

(95) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 35 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 26 .

حرية واسعة في ملكيته مما يفسح له مجال استغلال الآخرين ، ويرفض الثاني لأنه يمنع حقاً من الحقوق الطبيعية للإنسان . لذلك فإن الملكية في الإسلام هي ذات طبيعة مزدوجة بين الفردية والجماعية ، فهي فردية من جهة ، وجماعية من جهة أخرى ، ويحق لصاحبها أن يتصرف فيها كما يريد ، ولكن ضمن حدود وقيد شرعية لا يجوز له أن يتعدها . وهي مرتبطة كل الارتباط بالشرع وأهدافه العامة ، ولا يجوز أن يستهدف الفرد في استعماله لما يملكه إلا ما يهدف إليه الشرع في تشريعه للأحكام⁽⁹⁶⁾

9 - الواقعية والمثالية فيه : يشترط في الشرائع والقوانين أن تكون واقعية ، لأن القوانين التي تنظر إلى الحياة نظرة مثالية تجد صعوبة كبيرة في قبول الناس لها ، ولا يعني هذا التناقض الكامل بين الواقعية والمثالية ، بل كلاهما ضروريان للحياة على ألا يتغلب أحدهما على الآخر .

ومع ذلك فإنه يلاحظ عند البحث عن واقعية الإسلام ، أن تلك الواقعية هي مثالية لأنها تهدف إلى إرفع مستوى وأكمل نموذج يمكن أن تصل إليه البشرية في حياتها ، وعلى هذا يمكن القول بأن واقعية الإسلام مثالية وأن مثالية الإسلام واقعية ، لأن الإسلام لا يمكن أن يقرر مبادئ مثالية بعيدة عن التصور الإنساني للحياة كما فعل بعض الفلاسفة الأقدمين حينما تصوروا تصورات مثالية بعيدة عن الواقع ، فكانت آراؤهم مجال تفككه العلماء الواقعيين⁽⁹⁷⁾ .

وتتضح تلك الواقعية المثالية في الإسلام في المنهج الذي يضعه للإنسان ، إذ يحثه على التسامح ويدعو إليه في اقتضاء الحق واستعماله . ففي المداينات مثلاً ، نجد قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةٍ فَنظرةً إِلَى مَيْسَرَةٍ ، وَإِنْ تصدَّقُوا ﴾ (سورة البقرة ، آية 280) ، فإذا كان من العدل أن يقتضي الدائن حقه من مدينه وهذا أمر واقعي ، إلا أن المروءة والإنسان يقتضيان إمهال المدين المعسر وهذا تسامح أول ، وثمة تسامح آخر نذبت الآية الدائن إليه وأغرته به بما وعدته من الثواب ، وهو التصديق بالدين على المدين المعسر . وهذا منهج مثالي ارتفع بالعدل إلى مستوى الإحسان والفضل والثواب الديني⁽⁹⁸⁾ ، وهذه المزية الجامعة بين

(96) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ص 450 - 454 ، طبع مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثانية لعام 1984 ؛ قارن : الدكتور وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص 43 ؛ والدكتور فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 254 - 257 الناشر مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثالثة لعام 1984 .

(97) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ص 454 .

(98) الدكتور فتحي الدريني : ذات المرجع ص 94 ؛ قارن الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ص 454 - 456 .

الواقعية والمثالية في الإسلام التي يتمثل شقها الأول في العدل ، ويتمثل الثاني في الإحسان والتسامح ، تظهر بوضوح في الآية القرآنية القائلة : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ (سورة النحل ، الآية 90) .

10 - التزامه التيسير والتخفيف عن الناس : من الأصول العامة والمبادئ الأساسية التي يقرها الإسلام مبدأ اليسر والتسهيل ، ودفع الحرج والمشقة عن الناس في القواعد الشرعية ، سواء أكان منصوصاً عليها صراحة في الشرع أم كانت مستنبطة بالرأي والاجتهاد الفقهي . فخاصية شرع الإسلام اليسر ، شأنه الرفق بالناس ، حتى أنه لا مساغ لأحد ولا منفذ له للإعراض عن القواعد الإسلامية متذرعاً بالعسر والضيق ، وذلك في جميع حالات الإنسان قوياً كان أو ضعيفاً مسلماً أم محارباً ، مسافراً أم مقيماً ، لأن الله وضع هذا الشرع سمحاً سهلاً ، راعى فيه طاقة الإنسان وامكاناته ومشاغله في حياته .

ونطاق السماحة والتيسير في الإسلام لا يقتصر على شؤون العبادات ، وإنما يتسع لكل قواعد الإسلام من معاملات مدنية وأحوال شخصية وعقوبات جزائية ونظم قضائية وغيرها . فمن يتتبع القواعد القانونية الإسلامية يجد مظاهر رفع الحرج جلية واضحة ، وأن جميع التكاليف في ابتدائها ودوامها روعي فيها التخفيف والتيسير على الناس⁽⁹⁹⁾ . يقول تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (سورة الحج ، آية 78) ﴿ يَرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ ﴿ يَرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾ (سورة النساء ، آية 28) ﴿ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (سورة البقرة ، آية 286) . ويقول الرسول ﷺ : ﴿ بُعِثْتُ بِالْخَفِيفَةِ السَّمْحَةِ ﴾⁽¹⁾ ﴿ إِنَّ هَذَا الدِّينَ يَسْرٌ . . . ﴾⁽²⁾ ﴿ يَسْرُوا وَلَا تَعْسَرُوا ، وَبَشِّرُوا وَلَا تَنْفَرُوا ﴾⁽³⁾ ، ويقول أيضاً : ﴿ رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمَحًا إِذَا بَاعَ ، وَإِذَا اشْتَرَى ، وَإِذَا اقْتَضَى ﴾⁽⁴⁾ .

ومن مظاهر رفع الحرج في العبادات عدم كثرة التكاليف الخاصة بها والتي جاءت في القرآن ، حتى صار من اليسر القيام بها دون عنت ولا مشقة ، كإباحة تقصير الصلاة حال السفر ، والإفطار للصائم إذا كان مريضاً أو مسافراً ، وإباحة التيمم بدل الوضوء للصلاة

(99) الدكتور وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص 38 - 39 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص 127 - 128 .

(1) أخرجه أحمد في مسنده .

(2) أخرجه البخاري والنسائي .

(3) أخرجه البخاري ومسلم .

(4) أخرجه البخاري والترمذي .

لمن لم يجد الماء أو كان في استعماله ضرر عليه ، وتناول المحرم عند الضرورة⁽⁵⁾ .

وفي ناحية المعاملات يتجلى اليسر شاملاً ، فليس هناك إجراءات رسمية أو شكلية يجب إتباعها ليكون العقد صحيحاً كما كان الأمر عند الرومان ، بل تكفي في هذا رغبة المتعاقدين فقط ، ومن ثم لا يوجد في القرآن في جواز العقود إلا شرط الرضا ، ومصادق ذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم ﴾ (سورة النساء ، آية 29) ، فإن كلمة « تجارة » في الآية تشمل كل أنواع المعاملات⁽⁶⁾ .

ومن باب التيسير في المعاملات أيضاً ، ابتناء كثير من القواعد على العرف الصحيح شرعاً ، وفي هذا ملاحظة لاختلاف العرف والعوائد باختلاف المكان والزمان ، كما سيجيء ذلك لاحقاً .

وفي باب العقوبات ، يوجد ما يسمى في الفقه « بالحدود » ، وهي عقوبات الزنى والقذف والسرقة وشرب الخمر ، صيانة للنسل والعرض والمال والعقل . وفي هذا نجد الرسول ﷺ يقول : « إدروا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ، وفي بعض الروايات « إدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة »⁽⁷⁾ . ولذلك يسقط الحد عن السارق لما يقتات به حفظاً لنفسه ، إذا كان لا يجد شيئاً غيره ، ويسقط أيضاً عمن سرق ما يسد حاجته من مال يدعي أن له حقاً فيه .

11 - تحقيقه لمصالح الناس . فالشرع لم يوضع إلا لتحقيق مصالح الناس في الحياة وبعد الممات⁽⁸⁾ . والمصالح الأساسية المعتبرة شرعاً في الإسلام ترجع الى خمس : الدين ، والنفس ، والنسل ، والعقل ، والمال .

ومظاهر رعاية هذه المصالح في الإسلام تتمثل في طلب تحقيقها وتحريم ما يمنع بقاءها . فتحقيق الدين يكون بإقامة العبادات ، والمحافظة عليه يكون بمجاهدة من يريد إبطاله وبمعاقبة المرتد عنه والذي يُبطن العداء له . وتحقيق النفس يكون بالتزواج الذي يؤدي

(5) الدكتور وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص 40 - 41 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : ذات المرجع ص 128 .

(6) الدكتور محمد يوسف موسى : ذات المرجع ص 129 .

(7) ورد ذكر هذا الحديث عند الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص 129 .

(8) الدكتور وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص 50 - 55 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 40 - 43 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 27 - 29 .

الى بقاء النوع الإنساني ، والمحافظة عليها يكون بفرض العقاب على القاتل وتحريم الانتحار . والنسل يتحقق بإيجاده بالزواج ، والمحافظة عليه يكون بالعقاب على الزنى والفاحشة وتحريم إجهاض المرأة الحامل ، إلا لضرورة . والعقل الموهوب للإنسان يتحقق بإباحة كل ما يكفل سلامته ، والمحافظة عليه تكون بتحريم ما يؤذيه أو يضعف قوته كشرب الخمر وتعاطي المخدرات . والمال يتحقق بالسعي في طلب الرزق وإجراء المعاملات بين الناس ، والمحافظة عليه تكون بتحريم أكل مال الناس بالباطل وتحريم الغش والربا وفرض العقاب على جرائم الأموال .

فكل ما يتضمن تحقيق المصالح الخمس السابقة والمحافظة عليها هو مصلحة يجب التحري عنها ، لأن عليها يقوم أمر الدين والدنيا وبالمحافظة عليها تنتظم شؤون الأفراد والجماعات . وكل ما يفوت تلك الأصول الخمسة فهو مفسدة يجب دفعها والعقاب عليها⁽⁹⁾ .

وإذا تعارضت المصالح والمفاسد رُجِحَ أعظمها ، فإن كان الأعظم مصلحة شرع الحكم لجلبها وإن كان الأعظم مفسدة شرع الحكم لدفعها . فقتل القاتل مفسدة لأن فيه تفويت حياة إنسان ولكنها جازت لأن فيها تحقيق مصلحة أعظم وهي حفظ حياة الناس على العموم . وترك المحتكر دون اعتراض عليه مصلحة له لأن في ذلك تحصيل الربح له ولكن فيه مفسدة أعظم وهي الإضرار بالناس فشرع المنع من الاحتكار . وهكذا تجري قواعد الشرع على نمط واحد وعلى أساس واحد هو جلب المصالح ودرء المفاسد ، ولذا فهي تصلح لكل زمان ومكان⁽¹⁰⁾ .

12 - أسلوبه إيجابي وسليبي . بمعنى أن الشرع يأمر بالمعروف ويرغب فيه عن طريق الوعد الحسن وهذا يشكل أسلوباً إيجابياً ، وينهي عن المنكر والأذى بالتهديد والزرع الشديد وهذا ما يعتبر أسلوباً سلبياً . فالأسلوب الشرعي إيجابي وسليبي ، لأنه يقصد الى جلب المصالح ودرء المفاسد قصداً أولاً .

والفضائل مأمور بها في الإسلام فهي واجبة ، والرذائل منهي عنها فهي محرمة . أما القانون الوضعي فهو في الأساس ينهي عن الرذائل درءاً للمفاسد في المجتمع ، وإذا حضّ على الخير فبالتبعية لا بالقصد الأساسي ، وهو لهذا سلبى فحسب أو سلبى أكثر منه إيجابي . وبعبارة أخرى ، فإن الشرع الإسلامي ينظر الى الفضائل والرذائل من خلال نظرة إيجابية وسلبية تنطلق من الخير والمثل العليا ، أما القانون الوضعي فلا ينظر إليها إلا من خلال

(9) الدكتور أحمد فراج حسين : المرجع السابق ص 27 .

(10) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 42 - 43 .

13 - الثبات والمرونة في قواعده . الشرع الإسلامي شرع عام ، أنزله الله لهداية الناس كافة ، منذ أن نزل الى أن يرث الله الأرض ومن عليها فهو لا يقبل التغيير والتبديل لأنه من عند الله ، وما كان من عند الله فهو يتصف بالكمال ، ومحاولة تغيير أي شيء مما يتصف بالكمال تعني بدهاء إلحاق النقص به بقدر ما يناله من التغيير أو التبديل . انه شرع خالد لأن فيه من الحيوية والنشاط والتفاعل الداخلي ما يجعله يستوعب جميع القضايا ، والنوازل التي تتجدد بتجدد الأزمان كلها ، ويستجيب لكل الحاجيات القانونية التي يقتضيها تبدل الظروف والأحوال والأماكن ، وهو كامل لأنه تناول كل المجالات المتعلقة بشؤون الناس الأخروية والدنيوية ، سواء كانت من الناحية الاعتقادية الدينية ، أم من الناحية الأخلاقية ، أم من ناحية صلة العبد بربه بفرض العبادات ، أم من ناحية صلة الأفراد بعضهم ببعض أو بالدولة بتنظيم المعاملات .

والقواعد الشرعية الواردة في هذه المجالات منها ما هو قطعي لا مجال فيه للإجتهد ، ولا يقبل التغيير والتبديل لأن له طبيعة مستقرة ، وركائز ثابتة ، وحقائق خالدة لا تتأثر بتأثر الأحوال والظروف ، وتغير الزمان والمكان ، ومنها ما هو غير قطعي فيه مجال للاجتهد والرأي ويمكن أن يناله التبديل والتغيير⁽¹²⁾ .

فالقواعد الشرعية الاعتقادية ثابتة غير خاضعة لسنة التغيير لطبيعة هذه القواعد، فالله سبحانه وتعالى وصفاته والايان به واليوم الآخر ، هي حقائق أزلية خالدة لا يمكن تصوّر خلاف أي شيء منها أو تغيير حقيقة من حقائقها ، إذ ما بعد الحقيقة إلا الضلال .

والتعاليم الأخلاقية كوجوب الصدق والاستقامة والوفاء بالعهد قواعد مستقرة غير قابلة للتبديل ، لأنها فضائل وتغيير أي شيء منها يعني استبدال الرذائل بها . وكذلك أحكام العبادات كوجوب الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وما لهذه الفرائض من أركان وشروط تبقى ثابتة غير خاضعة لسنة التطور .

وأما مسائل المعاملات المتعلقة بأعمال وعلاقات الأفراد والجماعات ، فبعضها ثابت لورود النص القطعي أو الإجماع بشأنه فهو غير قابل للتبديل مثل أنصبة الميراث وحرمة الجرائم وحرمة الربا والغش في المعاملات وتطبيق العقوبات الإسلامية⁽¹³⁾ . وبعضها

(11) الدكتور أحمد فراج حسين : المرجع السابق ص 25 ؛ موسوعة الفقه الاسلامي ج 1 ص 45 .

(12) الاستاذ نظام الدين عبد الحميد : مفهوم الفقه الاسلامي ص 21 .

(13) الاستاذ نظام الدين عبد الحميد : المرجع السابق ص 22 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 43 - 47 .

الآخر المتعلق بجزئيات أمور المعاملات الخالية من النصوص المقيدة ، والمتعلق بتنظيم العلاقات المعيشية بين الأفراد بعضهم مع بعض ، وبينهم وبين حكوماتهم ، وما يخص منه بأسس تعامل الجماعات الإسلامية بعضها مع بعض وبغيرها ، فإنه من القواعد الفقهية الخاضعة لسنة التطور والتبدل بتبدل الظروف والأحوال والأماكن ، وفق ما تقتضيه مصالح العباد . وقد جاء التشريع بشأنه في شكل قواعد عامة ومبادئ كلية مرنة وشاملة تلبي حاجات الناس ، وتحقق مصالحهم في العاجل والأجل ، ويحتاجها كل قانون ونظام ، كوجوب العدل والمساواة والشورى⁽¹⁴⁾ ورفع الحرج ودفع الضرر ورعاية الحقوق لأصحابها وأداء الأمانات إلى أهلها وغير ذلك . فهذه القواعد جاءت بصورة مرنة وشاملة لتتسع لحاجات الناس وتستجيب لمطالبهم في كل عصر ومكان⁽¹⁵⁾ .

هذا وليس صحيحاً وصم الشرع بعدم الصلاحية ، لأن القائلين بأن الشرع الاسلامي لا يصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشرع الاسلامي على القوانين الوضعية ، وبصلاحية الشرع لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور .

وفوق هذا فالقائلون بعدم صلاحية الشرع فريقان : فريق لم يدرس الشرع ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشرع وفقهه . وكلا الفريقين ليس أهلاً للحكم على الشرع لأنه يجهل قواعده ، ومن يجهل شيئاً لا يصلح للحكم عليه .

والواقع أن الجاهلين بقواعد الشرع يبنون رأيهم الخاطئ في عدم صلاحية الشرع لمثل هذا العصر على قياس خاطيء ، وليس على دراسة علمية ، ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب الى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر فكذلك الشرع الاسلامي الذي كان سائداً في العصور الوسطى ، والذي ظل الكثير من قواعده معمولاً به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفي هذا القياس الباطل خطوهم المجسم الذي يتلاشى عند الدراسة المنطقية ووجه الخطأ في هذا القياس أنهم سوا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشرع الاسلامي الذي تكفل بوضعه خالق البشر ، فهم حين يقيسون انما يقيسون الأرض بالسواء والناس برب الناس ، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس الانسان نفسه بربه وأرضه بسماؤه⁽¹⁶⁾ ؟ فالقول بأن القانون الحديث قد يكون خيراً

(14) يراجع بشأن المساواة والشورى كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 15 و 16 ص 81 - 95 .

(15) تراجع أمثلة على هذه القواعد فيما خص نظام الدولة : الاستاذ عبد الوهاب خلاف : السياسة الشرعية ، ص 21 - 24 .

(16) الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج 1 ص 12 - 13 .

من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديماً بما يصنعه الناس اليوم ، ولكن الحديث لن يتهياً له أن يصل الى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس . فلقد صنع الله السماء والأرض وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا نحن البشر ، فهل يُحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ وإذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق في مستوى ما صنعه مخلوق آخر ، فإن هذه العقول لا تستسيغ بأي حال أن تضع ما يصنعه المخلوق في مستوى ما صنعه الخالق ، وبالتالي ليس من المعقول أن يتساوى الشرع الاسلامي وهو من صنع الله بالقوانين الوضعية التي هي من صنع البشر⁽¹⁷⁾ .

المطلب الثالث : مفهوم الفقه الاسلامي

26 - (أولاً) - معنى الفقه الاسلامي⁽¹⁸⁾ :

الفقه في اللغة له معنيان : الأول - مطلق الفهم ، يقال فلان يفقه الخير والشر أي يفهمه . والثاني - فهم قصد المتكلم من كلامه ، قال تعالى : ﴿ وأحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي ﴾ (سورة طه ، آية 27) ، أي يفهموا قولي . وقال أيضاً : ﴿ قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً ما تقول ﴾ (سورة هود ، آية 91) ، أي لا نفهم . وفهم الشيء الذي يصح إطلاق الفقه عليه لا يكون إلا بالعلم الدقيق بالشيء ، ولذا لا يقال فقهاء أن السماء فوقنا ، لتعذر العلم الدقيق بها .

وغلب استعمال الفقه على العلم بأحكام الدين لشرفه ، يقول النبي ﷺ : من يريد الله به خيراً يُفقهه في الدين⁽¹⁹⁾ .

وكان الفقه يُطلق في صدر الإسلام على العلم بالقواعد الشرعية بجميع أنواعها ، إعتقادية كانت أم أخلاقية أم عملية ، وهو بهذا الإطلاق يمثل الطابع الحقيقي للتفكير الاسلامي ، لأن الفقه حتى فيما يتعلق بالعقائد وكل ما هو من أمور الآخرة إنما يقوم على القرآن والسنة النبوية ، ويدور حولها غير متأثر بما تأثر به علم الكلام من الفلسفة الأجنبية ، ومحاولة التوفيق بين الدين والفلسفة⁽²⁰⁾ . والفقه بهذا المعنى يكون مرادفاً لكلمات (شرع ،

(17) الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج 1 ص 5 - 6 .

(18) موسوعة الفقه الاسلامي ج 1 ص 9 - 12 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 10 -

12 ، الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد ص 22 - 26 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل

لدراسة الفقه الاسلامي ص 11 - 13 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 54 - 56 ؛

الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه ص 31 - 33 ؛ الاستاذ نظام الدين عبد الحميد : مفهوم الفقه

الاسلامي ص 11 - 16 .

(19) رواه أحمد في مسنده البخاري .

(20) الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الاسلام ص 23 .

وشريعة ، وشرعة ، ودين) .

واستمر هذا الاطلاق الشامل حتى عصر الإمام أبي حنيفة الذي نُقل عنه قوله : أن الفقه هو معرفة النفس ما لها وما عليها ، وما هذه المعرفة إلّا معرفة قواعد الله بجميع أنواعها ، كما أنه سُمي كتابه في العقائد : « الفقه الأكبر » .

ولما تمايزت العلوم والمعارف وشاع التخصص بين العلماء ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصاً بنوع من القواعد الشرعية ، وهو القواعد العملية ، فكان يطلق مرة على العلم بتلك القواعد ، ومرة أخرى على ذات القواعد التي تستنبط بالاجتهاد .

وتبع هذا التخصص تخصيص لفظ الفقهاء بمن يعرف هذا النوع من العلم .

وقد عُرِفَ الفقه على الإطلاق الأول بأنه : « العلم بالأحكام - القواعد - الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية » ، وعلى الإطلاق الثاني بأنه : « مجموعة الأحكام المشروعة في الإسلام سواء أكانت شرعيتها بنص صريح من القرآن والسنة أم بالاجماع أو باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة »⁽²¹⁾ .

ولما شاع التقليد بين الفقهاء توسّع في إطلاقه فأصبح الفقه يطلق على مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي صراحة والتي استنبطها المجتهدون ، وما خرّجه المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم . وأضحى هذا المجموع هو المسمى بالفقه ، ومن يشتغل به أو يحفظه يسمى فقيهاً .

ثم تخصص هذا التعميم فاقصر مدلول الفقه على « العلم بجانب من الأحكام الشرعية »⁽²²⁾ ، وهي الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين كالوجوب والحظر - أي الحرمة - والاباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً ، وكون العبادة وقعت أداءً أو إعادة أو قضاء »⁽²³⁾ .

والمراد بالأحكام الشرعية أي المنسوبة الى الشرع الاسلامي⁽²⁴⁾ ، وهي المأخوذة منه

(21) الدكتور محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 32 - 33 .

(22) إن قول الفقيه في مسألة أو أكثر لا أدري لا يخرج عن كونه فقيهاً لأن المراد الملكة الفقهية ، وقد سئل الإمام أبو حنيفة عن معنى كلمة (دهر) فقال : لا أدري ، وسئل الإمام مالك عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها : لا أدري (الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الإسلام ص 27) .

(23) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 54 ؛ الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الاسلام ص 26 .

(24) يرى البعض أن كلمة الشريعة ومشتقاتها من شرع أو شريعة أو تشريع أو شارع أو مشرّع هي مصطلحات خاصة بالشرع الإسلامي أي بالطريقة الإلهية المتبعة في التشريع للناس دون سواها من طرائق الناس وأنظمتها ، وأن =

رأساً أو بواسطة الرأي والاجتهاد . والمقصود بـ « العملية » المتعلقة بأعمال المكلف من عبادات ومعاملات . والمقصود بالمكلف الانسان البالغ العاقل .

وبهذا المعنى الإصطلاحي الأخير لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الأحكام أو القواعد الاعتقادية والأخلاقية ، وصار مدلوله قاصراً على القواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات .

27 - (ثانياً) - صلة الفقه الإسلامي بالشرع⁽²⁵⁾ :

ومع أن لفظ الشرع أو الشريعة كثيراً ما يطلق ليُقصد به الفقه ، وذلك لاشتغال الشرع أيضاً على القواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات والتي يختص بها علم الفقه ، أو من باب إطلاق اللفظ العام ليراد به الخاص ، إلا أن التمييز بينهما واجب من الناحية الإصطلاحية ، وذلك للأسباب التالية :

1 - الفقه أخص من الشرع ، لأنه لا يُعنى إلا بالقواعد العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات فقط ؛ في حين أن الشرع شامل لمختلف القواعد الشرعية : الاعتقادية والأخلاقية والعملية . وإذا كان الفقه أخص من الشرع ، فيكون الشرع إذن أعم وأكثر شمولاً من الفقه لاستيعابه بين قواعده وإدخاله في علومه الشرعية .

2 - الشرع هو أساس بناء الفقه ، لأن الفقه إذا كان يعني العلم بالقواعد الشرعية العملية ، فإن العلم بهذه القواعد يعتمد على أصول الشرع من قرآن وسنة ، وعلى الأصول التي أقرها الشرع وشهد لها بالحجية كالقياس والإجماع وغيرها من المصادر التي لا يجوز لها أن تخالف أحكام القرآن والسنة النبوية .

3 - الفقه أضعف من الشرع من حيث القوة الملزمة . ذلك لأن الشرع هو من عند الله ، سواء أكان وحياً لفظياً ومعنى على صورة القرآن ، أو كان وحياً بالمعنى فحسب على صورة السنة النبوية . ولما كان الشرع إلهي المصدر ، فإن مخالفته لا تجوز والخضوع لقواعده

= القانونيين استعاروا المصطلحات الشرعية وأطلقوها على الأفكار الخاصة بالقانون الوضعي فاستعملوا كلمة الشرع للقانون ، والتشريع للتقنين ، والشارع أو المشرع لواقع القانون أو المقتن وغير ذلك من كلمات منسوبة إلى الشرع ، وكان أولى بهم التقيد بالكلمات غير الشرعية المشتقة من القانون (الاستاذ مناع القطان : كتاب التشريع والفقه في الإسلام ص 14 وما بعدها ، طبع دار مؤسسة الرسالة بيروت عام 1983) .

(25) الدكتور عبد الباقي البكري : المدخل للقانون والشريعة ص 107 - 109 ؛ الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 12 - 13 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 56 - 57 ؛ الاستاذ نظام الدين عبد الحميد : مفهوم الفقه الاسلامي ص 18 - 22 .

أمر واجب ، وخصوصاً فيما لا يقبل التبديل والتغيير كالأموال الاعتقادية والأخلاقية والثابتة بالنص⁽²⁶⁾ .

وأما الفقه ، فهو وإن استند الى أصول الشرع إلا أن للرأي والاجتهاد مجالاً واسعاً فيه . ولذلك تتفاوت القوة الملزمة لقواعده بتفاوت نصيب الرأي والاجتهاد في وضعها . فما ضعف فيه جانب الاجتهاد وجاء متقيداً بقواعد القرآن والسنة اعتبر جزءاً من التشريع الإلهي وامتنعت مخالفته . وما غلب فيه جانب الرأي جازت مخالفته⁽²⁷⁾ ، بشرط أن تقوم المخالفة على دليل شرعي أقوى أو على اجتهاد أقرب الى روح النصوص الشرعية .

هذا وتقتضي الدقة في الإصلاح عدم إطلاق إسم الشرع على الآراء الفقهية المحضة ، بل إحفاظها بتسمية الفقه فقط ، لأن الشرع من عند الله وهو مستقر لا يمكن تبديله وتغييره ، فإذا جَوَزنا إطلاق إسم الشرع على الآراء الفقهية التي تقبل التغيير ، لأدى ذلك الى القول بجواز تغيير بعض قواعد الشرع الأمر غير الجائز إسلامياً⁽²⁸⁾ .

28 - (ثالثاً) - أقسام الفقه الإسلامي وجزؤه القانوني :

(أ) - تعداد أقسام الفقه الإسلامي :

الفقه الاسلامي نظام شامل يحكم الإنسان وتصرفاته في كل حالاته ، وقد تناول بالتنظيم علاقة الانسان بربه في أبواب العبادات ، كما تناول بالتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات والدول في أبواب المعاملات .

غير أن الفقهاء المسلمين لم يعنوا قديماً ببيان أقسام هذا الفقه وفروعه ، كما فعل المعاصرون ، لعدم الحاجة حينذاك الى هذا التقسيم ، فالقضاء لم يكن متعدد الجهات ولا محدد الاختصاص كما هو الحال الآن ، وكان القاضي المسلم يحكم في كل نزاع يرفع اليه ، لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بأحوال الأسرة أو بالأموال أو بغيرها⁽²⁹⁾ .

ومع هذا ، فإن بعض الفقهاء ذكر شيئاً من أقسام الفقه . فالعلامة الحنفي محمد أمين الشهير بابن عابدين ، يذكر أن مدار أمور الدين على الاعتقادات ، والآداب ، والعبادات ، والمعاملات ، والعقوبات ، والأولان ليسا من الفقه⁽³⁰⁾ .

(26) لذا لا يجوز إطلاق إسم الفقه على هذه الأمور .

(27) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 108 - 109 .

(28) الاستاذ نظام الدين عبد الحميد : مفهوم الفقه الاسلامي ص 19 .

(29) الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 29 ؛ الدكتور مصطفى شلبي : المدخل في الفقه

الاسلامي ص 35 ؛ الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد ص 28 - 29 .

(30) حاشية ابن عابدين ج 1 ص 79 ، الناشر دار الفكر بيروت ، الطبعة الثانية لعام 1966 .

وأصحاب الشافعي يقسمون الفقه الى أربعة أقسام : العبادات ، والمعاملات ، والزواج وما يتصل به ، والعقوبات⁽³¹⁾ . وذلك لأن من القواعد الشرعية ما يتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، أو بأمر الدنيا . ومن هذه ما يكون القصد به بقاء الشخص وهي المعاملات ، أو بقاء النوع باعتبار المنزل وهو الزواج وما يتصل به ، أو باعتبار المدينة وهي العقوبات⁽³²⁾ .

وعلماء المذهب الجعفري يقسمون الفقه الى أربعة أقسام كذلك : العبادات ، والعقود ، والايقاعات ، والأحكام . وأساس هذا التقسيم أن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بأمور الآخرة أو الدنيا ، فإن كان الأول فهو عبادات ، أما الثاني فقد يحتاج الى صيغة أو لا يحتاج ، فغير المحتاج الى صيغة هو الأحكام كالدييات والقصاص والميراث والأطعمة ، وما يحتاج الى صيغة فقد يكون من طرف واحد أو من طرفين ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالايقاعات كالطلاق والعق والنذر ، وإن كان من طرفين سمي بالعقود كالمعاملات والنكاح⁽³³⁾ .

عبادات ومعاملات : وعلى الرغم من ذلك ، فإن الفقهاء المسلمين متفقون على أن الفقه ينقسم أولاً الى قسمين رئيسيين : عبادات ومعاملات ، وذلك لأن الفقه الإسلامي دين ودنيا أو دين وقانون ، وكذلك للاختلاف في القصد بين العبادات والمعاملات . فبينما يتجه القصد الأصلي في العبادات للتقرب الى الله ، يبتغي في المعاملات قضاء مصالح الإنسان المختلفة⁽³⁴⁾ .

وهناك اختلاف آخر بين القسمين متفرع عن الأول ، وهو أن الأصل في العبادات أن العقل لا يستطيع إدراك السر الحقيقي في تشريعها تفصيلاً ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بأنها غير معقولة المعنى ، جاءت بها النصوص أمرة أو ناهية ، لا يعلم حقيقتها إلا الله ، وكل ما نعرفه من أسرارها وعملها مما ورد به النص أو عُرِفَ بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء . وهي ثابتة مستقرة لا تتأثر باختلاف البيئات أو تتابع الأزمان ، ومن أجل هذا جاء بها القرآن مجملة وبينها الرسول بالسنة أكمل بيان .

وقد ألحق الفقهاء بالعبادات القواعد المنظمة للأسرة والمتعلقة بتكوينها ، لما فيها من

(31) نقلاً عن الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل لدراسة الفقه ص 115 .

(32) وهذا التقسيم نجده أيضاً في المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

(33) نقلاً عن الدكتور مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي ص 33 بالهامش رقم 2 .

(34) الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص 113 وما بعدها ؛ الدكتور مصطفى شلبي :

المدخل في الفقه الاسلامي ص 33 وما بعدها ؛ الدكتور محمد سلام مدكور : مناهج الاجتهاد ص 28 - 29 ؛

الدكتور صبحي حمصاني : فلسفة التشريع في الاسلام ص 23 - 25 .

تكاليف يحرص الشارع على تحقيقها حفظاً لنظام المجتمع على أسلوب ينبغي أن يتميز به الإنسان .

وأما المعاملات (أو العادات) فالأصل فيها أنها معقولة المعنى ، يدرك العقل كثيراً من أسرارها ، ولذلك نرى العقلاء على مر الأجيال المتعاقبة استعملوا عقولهم في تشريعها ، فأصابوا في الكثير منها ، وإن كان التوفيق جانبهم في بعضها الآخر ، ولما جاء الاسلام أقر بما كانوا يتعاملون به أموراً غير قليلة .

وقواعد هذا القسم الأخير جاءت في الغالب مجملة في النصوص دون تفاصيل ، وعلى شكل قواعد عامة وأصول كلية مقرونة بعلمها ليكون ذلك عوناً لأصحاب الشأن على فهم حقيقتها مهما تغير الزمن واختلفت البيئات .

وعلى الرغم من إتفاق الفقهاء على التقسيم السابق ، فإن الباحث في كتب الفقه الإسلامي يلاحظ أنه كثيراً ما يذكر في قسم المعاملات أبواب ومباحث هي أدنى الى العبادات ، كالوقف والعق والأضحية . وهم يذكرون لهذا الصنيع أسباباً مختلفة ، وكلها يرجع الى وجود مناسبات قوية أو ضعيفة اقتضته .

والفقهاء بعد إتفاقهم على تقديم قسم العبادات بالبحث ، يختلفون بما بعد هذا القسم في ترتيب أبواب الفقه وفروعه . فأنصار كل مذهب من المذاهب الإسلامية لهم في مؤلفاتهم ترتيب خاص بحسب وجهة نظر خاصة تصدر عنهم في هذا الترتيب ، وسيأتي لاحقاً ذكر هذه الفروع عند الكلام عن أقسام وفروع القانون الاسلامي .

ومع هذا ، يمكن القول بأن الفقه الاسلامي تناول في قسم المعاملات جميع فروع القانون اللازمة لتنظيم كافة العلاقات بين الأفراد بعضهم ببعض مسلمين وغير مسلمين ، وبين الأفراد والدولة ، وبين الدول بعضها مع بعض في أوقات السلم والحرب⁽³⁵⁾ ، كما سيرد لاحقاً في موضعه .

(ب) - قسم الفقه القانوني وتعريفه : من المعروف أن القانون الوضعي لا يتعرض لصلة الإنسان بربه التي تحكمها العبادات ، على حين أن الفقه الاسلامي دين وقانون أو عبادات ومعاملات . لذا فإن ما يسمى في الفقه « بالمعاملات » بالمعنى الواسع للكلمة ، بحيث تشمل كل المعاملات القانونية العامة والخاصة ، هي التي تقابل كلمة « القانون » في إصطلاح القانونيين .

(35) الدكتور محمد سلام مذكور : مناهج الاجتهاد في الإسلام ص 29 .

هذا ، ويُعرّف البعض القانون الإسلامي بأنه : « مجموعة القواعد الشرعية المستفادة من القرآن والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتمدة شرعاً ، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع ببيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود يجب عدم تجاوزها وإلا تعرضوا للجزاء الشرعي الذي يستحقونه »⁽³⁶⁾ .

ويعرفه البعض الآخر بأنه : « كلمة من الله في صورة خطاب لتنظيم الأفعال الانسانية والأقوال وحتى الأفكار والنيات . وهذا الخطاب يعبر عن إقرار الله لبعض الأفعال والأقوال على أساس أصل الإباحة ، وأمره باتيان بعض الأفعال ونهيه عن مقارفة البعض الآخر ، وتبيان الجزاء في حالة مخالفة هذا الأمر أو النهي »⁽³⁷⁾ .

29 - (رابعاً) - مزايا الفقه الاسلامي :

للفقه الاسلامي مزايا تميّزه عن سائر القوانين والنظم الوضعية ، ومن هذه المزايا ما يرجع الى أساسه الشرعي ، ومنها ما يرجع الى طبيعة الفقه ذاتها ، ويمكن تلخيص تلك المزايا على النحو الآتي :

1 - قيام الفقه على أساس الشرع ومزاياه : الفقه الإسلامي ليس شيئاً مستقلاً بذاته وحيداً بمقوماته ، وإنما هو أحد أقسام الشرع الاسلامي ويقوم على أساسه ومبادئه ومزاياه . ومن ثمّ فله مزايا الشرع الخاصة بالمعنى الديني الذي يُكسب الفعل وصف الحلال والحرام ، والتي تحقق الامتثال الاختياري لقواعده ، والتي تجعل الرقابة مزدوجة على الفعل في الدنيا والآخرة ، فضلاً عن المزايا الخاصة بمراعاة الأخلاق ، ونظرة الاسلام الكلية للحياة وسمّوه ، ووسطيته واعتداله ، وواقعيته ومثاليته ، ويسره وسماحته ، وتحقيقه لمصالح الناس ، وقد ورد سابقاً تفصيل هذه المزايا⁽³⁸⁾ .

2 - شمولية الفقه للعبادات وفروع القانون : الفقه الإسلامي نظام كامل شامل لم يترك صغيرة ولا كبيرة إلا وتعرض لها بالبحث ، وقد تدرج مع الإنسان في جميع مراحل حياته وقرر حقوقه قبل ميلاده وبعد وفاته ، وتناول بالتنظيم صلة الإنسان بربه في قسم العبادات ، كما تناول بالتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات والدول في قسم المعاملات⁽³⁹⁾ .

(36) الدكتور عبد الكريم زيدان : نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص 5 و 6 ، طبع مؤسسة الرسالة ببيروت ، الطبعة الثانية لعام 1989 .

(37) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : الأصول العامة لعلم القانون (نظرية القانون) ص 119 ، الناشر ، مكتبة عمان 1968 .

(38) يراجع سابقاً رقم 27 .

(39) الدكتور أحمد فراج حسين : تاريخ الفقه الاسلامي ص 29 .

وبذلك يكون الفقه الإسلامي مستوعباً لجميع فروع القوانين الوضعية الحديثة ، العام منها والخاص⁽⁴⁰⁾ .

والفقه الاسلامي وإن كان متناولاً لمختلف أوجه الحياة غير أنه أقل شمولاً من الشرع الاسلامي لعدم اشتماله على أصول العقيدة الدينية والأخلاق ، وأكثر شمولاً من القوانين الوضعية لتناوله العبادات والمعاملات القانونية معاً ، ومن هنا يعتبر الفقه الاسلامي ديناً وقانوناً في آن معاً⁽⁴¹⁾ .

3 - الفقه الاسلامي تقويمي لا تفريري : ليس الفقه الاسلامي مجرد قواعد تنظيمية تعني بتنسيق العلاقات بين الأفراد في المجتمع ، أو بين الدولة والأفراد والجماعات والدول ، يوازن بين المصالح المتعارضة ، فيغلب بعضها على بعض لاعتبارات إجتماعية أو إقتصادية أو سياسية كما هو الشأن في القوانين الوضعية ، بل هو فقه تقويمي يعتمد في قواعده على مصادر سماوية ، تجعل للمثل العليا والكمالات الأخلاقية المقام الأول في تشريعها . فهو يمزج بين قواعد الأخلاق والقانون عن طريق الجمع بين العدل والإحسان . واقتضاء الحق والتسامح ، والاقتصاص والعفو ، والدعوة الى التعاون على الخير واجتناب الإثم والعدوان . وهذه مزية يتفرد بها الفقه الإسلامي ، ويحلم فلاسفة القانون بتحقيقها⁽⁴²⁾ .

4 - مرونة قواعده وقابليته للحياة : ويمتاز الفقه الاسلامي بمرونته وقابليته للبقاء والحياة بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه المزية دليل على صلاحية الشرع الإسلامي للتعميم والبقاء ، لأن الفقه ليس إلّا وجهاً من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشرع وقواعده ، وتطبيقاً لمبادئه وأصوله على جزئيات الوقائع والأحداث حسب الأزمنة والأمكنة ومصالح الناس⁽⁴³⁾ .

وإذا كان الفقه قسمين : عبادات ومعاملات . فإن العبادات ليست قابلة للتطور ، لأنها فروض تعبدية لا تعوق الحضارة الحديثة تطبيقها والالتزام الكامل بها . أما ما أحدثته وسائل المواصلات من تقدّم مذهل في الجو والفضاء فيمكن إبداء الرأي الشرعي فيها ، كالجمع بين الصلاتين تقديماً أو تأخيراً قبل الصعود الى الطائرة ، والأخذ بتوقيت البلد الذي تحلق الطائرة فوقه للصلاة وبدء الصيام وإنهائه ، والاتجاه نحو الأرض في سفن الفضاء يعد

(40) سيرد لاحقاً تفصيل ذلك عند الكلام عن أقسام وفروع القانونين الوضعي والاسلامي .

(41) يراجع بشأن كون الاسلام ديناً وقانوناً رقم 13 .

(42) الدكتور فتحي الدريبي : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 78 .

(43) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ص 58 .

اتجاهاً نحو القبلة ، واعتبار المركبات الفضائية مثل السفن في التوجه نحو القبلة إذا كانت دائرية حول الأرض ، وعلى أي حال إذا تعذرت الصلاة في مثل هذه المسائل ، فيصلي المصلي إيماءً ، ثم يعيد صلاته إذا شاء أو لا يعيدها قياساً على حالة المريض الذي اشتد به المرض فلم يستطع التحرك ، كما أن رواد الفضاء لا يستطيعون الحركة غالباً⁽⁴⁴⁾ .

وأما المعاملات ، فإن مصادر الفقه بشأنها ذات مرونة وسعة بحيث تمد بجميع الحلول اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة ، وبهذا يكون فقه المعاملات حياً متطوراً متحرراً وإن كانت أصوله الشرعية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل . ومن هذه المصادر الفقهية المرنة المصالح المرسلة والعرف والقياس ، وسيجيء الكلام عن هذه المصادر في موضعها .

وتجدر الإشارة هنا الى القاعدة الفقهية التي تقول بأنه : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » ، أي أنه ليس ما يمنع تغير الأحكام القائمة على مصلحة أو قياس أو عرف .

كما ينبغي أن يلاحظ أن بعض الأوضاع القانونية حالياً يقوم على أساس وجود أوضاع اقتصادية وتجارية حديثة لم يكن لها نظير في الماضي الاقتصادي الاسلامي ، وذلك كالشركات المساهمة وعقود التأمين والمصارف وغير ذلك . فهذه الأوضاع الاقتصادية الجديدة يمكن تخريج قواعد لها على أسس الفقه الاسلامي ونظرياته ، إذ أن المبادئ القانونية فيه ذات سعة ومرونة وقابلية عجيبة للاستيعاب والتفريع . فالنصوص الأصلية لهذه المبادئ - في القرآن والسنة النبوية - يمكن حصرها في بضعة عشرات من الصفحات ، وقد كانت صالحة وكافية لأن يتفرع عنها ويُستمد منها خلال العصور الاسلامية الأولى فقه عظيم كالبحر المحيط ، ومذاهب قانونية اجتهادية ونظريات مهمة فيها ، تكوّنت منها مكتبة فقهية في الإسلام بلغت آلاف المجلدات ، وكل قاعدة فيها مقرونة بدليلها من تلك النصوص بطريق الشمول أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناوّلها النص .

وتلك القواعد الجديدة للأوضاع التجارية والاقتصادية الحديثة ، بعد تخريجها وبنائها على أسس الفقه الاسلامي ونظرياته ، تُلحق به وتصبح جزءاً منه ، وتصبح مرجعاً للاجتهاد القضائي والتفسير القانوني⁽⁴⁵⁾ .

ومن خلال المرونة التي يتميز بها الفقه الإسلامي يستطيع المجتهدون في كل وقت استنباط الحلول المناسبة للوقائع المعاصرة ، والكشف عن الحكم الشرعي فيها بما يحقق مصالح الناس ويكفل سعادتهم .

(44) الدكتور وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الاسلامي ص 24 .

(45) الاستاذ فتحي عثمان : الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه ص 352 - 353 ، الناشر مكتبة وهبة بمصر بدون تاريخ ؛ الاستاذ مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 1 ص 5 - 6 .

هذا وليس هناك من تناقض بين القول بأن الشرع الإسلامي شرع خالد لا يقبل التبديل ، والقول بأن القواعد الفقهية الخاضعة للاجتهاد تقبل التطور وفق الظروف والأحوال والاعتبارات ، لأن القول الأول راجع الى حجية المصدر والثاني راجع للاستنباط والتطبيق⁽⁴⁶⁾ .

ومع التسليم بأن بعض الأحكام الشرعية العملية قابل للتغيير والتطور ، إلا أن هذه الأحكام أقوى على مواجهة تجدد الأوضاع وتبدل الأحوال وهي أكثر ثباتاً في التطبيق من قواعد القانون . ولذلك فإن كثيراً مما استقر وضعه وتفصيله منها على يد الفقه الاسلامي يتمتع بثبات نسبي . فلا يُنكر روح العصر الحالي ولا تأبى طبيعة الأوضاع الحاضرة فكرة تطبيق الكثير منها رغم مضي أكثر من اثني عشر قرناً على رسوخها . ولعل مرد هذا الثبات النسبي ، الاعتبارات الدينية والأخلاقية ، التي تأسست عليها ، من مساواة وإنصاف وخير وفضيلة ورعاية مصالح الناس ودفع المفاصد عنهم . وهذه الاعتبارات تنطوي على قيم رفيعة تأسر العقول وتستهوئ النفوس دائماً وتفرض صلاحها في التطبيق رغم تباعد الزمان وتباين المكان⁽⁴⁷⁾ .

5 - التطور في الفقه ليس عبثاً : إنه الفقه الاسلامي في تطوره ليس مظهرًا للإرادة الإنسانية المتغيرة بما يثيرها من نوازع وأهواء ، أو صدى للعوامل الاقتصادية والاجتماعية تعصف بالقديم من أصوله لتقيمه على أسس جديدة مناقضة لسابقتها ، كتعبير وقتي لتطور تلك العوامل ، بل هو فقه يستند الى أصول تشريعية سبّوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله ، ومن دلائل أخرى تقوم على هذين الأصلين الرئيسيين ، نصاً أو معنىً وروحاً . والسّر في ثبات واستقرار أسس الفقه الاسلامي التشريعية أنه يعصم المجتهد من الوقوع في الإسراف والظلم والعبث بمقومات الحياة الأساسية ، ويحول دون جعل الأهواء أساساً للتشريع . ففروع هذا الفقه - على ضخامتها وتنوعها نتيجة لوفائها بمقتضيات حاجات الناس - ينتظمها تيار خفي من المنطق التشريعي السليم في كل باب من أبوابها ، يرتد الى تلك الأصول والمبادئ التي رسمت الإطار العام للتنظيم الاجتماعي الإسلامي ، وهو ذو مزايا خاصة تميزه عن سائر النظم الاجتماعية .

ولما كان هذا الفقه فروعياً متطوراً يرتد الى أصول ثابتة تحفظ مقاصد التشريع ، وتصون القيم الأساسية للحياة الإنسانية من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، فإن الباحث يجد فيه مجالاً خصباً لإشادة نظريات فقهية ذات معايير منضبطة « كنظرية العقد » و« نظرية العذر » و« نظرية التعسف في استعمال الحق » ، وغير ذلك من النظريات

(46) الأستاذ نظام الدين عبد الحميد : مفهوم الفقه الاسلامي ص 23 .

(47) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 48 ص 130 .

العامة التي تتسع لكل ما يطرأ من جزئيات الوقائع المتجددة⁽⁴⁸⁾ .

ومثال على ثبات أصوله « فكرة الحق » ، فالفقه الاسلامي لا يقر هذه الفكرة ويؤيدها كدعامة أساسية في التنظيم التشريعي ، ثم لا يلبث - بتأثير ظروف وقتية مستحدثة - أن يأتي عليها ويلغيها جملة ، الأمر الذي يؤدي الى تناقض في أسس التشريع العامة ، وما يستتبع ذلك من قلب لمعالم الحياة في المجتمع ، وتقويض لنظامه جملة وفي طرفة واحدة . فالمفكر إنسان ، وقد يميل عداؤه الشديد لمذهب معين ، التنكر لأسسه العامة ، وإقامة فقه مناقض له تماماً ، وما عُرف كالهوى عابثاً في التشريع ، والدليل على الهوى والحماس في القانون الوضعي هذا الميل في التطرف جهة اليمين أو جهة اليسار ، فبينما يلاحظ من جهة اطلاق الحقوق في معظم الدول الغربية ذات النزعة الفردية ، على الرغم مما استتبع ذلك من مظالم اجتماعية نتيجة محاباة رأس المال على حساب العمل ، يلاحظ من جهة أخرى تدويب شخصية الفرد في بوتقة الجماعة ، وإلغاء فكرة الحق في النظم ذات النزعة الجماعية . وهذا التناقض والتنكر للأسس العامة للتشريع لا وجود له في الفقه الاسلامي المتطور في فروعه الثابت في أصول الشريعة العامة⁽⁴⁹⁾ .

6 - الحق في الفقه منحة إلهية : تختلف فكرة الحق في الفقه الاسلامي عنها في القانون الوضعي ، لأن مصدر فكرة الحق في الإسلام إلهي ، فالله هو الذي يمنحها للإنسان ليستعملها في الطرق التي رسمها الشرع له بحيث لا تتعارض مع المبادئ فبعضهم يرى أن القانون هو مصدر الحقوق ، والبعض الآخر يعتقد بأن الحقوق ثابتة للإنسان بمقتضى طبيعته الإنسانية ، ويقتصر دور القانون على إقرارها وحمايتها وتختلف الحقوق في الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي من حيث طبيعتها أيضاً ، فالحقوق في الفقه الإسلامي قسمان : حقوق لله وحقوق للإنسان ، وتوجد حقوق أخرى تابعة لهذين الحقيين ، بخلاف الحق في القانون فإنه لا يعترف بحقوق الله .

وأخيراً تختلف الحقوق في الفقه الاسلامي عن القانون من حيث الماهية والحقيقة ، فهي في الإسلام يباشرها صاحبها بالنيابة عن الله ، باعتبار الانسان خليفة عنه في إقامة المصالح لتحقيق مقاصد الشرع الضرورية والحاجية والتحسينية ، حتى تقوم المصالح الدنيوية والأخروية التي يتحقق بها النفع العام ، ولهذا كان من الواجب أن تتوافق مقاصد الإنسان مع مقاصد الشرع في هذا المجال ، بخلاف القانون الوضعي فإنه لا يعترف بهذه الأمور⁽⁵⁰⁾ .

(48) الدكتور فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة ص 64 - 66 .

(49) الدكتور فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 66 - 67 .

(50) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الاسلامي ص 123 - 124 .

30 - (خامساً) - الفقه والمصطلحات القانونية :

(أ) - الفقه ولفظ القانون :

سبق الكلام أن لفظ كلمة « قانون » عربي المصدر مادة وشكلاً⁽⁵¹⁾ ، غير أن الفقهاء المسلمين ندر أن استعملوا في الإصطلاح هذا اللفظ للدلالة على المعاملات القانونية الملزمة ، وإنما استعملوا مكانه كلمات الشرع والشريعة والحكم الشرعي والفقه الاسلامي⁽⁵²⁾ .

ومع هذا ، فإننا نجد من الفقهاء من استعمل كلمة « قانون » بهذا المعنى كالإمام المالكي أبي القاسم ابن جزى ، من أهل غرناطة ، الذي عاش في أوائل القرن الثامن الهجري / القرن الرابع عشر الميلادي (693 - 741 هـ / 1293 - 1340 م) ، وذلك في كتاب له سماه « القوانين الفقهية »⁽⁵³⁾ وقد لخص فيه مذهب المالكية بالمقارنة مع غيره .

وكذلك نجد أن الامام الحنبلي ابن القيم الجوزية في كتابه « إعلام الموقعين عن رب العالمين » قد استعمل كلمة « قوانين سياسية » للدلالة على القواعد المقننة بأوامر ولاية الأمر بناء على دواعي السياسة الشرعية⁽⁵⁴⁾ . وقد دل تعبير ابن القيم بلفظ « القوانين السياسية » على أن إطلاق هذا اللفظ على الأنظمة التشريعية الزمنية كان مستعملاً في إصطلاح الفقهاء المسلمين قبل ابن القيم المتوفى (سنة 751 هـ / 1350 م) .

وتجدر الإشارة هنا الى أن كلمة القانون لا يمكن إطلاقها - حسب وجهة النظر الإسلامية - على كل قول نطق به فقيه من الفقهاء أو إمام من الإئمة المجتهدين أو كان مذكوراً في كتاب من كتب الفقه ، وإنما القانون في الإسلام عبارة عن أربعة أشياء :

- 1 - نص ثابت عن الله في القرآن . 2 - شرح لنص قرآني أو سنة ثابتة عن النبي .
- 3 - استنباط أو قياس أو إجتهداد أو إستحسان انعقد عليه إجماع الأمة أو أفتى به جمهور العلماء وظلّت تسلم به أغلبية المسلمين . 4 - كل ما يتفق عليه أهل الحل والعقد في بلد إسلامي بإجماعهم أو أغلبية آرائهم⁽⁵⁵⁾ .

(ب) - الفقه والتسميات القانونية :

قدّمنا أن الفقه الاسلامي نظام شامل تناول بالتنظيم في أبواب المعاملات القانونية

(51) يراجع سابقاً رقم 20 .

(52) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع في الإسلام ص 15 .

(53) ومن مطبوعاته : طبعة دار القلم بيروت بدون تاريخ .

(54) إعلام الموقعين عن رب العالمين ج 4 ص 372 و 373 الناشر دار الجيل بيروت .

(55) العلامة أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية ص 178 - 179 .

العلاقات بين الأفراد والجماعات والدول ، أي جميع فروع القانون الوضعي الحديث العام (كالقانون الدستوري ، والإداري ، والمالي ، والعقابي ، والدولي العام) والخاص (كالقانون المدني والتجاري ، والمحاكمات المدنية ، والدولي الخاص وغيرهم) ، والتي سترد بالتفصيل لاحقاً عند الكلام عن أقسام وفروع القانونين الوضعي والاسلامي .

لكن هنا لا بد من إشارة سريعة عن مصطلحات الفقه فيما خص أقسام وفروع القانون . فالقانون العام والقانون الخاص هما - في الفقه الإسلامي - قسمان لنظام قانوني واحد ، دون أن يكون لأحدهما الصدارة على الآخر من حيث القوة القانونية ، فكلاهما يتساوى مع الآخر ما دام أن مصدرهما واحد ، فالقواعد الواردة في القرآن كلها متساوية من حيث طبيعتها القانونية ، والقواعد الواردة في السنة النبوية كلها متساوية من حيث طبيعتها القانونية . غير أن الاختلاف في القوة القانونية قائم على أساس التدرج في قوة المصدر⁽⁵⁶⁾ . لذا لم يقسم الفقهاء المسلمون قديماً قواعد المعاملات القانونية الى عام وخاص ، كما أنهم لم يكن يذكرون في كتبهم المسائل المتعلقة بالقانون الدستوري والإداري والمالي مستقلة عن بعضها في فروع وبتلك التسميات ، وإنما عرضوا لها بعنوان السياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية . ولم يخصصوا لقانون العقوبات عنواناً مستقلاً ، وإنما عرضوا له في أبواب الجنايات والحدود والديات مثلاً . وهذا ما فعلوه بالنسبة للقانون الدولي العام والخاص ، إذ لم يفرّدوا له فرعين مستقلين ، وإنما ذكروه في أبواب السير والمغازي والجهاد والغنائم والأمان وعقد الذمة واختلاف الدين واختلاف الدارين . وعلى غرار ذلك ساروا في فروع القانون الخاص ، فهم لم يفرّدوا للقانون المدني عنواناً مستقلاً عن غيره وإنما عالجوا مسأله تحت مختلف العناوين والأبواب كأحكام البيوع والإجارة والهبة والإعارة والوديعة والكفالة وغيرها ، وعالجوا القانون التجاري في أبواب الشركات والصرف والمضاربة والتفليس . وما كان عندهم كثير من الإصطلاحات المعروفة في زماننا : كقانون المحاكمات ، والتنظيم القضائي ، وغير ذلك . وقد عالجوا المسائل المتعلقة بهذه القوانين في أبواب الدعوى والشهادة والإقرار والقضاء وآداب القاضي⁽⁵⁷⁾ .

(56) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 182 - 183 .

(57) العلامة أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهديه ص 177 - 178 .

المبحث الثاني صفات القانون والشرع

المطلب الأول: خصائص القواعد القانونية والشرعية الفرع الأول: خصائص القواعد القانونية

31 - تعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها :

قلنا عند الكلام عن تعريف القانون الوضعي بأنه « مجموعة من القواعد تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع بصورة عامة مجردة ، وتوقع الدولة جزاءً على مخالفتها » .

ولما كان القانون الوضعي عبارة عن مجموعة من القواعد ، فإن مفرد القانون أو الوحدة التي يتكون من مجموعها هي القاعدة القانونية ، وبالتالي فإن الكلام عن خصائص القاعدة القانونية هو بالضرورة كلام عن خصائص القانون الذي يتكون من مجموعة هذه القواعد⁽⁵⁸⁾ .

ومن هذا التعريف يمكن إجمال خصائص القاعدة القانونية بالآتي : هي قاعدة وضعية ، وقاعدة سلوك ، تحكم السلوك الخارجي ، وتخطب الأشخاص في مجتمع ، ولها صفة العموم والتجريد ، وهي ملزمة باقترانها بجزاء دنيوي . فنتناول هذه الخصائص الست بالشرح فيما يأتي :

32 - (أولاً) - القاعدة القانونية قاعدة وضعية :

فهي تتكون عادة من عمل الإنسان ، فرداً أو هيئة أو مجتمعاً ، وإن جاز أن يكون الدين مصدراً من مصادرها⁽⁵⁹⁾ .

33 - (ثانياً) - القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

ويعني ذلك ، أن القاعدة القانونية ترسم سلوك الأفراد في المجتمع وتكلفهم بلزوم التقيد به . وهي في رسمها للسلوك لا تقرر ما هو كائن وإنما تحدد ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد ، وقد يقع من جانبهم ما يخالفها . فالقاعدة التي تلزم المشتري بأن يدفع ثمن المبيع تفرض عليه السلوك الذي يجب أن يراعيه في علاقته مع

(58) الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق رقم 4 ص 19 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الاسلامي رقم 3 ص 8 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 24 ص 50 - 51 .

(59) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 119 و147 و148

البائع ، وقد يحل المشتري بهذا الالتزام فيمتنع عن دفع الثمن⁽⁶⁰⁾ .

وما تنطوي عليه القاعدة القانونية من تكاليف بسلوك واجب ، قد يستفاد صراحة إذا تضمنت القاعدة إباحة فعل كالقاعدة التي تقر الحريات العامة لأفراد الشعب ، أو تضمنت أمراً بفعل كالقاعدة التي تلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته ، أو تضمنت نهياً عن فعل كالقاعدة التي تنهي عن ارتكاب الجريمة الجزائية وتحدد عقوبة المجرم . وقد يستخلص فرض القاعدة للسلوك ضمناً دون أن توحى صيغتها بأنها تفرض سلوكاً معيناً . ذلك لأن هناك ثمة قواعد لا تتضمن إباحة أو أمراً أو نهياً ، قد يخفى فيها التكليف ولكنه يستفاد من مضمونها ، وهي ما تسمى بالقواعد المقررة ، التي تتضمن أحكاماً معينة عند توافر شروط خاصة ، كالقاعدة التي تحدد سن الرشد وكالقاعدة التي ترسم إجراءات التقاضي . فالقاعدة التي تحدد سن الرشد تعني أن كل من لم يبلغ سن الرشد يعتبر قاصراً وعلى الأفراد أن يراعوا ذلك في تعاملهم . والقاعدة التي ترسم إجراءات التقاضي ، بضرورة تقديم الدعوى الى محكمة معينة مختصة أو بإرسال الأوراق القضائية الى موطن الشخص الذي تحدده ، تفيد أن على المتقاضين واجب استيفاء هذه الإجراءات وإلا خسروا دعواهم . وقد يخفى التكليف أيضاً في طائفة أخرى من القواعد ، هي القواعد المفسرة أو المكملّة التي لا يعمل بأحكامها عند الاتفاق على خلافها . كالقاعدة التي تقضي باستحقاق الوفاء بالثمن في مكان تسليم المبيع ، ومع ذلك فإن هذه القاعدة لا تخلو من تكليف وان اقتصر هنا على من لم يتفق من المتعاقدين على استبعادها ، إذ تطبق في حال عدم استبعادها⁽⁶¹⁾ .

34 - (ثالثاً) - القاعدة القانونية تحكم السلوك الخارجي الظاهر :

والقاعدة القانونية تحكم في الأصل السلوك الخارجي الظاهر للأفراد ولا تهتم بالنوايا الباطنة للإنسان ، طالما أنها لم تظهر الى العالم الخارجي⁽⁶²⁾ . فقد يضمّر الشخص الحقد لغيره من الناس ، بل وقد يعزم على قتل غيره . ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل بالعقاب حتى ولو ثبت التفكير أو التصميم على نحو لا شك فيه كما لو اعترف به صاحبه أو أبلغ غيره به⁽⁶³⁾ . ويجب لكي يكون الأمر محكوماً بقاعدة قانونية أن يتعدى ما ذكر الى الأعمال الظاهرة بتصرف خارجي ، كأن يتلو النية الداخلية على القتل فعل القتل ، فهنا يتدخل القانون لتطبيق القاعدة القانونية القاضية بالعقاب على القتل ، لأن الأمر خرج عن نطاق

(60) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 9 ص 14 ، ودراسة مقارنة رقم 13 ص 21 .

(61) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 55 ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل ص 9 .

(62) الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية رقم 6 ص 24 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 6 ص 20 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 7 ص 16 .

(63) الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام رقم 342 ص 342 .

الباطن الى السلوك الخارجي الظاهر .

وليس معنى ما ذكر أن القانون لا يعتد بالنية مطلقاً ، فقد يُدخل القانون نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار ، ولكنه لا يهتم بهذه العوامل الداخلية الباطنية في ذاتها ، بل انه يهتم بها فقط في حدود صلتها بالسلوك الخارجي للأفراد . من ذلك مثلاً حالة القتل ، فمجرد عزم شخص على قتل آخر لا شأن للقانون به ، ولكن إذا ترتب على الفعل الصادر عن شخص ما قتل آخر ، فهنا عامل النية له اعتبار كبير ، فلو ثبت أن الفاعل كان يقصد القتل فإنه يعاقب على جريمة قتل مقصودة ، وإن كان قد عزم النية على القتل فإنه يعامل على أساس جريمة قتل مع التعمد فتشدد عقوبته ، وإن ثبت أن الفاعل لم يكن يقصد إلا الضرب ولكنه أدى على غير قصد منه الى موت المضرروب فإنه يعامل من حيث العقوبة على أساس جريمة ضرب أفضى الى موت . وقد لا يكون الفاعل قصد القتل بل تسبب بخطأ منه في موت آخر ، كأن يكون صدم بسيارته خطأ شخصاً آخر فتسبب في وفاته ، فهنا يعامل على أساس جريمة التسبب بالموت خطأ . وواضح أن العقوبة تختلف في كل حالة عنها في الأخرى ، وبذلك يتضح أثر النية في توقيع العقوبة الناتج عن تطبيق قاعدة قانونية دون أخرى⁽⁶⁴⁾ .

35 - (رابعاً) - القاعدة القانونية خطاب موجه الى الاشخاص في مجتمع :

والخطاب في القاعدة القانونية موجه الى الأشخاص ، فالموجه اليهم أشخاص لهم الشخصية القانونية ، وعلى ذلك لا يوجه الخطاب للجهاد ولا للحيوان . فالقاعدة القانونية إنما تُعنى بحكم واجب الفرد إزاء غيره ، وهذا الغير لا يتصور أن يكون جهاداً ولا يجوز أن يكون حيواناً . وإذا كان ثمة قواعد تبدو في ظاهرها وكأنها تنظم العلاقة بالحيوان ، كالقاعدة التي تحرم صيد الحيوان في موسم معين أو القاعدة التي تنهى عن القسوة في معاملته ، إلا أنها في حقيقتها تنظم العلاقة بين الأشخاص . فهي تحكم العلاقة بين من توجه اليه القانون بخطابه وبين غيره من الأشخاص ، مما يتأذى في شعوره إذا عومل الحيوان بقسوة ، أو يُضار في كسبه ومورد رزقه إذا استمر الصيد في موسم تُحرم القاعدة الصيد فيه وانقرض الحيوان⁽⁶⁵⁾ .

والخطاب موجه الى الأشخاص في المجتمع فلا يمكن أن يوجه الى شخص واحد يعيش في عزلة بل لا بد من يكون لأشخاص يعيشون في مجتمع ، ذلك لأن القاعدة القانونية إنما هي قاعدة سلوك ياتمر بها الأفراد ، فلزم لكي تكون كذلك أن يكون هناك

(64) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 7 ص 16 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 6 ص 24 .

(65) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 28 ص 58 .

مجتمع . ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية⁽⁶⁶⁾ ، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية كما سيأتي .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان . فالقانون مرآة للبيئة التي يطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى . كما أن لكل عصر أفكاره ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان عليه حتماً أن يختلف القانون من دولة الى أخرى ، فالقانون الذي يصلح للبيئة الانكليزية أو الاميركية يختلف عن القانون الذي يصلح للبيئة الفرنسية أو الايطالية أو اللبنانية . وكان حتماً أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر الى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة . ولذلك نرى أن المشرع يتدخل من وقت الى آخر فيعدل القانون القائم أو يغير فيه كي يتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع⁽⁶⁷⁾ .

وإذا كان المجتمع الذي يُخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل في تطوره الأخير الى أن يتخذ شكل الدولة ، إلا أن هذا الشكل ليس ضرورياً لوجود مثل هذا المجتمع . فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . وقد وُجد القانون تاريخياً قبل أن توجد الدولة ، فقد بدأ المجتمع قديماً في نطاق القبيلة ، ثم تطور الى إقطاعية ، وانتهى الأمر في العصر الحاضر الى أن كاد المجتمع السياسي ينحصر في الدولة . وقد لا تكون هذه المرحلة هي نهاية مراحل التطور ، إذ يبقى أن يكون العالم كله مجتمعاً واحداً بقيام سلطة فوق الدول ، تستطيع ، بما يخول لها من سلطان ، أن تحمل الدول على الامتثال وإطاعة القانون⁽⁶⁸⁾ .

36 - (خامساً) - القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة :

القاعدة القانونية قاعدة سلوك ، وما دام الأمر كذلك ، فهي تسبق في وجودها ما تواجهه من فروض تخضع لحكمها ، ولم يكن من المتصور نتيجة لذلك أن تحصر كل ما يستجد في المستقبل من أحداث مختلفة وحالات فردية غير متناهية . كما أنه يلزم لتحقيق المساواة بين الأفراد أن تكون القاعدة القانونية غير محصورة بشخص أو بحالة محددة ، وهذه المساواة لا تتحقق إلا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية وهو ضرورة توجيه التكليف الى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي بحيث يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه

(66) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 14 ص 22 .

(67) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 14 ص 22 .

(68) الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية رقم 5 ص 23 .

بعموم الصفة لا بتخصيص الذات⁽⁶⁹⁾ . ومن هنا يجب أن تكون القاعدة القانونية متصفة بالعموم والتجريد .

ويقصد بصفة العموم أو التجريد أن القاعدة تنطبق على كل ما تتوافر فيه شروط تطبيقها ، فلا توضع القاعدة لشخص معين بذاته ولا لواقعة معينة بذاتها ، وإنما تذكر فيها الأشخاص أو الوقائع بشروط وأوصاف . فالقاعدة التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس الوزراء مثلاً ، قاعدة لا تقبل التطبيق في الوقت ذاته إلا على شخص واحد فقط ، ومع ذلك فإنها تعتبر قاعدة عامة لأنها لم تحدد هذا الشخص باسمه وإنما بصفته . أما إذا صدر التكليف أو الخطاب الى شخص معين باسمه أو بشأن واقعة معينة بالذات ، فيكون مجرد قرار فردي لا قاعدة عامة . وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن القواعد المتعلقة بكيفية تعيين الموظفين وترقيتهم وعزلهم هي قواعد قانونية لأنها قواعد عامة مجردة لا توجه الى موظف معين بذاته ، بل الى كل شخص تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون من حيث التعيين والترقية والعزل ، وهذا بخلاف الحال بالنسبة الى المرسوم أو القرار الصادر بتعيين موظف أو بترقيته أو عزله ، فإنه لا يعتبر قاعدة قانونية ، لأنه يوجه الى شخص معين بالذات .

وكذلك فإن القاعدة ، التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض ، هي قاعدة قانونية مجردة وعامة ، لأنها تتناول واقعة الخطأ بشروطها فتطبق على كل فعل توفرت فيه شروط الخطأ أيأ كان الشخص الذي ارتكبه⁽⁷⁰⁾ . وعلى خلاف ذلك لا يعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض ، لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارته في إيذاء شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم موجه الى شخص معين بالذات ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص⁽⁷¹⁾ .

ولا يعني كون القاعدة القانونية عامة أنها يجب أن تسري في حق الناس جميعاً ، فهي قد تنصرف الى فئة محدودة من الأشخاص دون أن يؤثر ذلك على صفتها العامة والمجردة ، ما دام هؤلاء الأشخاص مخاطبون بصفاتهم لا بذواتهم . فقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون العمل يقتصر تطبيقه على العمال ، وقانون القضاة يقتصر تطبيقه على القضاة ، وقانون الانتساب الى الجامعات يقتصر تطبيقه على طلبة الجامعات ، فكل هذه القوانين تتضمن قواعد عامة مجردة ، لأنها تخاطب الأشخاص الذين تنصرف اليهم بصفاتهم

(69) الدكتور حسن كيرة : الموجز في المدخل للقانون رقم 9 ص 17 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 7 ص 21 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 4 ص 22 .

(70) الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل رقم 8 ص 10 .

(71) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 11 ص 17 ، ودراسة مقارنة رقم 15 ص 23 - 24 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 7 ص 22 .

لا بدوائهم ، وقد يزداد عددهم أو ينقص تبعاً لتوافر الصفات المقررة أو عدم توافرها . بل ان القاعدة قد توجه الى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعدة عامة ومجردة . فالقواعد التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس الجامعة أو مفتي الجمهورية تكون عامة ومجردة لانها لا تتوجه الى هؤلاء الأشخاص بدوائهم ، بل تتوجه اليهم بصفاتهم . فهي تتوجه الى كل من يشغل تلك المناصب حاضراً ومستقبلاً .

وإذا كان وضع المشرع للقاعدة القانونية على نحو عام ومجرد هو وسيلته لتنظيم سلوك الأفراد على أساس المساواة فيما بينهم ، فإن هذه المساواة في نظره تقوم على أساس العدل (La justice) الذي يؤخذ فيه بالوضع الغالب بالنسبة الى جميع الأشخاص ، لا على أساس العدالة (L'équité) التي يُنظر فيها الى ظروف كل شخص على حدة⁽⁷²⁾ .

فالقاعدة التي تحدد مثلاً سن الرشد في لبنان بشماني عشرة سنة⁽⁷³⁾ راعى فيها المشرع اللبناني سن النضج العقلي على أساس الوضع الغالب بين الناس . وقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها النضج العقلي والدراية بمباشرة التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافي إلا بعد مضي مدة من بلوغ هذه السن . ولو أن المشرع ترك للقاضي أن يحدد سن الرشد لكل شخص على حدة على ضوء خبرته وحظه من النضج العقلي لتحققت بذلك العدالة الحققة بما تمتاز به من مرونة ، حيث يُنظر الى ظروف كل شخص على حدة . ولكن الأخذ بهذا الحل ينافي النظام والاستقرار في المجتمع ، وهو غرض جوهرى يحرص عليه القانون ، بحيث يستأهل التضحية بالظروف الخاصة لعدد قليل من الأشخاص . ولهذا يقف القانون عند المعيار الوسط الذي يصدق عند أغلب الأشخاص ، فيجعل القاعدة واحدة بالنسبة للجميع⁽⁷⁴⁾ .

37 - (سادساً) - القاعدة القانونية ملزمة باقترانها بجزاء وضعي دنيوي :

يلزم لجعل القاعدة القانونية ملزمة للأفراد وواجبة الاتباع من قبلهم أن تقترن بجزاء مادي ، توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها⁽⁷⁵⁾ ، إذا لو تركت القاعدة القانونية دون جزاء ، فلا يوجد ما يجعل الأفراد يتبعونها في علاقاتهم بالقدر الكافي لقيام النظام وتحقيق

(72) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 11 ص 18 ؛ دراسة مقارنة رقم 15 ص 24 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 4 ص 22 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 29 ص 69 - 71 .

(73) تنص المادة 215 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن : « كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام ، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني » . وسن الرشد في مصر هي 21 سنة .

(74) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 11 ص 19 ؛ دراسة مقارنة رقم 15 ص 25 .

(75) Del Vecchio: Philosophie du droit, traduction d'Aynac, Paris 1953, p. 301; Mazeaud (H.L et J.): Leçons de droit civil T.1 (1971), N 11.

الاستقرار في المجتمع ، وهو ما تهدف اليه القاعدة القانونية .

وقد خضع الجزء من حيث تنظيمه لتطور محسوس . ففي المجتمعات القديمة كان الفرد يقتصر لنفسه من المعتدي ، أو تتولاه عائلته أو قبيلته⁽⁷⁶⁾ ، أما في المجتمعات الحديثة وعند ظهور الدولة ، أصبح توقيع الجزء من اختصاص السلطة العامة وحدها ، توقعه باسم الجماعة على من ينتهك حرمة القانون⁽⁷⁷⁾ .

أنواع الجزء القانوني : وتختلف أنواع الجزء القانوني باختلاف نوع القاعدة التي وقعت عليها المخالفة⁽⁷⁸⁾ ، فقد يكون عقابياً أو مدنياً أو إدارياً .

فالجزاء العقابي (أو الجنائي) ، وهو أشد أنواع الجزاءات ، يطبق عند مخالفة قاعدة من قواعد قانون العقوبات ، وهو مقرر لمصلحة المجتمع الذي ناله ضرر الجريمة ، وليس مقررأ لمصلحة المجني عليه أو المتضرر من الجريمة ، ويترتب على ذلك أن المجتمع وحده هو صاحب الحق والصفة في المطالبة بتوقيعه عن طريق الأجهزة التي تمثله في ذلك . ولا يوقع الجزء العقابي إلا بناء على حكم قضائي . ويتدرج الجزء العقابي في القوة تبعاً لجسامة الجريمة . فقد يقع على جسم المجرم كالإعدام ، وقد يسلب حريته كالأشغال الشاقة والحبس ، وقد يقع على ماله بإلزامه بغرامة نقدية⁽⁷⁹⁾ .

أما الجزء المدني فيكون بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين الذي أخل به ، أو بمحو أثر المخالفة التي وقعت بحيث تعود الحال الى ما كانت عليه . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً مباشراً أي عينياً ، أو يكون تنفيذاً بمقابل أي بطريق التعويض . والأصل أن يكون التنفيذ عينياً يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين . فإذا امتنع البائع عن نقل ملكية العقار المبيع وتسليمه الى المشتري ، جاز للمشتري أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد ويسجل الحكم الصادر لصالحه فتنتقل الملكية اليه جبراً على البائع ، كما يكون له أن يتسلم العقار جبراً على البائع . وإذا تعذر التنفيذ العيني ، أو كان فيه إرهاب للمدين ، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض . فإذا تعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ، ثم امتنع عن الحضور حتى إنقضى ميعاد الحفلة ، أجبّر الفنان على أن يعوّض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحق به من جراء ذلك . وهناك صور عديدة غير ذلك لمحو أثر المخالفة التي تقع من

(76) يراجع حول تطور الجزء : د . ثروت الاسيوطي : مبادئ القانون (1974) ص 25 - 35 .

(77) الدكتور صوفي أبو طالب : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (1976) ص 38 وما بعدها .

(78) Roubier: Théorie générale du droit (2 éd. Paris 1951) N 5 P. 32 et s.; Dabin: La philosophie de l'ordre juridique positif (Paris 1929) N 37.

(79) يراجع بشأن الجزء الجنائي : الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام) رقم 655 - 667 - 668 ورقم 668 ص 683 وما بعدها .

الشخص . من ذلك مثلاً أن يُعتبر العقد باطلاً إذا ورد على شيء يمنع القانون التعامل به ، كبيع المخدرات . أو يُعتبر العقد قابلاً للإبطال إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه ، أو يكون العقد قابلاً للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه . أو تُسد المطالبات التي فتحت على ملك الجار دون مراعاة للمسافة التي يحددها القانون .

وقد يجتمع الجزاء العقابي مع الجزاء المدني بالنسبة الى ذات المخالفة للقاعدة القانونية . فمن يرتكب جريمة تؤدي إلى الإضرار بالغير توقع عليه العقوبة الجزائية ، ويلتزم في ذات الوقت بأن يدفع الى المجني عليه تعويضاً مالياً عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة⁽⁸⁰⁾ .

وأما الجزاء الإداري ، فهو الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري ، وهو يختلف كذلك بحسب القاعدة التي تحصل مخالفتها . فقد يكون جزاء الموظف المخالف لواجبات الوظيفة هو الإنذار ، أو الخصم من الراتب ، أو التنزيل من الدرجة ، أو الفصل من الوظيفة . وقد يتمثل الجزاء الإداري في إلغاء القرار الإداري إذا صدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو بعيب الشكل أو السبب أو المحل ، أو مشوباً بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها⁽⁸¹⁾ .

الفرع الثاني : خصائص القواعد الشرعية

38 - تعريف القاعدة الشرعية وبيان خصائصها :

تعرف القاعدة الشرعية بأنها « القاعدة التي تستفاد من القرآن والسنة النبوية والمصادر الأخرى المعتمدة شرعاً ، والتي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع ببيان ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وحدود . يجب عدم تجاوزها وإلا تعرضوا للجزاء الشرعي الذي يستحقونه »⁽⁸²⁾ .

ويعرفها البعض بأنها « كلمة من الله في صورة خطاب لتنظيم الأفعال الإنسانية والأقوال وحتى الأفكار والنيات . وهذا الخطاب يُعبر عن إقرار الله لبعض الأفعال على أساس أصل الاباحة ، وأمره باتيان بعض الأعمال ونهيه عن مقارفة البعض الآخر ، وتبيان الجزاء في حالة مخالفة هذا الأمر أو النهي »⁽⁸³⁾ .

(80) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 12 ص 17 - 18 ؛ دراسة مقارنة رقم 16 ص 27 - 28 .

(81) الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية رقم 8 ص 26 .

(82) الدكتور عبد الكريم زيدان : نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص 5 و 6 ، مرجع سابق .

(83) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : الأصول العامة للقانون ص 119 ، مرجع سابق .

ويعرفها البعض الآخر بأنها « خطاب الله المتعلق بأفعال عباده وأقواله وسرائرهم »⁽⁸⁴⁾ .

والتعريفان الأخيران جامعان للقواعد الاعتقادية والأخلاقية والعملية في الشرع الاسلامي ، وهما ماثلان لتعريف الحكم الشرعي الشامل للقواعد الشرعية العملية وسواها من القواعد التي تستفاد من الشرع مباشرة أو بالواسطة .

والحقيقة أن مفهوم القاعدة الشرعية هو ذات مفهوم الحكم الشرعي ، ولا يوجد أي فرق بين القاعدة الشرعية والحكم الشرعي سواء التزمنا بنظرة الأصوليين في اعتبار لفظ الحكم الشرعي علماً على ذات خطاب الشارع ، أو جارينا نظرة الفقهاء لجهة كون الحكم دالاً على أثر خطاب الله تعالى . وإذا قيل⁽⁸⁵⁾ أن ثمة فرقاً يوجد بين القاعدة والحكم ، لأن الحكم هو القاعدة التي تدخل مجال التطبيق الإلزامي بالنص عليها في التشريع أو بالنص على اعتبارها مصدراً للأحكام ؛ وإنها إن لم تكن كذلك أضحت غير واجبة الاتباع كـ بعض القواعد الفقهية . فإنه يُردّ على ذلك ، بأن القاعدة لا توصف بأنها قانونية إن لم تُفد حكماً يلتزم الناس به ، كما أن القاعدة الشرعية يجب إتباعها إمتثالاً لإرادة الله تعالى⁽⁸⁶⁾ .

والواقع أيضاً أن مفهوم الحكم الشرعي يصلح للتعبير عن القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية الاسلامية بذات الوقت . والدليل على ذلك أن علماء الأصول عندما بحثوا موضوع الحكم الشرعي تناولوه بمعنى القاعدة الدينية والقاعدة القانونية بأن واحد . فقسموه الى حكم تكليفي وحكم وضعي ، ودرسوا تحت النوع الأول الأفعال الواجبة والمندوبة والمباحة والمكروهة والمحرمة ، كما درسوا تحت النوع الثاني الأفعال الصحيحة والأفعال الفاسدة والباطلة ، ومواضيع الشروط والأسباب والموانع والرخص والعزائم وما أشبه . وفصلوا أيضاً أسباب التكليف وشروطه ، وأهلية المكلفين وعوارض الأهلية ، بصورة واحدة مبدئياً للناحيتين الدينية والقانونية . ومن ثم طبقوا هذه القواعد والضوابط على العبادات ، كالصلاة والصوم والزكاة ، كما طبقوها على التصرفات القولية كالعقود ، وعلى التصرفات الفعلية كالإتلاف .

وأثناء دراسة الحكم الشرعي استشهد علماء الأصول والفقهاء بأمثلة من مسائل الدين والمعاملات القانونية معاً . واستعملوا ذات التعابير في كل القواعد والمسائل . وهي بتأثير أحكام المعاملات القانونية ، تنم عن الصفة الشرعية أو الانضباطية القانونية وحتى في

(84) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 42 ص 116 .

(85) الاستاذ عبد الله النقشبندی : أصول القانون ص 35 (مرجع مذكور عند د . البكري هامش ص 116) .

(86) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 42 ص 116 .

مسائل الأخلاق ، بحث العلماء المسلمون في الفضائل والردائل ، وعينوا حدودها وقبورها وشروطها ، كما لو كانت قواعد قانونية . فاعتبروا الصدق مثلاً من الفضائل ، والكذب من الرذائل (87) .

نخلص من ذلك الى القول بأنه تصح المقارنة بين القاعدة الشرعية (أو الحكم الشرعي) وبين القاعدة القانونية ، لأن كلا من القاعدتين تتضمنان حكماً يلتزم الناس به وهو واجب الاتباع امتثالاً لإرادة الله أو لإرادة القانون .

هذا وتفترض القاعدة الشرعية (الحكم الشرعي) وجود الحاكم والمحكوم فيه والمحكوم عليه (88) . أما الحاكم فهو الذي يصدر عنه الحكم الشرعي وهو الله تعالى ، فلا حكم إلا ما حكم به ولا شرع إلا ما شرعه ، وعلى هذا دلّ القرآن وأجمع المسلمون ؛ ففي القرآن قوله تعالى : ﴿ إِن الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ (سورة الأنعام آية 57 ، وسورة يوسف آية 40 و 67) وفيه أيضاً : ﴿ أَلَا لَهُ الْحُكْمُ ﴾ (سورة الأنعام آية 62) . وأما المحكوم فيه فهو ما ينصب عليه الحكم الشرعي ، بشموله الى الحكم العملي وحده ، من قول أو فعل أو اعتقاد أو أخلاق . ويشترط فيه أن يكون معلوماً علماً تاماً حتى يُتصور قصده اليه وقيامه به كما طُلب منه ، والمراد بالعلم علم المكلف فعلاً أو إمكان علمه بالسؤال عما كلف به . كما يُشترط أن يكون في مقدور المكلف ، فلا تكليف بالمستحيل وما يخرج عن إرادة الانسان . وأما المحكوم عليه فهو الإنسان المكلف بالحكم الشرعي ، ويُشترط فيه أن يكون أهلاً للتكليف . والأهلية قسمان : الأولى - أهلية الوجوب ، وتعني صلاحية المكلف لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه . والثانية - أهلية الأداء ، وتعني صلاحية المكلف لصدور الفعل منه على وجه يعتد به ، ومناطق أهلية الاداء التمييز والعقل ، فمن كان مميزاً أي أتم السابعة من عمره ، تمتع بأهلية أداء ناقصة ، ومن بلغ عاقلاً توافرت لديه الأهلية الكاملة .

ويُعرف البلوغ بظهور علاماته فإن لم يوجد منها شيء تحدد البلوغ بالسن ، وسن الرشد هو تمام الثامنة عشرة من العمر للذكر وتمام السابعة عشر للانثى في رأي الإمام أبي حنيفة ، وتمام الخامسة عشرة لكليهما في رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن وهو الرأي الغالب والمفتى به (89) .

بيان خصائص القاعدة الشرعية : من التعريف السابق للقاعدة الشرعية يمكن

(87) الدكتور صبحي محمضاني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص 323 - 324 ؛ وفلسفة التشريع في الاسلام ص 20 .

(88) يراجع بشأن ذلك : الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 69 - 81 .

(89) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 42 ص 117 - 118 .

استخلاص الخصائص الجوهرية التالية :⁽⁹⁰⁾ 1 - أصلها ساهوي وطابعها ديني . 2 - إنها قاعدة سلوك . 3 - إنها تحكم ظاهر السلوك وباطنه . 4 - إنها خطاب يوجه الى الأشخاص في مجتمع . 5 - إنها عامة ومجردة . 6 - إنها ملزمة باقتنائها بجزاء ديني وأخروي .

وأغلب هذه الخصائص يماثل خصائص القاعدة القانونية الوضعية إذا قُصر معنى القاعدة الشرعية على القاعدة الفقهية المعنية بالمعاملات العملية . غير أن الخلاف يبدو واضحاً إذا جرت المقارنة بين القاعدة القانونية وبين القاعدة الشرعية بمعناها الشامل للقواعد الاعتقادية والأخلاقية .

39 - (أولاً) - القاعدة الشرعية أصلها ساهوي وطابعها ديني :

جاء الشرع الاسلامي من عند الله ، فهو مصدره . فقد تنزّل عن طريق الوحي الإلهي معنى ولفظاً في صورة آيات قرآنية ، أو جاء وحياً بالمعنى دون اللفظ في صورة سنة للنبي ﷺ . وما جاء من قواعده عن طريق الاجتهاد فقد استفيد منه بالواسطة واستناداً الى القرآن والسنة . فأصل الشرع القرآن الكريم ، وهو دين وقانون معاً⁽⁹¹⁾ . فالقاعدة الشرعية ، التي هي مفرد الشرع والوحدة التي يتكون من مجموعها ، تستمد من الشرع أصلها الساهوي ، وهي في ذلك تختلف عن القاعدة القانونية التي تكون من عمل الإنسان فرداً أو هيئة أو مجتمعاً ، إلا إذا اعتبرت القاعدة الشرعية قاعدة قانونية في الوقت ذاته⁽⁹²⁾ .

ولأن الشرع الاسلامي مصدره الله ، والله سبحانه وتعالى له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، فقد تميزت قواعد الشرع عن غيرها من القواعد الاجتماعية ومنها قواعد القانون ، بموافقتها للعدل والحق والصواب ، وبمعصمتها من الخطأ والنقص والجهل والهوى الشخصي⁽⁹³⁾ .

40 - (ثانياً) - القاعدة الشرعية قاعدة سلوك :

تتفق القاعدة الشرعية مع القاعدة القانونية في أنها قاعدة سلوك ، فهي تحدد سلوك الفرد وتحكم واجباته في حياته على نحو ما يجب أن يكون عليه . هذا مع الملاحظة بأن القاعدة القانونية تحدد فقط سلوك الفرد في علاقته بغيره من الناس ، بينما تنظم القاعدة الشرعية واجب الفرد نحو ربه وتجاه نفسه وحيال غيره من الناس . ومقتضى هذا أن القاعدة

(90) يراجع بشأن هذه الخصائص : الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 43 ص 118 - 144 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون رقم 17 وما بعده ص 28 وما بعدها .

(91) يراجع سابقاً بشأن كون الاسلام ديناً وقانوناً رقم 13 و25 و26 .

(92) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 44 ص 119 .

(93) يراجع سابقاً رقم 27 فقرة 7 .

الشرعية تطالب المكلف بأكثر مما تطالب به القاعدة القانونية ، بحيث تجعله بالعقيدة وبالأخلاق يسمو نحو الكمال الروحي والأخلاق الفاضلة .

كذلك تتفق القاعدتان في أن كلاً منهما ، في توجيهها لسلوك الأفراد ، تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهياً عن فعل . فالحكم الشرعي التكليفي إما مباح ، وإما واجب أو مندوب ، وإما محرم أو مكروه⁽⁹⁴⁾ .

والفعل المباح شرعاً هو ما خيّر المشرع الاسلامي المكلف بين فعله وتركه ، ولا مدح ولا ذم على الفعل وتركه ، ويقال له الحلال . وتارة تثبت إباحة الفعل بالنص الشرعي على إباحتها ، كقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عَرَضْتُمْ به خطبة النساء ﴾ (البقرة : 235) . فهذه الآية تدل على إباحة التعريض (التلويح) بخطبة النساء المتوفى عنهن أزواجهن من العدة ، كقوله الإنسان مثلاً : إنك لجميلة ، وَمَنْ يَجِدْ مِثْلَكَ ؟⁽⁹⁵⁾ وتارة تثبت إباحة الفعل بالإباحة الأصلية ، فالأصل في الأفعال والأشياء الإباحة . وعلى هذا فالأفعال من عقود وتصرفات ، والأشياء من جماد أو حيوان أو نبات ، الأصل فيها شرعاً الإباحة ، فما لم يرد دليل من المشرع الإسلامي يدل على حكمها صراحة ، فحكمها الإباحة استصحاباً للإباحة الأصلية . هذا وإن حكم المباح أنه لا ثواب فيه ولا عقاب ، ولكن قد يثاب عليه بالنية والقصد ، كمن يمارس الرياضة البدنية بنية تقوية جسمه ، ليقوى على محاربة الأعداء .

والفعل الواجب شرعاً هو ما طلب المشرع الاسلامي فعله من المكلف على وجه الحتم والإلزام ، بأن اقترن طلبه بما يدل على تحميم فعله مما تدل عليه صيغة الطلب ذاتها ، كما في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (المائدة : آية 1) ، وقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ﴾ (المائدة : 45) . وقد يستفاد التحميم والإلزام من ترتيب عقوبة على ترك الفعل أو أي قرينة شرعية . وقد عرّف الغزالي الواجب بقوله : « الواجب ما أشعر بالعقوبة على تركه »⁽⁹⁶⁾ .

هذا ويقابل النص الشرعي التكليفي الذي ينطوي على أداء الواجب القاعدة

(94) يراجع بشأن أقسام الحكم الشرعي التكليفي : الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 29 حتى 54 .

(95) قرة العينين في تفسير الجلالين : للقاظمي الشيخ محمد كنعان ، ص 48 ، الناشر المكتب الاسلامي بيروت 1984 .

(96) نقلاً عن الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الاسلامية رقم 75 ص 50 .

القانونية التي يصدق عليها وصف الإلزام القانوني . فالحكم أمر ويترتب على مخالفته توقيع الجزاء أو العقاب⁽⁹⁷⁾ .

والفعل المحرّم شرعاً هو ما طلب المشرع الاسلامي الكف عن فعله على وجه الحتم واللزوم ، فيكون تاركه مأجوراً مطيعاً ، وفاعله آثماً وعاصياً . ويستفاد التحريم من استعمال لفظ يدل عليه بمادته : كلفظ الحرمة أو نفي الحلال ، كقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ (المائدة : 3) ، وقول النبي ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب من نفسه » . وقد يستفاد التحريم من صيغة النهي المقترنة بما يدل على الحتم ، أو من ترتب العقوبة على الفعل . فمن الأول ، قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس ﴾ (الانعام : 15) ، وقوله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر . . . رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ (المائدة : 90) . ومن الثاني ، قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ (النور : 4) ، وقوله : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا ﴾ (المائدة : 38) .

والفعل المندوب شرعاً هو ما طلب فعله من المكلف من غير إلزام . وقد يستفاد عدم الإلزام من صيغة الطلب ذاتها ، أو من اقترانها بقرائن تدل على عدم الحتم والإلزام . فقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ (البقرة : 282) ، قد جاء طلب كتابة الدين في هذه الآية على سبيل الندب لا اللزوم ، بدليل القرينة الواردة في سياق الآية ذاتها ، وهي قوله تعالى : ﴿ فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته ﴾ ، فإنها تشير الى أن للدائن أن يثق بمدينه ويأتمنه من غير كتابة الدين عليه .

هذا ويقابل الفعل المندوب في فقه القانون الوضعي مصطلح القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة التي لا يُعمل بأحكامها عند الأخذ بخلافها⁽⁹⁹⁾ .

41 - (ثالثاً) - القاعدة الشرعية تحكم ظاهر السلوك وباطنه :

إذا كان مقياس الحكم على سلوك الفرد في ظل القانون الوضعي هو ظاهري أو خارجي فحسب ، فيقف عند المظاهر المادية ولا يتعداها الى النوايا الكامنة في النفس . فإن الأمر على خلاف ذلك في نظر الشرع الاسلامي حيث ان مقياس الحكم على التصرفات هو مقياس مزدوج : ظاهري أو خارجي يحاسب الانسان على ظاهر سلوكه وآثاره ، وباطني أو

(97) الدكتور حامد سلطان : ذات المرجع رقم 75 ص 52 .

(98) الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه رقم 31 ص 41 .

(99) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي رقم 76 ص 52 .

داخلي ينفذ الى داخل النفس ويكشف عن مقاصدها . فإذا سَلِمَ الشخص من الحساب القضائي الديني لسلامة تصرفه وسلوكه في الظاهر ، فإنه يُعتبر أنماً شرعاً إذا كان مقصده سيئاً ونيته خبيثة⁽¹⁾ .

فمن جهة أولى إن ما تأخذ به القاعدة القانونية لجهة حكمها للسلوك الخارجي للأفراد لا تأباه القاعدة الشرعية بل هي تقرره أيضاً . ذلك أن الشخص اذا نوى أمراً ولكن هذه النية لم تقترن بالفعل بل ظل أمر النية في زوايا النفس ، قاصراً على مجرد الهواجس والوساوس ، فإن الاسلام لا يؤاخذ الشخص على ذلك . وفي هذا المسلك رحمة بالناس لأن التجرد عن التفكير ومنه السيء ، أمر غير ممكن ، فأخذ الإنسان لمجرد التفكير في أمر معين هو تكليف بما لا يستطاع فلزم رفع الحرج ، ولذلك يقول تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ (البقرة : 286) ، يعني أن لها أجر ما كسبت من خير وعليها وزر ما أتت من شر . وقول الرسول ﷺ : « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » ، ويقول كذلك : « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا »⁽²⁾ . ويقول أيضاً : « مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَفْعَلْهَا كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةٌ ، وَمَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ فَلَمْ يَفْعَلْهَا لَمْ يُكْتَبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ »⁽³⁾ . وبهذا يكون الاسلام ، كما هو حال القانون ، قد رفع الإثم والعقاب عن حديث النفس السيء الذي وقف عند هذه الحدود .

وفي الشرع الاسلامي كذلك ، كما هو الحال في القانون الوضعي ، يمكن أن تؤخذ النية ذاتها في الاعتبار عند إعطاء وصف للفعل الذي كان ثمرة هذه النية ، ففي مثال القتل الوارد ذكره سابقاً قد يكون القتل مستوجباً للقصاص إذا كان الفاعل يقصد القتل بدون شبهة ، وإذا كان قد قصد الضرب دون نية القتل فهو من قبيل شبه القصد عند من يقول به ، وقد يأتي الإنسان عملاً مباحاً في ذاته ولكنه لا يتخذ الحيلة والحذر الواجبين ، ويترك التحرز فيتسبب في موت آخر من غير قصد ، فهذا من قبيل القتل الخطأ وحكمه يختلف عما سبقه . وعلى ذلك ففي الشرع الاسلامي - كما في القانون الوضعي - للنية في فعل القتل اعتبار من حيث تطبيق حكم شرعي دون آخر على الفعل الواقع الذي أدى الى القتل⁽⁴⁾ .

ومن جهة ثانية ، فإن الشرع الاسلامي لا يكتفي بحكم السلوك الخارجي للأفراد ، وإنما ينفذ أيضاً الى داخل النفس ويكشف عن مقاصدها ، ليحكم كذلك قصد الإنسان في

(1) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 54 ص 148 ؛ وسابقاً رقم 27 فقرة 1 .

(2) هذان الحديثان جاء ذكرهما عند الدكتور عبد العزيز عامر : المدخل لدراسة القانون المقارن ص 17 .

(3) هذا الحديث وارد عند الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه : العقوبة في الفقه الاسلامي ص 57 .

(4) الدكتور عبد العزيز عامر : ذات المرجع رقم 7 ص 17 ؛ الاستاذ علي علي منصور : المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي ص 34 .

تصرفه . فالبيع مثلاً في ظاهره هو نقل ملكية المبيع مقابل الثمن ، وهو من ناحيته الباطنية متوقف على قصد المتعاقدين فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو حرام . فإذا كان البيع مثلاً لحاجة البائع الى الثمن كان مباحاً ، وإذا كان لاستثمار المال كان مندوباً ، وإذا كان وسيلة لأكل الربا كان حراماً لا ينبي عليه الفساد في رأي بعض الفقهاء ، وإنما تكون المؤاخذه عليه يوم القيامة⁽⁵⁾ . وعلى هذا الأساس ، من خالف القواعد الشرعية واستطاع أن يفلت من الرقابة الدنيوية ، فإنه لن يفلت من الرقابة العليا للخالق العليم الذي يعلم ما تخفي الصدور ، وهذا المخالف ملاق جزاءه الأخروي لا محالة ، وفي ذلك أقوى العوامل على إطاعة قواعد الشرع في السر والعلن .

42 - (رابعاً) - القاعدة الشرعية خطاب يوجه الى الأشخاص في مجتمع :

وكون القاعدة القانونية خطاباً يتفق مع ما يقرره الأصوليون في الشرع الاسلامي في الحكم الشرعي من أنه خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تحييراً أو وضعاً⁽⁶⁾ . فقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ هو خطاب من المشرع متعلق بالإيفاء بالعقود طلباً لأفعله . وقوله : « لا تقتلوا النفس » هو خطاب متعلق بالقتل طلباً لتركه . والطلب والترك يقابلان الأمر والنهي . ومثال كون الحكم الشرعي تحييراً قوله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض ﴾ (الجمعة : 10) . ومثال الخطاب على سبيل الوضع (أي جعل الشيء سبباً لآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه) قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ﴾ (المائدة : 38) ، فإنه خطاب بجعل السرقة سبباً للعقوبة .

والقاعدة الشرعية خطاب موجه للأشخاص ، والشخص هو من كان صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، سواء كان إنساناً فيسمى بالشخص الطبيعي ، أو كان غير الانسان فيسمى بالشخص المعنوي⁽⁷⁾ .

وما دام ان الانسان كائن اجتماعي ، فالقاعدة الشرعية شأنها في هذا شأن القاعدة القانونية لا توجد إلا حيث يكون هناك مجتمع . غير أن هناك ثمة فارقين بين القاعدتين في النطاق يظهران في مضمون الخطاب الموجه الى الشخص⁽⁸⁾ .

- **الفارق الأول** هو أن القاعدة القانونية توجه خطابها الى الشخص باعتباره عضواً في

(5) الاستاذ أحمد مواني : من الفقه الجنائي المقارن ص 23 .

(6) الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول رقم 17 ص 23 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 4 ص 9 .

(7) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 46 ص 122 .

(8) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 46 ص 123 - 124 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 19 ص 29 .

مجتمع ، حيث تفرض عليه سلوكاً معيناً نحو غيره من الناس . في حين أن القاعدة الشرعية توجه خطابها الى الشخص باعتباره فرداً وباعتباره عضواً في مجتمع ، فهي بالاعتبار الأول تحدد سلوك الفرد نحوربه وتجاه نفسه ، وبالاعتبار الثاني تحدد سلوكه إزاء غيره من الناس .

- والفارق الثاني هو أن القاعدة القانونية تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع فحسب ، ولا تثبت الحقوق أو تقرر الالتزامات وفقاً لها إلا للشخص ، ولا تعنى بحكم العلاقة بين الشخص والحيوان . أما القاعدة الشرعية فيجوز أن يكون المحكوم له في خطابها حيوان ، فللحيوانات أهلية وجوب تستحق بمقتضاها الإحسان في الرعاية والرفق في المعاملة . وتثبت لها هذه الحقوق ديانة في رأي الإمام أبي حنيفة وابن رشد المالكي ، وديانة وقضاء في رأي غيرهما فترفع الدعوى من أجلها حسبة على المالك لها⁽⁹⁾ .

والقاعدة الشرعية في جانبها الخاص بتنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس في المجتمع تتفق مع القاعدة القانونية في أنها قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون الشرع الاسلامي في هذا المجال على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى⁽¹⁰⁾ .

وقد ترتب سابقاً على كون القاعدة القانونية ذات طبيعة اجتماعية أن القانون الوضعي يتخصص بالمكان والزمان ، فهو يختلف من دولة الى أخرى وحتى داخل الدولة الواحدة من عصر الى عصر . فلما أي حد يتخصص الشرع الاسلامي بالمكان والزمان باعتباره قاعدة اجتماعية ؟

يتعين في تحديد المجال الذي يتخصص فيه الشرع الاسلامي بالمكان والزمان تبيان هذا المجال بالنسبة الى النطاق الذي يعمل فيه الشرع . فقد سبق القول بأن الشرع يتناول واجب الانسان نحوربه ، وواجبه تجاه نفسه ، وواجبه إزاء غيره من الناس . فواجب الإنسان نحوربه وواجبه تجاه نفسه ، لا يتخصص القواعد الشرعية فيهما . بالمكان ولا بالزمان ، إذ هي عبارة عن قواعد اعتقادية أو أخلاقية أو تعبدية وكلها قواعد ثابتة لا تتغير .

وأما واجب الانسان إزاء غيره من الناس ، ففيه قواعد ثابتة لا تتغير كحرمة الجرائم وعقوبات الحدود المقررة لها ، وأنصبه الميراث والغش في المعاملات ، وفيه قواعد أخرى تتخصص بالمكان والزمان فتتطور بتطور البيئات والمصالح ، كمقادير عقوبات التعزير غير المقدرة بنص والقواعد التي تعتبر من قبيل العرف أو المصلحة المرسلّة . ففي هذه الناحية

(9) الشيخ أحمد ابراهيم : مذكرة في الالتزامات في الشرع الاسلامي ص 112 ، مذكور عند د . البكري هامش ص 124 .

(10) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 19 ص 29 .

الأخيرة يكون للمشرع الاسلامي الوضعي أن يتخير القانون الذي يراه ملائماً لظروف البيئة في زمان معين غير مقيد في ذلك إلا بأمر واحد ، وهو عدم المخالفة لأصل من أصول الشرع القطعية مع تحري وجوه المصلحة ومقتضيات العدل والأعراف الشرعية المعمول بها⁽¹¹⁾ .

43 - (خامساً) - القاعدة الشرعية قاعدة عامة ومجردة :

مرّ سابقاً في تفصيل خصائص القاعدة القانونية ، أن صفة العموم أو التجريد فيها تعني عدم تعلقها بشخص معين بالذات ولا بواقعة معينة بذاتها ، وإنما تنطبق القاعدة على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها .

والقاعدة الشرعية ، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية ، فهي قاعدة عامة ومجردة تنطبق على كل من توافرت فيه صفة خاصة حددها الحكم الشرعي إن كان شخصاً ، أو شروط خاصة تحددت فيه إن كان واقعة أو فعلاً ، وإذا كان بعض الآيات القرآنية والسنة النبوية يبدو في الظاهر أحياناً وكأنه يقصد فرداً معيناً بالذات أو فعلاً محدداً بعينه ، إلا أن ما يستفاد منه من حكم شرعي ينطبق على كل من توافرت فيه ذات الصفات إن كان شخصاً ونفس الشروط إن كان فعلاً⁽¹²⁾ . فلذا قيل في القاعدة الكلية الواردة في كتاب المجامع أن : « الحكم يُرعى في الجنس لا في الأفراد »⁽¹³⁾ ، أي أن القاعدة الشرعية (أو الحكم) عامة كالقانون ، لم توضع لفرد معين أو لواقعة مخصوصة⁽¹⁴⁾ .

وإذا كان المشرع الوضعي عند وضعه للقاعدة القانونية على نحو عام ومجرد ، ولكي يصل الى تحقيق المساواة بين الأفراد ، يعتد بالوضع الغالب الذي تشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون الاكتراث بالظروف الخاصة التي ينفرد بها بعضهم ؛ فإن هذا المعنى يظهر بوضوح عند بعض فقهاء الشرع الاسلامي . فالإمام الشاطبي يقول عن القواعد الكلية المتعلقة بالضروريات والحاجيات والتحسينات ما حريفته : « هذه الكليات إذا كانت قد شرعت للمصالح الخاصة بها فلا يرفعها تخلف آحاد الجزئيات . ولذلك أمثلة : أما في الضروريات فإن العقوبات مشروعة للازدجار ، مع أننا نجد من يُعاقب فلا يزدجر عما عوقب عليه ، ومن ذلك كثير . وأما في الحاجيات فكالقصر في السفر ، مشروع للتخفيف وللحقوق المشقة ؛ والمملك المترفة لا مشقة له ، والقصر في حقه مشروع .

(11) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 20 ص 29 - 31 ؛ قارن أيضاً : سابقاً رقم 27 فقرة 13 .

(12) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 47 ص 125 .

(13) مجامع الحقائق (لأبي سعيد الخادمي) وشرحه منافع الدقائق (لمصطفى بن محمد الكوز لحصاري) ص 319 مذكور عند د . صبحي محمضاني : فلسفة التشريع في الاسلام ص 18 وبالهامش رقم 2 .

(14) الدكتور صبحي محمضاني : ذات المرجع ص 18 .

والقرض أجزى للرفق بالمحتاج مع أنه جائز أيضاً مع عدم الحاجة . وأما في التحسينات فإن الطهارة شرعت للنظافة على الجملة مع أن بعضها على خلاف النظافة كالتيتم . فكل هذا غير قادح في أصل المشروعية ، لأن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلّف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً . وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي ، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت «⁽¹⁵⁾» .

ومع ذلك ، تجدر الإشارة الى أن التجريد ، الذي تتطلبه فكرة المساواة التي يقيمها القانون الوضعي على أساس العدل الذي ينطلق من الوضع الغالب دون الإكتراث ببعض الجزئيات الخاصة ، قد خفف من آثاره الشرع الإسلامي الذي ينشد العدالة لا مجرد العدل ، وذلك عن طريق التضييق من نطاق الحالات التي لا يحقق فيها الحكم الشرعي العدالة . حيث يصار الى الاستعانة ببعض مصادر الشرع ، كالاستحسان⁽¹⁶⁾ الذي يميز للقاضي أن يوسع من نطاق فكرة العدالة ، فيستثني بعض الجزئيات المعزولة عن القاعدة ويعتد بظروفها الخاصة ، ويعطيها حكماً آخر تحقيقاً للعدالة . من ذلك مثلاً : أن الغرر أو الغبن منهي عنه في العقود ، ومن ثم يبطل العقد الذي يدخله الغرر ، إلا أن المالكية أجازوا قليل الغرر استحساناً ، لأن المصلحة في تصحيح العقود تفوق مفسدة الغرر (أو الغبن) اليسير . ومثاله أيضاً : أن الحكم المقرر في الفقه الحنفي أن الحقوق الارتفاقية ، كحق الشرب والمسيل والمرور للأرض الزراعية ، لا تدخل في عقد البيع دون النص عليها ، وقد تقرر اعتبار تلك الحقوق داخلية في العقد في حال وقف الأرض وذلك استحساناً ومراعاة للعدالة .

وبذلك يتضح أن الشرع الإسلامي يحقق في تطبيق أحكامه العدالة المطلقة ، في حين أن القانون الوضعي يكتفي بمجرد تحقيق العدل النسبي .

44 - (سادساً) - القاعدة الشرعية ملزمة باقترانها بجزاء دنيوي وأخروي :

والقاعدة الشرعية ، شأنها شأن القانونية ، يجب لجعلها ملزمة وواجبة الاحترام أن تُقترن بجزاء يوقع على من يخالفها ، إذ لو تركت القاعدة الشرعية دون ثواب أو جزاء ، فلا يوجد ما يحمل الناس على اتباعها ، لأن مخالفة هذه القاعدة أمراً محتملاً لما للناس من إرادة حرة تمكنهم من عصيانها . وبهذا المعنى العام تتفق القاعدة الشرعية مع القاعدة القانونية .

غير أن هناك فروقاً في صدد الجزاء بين القاعدتين⁽¹⁷⁾ ترجع الى كون الشرع

(15) الإمام أبو إسحق الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ج 2 ص 52 - 53 ، الناشر دار المعرفة ببيروت .

(16) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 6 و 13 .

(17) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 22 و 23 ص 32 - 37 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : =

الاسلامي ديناً وقانوناً في آن ، وهذه الفروق تظهر في الآتي :

أولاً - من حيث وسيلة الجزاء : يتمثل الجزاء القانوني في وسيلة واحدة تترتب فقط عند مخالفة القاعدة القانونية فتكون عقوبة أو تعويضاً ، بينما يتمثل الجزاء الشرعي في وسيلتين : الأولى تكون ثواباً أو مكافأة عند الانصياع لأحكام القاعدة الشرعية ، والثانية تكون عقوبة أو ضماناً عند مخالفتها .

ففي حين يبدو الجزاء القانوني على صورة أثر سلبي دينوي قاصر على توقيع العقاب أو التعويض عن المخالفة ، يبدو الجزاء الشرعي على صورتين : أثر سلبي يترتب على مخالفة حكم القاعدة الشرعية ويقتصر على العقاب والضمان ، كحال الجزاء القانوني . وأثر إيجابي يترتب عند الطاعة ويكون ثواباً أو مكافأة . فسياسة الجزاء الشرعي إيجابية بالترغيب بالمعروف والفضيلة عن طريق الوعد الحسن عند الطاعة ، وسلبية بالنهي عن الرذائل والمفاسد عن طريق التهديد بالعقاب عند المخالفة ، هذا على حين تنطلق سياسة الجزاء القانوني من نظرة مادية سلبية⁽¹⁸⁾ .

ثانياً - من حيث طبيعة الجزاء : إن الجزاء الشرعي أكثر تنوعاً من الجزاء القانوني ، لأن الشرع الاسلامي تناول بالتنظيم شؤون الفرد كافة سواء تعلقت بالاعتقاد أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات .

فكل مخالفة لقاعدة شرعية لها جزاء أخروي يتولاه رب العالمين ، بل إن الأصل في أجزية الشرع الاسلامي هو هذا الجزاء الأخروي ، غير أن مقتضيات الحياة وضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الأفراد على نحو واضح يضمن حقوقهم ، كل ذلك دعا الى أن يكون مع الجزاء الأخروي جزاء دينوي⁽¹⁹⁾ . وهذا الجزاء الدينوي يتولاه الحاكم أي السلطة العامة ، فإذا نُفذ هذا الجزاء سقط الجزاء الأخروي . وإذا تاب المخالف توبة صادقة وتحلل من حق الغير سقط عنه الجزاء في الدنيا والآخرة رحمة من الله وغفراناً⁽²⁰⁾ .

والمخالفات للقاعدة الشرعية نوعان : الأول مخالفات يمكن إثباتها لاستنادها الى

= المرجع السابق رقم 49 ص 130 - 144 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 6 ص 15 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية رقم 50 و51 ص 38 و39 .

(18) يراجع سابقاً رقم 27 فقرة 12 .

(19) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية رقم 51 ص 38 .

(20) ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين ج 2 ص 97 و98 ، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد ، الناشر دار الجيل بيروت ، الشيخ محمد أبو زهرة : العقوبة في الفقه الاسلامي ص 271 وما بعدها ، الناشر دار الفكر العربي ؛ الدكتور عبد المنعم فراج الصدة : دراسة مقارنة رقم 22 ص 32 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 49 ص 131 .

وقائع ظاهرة يتوفر الدليل عليها ، كجرائم القتل والسرقة والاعتداء على المال ، وكامتناع البائع عن تسليم المبيع وإيـرام عقد باطل ، فهذه وما يشبهها يكون لها جزاء دنيوي يلفظه القضاء وينفذه الحاكم . والنوع الثاني ، مخالفات يتعذر إثباتها لكونها خفية لا يمكن ضبطها بمظاهر محددة ، كحالات الاغتياـب والنميمة والكذب والحقـد ، فهذه يكون الجزاء عليها أخـروياً .

أما فيما يتعلق بطبيعة الجزاء القانوني ، فهو دنيوي توقعه السلطة المختصة في الدولة على الجرائم والمخالفات الوضعية التي يمكن إثباتها ، ولا شأن للقانون الوضعي بالمخالفات لقواعد الأخلاق التي يتعذر إثباتها .

ثالثاً- من حيث نطاق الجزاء : يبدو نطاق الجزاء الشرعي أكثر إتساعاً من الجزاء القانوني ، لأن الانسان لا يُحاسب في ظل الشرع الاسلامي على فعله فقط وإنما يُساءل على قصده أيضاً ، فالشرع ليس قانوناً فحسب وإنما هو دين وضمير .

وعلى هذا الأساس ، فإن الجزاء الشرعي في القواعد العملية ، المتعلقة بالعبادات والمعاملات ، يأخذ بعين الاعتبار ظاهر الفعل وبواعثه . فلا يكفي أن يؤدي الإنسان فروض العبادات ، ولا أن يكون ظاهر تصرفاته مشروعاً وصحيحاً ، وإنما ينبغي أن يكون نقي السريرة حسن النية والقصد في عباداته ومعاملاته . وتأكيداً على هذا المعنى بقول الحديث النبوي : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى »⁽²¹⁾ . ولذلك إذا استطاع الانسان أن يفر من الجزاء الدنيوي لسلامة تصرفه ظاهرياً ، فلن يكون بمنجى من الحساب الأخروي على ما أبطنه من قصد سيئ ونية خبيثة .

وأما القانون الوضعي فلا يؤاخذ على القصد بذاته إلا في حالات محدودة إن دلت عليه أمارات خارجية ، كما مر سابقاً .

أنواع الجزاء الدنيوي الشرعي : تختلف أنواع الجزاء الدنيوي في الشرع الاسلامي كذلك باختلاف نوع القاعدة الشرعية التي وقعت المخالفة عليها ، فقد يكون عقابياً في نطاق قواعد قانون العقوبات الاسلامي ، ومدنياً في نطاق قواعد القانون المدني الاسلامي⁽²²⁾ ، وإدارياً في نطاق قواعد القانون الإداري الاسلامي .

(21) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ، للشيخ منصور ناصف ، جـ 1 ص 51 ، الناشر المكتبة الاسلامية .

(22) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 33 ص 33 - 37 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 51 ص 136 - 144 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة رقم 51 ص 38 و 39 .

فالجزاء العقابي (أو الجنائي) هو أثر على مخالفة الأفعال الجرمية المحظورة شرعاً ، ويوصف هذا الأثر بأنه عقوبة توقع على المجرم . ويلاحظ هنا أن الفقه الاسلامي يرى أن الجريمة هي كل مخالفة للقواعد الشرعية الجنائية ، خلافاً للقانون الوضعي الذي يقصد بالجريمة كل مخالفة لقواعده ، مدنية كانت أم جنائية . كما أن الفقه الاسلامي لم يتطرق الى تقسيم الجرائم الى جنائيات شديدة وجنح متوسطة ومخالفات خفيفة تبعاً لمقدار العقوبة المترتبة على كل منها ، خلافاً للقانون . ولذلك فإن لفظ الجنائية ولفظ الجريمة يُعتبران مترادفين في الشرع الاسلامي⁽²³⁾ .

والعقوبات الاسلامية قد تكون بدنية كالقصاص بقتل القاتل ، وكالرجم والجلد ، وقد تكون سالبة للحرية كالحبس ، وقد تكون مالية كالدية والضمان ومضاعفة الغرم على المجرم أو إتلاف المال الحرام أو مصادرتها⁽²⁴⁾ . وقد تكون في أي صورة أخرى يراها ولي الأمر محققة لأغراض الشرع من العقاب ، كأن ترد في صورة تعزير وهو عقوبة في جنائية ليس لها حد مقرر في الشرع .

فيترك للمشرع الاسلامي الوضعي تحديد ما يراه من جرائم وما يقترن بها من عقوبات ، وقد تكون العقوبة بين حدين أعلى وأدنى ، أو قدراً متناسباً مع جسامة الجريمة ، وقد يُعطى القاضي حق تقدير العقوبة في ضوء ظروف القضية ومقتضيات المصلحة العامة . وقد ذكر الشرع الاسلامي بعض جرائم التعزير دون ذكر عقوبة حد لها كالربا وإساءة الأمانة والرشوة ، كما عرف هذا الشرع صوراً مختلفة لعقوبات التعزير ، كالقتل في الجرائم الخطيرة والجلد والحبس والغرامة والتوبيخ ، ولا مانع من الأخذ بصور أخرى له تساهل روح العصر وتحقق الغرض من العقاب وفقاً للوعي الاجتماعي⁽²⁵⁾ .

أما الجزاء المدني في الشرع الاسلامي فيكون بتنفيذ الالتزام أو الضمان جبراً ، أو بمحو أثر المخالفة بإعادة الحال الى ما كانت عليه .

والضمان الشرعي هو التعويض المدني ، ويتمثل في صورتين : الأولى - ضمان العقد أي المسؤولية العقدية المترتبة على الاخلال بتنفيذ العقد ، سواء كان عدم تنفيذ ذات ما تعهد بتنفيذه ، وإن تعذر التنفيذ العيني الجبري حل التعويض محله . والثانية - ضمان الفعل الواقع خارج دائرة العقد أي في نطاق المسؤولية التقصيرية ، وقوامها عنصر الضرر

(23) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 51 ص 136 .

(24) الدكتور أحمد فتحي بهنسي : العقوبة في الفقه الاسلامي ص 181 وما بعدها ، الناشر دار الشروق ببيروت الطبعة الخامسة لعام 1983 .

(25) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 24 ص 35 - 36 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 51 ص 139 - 140 .

وحده⁽²⁶⁾ . ويبدو على صورة تعويض يلتزم بدفعه كل من ألحق ضرراً بغيره .

أما محو أثر المخالفة بإعادة الحال الى ما كانت عليه ، فيكون بإجبار المخالف مباشرة على محو أثر المخالفة كأن يُطرد من المنزل من يشغله بدون وجه حق ، أو بإجبار المخالف على هدم الجدار الذي حجب الضوء عن جاره وكان متعسفاً في استعمال حقه⁽²⁷⁾ .

وهناك صور عديدة لمحو أثر المخالفة في نطاق العقد غير الصحيح : من ذلك أن يُعتبر العقد باطلاً إذا ورد على شيء لا يصح التعامل فيه ، كبيع الخمر والدم والميتة ؛ أو يُعتبر العقد فاسداً إذا اقترن بشرط ينطوي على غرر (أي يعرضه للهلاك) كبيع ثوب مع اشتراط لبسه أسبوعاً ؛ أو يُعتبر العقد موقوفاً إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه كما لو تصرف صبي مميّز في منزل يملكه البائع ؛ أو يُعتبر العقد غير لازم إذا شابه غلط أو خداع أو غبن أو إكراه ، فيكون للعاقدة في مثل هذه العيوب أن يختار بين نقض العقد أو إجازته ، أو يكون العقد قابلاً للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه ، كعقد إيجار أبرم دون قيام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر .

وقد يجتمع الجزاء العقابي مع الجزاء المدني بالنسبة الى ذات المخالفة للقاعدة الشرعية . فالسرقة عند الإمام الشافعي لها جزاءان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو قطع اليد ، والآخر يتعلق بالمال المسروق وهو الضمان بالتعويض . وجزاء قطع الطريق نوعان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب عقوبة الحد ، والآخر يتعلق بالمال وهو وجوب الرد إن كان المال قائماً بعيته ، إن لم يكن كذلك ضمنه المجرم مثله أو قيمته⁽²⁸⁾ .

وأما الجزاء الإداري في الشرع ، فيكون في صورة الغزل من الوظيفة أو إلغاء القرار الإداري المخالف للشرع أو التعويض عن أعمال الإدارة المتخذة خلافاً لأحكامه⁽²⁹⁾ .

المطلب الثاني

القانون والشرع والقواعد الاجتماعية الأخرى

45 - تمهيد وتقسيم :

سبق القول أن كلاً من القانون والشرع مجموعة من القواعد الاجتماعية ، تتوجه

(26) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج 1 ص 52 ، الناشر المجمع العلمي العربي الاسلامي ببيروت .

(27) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 51 ص 141 - 142 .

(28) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج 1 ص 53 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 23 ص 37 .

(29) يراجع بشأن ذلك : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الاسلام ص 106 .

بخطابها الى الأشخاص في مجتمع لأجل تنظيم سلوكهم وإقامة نظام اجتماعي . غير أن قواعد القانون والشرع ، وإن كانتا في الطليعة ، لا تحتكران وحدهما تنظيم جوانب الحياة الاجتماعية المختلفة ؛ بل توجد الى جانبها قواعد اجتماعية أخرى تُعنى أيضاً بحكم سلوك الأفراد في المجتمع . فهناك قواعد المجاملات ، وقواعد الأخلاق ، وقواعد الدين ؛ مع الملاحظة بأن هذه القواعد تظهر أهميتها أكثر بالنسبة الى المجتمعات التي تأخذ بالقانون الوضعي منها الى المجتمعات التي يسودها الشرع الاسلامي ، لأن قواعد الشرع تستوعب كثيراً منها لا سيما قواعد الآداب والأخلاق .

من أجل ذلك ، يجب تحديد الصلة بين هذه القواعد الاجتماعية والقواعد القانونية من جهة ، وبينها وبين القواعد الشرعية من جهة ثانية . وهذا ما نتناوله في فرعين : الأول التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية ، والثاني التمييز بين الشرع والقواعد الاجتماعية⁽³⁰⁾ .

الفرع الأول التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

46 - (أولاً) - القانون وقواعد المجاملات والعادات :

يُقصد بقواعد المجاملات والعادات مجموعة من قواعد السلوك الملزمة اعتاد الناس على إتباعها في علاقاتهم اليومية ومظهرهم وملبسهم ، وأساسها فكرة المجاملة وحسن التهذيب كالتحية عند اللقاء والتهنئة والمواساة عند الاقتضاء ، وقد تتطلبها التقاليد والتمدن كالظهور بمظهر معين أو ملبس معين أو تناول الطعام على منوال معين أو المحافظة على المواعيد⁽³¹⁾ .

وتتفق هذه القواعد مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، وبأنها عامة ومجردة ، وأنها واجبة الاتباع . غير أنها قواعد ينقصها التحديد والثبات الذي

(30) يراجع بهذا الشأن : الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 28 وما بعده ص 41 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشرعية رقم 56 وما بعده ص 56 وما بعده ص 156 وما بعدها ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الاسلامي رقم 8 وما بعده ص 18 وما بعدها .

(31) الدكتور عبد الباقي البكري : المدخل 73 ص 197 - 198 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 10 ص 29 - 30 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 15 ص 23 - 24 ؛ دراسة مقارنة رقم 28 ص 41 - 42 .

Gaston May: Introduction à l'étude du droit (Paris 1932) p. 14.

تتميز به القواعد القانونية ، كما أنها تختلف عنها من حيث ماهية الجزء ، إذ أن الخروج على قواعد المجاملات لا يؤدي الى تدخل السلطة العامة لإجبار الأفراد على إحترامها ، كما هي الحال بالنسبة للقواعد القانونية ، وإنما يستدعي نوعاً آخر من الجزء يتمثل في استنكار الناس لسلوك المخالف .

ومع ذلك قد ترتقي قواعد المجاملات الى مصاف القواعد القانونية ، متى وجد المجتمع نفسه بحاجة الى ذلك ، كأن يقضي القانون بفرض زي معين على بعض الناس ، أو بتخصيص مقاعد معينة للشيخ والعجزة والنساء في وسائل النقل العامة . في مثل هذه الحالات نكون بصدد قاعدة قانونية يُجبر الأفراد على إحترامها ، وليس بصدد قاعدة من قواعد المجاملات .

47 - (ثانياً) - القانون وقواعد الأخلاق⁽³²⁾ :

يُقصد بقواعد الأخلاق مجموعة مبادئ تعتبرها غالبية الناس في المجتمع قواعد سلوك ملزمة ، ينبغي على الأفراد إحترامها وإلاّ إستحقوا سخط المجتمع واحتقاره . وتهدف هذه القواعد الى تحقيق مُثل عليا ، تحض على الخير كمساعدة الآخرين والوفاء بالعهد ، والتمسك بالفضائل كالصدق والأمانة ، والابتعاد عن الرذائل والشُرور كالكذب والاعتداء على الآخرين .

ويقتضي الإلمام بموقف القانون من قواعد الأخلاق التعرض لنطاق كل منها بالنسبة للآخر ، ثم بيان أوجه الاختلاف بينهما ، والانتهاء ببيان حالات تداخل القانون مع الأخلاق .

(أ) - نطاق القانون والأخلاق :

لتحديد هذا النطاق لا بد من التأكيد على الآتي :

1 - إن معظم قواعد القانون هي في الوقت ذاته قواعد خُلقية ، كذلك التي تنص على الجرائم فتُحرّم بذلك الاعتداء على النفس والمال والعرض ، أو تلك التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتتطلب الوفاء بالعهد ، أو التي تُحرّم الإثراء بلا سبب مشروع⁽³³⁾ .

G. May: op. cit. p 12- 14; Bekaert: op. cit. N 86 et s p. 97 et s, Dabin: op. cit., p. 255 et s; (32) Ripert: La règle morale dans les obligations civiles (1949) N 14- 18; Esmein: La place du droit dans la vie sociale, l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit T. 1 (1951) p. 119- 127.

والدكتور بدر البعقوب : المرجع السابق رقم 9 ص 26 - 28 ؛ الاستاذ ألبرفحات : المدخل ص 25 - 31 ؛

الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 11 ص 30 - 33 .

(33) تراجع المواد 140 حتى 146 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

2 - هناك قواعد أخلاقية لم يتناولها القانون في صورته المطلقة ، مثل الصدق والنزاهة ومساعدة الغير ، ولكنها تدخل في نطاقه في صورة خاصة . فمثلاً إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يُجرمه في حالات خاصة تبرز خطورته على النظام الاجتماعي ، كما هي الحال في شهادة الزور والتزوير⁽³⁴⁾ ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة جزائية .

3 - توجد قواعد قانونية يقال عنها أنها لا علاقة لها بالأخلاق . مثل القواعد المنظمة للمرور والسير في الطرقات ، وتلك الخاصة بإجراءات التقاضي كمواعيد رفع الدعوى وكيفية إثباتها وإجراءات تنفيذ الحكم . والعلة في وصف هذه القواعد على هذا النحو ، أنها ليست في ذاتها خيراً أو شراً ، وأنها جعلت قواعد قانونية لأن المشرع يرى في مخالفتها إخلالاً بالنظام الذي يهدف الى تحقيقه بالقانون . ويمكن القول بأن مثل هذه القواعد ، وإن كانت في ظاهرها لا تتصل بالأخلاق إلا أن غايتها تحقيق الخير العام ، ذلك لأن القصد من وضع قواعد المرور التقليل من الحوادث الضارة ، مما يؤدي لحفظ الأنفس والأموال ، وإجراءات التقاضي مقصود منها حسن سير العدالة ، وهذا أيضاً يؤدي الى تحقيق الخير العام ، وتحقيق الخير العام من قواعد الأخلاق⁽³⁵⁾ .

4 - ثمة قواعد قانونية قد تبدو في ظاهرها أنها منافية للأخلاق ، حتى أن بعض الفقهاء أخذ يرددونها في مؤلفاته ، منها القواعد التي لا تجيز للشخص رفع الدعوى للمطالبة بحقه بعد مضي مدة معينة⁽³⁶⁾ ، والقواعد التي تحمي المجرم من العقاب إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة⁽³⁷⁾ ، ومنها القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ، ويترتب على عدم كتابتها ضياع الحق⁽³⁸⁾ . والواقع أن الوقوف على الغرض الحقيقي الذي يرمي إليه المشرع من وراء هذه القواعد يُظهر أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق . فهي تهدف بصفة أساسية الى أن يكون التعامل على أساس يُطمأن اليه ، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع . وهذه أغراض ليست بعيدة عن دائرة الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للمجتمع ، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية .

5 - هناك قواعد في القانون يصعب إرجاعها الى الأخلاق . مثال ذلك : إجازة

(34) تراجع المادتان 408 و453 من قانون العقوبات اللبناني .

(35) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 8 ص 22 - 23 .

(36) تراجع المواد 349 حتى 352 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(37) تراجع المواد 438 و439 و440 من قانون الأصول الجزائية اللبناني والمواد 162 حتى 165 من قانون العقوبات اللبناني .

(38) تراجع المادة 254 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .

القانون للمقرض أن يتفق مع المقرض على أن يدفع له فائدة على الدين ، ففي ذلك استغلال لحاجة المقرض ، وهو أمر ينافي الأخلاق . ومن ذلك أيضاً عدم تجريم القانون بعض العلاقات الجنسية بين غير الزوجين في حين أن ذلك معتبر زنى وهو ممنوع في الأخلاق⁽³⁹⁾ .

(ب) - وجوه الخلاف بين القانون وقواعد الأخلاق :

وإذا كانت قواعد الأخلاق تتفق مع القواعد القانونية من حيث أن كلاً منها قواعد عامة مجردة تتضمن خطاباً أو تكليفاً موجهاً لكل فرد من أفراد المجتمع ، وأنها ملزمة يتعرض مخالفتها لجزاء معين ؛ غير أن هذا التشابه لا يمنع من قيام اختلافات بينهما تظهر في الأمور التالية :⁽⁴⁰⁾ .

1 - إختلافهما من حيث طبيعة الجزاء ومصدره : فالجزاء القانوني هو جزاء مادي كالحبس والغرامة والحجز على أموال المدين ، وتقوم السلطة العامة بتوقيعه على المخالف . أما الجزاء الأخلاقي فهو جزاء معنوي يتمثل في تأنيب ضمير المخالف واستنكار المجتمع لفعله ، ولا توجد سلطة عليا تُرغم الأفراد وتُجبرهم على احترام القاعدة الخلقية⁽⁴¹⁾ .

2 - إختلافهما من حيث الغاية : يهدف القانون الى حفظ النظام في المجتمع واستقراره ، وهو في ذلك لا يبتعد كثيراً عن الواقع ، في حين أن غاية الأخلاق مثالية تصبو بالإنسان نحو الكمال⁽⁴²⁾ . فالقاعدة القانونية تراعي ما هو كائن بالفعل داخل المجتمع ، أما القاعدة الأخلاقية فإنها تراعي ما يجب أن يكون عليه المجتمع . ولهذا تتخذ الأخلاق من الشخص الكامل نموذجاً لها فيما تضعه من قواعد ، في حين يضع القانون قواعده على أساس ما يمكن أن يقوم به الشخص العادي⁽⁴³⁾ .

3 - إختلافهما من حيث النطاق : فالقاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الخارجي للأفراد ، دون أن تهتم بالنوايا والبواعث الداخلية . في حين أن القاعدة الأخلاقية تهتم بالنوايا الداخلية وبواعث التصرفات .

4 - إختلافهما من حيث الوضوح والتحديد : إن قواعد القانون تظهر دائماً في صورة

(39) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 23 .

(40) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 17 ص 25 - 26 ؛ ودراسة مقارنة رقم 30 ص 43 - 44 ؛ الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق رقم 9 ص 26 - 27 .

(41)

Roubier: op. cit. N 6 p. 40

(42)

Marty et Raynaud: Dripit civil T. 1 N 39

(43) الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 11 ص 31 .

واضحة محددة يتيسر معرفتها وتطبيقها ، في حين أن مبادئ الأخلاق مرجعها الى ضمير الجماعة ، ولذا فهي غير واضحة المعالم وغير مستقرة إذ لا يجمعها موطن واحد ، لأنها كامنة في الضمير . وما يكمن في الضمير قد تختلف بشأنه وجهات نظر الأفراد ، فيحصل تعارض بين القاعدة الخلقية من وجهة نظر فرد معين وبين القاعدة العامة التي يُعبر عنها شعور الجماعة .

(ج) - تداخل القانون مع الأخلاق :

لا جدال أن بين القانون والأخلاق تمييزاً واضحاً . فلكل منها طابعه واستقلاله ، ولكل منها نطاقه والجزء الذي يترتب على مخالفة قواعده .

غير أن الاختلافات السابقة بين القانون والأخلاق لا تؤثر عما بينهما من صلة وثيقة تقوم على أصول مشتركة تجمع بينهما⁽⁴⁴⁾. فالأخلاق هي المعين الذي ينهل منه القانون معظم قواعده .

فالمشرع لا يسعه تجاهل قواعد الأخلاق ، لأن القانون وجه من وجوهها . والانظمة القانونية تماشي عادة في نهجها المبادئ الخلقية وتسير معها جنباً الى جنب ، ويقابل كل نظام قانوني نظام أخلاقي⁽⁴⁵⁾ . وكلما تقدم المجتمع اقترب القانون من الأخلاق ، فما يعتقده مفيداً له منها ينزله منزلة القانون فتتحول القواعد الخلقية الى قواعد قانونية⁽⁴⁶⁾ .

مثال ذلك الجريمة فقد وُجدت قبل سيادة القانون وكانت الأخلاق تدينها ، فجاء المشرع وحرّم الجريمة تحت طائلة العقاب . وكذلك جرائم الاعتداء على النفس والمال والعرض تنهى عنها قواعد الأخلاق فجعل منها المشرع جرائم جزائية . وقاعدة « الغرم بالغنم » تفرضها مبادئ الأخلاق وقد تكرست ببعض القوانين ، بنظرية المخاطر ومقتضاها تحميل الشخص مسؤولية الأضرار الناجمة عن أشياء في عهده أو تعمل لمصلحته ولو لم يرتكب خطأ ما⁽⁴⁷⁾ . وقد اعتمدت هذه النظرية في قانون العمل في كثير من الدول حيث يُعد صاحب العمل مسؤولاً عما يلحق بالعامل من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة الى خطأه⁽⁴⁸⁾ . وقاعدة عدم جواز الإثراء بلا سبب على حساب الغير هي قاعدة أخلاقية

(44) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 19 ص 28 - 30 ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز الى المدخل ص 13 - 14 .

(45)

Roubier: op. cit. pp. 40 et s.

(46)

Bekaert: op. cit. N 84- 85 pp. 95- 97; G. May: op. cit. p. 11.

(47) الأستاذ البرفرحات : المدخل للعلوم القانونية ص 28 .

(48) يراجع : قانون العمل اللبناني الصادر عام 1943 .

أخذت بها القوانين بوجه عام وجعلت منها قاعدة قانونية عامة⁽⁴⁹⁾ ، ومثلها أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق⁽⁵⁰⁾ .

ولعل أروع مثال على تداخل الأخلاق مع القانون تكريس المشرع لمبدأ إبطال الاتفاقات المخالفة للأداب العامة ، حيث اعتبر كل اتفاق على ما يناهز الآداب العامة يكون باطلاً . ففي خصوص محل الالتزام نصت المادة 192 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب »⁽⁵¹⁾ . وفي خصوص سبب الالتزام نصت المادة 198 من ذات القانون على أن « السبب غير المباح هو الذي يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية »⁽⁵²⁾ . فمثلاً يكون باطلاً لمخالفته للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال في مقابل إنشاء علاقة جنسية غير مشروعة أو الإبقاء على هذه العلاقة ، وكذلك الاتفاق على دفع مبلغ في مقامرة أو مراهنه غير مرخص بها⁽⁵³⁾ .

48 - (ثالثاً) - القانون وقواعد الأديان عامة⁽⁵⁴⁾ :

الدين هو مجموعة من قواعد الايمان والاعتقاد والأوامر والنواهي المستمدة من وحي قوة عليا غير منظورة ، وهو يرمي الى خير الانسان في الدنيا والآخرة . والأديان ليست جميعها من طبيعة واحدة . وهي تُقسّم من حيث مصدرها الى أديان سماوية وأديان غير سماوية . وهو تقسيم يؤكد عليه المسلمون . ويُقصد بالدين السماوي القواعد التي يعتقد الناس أنها منزلة من الله عن طريق رسله ، كالدين الاسلامي والدين المسيحي والدين اليهودي . أما الدين غير السماوي فهو ما استمد من قوة عليا غير منظورة ليست هي الذات الإلهية ، كالدين المجوسي والبوذي⁽⁵⁵⁾ والوثني .

كما تُقسّم الأديان من حيث نطاقها الى أديان فردية تُعنى فقط بتنظيم واجبات الانسان تجاه خالقه وإزاء نفسه ، كالدين المسيحي والبوذي . وأديان جماعية تُعنى بتنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا ، الى جانب عنايتها بقواعد الاعتقاد والأخلاق ،

(49) تراجع المواد 140 حتى 146 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(50) تراجع المادتان 10 و 11 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد لعام 1983 ، والمادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(51) تقابلها المادة 135 من القانون المدني المصري .

(52) تقابلها المادة 136 من القانون المدني المصري .

(53) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 20 ص 30 .

(54) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 72 ص 193 - 197 .

(55) يُراجع بشأن البوذية : الملل والنحل للشهرستاني ، تحقيق الاستاذ محمد سيد كيلاني ، ج 2 ذيل الكتاب ، ص 13 وما بعدها ، طبع دار المعرفة ببيروت .

كالدين الاسلامي واليهودي والكونفوشيوسي⁽⁵⁶⁾ .

ويذهب فقهاء القانون الوضعي ، عند الكلام عن الصلة بين القانون وقواعد الدين ، الى القول باختلاف نطاق القانون عن نطاق الدين ، وكذلك الى اختلاف الجزاء بينهما ، فيقولون بأن القانون يتناول واجبات الشخص نحو غيره ، بينما يتناول الدين واجب الشخص نحو الله ، وواجباته نحو نفسه . هذا فضلاً عن أن الجزاء القانوني هو دنيوي مادي توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية ، في حين أن الجزاء الديني هو أخروي يتمثل بالعذاب في الآخرة .

فهذا الذي يقول به الفقه القانوني ينطلق من نظرة عامة الى الأديان ، وهو يتجاهل إختلاف الأديان ما بين فردية وجماعية ؛ فضلاً عن أنه قاصر عن بيان حقيقة الشرع الاسلامي الذي هو دين وقانون بذات الوقت ، فلا يمكن التالي الأخذ بذلك الرأي عند الكلام عن نطاق القانون وقواعد الأديان إلا بالنسبة للدين غير الاسلامي وشرط أن يكون فردياً بالمعنى المحدد أعلاه⁽⁵⁷⁾ .

والواقع أن قواعد الأديان الفردية تتعد عن دائرة القانون لتقترب من قواعد الأخلاق ، لأنها تركز اهتمامها على حكم واجبات الفرد تجاه ربه وإزاء نفسه . ولا يعني ذلك أنها لا تكثرث بالروابط الاجتماعية ، بل هي تلتفت إليها ولكن من زاوية الأخلاق ، دون أن تعرض لبيان القواعد التي تنظم تلك الروابط عرضاً موضوعياً . أما الدين الجماعي فهو يشارك القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية ، وقد يصبح قانوناً في نطاق ما ينظمه إذا أجبرت السلطة العامة الناس على الخضوع لقواعده وفرضت الجزاء الدنيوي عند مخالفته هذا ويُعتبر الدين الاسلامي ديناً جماعياً ، بل هو أكثر الأديان الجماعية عناية بتنظيم الروابط الاجتماعية ، لأنه دين وقانون في ذات الوقت .

وتختلف الأديان عن القانون في الأمور التالية :⁽⁵⁸⁾

1 - من حيث الأصل أو المصدر : فالأديان كافة ، فردية كانت أم جماعية ، تستمد قواعدها من قوة عليا غير منظورة ، وإن كانت هذه القوة متباينة باختلاف الأديان لجهة كونها سماوية أم غير سماوية . أما قواعد القانون فمن وضع البشر عادة ، فرداً أو هيئة أو مجتمعاً ؛

(56) يُراجع بشأن الكونفوشيوسية : كتاب الملل والنحل للشتريسي ، تحقيق الاستاذ محمد سيد كيلاني ، ج 2 ذيل الكتاب ص 19 وما بعدها .

(57) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 9 ص 27 ؛ الاستاذ علي علي منصور : المدخل ص 37 وما بعدها .

(58) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 195 - 197 .

وإن جاز أن يكون الدين مصدراً تاريخياً لها حيناً ، وأن يكون الدين الجماعي مصدراً رسمياً للقانون حيناً آخر .

2 - من حيث الغاية المباشرة : فالأديان كافة ترتقي بالإنسان نحو الكمال الذاتي والسمو النفسي ، وترمي إلى إقامة المجتمع على أسس الفضيلة والخير والعدل . أما قواعد القانون فتهدف الى غاية نفعية هي إقامة النظام في المجتمع وتحقيق الاستقرار فيه .

3 - من حيث مقياس الحكم على التصرفات : إن مقياس الحكم على التصرفات في ميدان القانون مقياس ظاهري أو خارجي ، يقتصر على التصرف في مظهره المادي دون أن يتعداه الى ما يقف وراءه من نوايا وبواعث . في حين أن مقياس الحكم في نظر الأديان هو خلاف ذلك . فإذا كان الدين فردياً ، كان مقياس الحكم باطنياً أو داخلياً صرفاً ينفذ الى أعماق النفس ويكشف عن مقاصدها . أما إذا كان الدين جماعياً كان المقياس مزدوجاً ، فهو ظاهري يعتمد عليه الحساب القضائي الدنيوي ، وباطني ينطلق منه الحساب الأخروي وترتكز عليه نظرة الدين الى التصرف .

4 - من حيث النطاق : إن قواعد القانون تُعنى بتنظيم الروابط الاجتماعية ، لكن من زاوية العلاقة القائمة بين الأشخاص في المجتمع فحسب . أما الدين ، إذا كان فردياً فإنه يتميز بنطاق مستقل عن نطاق القانون ، إذ هو يركز اهتمامه على حكم واجبات الإنسان تجاه خالقه وإزاء نفسه ولا يكثرث بتنظيم الروابط الاجتماعية إلا من الزاوية الخلقية . وأما إذا كان الدين جماعياً ، فإن نطاقه أوسع من نطاق القانون ، لمشاركته القانون في التنظيم الاجتماعي فضلاً عن حكمه لواجبات الإنسان تجاه ربه وإزاء نفسه .

5 - من حيث الجزاء : فالجزاء القانوني يبدو على صورة عقاب ، وهو جزاء مادي دنيوي توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . أما الجزاء الديني فيكون أخروبياً في الأديان الفردية ، ويكون مزدوجاً - دنيوياً وأخروبياً - في الأديان الجماعية . وتجدر الإشارة الى أن الجزاء المادي الدنيوي لا يتوافر لقواعد الدين الجماعي إلا إذا كانت واجبة التطبيق ، تفرض الدولة على الناس واجب إتباعها تحت طائلة توقيع الجزاء عند مخالفتها ، وتعتبر قواعد الدين الجماعي عندئذٍ قواعد دين وقانون في ذات الوقت .

49 - (رابعاً) - القانون وقواعد الشرع الاسلامي (وجوه الشبه والاختلاف) :

توجد بين قواعد القانون وقواعد الشرع الاسلامي وجوه شبه ووجوه إختلاف⁽⁵⁹⁾ ، يحسن التطرق إليها في هذه الفقرة .

(59) يراجع في تفصيل ذلك : الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 53 و54 ص 146 وما بعدها .

(أ) - وجوه الشبه بين القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية :

تتمثل وجوه الشبه بين قواعد القانون الوضعي وقواعد الشرع الإسلامي في الأمور التالية :

- 1 - إنها جميعاً قواعد عامة مجردة منظمّة . فكل قاعدة منها توصف بأنها خطاب يوجه الى الأشخاص كافة دون أن يكون المقصود شخصاً معيناً بإسمه أو فعلاً محدداً بذاته ، وإنما ينصرف حكمها إلى كل من توافرت فيه شروط انطباقها .
 - 2 - إنها تتأثر من حيث الهدف الأسمى وهو تحقيق خير وسعادة الإنسان وإقامة مجتمع يسوده النظام وينعم بالاستقرار .
 - 3 - إن كل قاعدة منها تعنى بتنظيم علاقة الإنسان مع غيره على أساس من العدل والمساواة وعلى ركيزة من الأخلاق الاجتماعية .
 - 4 - إنها تتصف بالقوة الملزمة ، فتتقرن بجزاء يوقع على المخالف زجراً له وردعاً لغيره ، وذلك لحمل الناس عن طريقه على إتباعها قسراً إن لم ينصاعوا لحكم القاعدة طوعاً .
 - 5 - إنها تتميز بالوضوح والاستقرار ، فيسهل التعرف على القاعدة بالرجوع الى موطنها ويتيسر لجميع الأفراد الوقوف على حكمها . وأهم مواطن قواعد القانون التقنيات الجامعة والتشريعات الصادرة وكتب علماء القانون وأحكام المحاكم الوضعية . وأهم مواطن قواعد الشرع الاسلامي القرآن الكريم وكتب السنة النبوية والمؤلفات الفقهية وأحكام المحاكم الاسلامية .
 - 6 - إن تقدير سلامة تصرف الإنسان فيها ليس ذاتياً ينبع من الضمير الشخصي ، كما هو الشأن في قواعد الأخلاق ، وإنما يصدر التقدير عن سلطة هي السلطة العامة بالنسبة الى القاعدة القانونية ، وهي الذات الإلهية بالنسبة الى القاعدة الشرعية .
- (ب) - وجوه الاختلاف بين القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية :

على الرغم من وجوه الشبه العديدة بين قواعد القانون وقواعد الشرع ، تقوم بينهما اختلافات هامة تباعد بين دائرتيهما ، وتتلخص بالآتي :

- 1 - إختلافهما من حيث الأصل : فالشرع الاسلامي سماوي في مصدره ، إذ هو تنزيل من الله تعالى عن طريق الوحي ، معنى ولفظاً على صورة آيات قرآنية ، أو معنى فحسب على صورة سنة نبوية . والقواعد الشرعية تُستمد من هذين الأصلين مباشرة ، أو

بالواسطة منها عن طريق الاجتهاد . أما القواعد القانونية فتكون في العادة من عمل الإنسان ، فرداً أو هيئة أو مجتمعاً ، وإن جاز أن يكون الدين مصدراً من مصادرها .

2 - إختلافهما من حيث الغرض أو الغاية المباشرة : فالقاعدة الشرعية ترتقي بالإنسان نحو الكمال والسمو الخلقي عن طريق العبادات والأخلاق . أما غاية القاعدة القانونية فنفعية ، تهدف الى حفظ النظام في المجتمع وتحقيق الاستقرار .

3 - إختلافهما من حيث مقياس الحكم على التصرف : فمقياس الحكم على التصرفات الفردية في نظر الشرع الاسلامي مقياس مزدوج ، باطني أو داخلي ينفذ الى داخل النفس ويكشف عن مقاصدها ، وظاهري أو خارجي يحاسب الإنسان على ظاهر تصرفاته . أما مقياس الحكم على التصرف في القانون فظاهري فحسب ، يقف عند المظاهر المادية .

4 - إختلافهما من حيث النطاق : فنطاق القانون ينحصر في دائرة تنظيم العلاقات الاجتماعية ، وبوجهها الظاهري . أما قواعد الشرع فيتسع نطاقها لتشمل واجبات الإنسان نحو ربه وإزاء نفسه وتجاه غيره ، ظاهراً وباطناً . وهي تحقق العدالة فضلاً عن إقرارها للعدل ، مع تأكيدها على القيم الأخلاقية في إرساء النظام الاجتماعي .

5 - إختلافهما من حيث الجزاء : فالجزاء القانوني يكون دائماً في صورة عقاب ، بينما يكون الجزاء الشرعي ثواباً أو مكافأة عند الطاعة وعقوبة وضماناً عند المخالفة . وعلى حين يكون الجزاء القانوني مادياً دنيوياً تفرضه السلطة العامة ، فإن الجزاء الشرعي مزدوج قد يكون دنيوياً توقعه السلطة الاسلامية على صورة عقاب ، وقد يكون أخروياً يتمثل في غضب الله وعقابه . ومن نزل به الجزاء الدنيوي سقط عنه الجزاء الأخروي ، ومن فرّ من الأول انتظره الثاني يوم الحساب .

50 - (خامساً) - القانون وسائر العلوم الاجتماعية الأخرى :

ما دام ان العلوم الاجتماعية تهتم بدراسة الإنسان باعتباره عضواً في مجتمع . وطالما أن القانون قاعدة اجتماعية منظّمة لسلوك الإنسان في المجتمع ، فإن القانون يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية ، ويكون على صلة بسائر هذه العلوم ، كعلم الاجتماع والاقتصاد والسياسة والتاريخ والفلسفة وغيرها⁽⁶⁰⁾ .

فصلة القانون بعلم الاجتماع تظهر بتصديده لتنظيم واجبات الفرد تجاه غيره من

(60) الأستاذ ألب فرحات : المرجع السابق ص 20 - 25 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 74 ص

الناس ، ويبدو ذلك واضحاً في نطاق الأحوال الشخصية عندما يتناول القانون علاقة الفرد بأسرته . وإذا كان علم الاجتماع يهتم بدراسة النواحي الاجتماعية ومتابعة سلوك الفرد في المجتمع ، فقد تفرع عنه علم الاجتماع القانوني . ويركز هذا العلم اهتمامه على دراسة سلوك الشخص تجاه القواعد القانونية المطبقة واستخلاص النتائج الاجتماعية المترتبة على سن تشريع أو تعديله أو إلغائه . فهو الذي يحدد أهمية القاعدة القانونية وجدوى بقائها ، وهو الذي يُحَفِّز المشرع على سنّها لأهميتها أو إلغائها لعدم جدواها ، وذلك عن طريق ما يقدمه من حقائق اجتماعية استخلصت من النتائج الإيجابية لتطبيق قواعد القانون القائمة⁽⁶¹⁾ .

وصلة القانون بعلم الاقتصاد تتجلى في نطاق المعاملات المالية . فالقانون عندما يتجه الى تنظيم علاقة الفرد بغيره من حيث المال وتحديد سلطة الشخص على المال ، يتأثر بالفكر الاقتصادي السائد في المجتمع من حيث أخذه بالمذهب الاقتصادي الحر الذي يُطلق حق الملكية ويقر حرية تداول الأموال ، أو أخذه بالمذهب الاقتصادي الموجّه الذي يأخذ باتجاه معاكس .

ويتصل القانون بعلم السياسة عندما يضع النظام السياسي للدولة محدداً شكل نظام الحكم والسلطات القائمة فيها ، والعلاقات القائمة بين السلطات من جهة وبينها وبين الشعب من جهة أخرى . وهو يستعين في ذلك بما يأخذ به علم السياسة من نظريات سياسية تعالج علاقة الحاكم بالشعب .

وصلة القانون بعلم التاريخ لا يمكن تجاهلها . لأن الدراسة التاريخية تلقي الضوء على القواعد القانونية القديمة وتساعد رجال القانون على تقييمها وتحديد مسلك المشرع حيالها . فالتاريخ بما يقدمه من معلومات يكفل للمشرع نهجاً سليماً في تشريعه ، من حيث الإبقاء على القواعد القديمة أو إلغائها . كما أنه يساعد رجال القانون في تفهم بعض القواعد القانونية القائمة التي لا يسهل إدراكها إلا في ضوء الظروف التاريخية التي أدت الى إيجادها .

وأما عن صلة القانون بالدراسات الفلسفية وبعلم النفس وعلم المنطق ، فتتضح بإضفاء الدراسة الفلسفية على البحث القانوني الأصالة والعمق والشمولية . فهي تنظر الى الحق الشامل والى مصير الإنسان ، فتحاول المواءمة بين مفهوم الحق ومفهوم القانون ، فهي سابقة للقانون ولاحقه له ، وتحاول أن تعطي حكمها على القانون الوضعي من حيث موافقته للمبادئ الأساسية والأهداف العليا التي ترسمها للكون . ومن ناحية أخرى لا

(61) Del Vecchio: Philosophie du droit, traduction d'Aynac (Daloz 1953) pp. 23 et s; De la Gressaye et Laborde- Lacoste: Introduction à l'étude du droit (Sirey 1947) N 79 et s.

يسوغ للمشرع أن يتجاهل طبيعة الإنسان ، فيستنير عند إقراره للقاعدة القانونية بما يضعه علم النفس من دراسات الحاجات القائمة والرغبات الكامنة والأحاسيس المستترة في نفوس أفراد المجتمع⁽⁶²⁾ . ويساعد المنطق القانون ، في تحديد مضمون القاعدة القانونية وتبريرها وتفسيرها .

ويتبين من ذلك أن القانون في صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى إنما يعتمد عليها في استخلاص ما ينشده من حقائق ومقومات تكون أساساً للقواعد القانونية التي يجري العمل على مقتضاها⁽⁶³⁾ .

الفرع الثاني

التمييز بين الشرع الاسلامي والقواعد الاجتماعية

51 - (أولاً) - الشرع الاسلامي وقواعد المجاملات والعادات :

تُعتبر قواعد المجاملات والعادات ، كما سبق القول ، قواعد سلوك ملزمة اعتاد الناس على إتباعها في علاقاتهم ومظهرهم ومواعيدهم ، تصدر عن فكرة المجاملة والتهذيب ، ويتعرض المخالف لها الى استنكار المجتمع . ومن أمثلتها ، التحية عند اللقاء ، والتهنئة والعزاء عند الاقتضاء ، ومراعاة العادات في المظهر والملبس والمأكل وأسلوب الحديث .

وتتفق هذه القواعد مع القواعد الشرعية في حكمها لسلوك الأفراد وشعورهم بالزاميتها ، غير أنها يختلفان لجهة ماهية الجزء⁽⁶⁴⁾ . فالجزء في قواعد المجاملات جزاء أدبي يظهر في صورة استنكار للمخالفة ، في حين أن الجزء بالنسبة للقواعد الشرعية قد يكون عقاباً دنيوياً أو عقاباً وثواباً أخرويين .

والأصل أن نظرة الشرع الاسلامي الى هذه القواعد ، هو ذات نظرة القانون الوضعي ، أي عدم إدراجها في قواعده وإبقاؤها خارج نطاقه لاتباعها الناس بمحض اختيارهم وبدافع الشعور بجودها وإلا تعرضوا للجزاء الأدبي الذي تواضعوا عليه . غير أن مجال الارتقاء بهذه القواعد الى مرتبة القواعد الشرعية هو أكثر تحقّقاً في الشرع عنه من

(62) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 201 ؛ الاستاذ البرفرجات : المرجع السابق ص 20 - 21 .
Del Vecchio:op.cit. (1953) pp. 20- 22.

(63) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون رقم 21 ص 31 .

(64) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق 208 - 209 ؛ الدكتور عبد المنعم الصدة : دراسة مقارنة رقم 35 ص 49 - 50 ؛ الاستاذ علي منصور : المرجع السابق ص 50 .

القانون . ذلك أن كثيراً من قواعد المجاملات والعادات الاسلامية يدخل في دائرة الآداب الاسلامية ، وهذه الأخيرة يعتبرها الشرع الاسلامي قواعد شرعية ملزمة واجبة الاتباع تحت طائلة الجزاء الشرعي . من ذلك مثلاً ، أن الآداب الاسلامية توجب على الناس إلقاء التحية والرد عليها عملاً بقوله تعالى في القرآن الكريم : ﴿ وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيباً ﴾ (النساء آية رقم 86) . فإلقاء التحية في الاسلام أمر مندوب يُفضل القيام به ، والرد على التحية واجب شرعي . وهذا الواجب إما كفائي إذا وُجِّهَت التحية الى جماعة بحيث يتوجب على أحدها الرد على التحية وإلا أثموا جميعاً ، وإما واجب عيني إذا وُجِّهَت التحية الى شخص معين إذ يتوجب عليه الرد على التحية وإلا كان آثماً شرعاً . ومثلها أيضاً ، أمر الشرع النساء بستر العورة والنهي عن التبرج الزائد⁽⁶⁵⁾ ، إذ يتوجب عليهن الحشمة في المظهر .

52 - (ثانياً) - الشرع الاسلامي وقواعد الأخلاق⁽⁶⁶⁾ :

القواعد التي جاء بها الشرع الاسلامي شاملة لأوجه حياة الانسان الثلاثة : واجباته تجاه ربه ، وأدبياته حيال نفس ، وعلاقته القانونية بغيره وبالمجتمع . فالشرع الاسلامي ، كما أوضح مسألة الايمان وأحكام العبادات ، تطرّق الى الأخلاق والآداب ، فضلاً عن تنظيمه لمعاملات الناس في مختلف الشؤون . فما هناك من شأن من شؤون الحياة إلا وتناوله الشرع وبيّن فيه الخير والشر ، والطاهر من الخبيث والصحيح من الفاسد⁽⁶⁷⁾ . والأخلاق في الاسلام ليست شيئاً مستقلاً عن الدين والشرع بل هي من ممتاته ، وقد جعل الرسول ﷺ الأخلاق أساساً لرسالته فقال : ﴿ إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ ﴾ . وقد وصفه ربه في القرآن بقوله : ﴿ وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ ﴾ (آل عمران : 159) ، وقال هو عن نفسه : « أدبني ربي فأحسن تأديبي » . وقال عن غيره : ﴿ أَقْرَبَكُمْ مِنِّي مَجْلِساً يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَحْسَنُكُمْ أَخْلَاقاً ﴾⁽⁶⁸⁾ .

وعليه فإن قواعد الأخلاق الاسلامية تعتبر جزءاً هاماً من أجزاء الشرع ، ولذا لم يكن الفقهاء في حاجة الى الكلام عن الأخلاق في فقه القانون ، وإنما اعتبرت علماً قائماً بذاته

(65) سورة الأحزاب آية رقم 33 ، سورة النور آية رقم 60 .

(66) الدكتور صبحي محمصاني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 36 و 37 ص 50 - 53 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 76 ص 202 - 205 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 9 ص 30 - 33 ؛ الاستاذ علي منصور : المدخل ص 50 و 51 ؛ الشيخ محمد أبو زهرة : الجريمة في الفقه الاسلامي ص 11 و 26 - 30 والعقوبة في الفقه الاسلامي ص 61 - 57 .

(67) يراجع سابقاً رقم 25 فقرة 4 .

(68) الحديثان المذكوران عند الاستاذ علي منصور : المدخل ص 49 .

يبحث في تطهير النفس وإيقاظ الضمير . هذا وقد جاءت قواعد الشرع الاسلامي متشعبة بالقيم الأخلاقية مؤكدة أن العمل الصالح يتساوى بالإيمان لجهة استحقاق الثواب ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ والعصر إن الإنسان لفي خسر ، إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات . . . ﴾ (سورة العصر) . كما أن الشرع جعل من الصدق والاستقامة وهما قوام الأخلاق ، أساساً لما يؤمن به الإنسان من عقيدة دينية ، وما يؤديه من فروض العبادة وما يقدم عليه من تصرفات قانونية . وقد أضحى الشرع الاسلامي على قواعد الأخلاق من القوة الملزمة ما لم تتمتع بها في ظل أي قانون أو نظام آخر ، فما من قاعدة شرعية تكون مصحوبة بجزاء دنيوي إلا وهي متصلة بسبب بالأخلاق ، ويشد المكلف إليها ما ينتظره من ثواب أو عقاب في الآخرة بغية إيجاد مجتمع إسلامي فاضل . وهذه القاعدة تعتبر كذلك من قواعد الدين كما هي من قواعد الأخلاق . وقد تكون مقابلة لقواعد القانون إذا كانت مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة بجانب جزاء الأخلاق وجزاء الدين .

وليس معنى ذلك أن قواعد الأخلاق بالوصف السابق تغطي على القواعد المصحوبة بجزاء دنيوي في نطاق الشرع الاسلامي ، بل ان هذا الشرع يضيق كثيراً من نطاق قواعد الأخلاق بالوصف السابق لإدخال كثير منها في حيز القواعد المصحوبة بجزاء دنيوي . مثال ذلك واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق فهو في الشرع الاسلامي واجب شرعي يفرضه الدين والأخلاق . ومثاله أيضاً أن كل معصية لا عقوبة حد فيها ولا كفارة تدخل في نطاق الجرائم المعاقب عليها بالتعزير . فالحاكم له أن يفرض لهذه المعاصي - وهي في الأصل مخالفات دينية أو أخلاقية - من العقوبات ما يردع العاصي ويحمّله على الاستقامة بغية تطهير المجتمع من الفساد .

ولقد لاحظ علماء القانون الحديث ، في الشرق والغرب ، أهمية ارتباط القانون بالأخلاق ، ونوّهوا بوجه خاص بما جاء في الشرع الاسلامي من هذا القبيل⁽⁶⁹⁾ .

(أ) - وجوه الالتقاء بين الشرع والأخلاق :

تعتبر الأخلاق في الأساس قسماً رئيساً من أقسام الشرع الاسلامي ، وبالتالي فإن الكلام عن الشرع يصلح أيضاً على الأخلاق . ومع هذا يمكن استخلاص وجوه الالتقاء

(69) يراجع مثلاً : كتاب الاستاذ شكري القرداحي « القانون والأخلاق » (بالفرنسية ، بيروت) ج 3 ص 420 ؛ وكتاب الاستاذ جورج ريبير « القوى المولدة للقانون » (بالفرنسية ، باريس 1955) رقم 61 ص 152 وما بعدها ؛ وكتاب الاستاذ بشارة طباع « القانون السياسي والانسانية » (بالفرنسية ، باريس 1955) . وقد أشار الى هذه المراجع د . صبحي حمصاني : الدعائم الخلقية ص 332 بالهامش .

بينهما من خلال الأمور الآتية⁽⁷⁰⁾ :

1 - إن المقصد العام للشرع الاسلامي هو ذات غاية الأخلاق . فالشرع يهدف الى غاية مثالية ، هي تهذيب الإنسان والنزوع به نحو الكمال الذاتي ليكون عضواً صالحاً في المجتمع الفاضل الذي يسعى الاسلام الى إقامته . وهذه الغاية ، هي ما ترمي اليها الأخلاق ، وهي تختلف عن الغاية النفعية التي يرمي القانون الى إدراكها والمتمثلة بإقامة النظام في المجتمع وكفالة الاستقرار .

2 - إن الأخلاق تعتبر أساساً لصحة التكاليف الشرعية ، فالاعتقاد الديني يجب أن يكون صادقاً . والعبادات تتطلب صفاء النية وطهارة النفس ، ومعاملات الإنسان مع غيره يجب أن تصدر عن بواعث خيرة ونوايا حسنة .

3 - إن المعيار الذي يتخذه الشرع للحكم على الأفعال والتصرفات هو المعيار ذاته الذي تعول عليه الأخلاق . وهو معيار باطني ينفذ الى النيات والمقاصد الخفية ليحكم على الفعل بأنه خير أو شر .

4 - إن حدود الأخلاق تذوب في نطاق الشرع ، فتشيع مبادئ الأخلاق في القواعد الشرعية كافة دون أن تتحدد بدائرة خاصة . فالشرع ينهي عن الرذائل المنافية للأخلاق ويعاقب عليها في الدنيا والآخرة ، ويأمر بفضائل الأخلاق ويثيب عليها . والقواعد الشرعية لا تكتفي بفرض الواجبات السلبية - كما يفعل القانون الوضعي - بل تفرض ما تفرضه الأخلاق من واجبات إيجابية ، هي واجبات البر والمساعدة . والشرع يتناول الفعل والقصد ويحاسب على أفعال الإنسان الظاهرة والباطنة ، فيحكم ما تحكمه الأخلاق من نوايا مستترة ودوافع خافية .

(ب) - الشرع أوسع نطاقاً من دائرة الأخلاق :

إذا كان يصح القول بأن دائرة الأخلاق تذوب في نطاق الشرع الاسلامي ، فلا يمكن التقرير بأن دائرتيهما تتطابقان . لأن الشرع أوسع من الأخلاق نطاقاً ، إذ يتناول العقيدة الدينية والعبادات وتنظيم الروابط الاجتماعية على نحو موضوعي دون الاكتفاء بالدعوة الى إرسائها على دعائم الأخلاق . ويظهر اتساع نطاق الشرع الاسلامي في دائرة الروابط الاجتماعية في ناحيتين : الأولى - أن الشرع لا يكتفي بفرض الواجب وإنما ينشئ الحق مقابلاً له ، أما قواعد الأخلاق فلا تقرر الحق وإنما تفرض الواجب فحسب . والثانية - أن

(70) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 204 - 205 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 36 - و37 ص 50 - 52 .

الشرع يتناول بالحكم مسائل لا شأن للأخلاق بها ولا حكم لها فيها ، وإنما يتطلبها حسن التنظيم الاجتماعي ، كإجراءات التقاضي لجهة رفع الدعوى والحكم فيها وطرق تنفيذه . وقد يضم مسائل تبدو في ظاهرها غير متلاقية مع الأخلاق لتعلقها باستقرار المعاملات فقط ، كالقواعد المتعلقة بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان عليها ما لم يكن هناك عذر شرعي⁽⁷¹⁾ . وهي قواعد عرفها الفقه الاسلامي في عصور متأخرة ، وتنطوي على تضحية بمصلحة الفرد لمجرد إهماله المطالبة بحقه خلال زمن معين .

ومع ذلك ، يمكن القول أن القواعد التي أقرها الفقه الاسلامي مؤخرًا والمتعلقة بتنظيم إجراءات التقاضي ، وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، ليست منقطعة الصلة بالأخلاق . فهذه القواعد تهدف بصفة عامة الى استقرار المعاملات ، وهو غرض يتطلبه النظام في المجتمع ويتقضي الخير العام للجماعة . وتحقيق الخير العام للجماعة ، وإن أفضى أحياناً الى التضحية بمصلحة فردية ، غرض تستهدفه قواعد الأخلاق أيضاً⁽⁷²⁾ .

53 - (ثالثاً) - الشرع الاسلامي والأديان الأخرى :

مرّ سابقاً أن الأديان ليست من طبيعة واحدة⁽⁷³⁾ ، وأنها تُقسّم من حيث مصدرها الى أديان سماوية وغير سماوية . ويُقصد بالدين السماوي القواعد التي يعتقد الناس أنها منزلة من الله عن طريق رسله ، كالدين الاسلامي والمسيحي واليهودي . أما الدين غير السماوي فهو ما استمد من قوة عليا غير منظورة ليست الذات الإلهية ، كالدين المجوسي والبوذي والوثني . وقلنا أيضاً أن الأديان تقسم من حيث نطاقها الى أديان فردية تعنى فقط بواجبات الإنسان تجاه خالقه وإزاء نفسه ، كالدين المسيحي والبوذي . والى أديان جماعية تهتم بتنظيم كافة العلاقات الاجتماعية ، الى جانب عنايتها بالإيمان والأخلاق ، كالدين الاسلامي واليهودي والكونفوشيوسي . مع الإشارة الى أن الدين الاسلامي يعتبر أكثر الأديان الجماعية

(71) تحت عنوان « في حق مرور الزمان » نصت المادة 1660 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أنه : « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث . . . بعد أن تُركت خمس عشرة سنة » . ونصت المادة 1663 على أن المعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لاستماع الدعوى ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر » .

وتحت عنوان : « في وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان » نصت المادة 151 من كتاب مرشد الحيران للاستاذ محمد قدرى باشا على أنه : « من كان واضعاً يده على عقار أو غيره ومتصرفاً فيه تصرف المالك بلا منازع ولا معارض مدة 15 سنة فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الإثبات من أحد ليس بذي عذر شرعي إن كان منكراً » .

(72) يراجع في ذلك : الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 37 ص 53 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 205 - 206 .

(73) يراجع سابقاً رقم 48

عناية بتنظيم الروابط الاجتماعية ، لأنه دين وقانون بذات الوقت .

وسيقصر الكلام هنا على علاقة الشرع الاسلامي بالأديان السماوية السابقة . ويمكن إجمال أوجه هذه العلاقة بما يأتي⁽⁷⁴⁾ :

1 - وحدة المصدر : فالأديان السماوية ومنها الاسلامي مصدرها واحد هو الله تعالى فهو منزلها ومشرع قواعدها ، وما وظيفة الرسل إلا القيام بتبليغها الى الناس .

2 - وحدة الأصول والمقاصد : والأديان السماوية متشابهة في الدعوة الى أصول الاعتقاد والايان وهي متشابهة في المقاصد العامة كتركية النفس بالأعمال الصالحة ، والحرص على هداية الناس الى الصراط المستقيم وتحقيق الخير والصالح لهم في الدنيا ، والسعادة في الآخرة .

3 - الشرع الاسلامي ناسخ لما قبله : باعتبار الشرع الاسلامي خاتم الأديان فهو ناسخ لما سبقه ، وهو وحده واجب الاتباع .

4 - إن القواعد الموجودة في الشرع الاسلامي كلها قائمة على الوحي الإلهي الى رسوله محمد ﷺ وليست مأخوذة من الأديان السابقة ، لأن الرسول ﷺ لا يتبع إلا ما يوحى إليه من ربه ، تصديقاً لقوله تعالى : ﴿ قل إنما أتبع ما يوحى الي من ربي ﴾⁽⁷⁵⁾ . وعلى هذا فإن التشابه بين بعض قواعد الشرع الاسلامي وبين قواعد الأديان السماوية السابقة يعني أن الله تعالى شرعها في الاسلام كما شرعها للامم السابقة ، كما في فريضة الصوم حيث يقول تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ﴾⁽⁷⁶⁾ . فالمسلمون مخاطبون بقواعد الشرع الاسلامي بنزوله عليهم لا بكونها شرعت لما قبلهم⁽⁷⁷⁾ .

5 - إن قواعد الأديان السابقة التي أشار إليها القرآن أو السنة النبوية دون إنكار أو إقرار ولم يقم دليل على نسخها لا تعتبر تشريعاً للمسلمين ولا جزءاً من الشرع الاسلامي ، وهذا على رأي جمهور الفقهاء .

54 - (رابعاً) - الشرع الاسلامي والعلوم الاجتماعية الأخرى :

عند كلامنا عن خصائص القاعدة الشرعية قلنا بأنها خطاب موجه الى الأشخاص في

(74) يراجع في ذلك : الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة رقم 76 ص 61 - 62

(75) سورة الأعراف ، آية رقم 203 . وقوله أيضاً : ﴿ إن أتبع إلا ما يوحى إلي ﴾ (سورة الأنعام ، آية رقم 50)

(76) سورة البقرة ، آية رقم 183 .

(77) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا ج 6 ص 416 - 417 .

مجتمع ، وأنها في جانبها الخاص بتنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس في المجتمع تتفق مع القاعدة القانونية في أنها قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون الشرع الاسلامي في هذا المجال على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى⁽⁷⁸⁾ .

ففي هذا الجانب الخاص بالروابط الاجتماعية ، وفي دائرة القواعد العملية التي لا تستند الى أصل شرعي قطعي ، يكون الشرع الاسلامي على صلة بالعلوم الاجتماعية التي تهتم بدراسة الإنسان وتتناول نشاطه باعتباره عضواً في مجتمع ، كعلم الاجتماع والاقتصاد والسياسة والتاريخ والفلسفة والمنطق وغير ذلك⁽⁷⁹⁾ . وهو يتبادل التأثير مع هذه العلوم ، فيتأثر بها ويؤثر فيها ، ويكون بإمكان الفقيه أن يستقي مادته من حصيلة العلوم الاجتماعية فيتأثر بها في رأيه ، ويحدد ما يقبل التطبيق منها ويتولاها بالدراسة فيؤثر فيها . وإذا كان الشرع الاسلامي قد ضم في دائرته علم الأخلاق ، فإن علماء الشرع تصدوا للبحث في العلوم الاجتماعية الأخرى كعلم الاجتماع والاقتصاد والسياسة والفلسفة والتاريخ . ومع ذلك فإن ما يستمد الفقيه ، من مادة لأبحاثه ، ينبغي أن لا يقتصر على ما وضعه علماء الشرع من مؤلفات في هذه العلوم ، وإنما يحسن به أن يرجع الى كتب غيرهم وإلى أحدث ما وُضع في العلوم الاجتماعية من مراجع ودراسات ، مراعاة لروح العصر ومتطلبات المجتمع الحديث . ولا يقيد الفقيه في ذلك سوى مراعاة الأصول الشرعية القطعية وروح الشرع التي تقتضي إقرار العدالة ومصالح الناس ومقتضيات الخير العام⁽⁸⁰⁾ .

(78) يراجع سابقاً رقم 54 .

(79) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 38 ص 53 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 209 .

(80) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 210 - 211 .

الفصل الثاني

وظيفة وإلزامية القانون والشرع

55 - تقسيم :

تقدم الكلام عن المقصود بالقانون والشرع في مبحثين ، خصص أولهما لتعريف القانون والشرع والفقه ، وتناول ثانيهما صفات القانون والشرع ببيان خصائص القواعد القانونية والشرعية ومدى تمييز كل منهما عن القواعد الاجتماعية الأخرى .

ويجدر بعد ذلك التطرق الى وظيفة وإلزامية كل من القانون والشرع ، بحيث يصار الى تحديد الوظيفة أو الأغراض التي يرميان الى تحقيقها ، ومعرفة أساس الإلزام الذي يستندان عليه .

وهذا يتطلب تقسيم الفصل الحالي الى مبحثين : أولهما - وظيفة القانون والشرع ، وثانيهما - أساس إلزام القانون والشرع .

المبحث الأول

وظيفة القانون والشرع

المطلب الأول

وظيفة القانون

56 - تمهيد وتقسيم :

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يرمي الى تحقيقها ، والوسائل التي يستعين بها لبلوغ هذه الأغراض ، والغاية التي يتوخاها في تنظيمه للعلاقات القانونية . وتتأثر وظيفة

القانون بالنزعة الفكرية التي تسود في المجتمع من حيث اعتدادها بمصلحة الفرد أو بمصلحة المجتمع .

والأغراض التي يرمي إليها القانون تتلخص في اثنين : أولهما - حماية حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم . والثاني - حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه .

ووسيلة القانون الى بلوغ هذين الغرضين ، هي التوفيق بين حريات الأفراد ومصلحتهم المتعارضة على نحو يحفظ للمجتمع كيانه ويكفل تقدمه . ولكي تؤدي هذه الوسيلة دورها ، ينبغي أن يقوم التوفيق بين الحريات والمصالح على أساس من العدل والمساواة ، وأن يستهدف تحقيق المصلحة العليا للمجتمع مع مراعاة ظروف المجتمع الحضارية والاقتصادية والفكرية والآمال والتطلعات . وعندئذ يكون القانون قد ضمن تنظيمًا مستقرًا وعادلًا للمجتمع ، وإمكانية للنجاح في التطبيق والامتثال لأحكامه .

أما غاية القانون في ممارسة وظيفته التنظيمية فهي غاية نفعية ، تستهدف إقامة النظام في المجتمع وتحقيق الاستقرار ، ولو اقتضى ذلك التنازلي عن الناحية الخلقية المجردة التي تتطلب الاهتمام بالمصلحة الفردية الخاصة . مثال ذلك أن من يجوز عقاراً غير مسجل بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يكون له أن يكتسب ملكيته بمرور الزمن ولو كان غاصباً⁽¹⁾ . ومثاله كذلك أن المدين الذي لم يطالبه الدائن بالدين خلال مدة يحددها القانون يكون له أن يمتنع عن الوفاء . ومثاله أيضاً أن القانون لا يمنع من أن يغبن البائع المشتري غبناً فاحشاً في ثمن ما يشتره إلا في حالات خاصة وبشروط معينة . فالمرشع في مثل هذه الحالات قدّر أن قيام النظام في المجتمع يقتضي استقرار المراكز الواقعية التي ظلت قائمة زمناً طويلاً فأجاز مرور الزمن المكسب ، وقدّر كذلك أن استقرار المعاملات يقتضي أن لا تظل المطالبة بالحقوق أبدية فأجاز مرور الزمن المسقط ، كما قدر أيضاً أن الثقة في العقود تقتضي تضيق مجال إبطائها بسبب الغبن فلم يمنع الغبن إلا في ظروف خاصة . فإقرار النظام والاستقرار في المجتمع هو في نظر المرشع اعتبار جوهري ، يتصل بالنظام العام حتى لو كان في تحقيقه تضحية بمصلحة فردية .

وأما عن تأثير وظيفة القانون بالنزعة الفكرية السائدة في المجتمع ، فما لا شك فيه أن فكرة المصلحة العامة أو الخير العام فكرة نسبية ، تختلف وجهات النظر في تحديدها باختلاف الزمان والمكان . كما أن حفظ التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة أمر يتأثر بظروف كل مجتمع ، اجتماعية واقتصادية وسياسية وحضارية . فهذه الظروف هي التي

(1) تراجع أحكام المادة 257 من قانون الملكية العقارية اللبناني ، والمادة 968 من القانون المدني المصري .

تمثلي عليه وسيلة حفظ التوازن بين المصلحتين ومدلوله ومداه ، وهي التي تحدد لقواعد القانون أي المصلحتين واجبة الترجيح عند التعارض ، أهى مصلحة الفرد أم صالح المجتمع⁽²⁾ . هنا اختلفت نظرة أو وظيفة القانون بحسب أخذها بمصلحة الفرد أو بمصلحة الجماعة ، ولهذا وُجد في قوانين الدول اتجاهان متعارضان يتنازعان الفكر البشري وأنظمة المجتمعات ، وهما : النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية .
ونعرض فيما يلي لهاتين النزعتين ، ثم نبين موقف القانون اللبناني منها .

57 - (أولاً) - وظيفة القانون والنزعة الفردية (المذهب الفردي)⁽³⁾ :

ظهرت النزعة الفردية خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، وبلغت القمة خلال ذلك القرن الأخير على يد فلاسفة الثورة الفرنسية ، الذين أسسوه على فكرة العقد الاجتماعي .

وتقوم هذه النزعة على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى ، فما وُجد القانون إلّا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجوداً لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءاً من كل ، بل هو مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لا تتصور الحقوق إلّا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها إلّا مجرد واجبات : واجب إحترام حقوق الأفراد وتمكين تمتعهم بها ، وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذه النزعة حقوق تفرضها الطبيعة له ولا يمنحها القانون ، وجماع هذه الحقوق هي الحرية في مظاهرها المختلفة . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى الأفراد قد يؤدي الى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى إلّا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال ذات

(2) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 684 - 687 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 13 - 14 .

(3) يراجع في ذلك :

E. Gounot: Le principe de l'autonomie de la volonté, thèse, Dijon 1912; Beudant: Ledroit. individuel et l'état , 3e éd. 1920; Le Fur: Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit (1931), N - 4 pp. 279- 309; Radbruch: Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit (1931) N 3- 4 pp. 387- 398; Waline: L'individualisme et le droit, 1949; Roubier: op. cit. N 26 p. 231 et s.

والدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 89 وما بعده ص 184 وما بعدها ، الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 92 وما بعده ص 148 وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 23 ص 32 وما بعدها ؛ الاستاذ ألبر فرحات : المرجع السابق ص 33 - 36 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 276 وما بعده ص 690 وما بعدها .

الحقوق ، فهو إذن تقييد متبادل بين الأفراد من شأنه أن يحقق التكافؤ والمساواة التامة المطلقة بينهم . وهذه المساواة هي التي تحقق العدل التبادلي أو الخاص فيما بين الأفراد .

ويتضح من هذا أن وظيفة القانون في هذه النظرية إنما هي وظيفة سلبية تنحصر في حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عندها هو الحرية ، والاستثناء تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ في أضيق الحدود ، حتى يُطلق للنشاط الفردي أوسع مدى . فيكون للفرد أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة ، ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة ، إذ الصالح العام في مفهوم هذه النظرية يتحقق آلياً بمجرد إرضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد ومصلحته .

وقد ترتب على الأخذ بهذه النزعة الفردية نتائج هامة في الميادين السياسية والاقتصادية والقانونية⁽⁴⁾ .

ففي الميدان السياسي كان لها أثرها في إطلاق الحرية الفردية ، مع التضييق منها في أضيق الحدود ، بالقدر الذي يجعل استعمالها لا يتعارض مع حريات الآخرين . كما كان لها أثرها في محاربة سلطان الحكام واستبدادهم ، إذ من شأنها أن تضيق من نطاق تدخلهم في نشاط الأفراد .

وفي الميدان الاقتصادي ، كان لهذه النزعة أثرها أيضاً ، إذ أدت إلى إطلاق المنافسة ، وتشجيع النشاط الفردي ، لأنه يدفع الأفراد الى البحث عن أفضل الوسائل لاستثمار رؤوس أموالهم بما يحقق لهم أكبر فائدة . وفي ظل هذه النظرية يسود مبدأ الاقتصاد الحر ، وما يترتب عليه من نتائج . ويؤدي إطلاق الحرية كذلك الى حرية التجارة ، وبذلك تسود المنافسة وتتحدد الأسعار على أساس العرض والطلب .

وفي الميدان القانوني ، ترتبت على النزعة الفردية نتائج على قدر من الأهمية . فقد كان لها أثرها في القوانين التي وُضعت في بداية القرن التاسع عشر كالقانون الفرنسي ، ثم ظهر هذا الأثر في قوانين الدول التي حذت حذو القانون الفرنسي ومنها لبنان ومصر .

ففي ميدان التعاقد تُركت للأفراد الحرية الواسعة في تنظيم علاقاتهم كيفما شاؤوا نظراً لقلة القواعد الأمرة التي يضعها المشرع ، فساد مبدأ سلطان الإرادة ، سواء في نطاق انتشار العقود أو في تحديد مضمونها والآثار التي تترتب عليها ، وأصبح ما يريده الانسان هو العدل .

(4) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 93 ص 150 - 151

وفي نطاق الملكية أدت هذه النزعة الى إطلاق حق الملكية ، فحقوق الملكية هي مطلقة وقد جاء في القانون المدني الفرنسي أن « لمالك الشيء » حق التصرف بما يملك بالطريقة الأكثر إطلاقاً (المادة 544) .

ولا شك في أن للنزعة الفردية الفضل في الدعوة الى محاربة استبداد الحكام وسيطرة الدولة ، وفي بيان وجوب إحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي . وقد كان ظهورها أمراً طبيعياً ولازماً في العصر الذي نودي بها فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة الى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردي .

غير أنه يؤخذ عليها أنها بالغت في الاعتداد بالفرد وبإطلاق الحرية له ، بحيث جعل الفرد فوق القانون . وهذا أساس خاطيء ، إذ أن الفرد في الواقع ما هو إلا عضو في جماعة ، والجماعة هي الأساس . كما أنه ليس للفرد من حقوق إلا ما يخوله إياه قانون المجتمع ، هذا فضلاً عن أن إطلاق الحرية الفردية ينطوي على تجاهل لحقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية ، ويؤدي بالتالي الى أن تصبح الحرية أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم . وقد مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر ، عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالاً كبيراً ، فالملأك يتحكمون بالمستأجرين ، والبائعون في المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعاً فاحشاً . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت مجرد إملاء من طرف على طرف ، بعد أن صارت الكلمة لقانون العرض والطلب⁽⁵⁾ .

وعلى هذا النحو ظهرت مساوئ النزعة الفردية والمذهب الفردي ، وبدأ واضحاً أن الأخذ به على إطلاقه يؤدي الى الإضرار بمصالح الأفراد ومصلحة الجماعة على السواء . فهو يُغفل أن الجماعة كوحدة متضامنة لها كيائها المستقل عن كيان الأفراد ، وأن صالحها العام يعلو على مصالحهم الخاصة ، وأن القانون يجب أن لا تكون وظيفته سلبية فقط فيترك النشاط الفردي دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ وظيفة إيجابية فيتدخل لتوجيه هذا النشاط ، بحيث يحمي الضعيف من القوي ، ويتيح الفرص المتكافئة أمام الجميع⁽⁶⁾ وهذا هو الأساس الذي قامت عليه النزعة الاجتماعية أو المذهب الاجتماعي .

58 - (ثانياً) - وظيفة القانون والنزعة الاجتماعية (المذهب الاجتماعي)⁽⁷⁾ :

(5) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 90 ص 188 .

(6) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 23 ص 34 .

(7) Le Fur: Art. précité; Radbruch: Art. précité; Waline: op. cit. pp. 55- 86; Roubier: op. cit. N 27.

والدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 91 وما بعده ص 189 وما بعدها ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 95 وما بعده ص 153 وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 24 ص =

تقوم النزعة الاجتماعية على أساس أن المجتمع هو الهدف من وجود القانون . فهي تنظر الى الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يعيش في جماعة هو مسخر لخدمتها ، وليست له ذاتية مستقلة . ومن ثم تكون وظيفة القانون في نظر هذه النزعة هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الأفراد لخدمته ، بحيث يساهم كل منهم بنصيب في تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة إذ الصالح الخاص لكل فرد هو ذات الصالح العام للجماعة . فالخير الذي يصيب الكل يتوزع على الأجزاء .

وبذلك يكون للقانون وظيفة إيجابية فلا يقتصر على حفظ النظام في المجتمع كما تنادي النزعة الفردية ، بل يتجه الى توجيه النشاط الفردي على النحو الذي يتفق مع الصالح العام .

وإذا كان القانون في ظل هذه النظرية يقوم على أساس تحقيق المساواة بين الأفراد في المجتمع ، فإن فكرة المساواة هنا مغايرة لما تقوم عليه النزعة الفردية . فالمساواة هنا لا تكون بين الأفراد وفقاً لأشخاصهم ، وإنما بين القيم المتعلقة بهم من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة . وبالتالي فإن المساواة عند هذه النظرية تقوم على مبدأ التفاضل بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص تحقيقاً للصالح العام ، وهذا هو قوام فكرة العدل العام في الجماعة .

وتمتاز هذه النظرية بأنها تضع مصلحة المجتمع في المقام الأول، فترجحها على المصالح الخاصة للأفراد ، ولهذا فإن النتائج التي تترتب على الأخذ بالنزعة الاجتماعية هي عكس النتائج ، التي تترتب على النزعة الفردية في الميادين السياسية والاقتصادية والقانونية⁽⁸⁾ .

ففي الميدان السياسي ، ليست الحرية مطلقة ، والدولة تتدخل للحد منها بدافع المصلحة العامة ، فلا يجوز أن يتمتع الفرد بالحرية إلا بالقدر الذي يراه المجتمع ، كما أن الأفراد يتساوون في التمتع بالحقوق ، وما يُفرض عليهم من واجبات ، وذلك كلما تساوت ظروفهم .

وفي الميدان الاقتصادي يؤدي الأخذ بالمذهب الاجتماعي الى تدخل الدولة في كافة نواحي النشاط الاقتصادي ، والى تشجيع النشاط العام ، والوقوف في وجه النشاط الخاص الذي يتعارض معه . وبالجملية ، فإن النتائج التي تترتب هنا ، هي عكس ما يترتب على الأخذ بمذهب الاقتصاد الحر .

= 34 - 36 ؛ الاستاذ البرفرحات : المرجع السابق ص 37 - 48 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 37 - 48 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق قم 280 وما بعده ص 706 وما بعدها .
(8) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 96 ص 155 .

أما في الميدان القانوني ، فإنه يترتب على الأخذ بالاتجاه الجماعي التوسيع من نطاق القانون ، نظراً لتدخل الدولة في كافة المجالات عن طريق القواعد القانونية . وتبعاً لذلك تكثر القواعد الآمرة التي تهدف الى إقامة المساواة الحقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم طرف في آخر بالاستناد الى قوة اقتصادية ضاغطة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المؤاتية .

وإذا كان أنصار النزعة الاجتماعية جميعاً يتفقون على ضرورة تدخل الدولة والتوسع في هذا التدخل في الميادين المختلفة ، فإنهم يختلفون حول مدى هذا التدخل . فمنهم من يصل الى حد إلغاء الملكية الفردية وجعل كل وسائل الانتاج في يد الدولة ، ومنهم من يرى الإبقاء على الملكية الفردية مع وضع القيود عليها بالقدر الذي يتطلبه الصالح العام .

وعلى الرغم من مزايا النزعة الاجتماعية وخاصة من حيث أنها تعمل على إقامة العدل بين الأفراد على صعيد الواقع ، فإنه يمكن أن يُعاب عليها تطرفها لجهة تقديس المجتمع والتضحية بمصلحة الفرد لأجله ، ولا تتحرج في سبيل ذلك من إهدار حرية الفرد وإنكار الملكية الفردية ، وجعل الفرد كالألة مسخراً للجماعة ، وهو ما تذهب اليه المذاهب المتطرفة .

ولا شك أن المغالاة في تقديس الجماعة ، ولو على حساب الصالح الخاص للأفراد ، قد يؤدي الى الإضرار بالجماعة ذاتها ، إذ أن ذلك يقتل في الأفراد روح المبادرة الفردية ، كما أنه يخشى أن يؤدي التطرف الى طغيان الدولة وتدخلها أكثر مما ينبغي ، فتهدر الحريات وتنعدم الحقوق . ولهذا إذا كان التطرف الى الفردية غير مرغوب فيه ، فإن التطرف الى الجماعة غير مرغوب فيه كذلك ، ويجب الاعتدال للتوفيق بين صالح المجتمع وصالح الفرد ، وهو الاتجاه الذي تأخذ به معظم الدول الحديثة .

59 - (ثالثاً) - وظيفة القانون والجمع بين الفردية والاجتماعية⁽⁹⁾

إذا كان كل من النزعتين الفردية والاجتماعية يتطرق في تقديس الفرد أو المجتمع ، فإنه من الأفضل عدم الأخذ بأي منهما دون الآخر وإنما الجمع بينهما ، بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، وتحقيق صالح الفرد دون إهدار صالح المجتمع .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغي على القانون تحقيقه . فليس هو مجرد العدل

(9) Roubier: op. cit. N 28 (p. 252 et s); Le Fur: Art. précité; De la Gressage et Laborde- Lacoste: 'Introduction générale à l'étude du droit (1947) N 56- 60.

والدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 98 ص 157 - 158 ؛ والدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 93 ص 192 - 194 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق رقم 24 ص 35 - 36 .

الخاص الذي يقوم على تحقيق المساواة المطلقة بين الأفراد باعتبارهم أفراداً ، مع تجاهل ما بينهم من تفاوت في الواقع . وليس هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة المجتمع على الأفراد ، وإنما هو الذي يجمع بين الفكرتين : أي يجمع بين التكافؤ والمساواة التامة بين الأفراد ، وتسخير الفرد لخدمة المجتمع . وبمعنى آخر إن العدل المطلوب هو الوسط والاعتدال الذي يضع مصلحة المجتمع في المقام الأول ، مع المحافظة على الحرية الفردية والمصلحة الخاصة بحيث لا يُضحى بهما إلا إذا تعارضتا مع المصلحة العامة .

ولعل أوضح مثال على ذلك هو الاستشهاد بنظرية التعسف في استعمال الحق . ذلك أنه لو أخذ بالاتجاه الفردي على إطلاقه ، لكان للمالك مطلق الحرية في استعمال حقه كيفما شاء ، وأياً كانت النتائج التي تلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال ولو أخذ بالاتجاه الاجتماعي وحده ، فإن الحق لا يُعتبر إلا وظيفة اجتماعية ، ولا يكون لصاحب الحق على حقه أي سلطة أو إمتياز ، بل يكون عليه أن يستعمله لصالح المجتمع . ولكن الوضع السليم للمسألة هو الذي يجمع بين الفكرتين⁽¹⁰⁾ .

60 - (رابعاً) - موقف القانون اللبناني من الفردية والاجتماعية⁽¹¹⁾ :

يمكن القول إن القانون اللبناني وقد سار في الأساس على غرار القانون الفرنسي قد تأثر في الأصل بالنزعة الفردية التي تستهدف تحقيق العدل الخاص . غير أن المشرع اللبناني ، استجابة منه لمقتضيات التطور ومتطلبات العصر ، عمد الى التخفيف من هذه النزعة واتجه في الكثير من الأحيان وجهة اجتماعية ، عمل فيها بقدر المستطاع على الحد من إطلاق النزعة الفردية وإقامة التوازن بين العدل الخاص والعدل العام .

من ذلك مثلاً ، أنه في نطاق الحقوق قد اعترف بها ، لكنه لا يبيح التعسف في استعمالها حماية للجماعة . فقد ألزم بالتعويض : « من يضر الغير بتجاوزه ، في أثناء استعمال حقه ، حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله مُنح هذا الحق » (المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني) . كما أنه جعل حق الادعاء وحق الدفاع مقيدان بحسن استعمالهما ، وكل تعسف بشأنهما يَرَدُّ ويُعرَّض من تقدم به للتعويض عن الضرر المسبب عنه (المادة 10 من قانون الأصول المدنية الجديد) . وفيما خص الملكية العقارية ، فقد نص المشرع على أنها حق استعمال عقار ما والتمتع به والتصرف فيه ، لكن ذلك مقيد بأن يكون كل هذا ضمن حدود

(10) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 98 ص 158 .

(11) الأستاذ البر فرحات : المرجع السابق ص 36 ؛ الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 93 ص 195 -

196 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 100 ص 162 - 163 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة :

أصول القانون رقم 25 ص 36 - 37 .

القوانين والقرارات والأنظمة (المادة 11 من قانون الملكية العقارية) .

ومن ذلك أيضاً في نطاق العقود ، فهي تخضع لمبدأ حرية التعاقد ، وللأفراد أن يربوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والقواعد القانونية التي لها صفة إلزامية (المادة 166 من قانون الموجبات والعقود) . وإذا كان المشرع قد أقر مبدأ إلزامية العقد (المادة 221 من ذات القانون) تحقيقاً لفكرة العدل الخاص ، إلا أنه خفف من إطلاق هذا المبدأ إستجابة لفكرة العدل العام في حالة الغبن رغم كون المغبون راشداً ، شرط توافر شروط معينة (المادة 214 موجبات) .

وكذلك فقد خطا المشرع اللبناني في هذا السبيل خطوات أخرى ، يستجيب فيها للنزعة الاجتماعية التي تعمل على إقامة التوازن وحماية الأطراف الضعيفة . وتتضح هذه الخطوات في قوانين الإيجارات ، وفي قانون العمل⁽¹²⁾ ، وقانون الضمان الاجتماعي⁽¹³⁾ .

المطلب الثاني

وظيفة الشرع الإسلامي⁽¹⁴⁾

61 - تمهيد وتقسيم :

للتعبير عن وظيفة الشرع استعمل الفقه الإسلامي عبارة « المقصد العام للشرع »⁽¹⁵⁾ . وتحدد وظيفة الشرع ببيان المقصد الذي يرمي الى تحقيقه ، والوسائل التي يستعين بها لتحقيق مقصده ، والغاية التي يتوخاها . كما تتوضح هذه الوظيفة من خلال نظرة الاسلام الى الفرد ونظرته الى المجتمع وموقفه النهائي منها .

والمقصد العام الذي يرمي الشرع الإسلامي الى تحقيقه هو مصالح الناس ، سواء كانت مصالح فردية أو كانت مصلحة عامة تتعلق بالمجتمع . وجاء في كتب الفقه : « إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً »⁽¹⁶⁾ وأن الشريعة : « مبناهـا وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها »⁽¹⁷⁾ .

(12) صدر هذا القانون في 23 - 9 - 1946 وقد كفل للعمال بنصوصه الآمرة ، وجبراً على أصحاب العمل ، كثيراً من الحقوق والمزايا .

(13) صدر هذا القانون في 26 - 9 - 1963 وهو يكفل للعمال ضمان المرض والأمومة وطوارئ العمل والأمراض المهنية والتعويضات العائلية وتعويض نهاية الخدمة .

(14) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 9 و 10 ص 14 - 18 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري المرجع السابق رقم 289 وما بعده ص 755 وما بعدها .

(15) الدكتور عبد الباقي البكري ، المرجع السابق رقم 289 ص 755 .

(16) الإمام الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ج 2 ص 6 .

(17) الإمام ابن قيم الجوزية : أعلام الموقعين عن رب العالمين ج 3 ص 3 .

والوسائل التي يستعين بها الشرع لبلوغ مقصده ، هي تربية الفرد عن طريق العبادات والتحلي بالأخلاق ليكون مصدر خير للجماعة ، وتنظيم المجتمع على أساس العدالة والمساواة⁽¹⁸⁾ .

أما غاية الشرع في تحقيق مقصده فهي مثالية ، هدفها الكمال الذاتي للفرد وسلامة المجتمع الفاضل الذي يرمي الى إقامته .

ونعرض فيما يلي لتفصيل الفقرات التالية : أولاً - المقصد العام للشرع . ثانياً - نظرة الإسلام الى الفرد . ثالثاً - نظرة الإسلام الى المجتمع . رابعاً - موقف الإسلام من الفردية والاجتماعية .

62 - (أولاً) - المقصد العام للشرع هو المصلحة دائماً⁽¹⁹⁾ :

ثبت لعلماء الأصول من تتبع الأحكام (القواعد) الشرعية ، ومن استقراء عللها وحكمها ، أن المقصد العام للشرع الإسلامي هو تحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم . غير أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا كانت هذه الأحكام مقيدة بالمصلحة أي معللة بها ، بمعنى أن الله تعالى لا يمكن أن يُصدر حكماً شرعياً إلا والمصلحة ثابتة فيه .

فقد أنكر فريق من الفقهاء ، وهم الأشاعرة والظاهرية ، أن تكون الأحكام الشرعية مقيدة بالمصلحة ، بمعنى أنه يمكن أن يُشرع الله تعالى حكماً ليس فيه مصلحة . وذلك مع تقديرهم أن استقراء الأحكام الشرعية أثبت أنها جاءت كلها لحيق مصلحة تتمثل في المحافظة على أمور ضرورية لهم ، إذ أن الله لا يُسأل عما يفعل .

وذهب فريق آخر ، وهم بعض الشافعية وبعض الحنفية ، إلى أن المصلحة تصلح

(18) يراجع بشأن العدالة والمساواة : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 14 ص 78 - 81 ورقم 16 ص 86 - 95 .

(19) يراجع سابقاً رقم 25 فقرة 11 والمراجع التالية :

الإمام الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ج 2 ص 6 وما بعدها ؛ الاستاذ بدران أبو العينين بدران : أصول الفقه ص 429 وما بعدها ؛ الدكتور محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه الاسلامي ص 511 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه رقم 359 وما بعده ص 378 وما بعدها ؛ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ص 73 وما بعدها ، طبع مؤسسة الرسالة بيروت 1986 ؛ الاستاذ غلال الفاسي : مقاصد الشريعة ومكارمها ، مكتبة الوحدة العربية بالدار البيضاء 1963 .

علة للأحكام على أنها أمانة الحكم ، وليس حاملة الله تعالى عليه ، وذلك دفعاً للاعتراض بقوله تعالى : ﴿ لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ ﴾ (20) .

ورأى فريق ثالث ، وهم المعتزلة والماتريدية وبعض الحنابلة والمالكية ، أن الأحكام تُلغى بالمصلحة بغير تقييد لإرادة الله تعالى . فإذا لم يتبين وجه المصلحة في حكم شرعي نُسب ذلك الى عجز في الإدراك .

والحقيقة أن هذا الخلاف نظري بحث لا ينطوي على أي فائدة عملية (21) ، ما دام يُجمع الفقهاء على أن الشرع لم يأت بحكم إلا وفيه مصلحة للناس . ويبدو أن الباعث على هذا الخلاف ، هو الحرص على تنزيه الله تعالى عن إتباع نهج معين ، أخذاً بالحقيقة المطلقة في قوله تعالى : ﴿ لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ ﴾ .

وتحقيق مصالح الناس في الشرع لا يكون إلا بحفظ الأمور الضرورية لهم ، وضمان الأمور الحاجية ، وتوفير الأمور التحسينية أي الكماليات . فالشارع ما شرع حكماً إلا لايحاد وحفظ مقاصده في الخلق ، وهذه المقاصد تستوعب الأنواع الثلاثة من تلك الأمور التي تتكون منها مصالح الناس .

فالمقصد الأول هو حفظ ضروريات الناس ، وهي الأمور التي تتوقف عليها حياة الناس وقيام المجتمع واستقراره ، بحيث إذا فاتت اختل نظام الحياة وعمت أمورهم الفوضى والاضطراب ولحقهم الشقاء . وهذه الضروريات هي : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال (22) .

والدين شرع لإيجاده الإيمان بأركان الإسلام الخمسة وهي : الشهادات ، والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج . فهذه الأمور يوجد الدين وتستقيم أحوال الناس ، ويقوم المجتمع على أساس متين .

وشرع للمحافظة على الدين : الدعوة اليه ، ورد الاعتداء عنه ، ووجوب الجهاد ضد من يريد إبطاله ، وفرض عقوبة ضد من يرتد عنه أو يُشكك فيه ، ومُنْعُ الإفتاء بالباطل وتحريف الأحكام ونحو ذلك .

(20) سورة الأنبياء ، آية رقم 23 .

(21) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 17 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 756 .

(22) يراجع في تفصيل ذلك ، الدكتور عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 379 - 381 .

والنفس شرع لا يجادها الزواج للتوالد . وشرع لحفظها وجوب تناول ما به قوامها من طعام وشراب ومسكن وملبس وإباحة الطيبات من الرزق والمعاملات ، ومعاقبة من يعتدي عليها ، وتحريم الإلقاء بها الى التهلكة بالإنتحار وغيره .

والعقل ، وهبه الله للناس فهم في أصله سواء . وشرع لحفظه تحريم ما يفسده من مسكر ومُحْدَر ومعاقبة من يتناول ذلك .

والنسل شرع لا يجادها الزواج الشرعي . وشرع لحفظه ، تحريم الزنا والمعاقبة عليه ، وتحريم القذف ومعاقبة القاذف ، وتحريم الإجهاض والتعقيم إلّا للضرورة .

والمال ، شرع لا يجادها وكسبه ، السعي للرزق وإباحة المعاملات والمبادلات والتجارة . وشرع لصيانته ومنع الاعتداء عليه ، تحريم السرقة ومعاقبة السارق ، وتحريم الغش والخيانة والربا وأكل أموال الناس بالباطل ، وتحريم إتلاف مال الغير وفرض الضمان على ما يُتلف ، والحجر على السفه المبذر والمجنون ونحوهما .

والمقصد الثاني للشرع هو ضمان حاجيات الناس ، وهي الأمور التي يحتاج اليها الناس لرفع الحرج والتيسير عليهم ، وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة . والحاجيات كلها ترجع الى رفع الحرج عن الناس ، والتخفيف عليهم ليتحملوا التكاليف الشرعية . وقد جاء الشرع بالأحكام المختلفة لتحقيق هذا الغرض . ففي العبادات شرعت الرخص دفعاً للحرج وتخفيفاً عن المكلف إذا كان في الأمر مشقة عليه ، فأباح الشارع الفطر في رمضان لمن كان مريضاً أو مسافراً ، وأجيزت الصلاة قعوداً عند العجز عن القيام ، وأببح جمع وتقصير الصلاة الرباعية للمسافر ، والتيمم عند فقد الماء أو عند الضرر من استعماله .

وفي المعاملات ، شرعت العقود التي تقتضيها حاجة الناس كالبيوع والإيجارات والشركات . ورخصت تصرفات لا تنطبق على القواعد العامة في العقود مراعاة لأعراف الناس وحاجاتهم ، فأبيحت عقود السلم⁽²³⁾ والاستصناع والمزارعة والمساواة . وشرع الطلاق للخلاص من حياة زوجية فاشلة .

وفي العقوبات ، شرعت قاعدة درء الحدود (العقوبات) بالشبهات⁽²⁴⁾ ، والدية أو البدل المالي على عاقلة القاتل أي أسرته في القتل الخطأ تخفيفاً عن القاتل .

(23) وهو بيع شيء مؤجل بثمن عاجل ، إذ الأصل عدم جواز بيع المعدم لأنه يشترط في العقود عليه أن يكون موجوداً في وقت العقد .

(24) يبدو أن القانون الجزائري الوضعي اقتبس هذه القاعدة من الشرع الإسلامي ، وصاغها في قاعدة « الشك يُفسر لمصلحة المدعى عليه » وتعني وجوب براءة المدعى عليه عند الشبهة في أدلة الإثبات .

هذا وقد دل على مراعاة الشرع للمصالح الحاجية ، فضلاً عن النصوص الجزئية ،
النصوص العامة من ذلك قوله تعالى : ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ﴾ . وقوله :
﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ، وقوله أيضاً : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد
بكم العسر ﴾ (25) .

والمقصد الثالث للشرع هو توفير تحسينيات الناس ، أي الكماليات ، وهي الأمور
التي تجعل حياة الناس تجري على مقتضى الآداب العالية والخلق القويم ، وإذا فاتت لا يحتل
نظام الحياة . وقد راع الشرع هذه المصالح التحسينية في العبادات والمعاملات والعادات
والعقوبات .

وفي العبادات ، شرّع طهارة البدن والثوب والمكان ، وستر العورة ، ولباس الثياب
الجيدة عند الذهاب الى المساجد ، والتطوع بالصدقة والصلاة والصوم .

وفي المعاملات ، حرّم الغش والتدليس والتغريب ، ونهى عن بيع الإنسان على بيع
أخيه .

وفي العادات ، نُدب الى الأخذ بآداب الأكل والشرب ، كالأكل باليمين ، وترك
المآكل الخبيثة ، والتخلق بالأخلاق الفاضلة .

وفي العقوبات ، حرّم التمثيل بالقتيل قصاصاً أو في الحروب ، كما حرّم قتل النساء
والأطفال ورجال الدين في الحروب .

وتتفاوت المقاصد الثلاثة للشرع من حيث أهميتها . فالضروريات أهم المقاصد ،
وتليها الحاجيات ، ثم التحسينيات . وعليه فالمصالح التي شرّعت لحفظ الضروريات أهمها
وأحقها بالمراعاة ، وتليها المصالح التي شرّعت لتوفير الحاجيات ، ثم المصالح التي شرّعت
للتحسينيات . وتُعتبر كل فئة من هذه المصالح والأمور مكملة لتلك التي تعلوها في المرتبة .
فلا يُراعى أمر تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بأمر ضروري أو حاجي . ولا يُراعى أمر
حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بأمر ضروري . أما الأمر الضروري فتجب مراعاته ولا
يجوز الإخلال به إلا لكفالة ضروري أهم منه .

نخلص من ذلك الى القول أن المقصد العام للشرع هو المصلحة دائماً . وهذه
المصلحة قد تكون مصلحة خاصة للفرد ، وقد تكون مصلحة عامة للمجتمع . وهذا ما
يستدعي بيان موقف الاسلام من هاتين المصلحتين ، كما سيأتي لاحقاً .

(25) على التوالي : سورة المائدة آية 6 ، وسورة الحج آية 78 ، وسورة البقرة آية 185 .

63 - (ثانياً) - نظرة الاسلام الى الفرد وحقوقه⁽²⁶⁾ :

عني الشرع بالفرد واعترف له بإنسانيته ، وحفظ له آدميته ، وصان له حقوقه وكرامته ، وهذا واضح من الأمور الآتية :

1 - جعل الإسلام مصلحة الفرد مقصداً من مقاصده ، سواء كانت هذه المصلحة ضرورية أم حاجية أم تحسينية ، كما مر سابقاً . وهذا يعني ، أن كفالة ضروريات الحياة للفرد وتيسير سبلها وتحقيق الرفاه له ، هي غاية الشرع . فعملت قواعده على حفظ حياة الفرد وصيانة عقله وحماية عرضه وماله وتوفير سبل العيش الهنيء له .

2 - اهتم الإسلام بتكريم الإنسان واحترام شخصه ، فاعتبره أكرم مخلوق في الأرض ، يستحق الكرامة باعتباره إنساناً ، دون نظر الى دينه أو بشرته أو نسبه أو جاهه . يقول الله تعالى في القرآن : « ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ، ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً » (الاسراء : 70) .

3 - حرص الإسلام على تربية الفرد وصلاحه ، لأن الفرد محور المجتمع ، فإذا صلح الفرد صلح المجتمع . وقد طبع الفرد على حب الذات ، وهذا يتنافى مع مصلحة المجتمع ، لذا جاء الإسلام ليصلح الفرد ، وليطهره من مطالبه وتطلعاته الفردية الضيقة التي خلقت في طبيعته . وبعبارة أخرى ، لينقله من صفة « الفرد » الى صفة « الإنسان » ، وقد وصف الله الإنسان بشدة حبه للمال ، وصفه بالشح⁽²⁷⁾ . ولهذا جاء الشرع ليعالج هذه الطبيعة الأنانية في الفرد ، حتى يصبح إنساناً صالحاً ونواة خيرة للمجتمع الصالح⁽²⁸⁾ . هذا وتحقق هذه التربية الصالحة للفرد ، من خلال ما فرض عليه من عبادات تطهر روحه ، وما أمر بالتخلي به من أخلاق فاضلة تصحح تصرفاته . يقول الرسول ﷺ : ﴿ خياركم أحاسنكم أخلاقاً ﴾⁽²⁹⁾ .

4 - أباح الإسلام حرية العقيدة الدينية ، وحرية الفكر وحرية القول⁽³⁰⁾ . يقول الله

(26) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 61 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 777 وما بعدها ؛ الأستاذ علي علي منصور : المدخل ص 65 وما بعدها ؛ الدكتور فتحي الدبريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 22 وما بعدها ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الاسلامي ص 115 وما بعدها .

(27) يقول تعالى : ﴿ وإنه لحب الخير لشديد ﴾ (سورة العاديات آية 8) ، ويقول : ﴿ وأحضرت الأنفس الشح ﴾ (سورة النساء آية 128) ، ويقول أيضاً : ﴿ قل لو أنتم تملكون خزائن رحمة ربي إذن لأمسكنكم خشية الإنفاق وكان الإنسان قتوراً ﴾ (سورة الإسراء آية 100) .

(28) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 262 .

(29) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ج 5 ص 63 .

(30) يراجع : كتابنا نظرية الدولة وأدائها في الاسلام ص 155 - 156 و 116 - 117 .

تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ ، ويقول أيضاً : ﴿ وكل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ﴾⁽³¹⁾ .

5 - أكد الإسلام على مبدأ المساواة المطلقة بين الأفراد في الحقوق والواجبات ، دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو العقيدة أو المركز⁽³²⁾ . يقول النبي ﷺ : ﴿ الناس أمام الحق سواء ﴾ و﴿ الناس سواسية كأسنان المشط ﴾ .

6 - حمى الإسلام الحرية الشخصية وصان حرمة المنزل⁽³³⁾ . يقول تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها . . . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم إرجعوا فأرجعوا ﴾ ، ويقول أيضاً : ﴿ لا تجسسوا ﴾⁽³⁴⁾ .

7 - شجع الإسلام النشاط الفردي ، فحضر على العمل وطلب الرزق . يقول الله تعالى : ﴿ فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه ﴾ (الملك : 15) ، ويقول الرسول ﷺ : ﴿ لأن يحتطب أحدكم بفأسه خير له من أن يسأل الناس ، أعطوه أو منعوه ﴾⁽³⁵⁾ .

8 - أقر الإسلام حق الملكية الفردية ، فجعل حفظ المال - كما سبق - من ضروريات حياة الناس . وإقرار الإسلام لحق الملكية الفردية مما يعلم من الدين بالضرورة . بمعنى أن هذا الاعتراف يستخلص مما ورد من نصوص شرعية وما فرض من فرائض الزكاة وما ندب إليه من صدقات⁽³⁶⁾ . ففي خصوص النصوص يقول الله تعالى : ﴿ وإن تؤمنوا وتتقوا يؤتكم أجوركم ولا يسألكم أموالكم ﴾ ، ويقول أيضاً : ﴿ والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ﴾⁽³⁷⁾ . ويقول عليه السلام في خطبة الوداع : ﴿ ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » . بالإضافة الى هذه النصوص ، فإن تحريم الإسلام للسرقة والغش والغصب ، وإيجاب أداء الأمانات لأصحابها ورد المال الى صاحبه ومعاقبة السارق والغاصب والغاش والخائن ، ما يدل على إقرار الإسلام للملكية الخاصة .

(31) على التوالي : سورة البقرة آية 256 ، سورة الكهف آية 29 .

(32) يراجع : كتابنا نظرية الدولة في الإسلام رقم 16 ص 86 - 95 .

(33) يراجع : كتابنا نظرية الدولة في الإسلام رقم 24 و25 ص 115 - 116 .

(34) على التوالي : سورة النور آية 27 و28 ، وسورة الحجرات آية 12 .

(35) مذكور عند د . البكري : ص 779 .

(36) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 779 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم

55 ص 72 ؛ الدكتور عبد الله المصلح : قيود الملكية الخاصة ص 173 - 181 ، الناشر مؤسسة الرسالة

بيروت 1988 .

(37) على التوالي : سورة محمد آية رقم 36 ، سورة الذاريات رقم 19 .

9 - إحترم الإسلام مبدأ سلطان الإرادة في دائرة التصرفات والعقود ، فترك للإرادة حرية إبرام ما تشاء من عقود ووضع ما تريد من شروط ، على أن تراعى الأصول الشرعية العامة . يقول النبي ﷺ : ﴿ المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ﴾ (39) .

64 - (ثالثاً) - نظرة الإسلام الى المجتمع وحقوقه (40) :

إذا كانت غالبية الأديان تنزع نزعة إجتماعية بتوحيها الأخذ بيد المجتمع في طريق الصلاح والتقدم ، فإن هذه النزعة الاجتماعية تبدو أظهر في الشرع الاسلامي الذي هو دين وقانون في آن واحد ، لأنه لم يهدف في تنظيمه للمجتمع الى غاية نفعية قاصرة على إقامة النظام والاستقرار ، وإنما حرص على أن يقيم مجتمعاً مثالياً في أوضاعه المادية وقيمه الروحية والخلقية (41) .

وتظهر نزعة الإسلام الجماعية أو الاجتماعية ، والمتمثلة في إعلاء شأن المجتمع وتحقيق المصلحة العامة ، من خلال الأمور الآتية :

1 - إن تحقيق مصلحة المجتمع والمحافظة على كيانه مقصد أصلي للشرع الاسلامي . فعناية الشرع بتربية الفرد على الخلق القويم هي التي تجعل منه عضواً صالحاً في المجتمع . وقَصْد الشرع الى تحقيق مصلحة الأفراد ، بكفالة ضرورياتهم ، ومراعاة حاجياتهم وتحسيناتهم ، يقف من ورائه الصالح العام للمجتمع (42) .

فإهتمام الشرع بالفرد وحقوقه ليس غاية في حد ذاته ، وإنما هو وسيلة لإقامة مجتمع مثالي . وإذا تعارضت المصلحة الخاصة للفرد مع المصلحة العامة للمجتمع قُدِّمَت المصلحة العامة . ولذلك فإن من القواعد المسلّم بها في الفقه الإسلامي أن « يُتَحَمَل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » (المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية) .

2 - إن الحقوق في الإسلام إلهية المصدر (43) فقد أنكر الشرع فكرة وجود حقوق

(39) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ج 2 ص 202 وبالهامش رقم 2 .

(40) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 46 وما بعده ص 63 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق رقم 302 وما بعده ص 780 وما بعدها ؛ الاستاذ علي علي منصور : المدخل ص 67 وما بعدها ، الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 118 وما بعدها وص 187 وما بعدها ؛ الدكتور فتحي الدريني : الحق ومدى تقييده ص 150 وما بعدها وص 216 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الله المصلح : المرجع السابق ص 192 وما بعدها .

(41) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 781 .

(42) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 62 .

(43) يراجع أيضاً ما سبق رقم 29 فقرة 6 .

طبيعية للإنسان لصيقة بشخصه سابقة في وجودها عليه ، كما تزعم النزعة الفردية الوضعية . فالحقوق في الإسلام مَنَح إلهية تثبت للفرد بمقتضى الشرع . فليس للفرد أي حقوق إلا ما يقضي به الشرع . وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي المالكي : « ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً له بإثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل » (44) .

3 - إن الحقوق الفردية في الإسلام ذات وظيفة اجتماعية (45) . فإذا كان الشرع لم ينكر الحق الفردي واعترف به ، غير أنه لم يعتبره حقاً خالصاً للإنسان ، وإنما نظر إليه كذلك من زاوية اجتماعية من حيث مراعاته لحق المجتمع وقيده بقيود تفرضها المصلحة العامة . فحق الإنسان في الحياة ليس حقاً خالصاً له ، وإنما تتعلق به مصلحة المجتمع . وقد أوجب الشرع حفظ النفس ، كي لا يخسر المجتمع عضواً نافعاً يساهم مع غيره في تحقيق الخير العام ، فعاقب من يشرع بالانتحار ، وفَرَض العقاب الأخرى على من يقتل نفسه أو يهلكها بدون مسوِّغ شرعي . وحق الإنسان في الحرية ، عقيدة وفكراً وقولاً ، ليس حقاً فردياً ، وإنما كفله الشرع للإنسان لصقل شخصيته وتنمية مداركه . ولذلك قُيدت ممارسة الحرية إذا انقلبت خطراً يهدد المجتمع في أمنه وقيمه ومصالحه . وهكذا بالنسبة لساائر الحقوق .

4 - إن ممارسة النشاط الفردي مقيدة بعدم الإضرار بالغير . وتفريعاً من ذلك ، منع الشرع الاحتكار عملاً بقول الرسول ﷺ : « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » ، كما أنه ألزم أصحاب السلع ببيعها بقيمة المثل إن كان في الناس حاجة إليها وأصر أصحابها على بيعها بثمن باهظ . وأجيز أيضاً إجبار العمال على العمل وتشغيلهم بأجر المثل عند الحاجة إذا امتنعوا عن العمل .

وقد وضع الفقهاء بعض القواعد التي تمنع الضرر وتُقَدِّم المصالح العامة على المصالح الخاصة (46) .

أ - الضرر يُدفع بقدر الإمكان :

تعني هذه القاعدة وجوب دفع الضرر قبل وقوعه ، لأن الوقاية خير من العلاج . ولذلك شرع الجهاد لدفع شر الأعداء ، وقُرِرت العقوبات لمنع الإجرام ، وشرع حق الشفعة لدفع ضرر سوء الجوار ، وجاز الحجر على المدين لدفع ضرره عن الدائنين ،

(44) الموافقات في أصول الشريعة ج 2 ص 377 .

(45) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 792 وما بعدها ؛ الدكتور عبد الله المصلح : قيود الملكية

الخاصة ص 210 - 215 ؛ الدكتور فتحي الدريبي : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 73 وما بعدها .

(46) يراجع في تفصيل ذلك ، الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 154 - 157 .

وكذلك الحجر على السفينة لدفع الضرر الذي يلحقه بأسرته نتيجة لسوء تصرفاته ،
وشرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر ، كخيار الشرط وخيار الرؤية لحاجة
المشتري الى التروي قبل الشراء .

ب - الضرر يزال شرعاً⁽⁴⁷⁾ :

وتعني هذه القاعدة وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع ، كوجوب التعويض
على من أتلف شيئاً لغيره إزالة للضرر الذي أحدثه ، وإقرار الخيارات في العقود لإزالة
الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب وخيار الغبن .

غير أن الضرر لا يجوز إزالته بمثله ، ولذلك تفرعت قاعدة ثانية تقضي بأن (الضرر لا
يُزال بالضرر) وهي قيد على القاعدة الأولى ، فلا يجوز فرض النفقة للفقير على قريبه
الفقير ، ولا يجوز رد المبيع بالعيب إذا حدث له عيب آخر عند المشتري .

ج - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :

وهذه القاعدة يُعمل بها عند وجود ضررين ، إذ يتعين إختيار أخفهما ، كما لو ابتلعت
دجاجة جوهرة ثمينة لشخص ، فعندئذ يحق لصاحب الجوهرة أن يمتلك الدجاجة بقيمتها
ليذبحها ويستخرج جوهرتها .

وقد وردت قاعدتان أخريان بهذا المعنى وهما : قاعدة « يُختار أهون الشرين » وقاعدة
« إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما »⁽⁴⁸⁾ كجواز شق بطن
المرأة الميتة لاستخراج الجنين الحي من بطنها ، وجواز إباحة القتل للمدافع عن نفسه .

د - يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام⁽⁴⁹⁾ :

وهذه القاعدة تعني جواز تقييد الحق الفردي إذا كان يترتب على استعماله إلحاق ضرر
بالجماعة ، كجواز الحجر على الطبيب الجاهل والعالم الماجن ، وإن لحق بهما ضرر ، دفعاً
للضرر العام الذي يمكن أن يلحق بالجماعة منها ، وإجبار القاضي للمحتكر على بيع الأموال

= الدكتور علي الندوي : القواعد الفقهية ص 252 وما بعدها ، طبع دار القلم بدمشق .

(47) أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » . وينبغي على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه ، كالرد
بالعيب ، وجميع أنواع الخيار ، والحجر ، والشفعة ، والقصاص ، والحدود ، والكفارات ، وضمان المتلف ،
والقسمة ، وفسخ الزواج بالعيوب ، والإعسار ، وغير ذلك .

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد أخرى منها : الضرورات تبيح المحظورات ، الضرورات تقدر بقدرها ، الضرر لا
يزال بالضرر (الإمام السيوطي : الأشباه والنظائر ص 83 وما بعدها ، الناشر الدار العلمية ببيروت) وقد
صيغت قاعدة « الضرر يزال » في المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

(48) صيغت هاتان القاعدتان في المادتين 27 و 28 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

(49) صيغت هذه القاعدة في المادة 26 من ذات المجلة .

المحتكرة عند الحاجة إليها وإن أدى ذلك الى إلحاق الضرر بالمحتكر ، لأن الاحتكار يؤدي الى ضرر الجماعة . ومن ذلك أيضاً ، جواز هدم منزل أحد الناس لمنع تسرب الحريق الى المنازل الأخرى .

هـ - درء الأضرار مقدم على جلب المنافع :

إذا تعارضت مفسدة أو مضرة مع مصلحة أو منفعة مُنعت المفسدة ولو أدى ذلك الى دفع المصلحة⁽⁵⁰⁾ ، وقد بنى الفقه الحنفي على هذه القاعدة نظرية سوء استعمال الحق⁽⁵¹⁾ ، وذلك بمنع الإنسان من استعمال حقه إذا نتج عن ذلك ضرر فاحش للغير . ولذا ، يُمنع صاحب الدار أن يفتح نافذة تطل على بيت جاره ، إذا كان في ذلك ضرر للجار ، ولو أدى هذا الى فوات مصلحة لصاحب الدار . ويمنع الجار أيضاً من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ، كإتخاذ فرن أو مصنع أو مدخنة تؤذي الجار بالرائحة أو الصوت .

ويُعلق بعض الفقهاء على هذه القاعدة بقوله : « وهذا غاية ما وصل اليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع التعسف في استعمال الحق »⁽⁵²⁾ .

5 - إن الملكية الفردية والمال الخاص ليسا حقين خالصين للمالك ، وإنما لهما وظيفة إجتماعية كذلك . فالشرع الإسلامي لا يقتصر على النظر الى الملكية الفردية والمال الخاص باعتبارهما حقين خالصين للمالك ، بل ينظر اليهما كذلك باعتبار أن لهما وظيفة إجتماعية . وتتضح هذه الوظيفة الإجتماعية للملكية الفردية والأموال الخاصة من الأدلة الآتية⁽⁵³⁾ :

أ - إضافة الأموال الخاصة الى الله :

يضيف الشرع الأموال كلها الى الله تعالى ، فكل ما في الوجود هو ملك لله الذي خلقه . يقول الله تعالى : ﴿ والله ملك السموات والأرض وما بينهما ﴾ ، ويقول أيضاً : ﴿ لله ملك السموات والأرض وما فيهن ﴾ ، ويقول أيضاً : ﴿ له ما في السموات وما في الأرض وما بينهما وما تحت الثرى ﴾⁽⁵⁴⁾ .

ولا تناقض بين الآيات السابقة وبين الآيات التي يُفيد ظاهرها نسبة الملكية الى

(50) تنص المادة 30 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أن « درء المفسد أولى من جلب المنافع » .

(51) يراجع في تفصيل هذه النظرية في الفقه الاسلامي :

الدكتور فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة 1988 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 141 - 159 .

(52) الاستاذ مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 979 بالهامش .

(53) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 73 - 74 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي .

(54) على التوالي : سورة المائدة آية 17 وآية 120 ، وسورة طه آية 6 .

الأفراد ، مثل قوله تعالى : ﴿ لَتُبْلَوْنَ فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ ﴾ (55) ، لأن نسبة المال الى الأفراد قُصد منها تملك الانتفاع بالمال والأصل أن النسبة الى أمر يكفي فيها أدنى الأسباب .

وهذه القاعدة في الإسلام أساسية في مجال ملكية المال واستغلاله ، فالمؤمن إذا رسخ في قلبه أن الله تعالى هو المالك الحقيقي لكل ما في الوجود ، دعاه هذا الى أن يعمل على توجيه المال الى ما ينفع الناس .

وفي إسناد المال الى الإنسان إقرار بحقه في الانتفاع بما حصله من طريق مشروع . وفي هذا مواءمة للفطرة التي تنوق الى حب المال ، وبهذا ينشط البشر في استثمار المال الذي في حوزتهم ، فتتحقق بذلك المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . هذا الى جانب ما في اسناد المال الى الأفراد من إقرار لحماية حقوقهم من كل إعتداء من الغير ولو كان من السلطة العامة (56) .

ب - الإنسان خليفة على المال :

وينبني على كون المال مال الله ، أن الإنسان خليفة عن المالك الحقيقي في كل ما يملك ، وأنه بهذا بمثابة حائز لوديعة أودعها الله بين يديه . والدلالة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَانْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ (57) .

ويترب على خلافة الإنسان في المال عن المالك الحقيقي ، أن يضاف المال الخاص الى الجماعة ، باعتبار أن المجتمع هو الذي له الولاية العامة ابتداء على جميع ما ظهر على الأرض . فيكون الإنسان كأنه قد تلقى هذه الخلافة عن المجتمع ، بحيث لا يستطيع أن يتصرف فيه إلا وفقاً للمصلحة العامة (58) . وإذا تصرف فيه على غير ذلك ، كما يفعل السفهاء ، كان على المجتمع أن يمنع ذلك . يقول تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً ﴾ (النساء : 5) .

ج - الفرد في المال مستخلف للانفاق والتشجير الاجتماعي (59) .

يقوم المال في المجتمع بوظيفة هامة ، ويجب على صاحبه أن يقوم بتشجير أمواله ،

(55) على التوالي : سورة آل عمران آية 186 ، وسورة التوبة آية 111 .

(56) الدكتور عبد الله المصلح : المرجع السابق ص 346 - 347 .

(57) على التوالي : سورة الحديد آية 7 ، سورة النور آية 33 .

(58) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 73 .

(59) الدكتور فتحي الدريني : الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده ص 163 - 170 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : =

وتوجيهها الوجهة الصحيحة التي يستفيد منها المجتمع . ويبين الشرع ما تقتضيه تلك الوظيفة الاجتماعية للمال .

فالشرع يطالب المالك بالانفاق في سبيل الله في آيات كثيرة ، منها قوله تعالى : « مَثَلُ الَّذِينَ يَنْفَقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سَنَبْلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ » (البقرة : 261) .

ويوجب الشرع على المالك المداومة على استثمار ماله في الوجهه التي تعود بالخير عليه وعلى المجتمع . ولذا ، يجب عليه أن ينفق منها ما تحتاج اليه الجماعة لدفع الضرر عنها . قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَكْتِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبِشْرِهِمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾ (التوبة : 34) .

وينهى الشرع عن حبس المال والتبذير فيه . ففي حبس المال واكتنازه توجد الآية السابقة ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحْسِنِ الَّذِينَ يَخْلُونَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ هُوَ خَيْرٌ لَّهُمْ ، بَلْ هُوَ شَرٌّ لَّهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخَلُوا بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾ . وفي التبذير والترف والإسراف ، يقول تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ ﴾ ، ويقول أيضاً : « لَا تَرْكُضُوا وَارْجِعُوا إِلَى مَا أُتْرِفْتُمْ فِيهِ وَمَسَاكِنَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَسْأَلُونَ ﴾ (60) .

د - تدخل ولي الأمر عند الانحراف في استعمال المال (61) :

يحق لولي الأمر أن يتدخل في الأموال الخاصة إذا انحرف صاحبها عن الطريق الذي رسمه الشرع الإسلامي ، لأن الشرع قد فرض فرائض وأوجب على المسلمين إتباعها وتنفيذ ما جاء بها ، فإذا امتنعوا أو انحرفوا عن ذلك وجب أن يتدخل ولي الأمر ليعمي المجتمع من خطر الفرد الذي تمرد أو أساء استعمال حقه الشرعي .

فقد أعطى الشرع لولي الأمر الحق في الحجر على السفیه المبذر (62) ، وحق القيام على أموال الضعفاء من عديمي الأهلية وناقصيها (63) ، وحق التسعير لمنع الاحتكار ، وحق نزع

= الاتجاه الجماعي ص 119 - 123 ؛ الدكتور عبد الله المصلح : قيود الملكية الخاصة ص 345 - 385 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 73 - 74 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 793 - 794 .

(60) على التوالي : سورة الإسراء آية 27 ، وسورة الأنبياء آية 13 .

(61) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 120 - 123 .

(62) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 74 ؛ الدكتور محمد النبهان : ذات المرجع ص 372 - 374 .

(63) يراجع في تفصيل ذلك : الدكتور عبد الله المصلح : قيود الملكية الخاصة ص 357 - 363 .

ملكية الفرد للمصلحة العامة⁽⁶⁴⁾ .

وهذه الحقوق مقررة أيضاً في القانون الوضعي
ويوجب الشرع على المالك ألا يبالغ في استعمال حقه الى حد يلحق بالجار ضرراً
فاحشاً . وهذا قيد يرد على الملكية .

كما يورد قيوداً أخرى على حق الملكية في الشرب والمجرى والمسيل والمرور وملكية
الطبقات⁽⁶⁵⁾ . وهذه القيود مقررة كذلك في القانون الوضعي .

5 - إن احترام مبدأ سلطان الإدارة مقيد بعدم التحكم والاستغلال⁽⁶⁶⁾ :

إذا كان الشرع الاسلامي يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة واحترام شروط العقد ، غير أنه
أحاط هذا المبدأ بكثير من القيود لحماية الفريق الضعيف في العقد ، ولتحقيق مصلحة
الجماعة من وراء ذلك .

فالشرع الإسلامي يحرم العقود الربوية على نطاق واسع لمنع الاستغلال . ويحرم
عقود الغرر التي يكون محل التصرف فيها أمراً غير مؤكد حصونه ، كبيع السمك في الماء
والطير في الهواء قبل صيده ، وبيع الشيء الضائع قبل العثور عليه ، لما تنطوي عليه هذه
العقود من مقامرة . ويتوسع الشرع في نظرية الشروط المقررة بالعقد من حيث أثرها على
العقد بالبطلان أو الفساد ، على نحو يجعل دائرة النظام العام والآداب العامة أوسع بكثير
منها في القانون الوضعي⁽⁶⁷⁾ .

ويميز الفقه الإسلامي كذلك فسخ العقد أو تعديل شروطه ، بسبب أمر طرأ بعد
إبرام العقد وعند تنفيذه ، بحيث أصبح التنفيذ مرهقاً بالنسبة الى أحد المتعاقدين . وذلك
خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن العقد إذا أبرم صحيحاً كان قانوناً لعاقديه
وملزماً لهما في مضمونه . فأجاز الفقه فسخ عقد الإيجار بالعذر ، واعتبر هلاك الثار بالجوائح
غير المنظورة على البائع⁽⁶⁸⁾ . وبعض هذه الحالات يشابه تطبيقات نظرية الظروف
الطارئة⁽⁶⁹⁾ المعروفة في القوانين الوضعية .

(64) يُراجع في تفصيل التسعير ونزع الملكية : الدكتور عبد الله المصلح : ذات المرجع ص 421 - 435 وص
389 - 418 ؛ الدكتور محمد النبهان : المرجع السابق ص 121 - 122 و 213 - 219 .

(65) يراجع في تفصيل هذه القيود : الدكتور عبد الله المصلح : ذات المرجع ص 555 - 637 .

(66) الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 796 - 800 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة
مقارنة ص 71 - 72 .

(67) تراجع أمثلة على ذلك ، عند الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 798 - 799 .

(68) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 6 ص 90 وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم
فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 71 - 72 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 799 - 800 .

(69) يراجع في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي : الدكتور عبد السلام الترماني : نظرية الظروف

6 - إن الإسلام يُقر الملكية الجماعية الى جانب الملكية الفردية⁽⁷⁰⁾ . فإذا كان الشرع قد أحترم الملكية الخاصة وقيدها بقيود تهدف الى عدم الإضرار بالفرد أو بالجماعة ، إلا أنه أقر أيضاً الملكية الجماعية لجماعة المسلمين دون اختصاصها بفرد معين . ومن مظاهر هذه الملكية ملكية بيوت العبادة ، حيث جاء في القرآن الكريم : ﴿ وأن المساجد لله ﴾ (الجن : 18) . فالمساجد ، وهي بيوت العبادة للمسلمين ، ملك لهم جميعاً يمارسون فيها شعائر دينهم ويؤدون فيها عباداتهم . ومن مظاهرها أيضاً ملكية الأموال الموقوفة في نظام الوقف ، حيث جعلت هذه الأموال على ملك الله تعالى ، أي على ملك جماعة المسلمين ، أما منفعتها فيتصدق بها على جهة من جهات الخير أو على الموقوفة عليهم ، ومن مظاهرها كذلك ملكية الفئ والغنائم قبل قسمتها على المسلمين . أما الفئ فهو المال الذي يعود الى المسلمين من الأعداء بدون قتال ، وهو يُقابل الغنيمة التي تؤخذ منهم قهراً في الحرب والفتوحات .

7 - إن الإسلام أقام التوازن المادي بين طبقات المجتمع⁽⁷¹⁾ . ينظر الإسلام الى المجتمع على أنه وحدة متماسكة متعاونة تقوم على أساس التعاون المحبة والإخاء ، وهذه العناصر لا يمكن أن تتوفر في مجتمع معين ما لم يكن هناك قدر من التوازن المادي بين أفراد ذلك المجتمع .

والتوازن المادي في المجتمع يؤدي بالتالي الى وحدة المجتمع وتعاونه في سبيل بناء مستقبل زاهر ، بخلاف التفاوت الطبقي الكبير فإنه يؤدي الى الصراع والإنقسام والتمزق ، وبالنتيجة يصل المجتمع الى درجة الإنهيار .

ولذلك حرص الإسلام على تحقيق التوازن المادي بين أفراد المجتمع ، ليكون المجتمع الإسلامي مجتمع المحبة والسلام والوئام ، يحيم التعاون على أفرادهِ وتنتشر المحبة في ربوعه . قال تعالى : ﴿ إنما المؤمنون إخوة ﴾ ، وقال أيضاً : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم ﴾⁽⁷²⁾ .

وقد حرص الإسلام على تحقيق هذا التوازن المادي في مجالين :

الطارئة ، طبع دار الفكر 1971 ؛ الاستاذ فاضل نعيمة : نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، بغداد 1960 ؛ الاستاذ الشيخ زكريا صعب : نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير على الآلة الكاتبة في معهد الدراسات الإسلامية المقاصدي بيروت 1988 .

(70) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 220 - 251 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 800 - 802 ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة ص 72 .

(71) الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 224 - 227 .

(72) على التوالي : سورة الحجرات آية 10 ، سورة المائدة آية 2 .

أ - في مجال الأسرة :

يُعتبر نظام النفقة الواجبة في الشرع الإسلامي من أهم النظم المالية التي تهدف إلى تحقيق التوازن المادي بين أفراد الأسرة الواحدة ، وبمقتضى هذا النظام تتوجب نفقة على الموسر لأقربائه المعسرين كالوالدين والأبناء والإخوة والأعمام والزوجات ، إذ لا يجوز أن يرتع أحد أفراد الأسرة بالمال الوفير في الوقت الذي يتضور أقرباؤه من الجوع والحاجة والفاقة . ومن هذه النظم المالية أيضاً النذور والكفارات والأضحية⁽⁷³⁾ .

وتظهر مهمة الدولة في مجال النفقات من حيث إعطاء هذا الواجب صفة الإلزام ، فإذا امتنع الموسر عن الإنفاق على قريبه المعسر ، فإن الدولة تلزمه وتجبره ، وتتخذ بحقه كل الوسائل التي تضمن تنفيذ هذا الواجب .

فإذا لم يكن للفقرير قريب موسر عندئذ تجب نفقته في بيت المال ، وتعتبر الدولة مسؤولة عن رعاية هؤلاء الفقراء والمحتاجين .

ب - في مجال المجتمع :

ولا يكتفي الإسلام بتحقيق التوازن المادي بين أفراد الأسرة الواحدة ، وإنما ينتقل إلى الأسرة الكبيرة وهي المجتمع ، ويضع النظم المالية التي تكفل تحقيق التوازن بين الطبقات المختلفة ، عن طريق فرض المشاركة الفعلية بين الفقراء والأغنياء ، وتتمثل هذه المشاركة في إيجاب الإسلام الزكاة التي تُعتبر الركن الثالث من أركان الإسلام ، وهي عبادة دينية وواجب إجتماعي في آن واحد .

ولم يقتصر الشرع على فرض الواجبات المالية كالزكاة ، وإنما قام بتشجيع الأعمال الخيرية التي يمكن أن يقوم بها أصحابها خدمة للجماعة ، يحدوهم الأمل في إكتساب الأجر والمثوبة عند الله . وهذه الأعمال الخيرية ليست مفروضة على الناس ، وإنما يقوم بها بعض الأشخاص الذين يتحسسون آلام الناس ويلمسون حاجاتهم ، فيقومون بوقف بعض أموالهم لخدمة هؤلاء الناس ، لتصرف في مصالحهم وفيما يعود عليهم بالخير والنفع ، وقد ورد ذلك سابقاً .

وتشمل هذه الأعمال الأوقاف الخيرية ، والوصايا لجوه الخير .

8 - إن الإسلام أشاع روح التكافل الاجتماعي . ولا يقتصر مفهوم التكافل الاجتماعي في الإسلام على نوع واحد ، بل يتخذ صور متعددة⁽⁷⁴⁾ منها الآتي :

(73) يراجع في تفصيل ذلك : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 30 ص 145 - 146 .

(74) هذه الصور واردة عند الدكتور مصطفى السباعي في كتابه : إشترابية الإسلام ، وهي مذكورة في كتاب : الانجاء الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي للدكتور محمد النبهان ص 325 - 329 .

أ - التكافل الأدبي :

وهو أن يشعر الإنسان باحترام الآخرين وحبهم والتعاون معهم في جميع المجالات ، لأن هذا هو الطريق المنطقي الذي يقوم عليه المجتمع الصالح ، وقد دعا النبي ﷺ الى هذا في كثير من أحاديثه ، منها قوله : « مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى » ، وقوله أيضاً : لا يؤمن أحدهم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه »⁽⁷⁵⁾ . وهكذا يدعو الإسلام الى بناء المجتمع على أساس المحبة والتعاون بين الأفراد ، وهذا هو مفهوم التكافل في معناه الحقيقي .

ب - التكافل الأخلاقي :

ويعني مسؤولية المجتمع الإسلامي بجميع أفرادها ، عما يصدر من هؤلاء الأفراد من تصرفات تسيء الى المجتمع وقيمه ومقدساته . وهي مسؤولية تنهض في دائرة ما هو مفروض على الجماعة من واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وهذا الواجب يُعرف بحق الدفاع الشرعي العام أو « الحسبة الشرعية » . واليه تشير الآية الكريمة : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ (آل عمران : 104) . وبه أمر الرسول ﷺ في الحديث بقوله : « لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ، ولتأخذن على يد الظالم ، ولتأطرنه على الحق أطراً ، أو ليضربن الله بقلوب بعضكم على بعض »⁽⁷⁶⁾ .

ج - التكافل العلمي :

يُعَظَّم القرآن الكريم والسنة النبوية والسلف الصالح قدر العلم والعلماء ، ويرفعهم الى درجة المؤمنين وخلافة الأنبياء . وقد جعل الإسلام من العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة ، وأوجب التكافل فيه بجعل التعليم مجانياً بدون أجر . جاء في كتب الفقه أن من « آداب العلماء أن يقصدوا وجه الله بتعليم من علموا . . . من غير أن يعتاضوا عليه عوضاً ، ولا يلتمسوا عليه رزقاً ، فقد قال الله تعالى : ﴿ ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ﴾ (البقرة : 41) . قال أبو العالية : لا تأخذوا عليه أجراً ، وهو مكتوب عندهم في الكتاب الأول : يا ابن آدم علمٌ مجاناً ، كما عُلِّمَت مجاناً . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « أجر المعلم كأجر الصائم القائم » ، « وحسبه من هذا أجر فلا يلتبس أجراً »⁽⁷⁷⁾ .

(75) على التوالي : رواه البخاري ومسلم وأحمد ، رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي .

(76) حديث مذكور عند د . البكري ص 786 .

(77) يراجع بشأن العلم والتعلم والابداع الحضاري : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الاسلام رقم 27 ص 118 وما بعدها .

د - التكافل في تعويض الخطأ الجزائي :

ويعني التضامن بين أفراد الأسرة في دفع الدية⁽⁷⁸⁾ في حالة القتل خطأً . والأصل أن تبعة جريمة الشخص تقع على نفسه ، ولكن السنة النبوية جاءت بتخصيص هذا العموم ، لأن فرض الدية على القاتل قد يأتي على جميع أمواله ، ولما كان القتل خطأً ، ولا يؤمن من تتابع الخطأ ، أوجب الشرع الإسلامي على عاقلة الجاني أي أسرته أن تساهم في دفع هذه الدية تكافلاً وتضامناً .

ويلاحظ أن هذا مثال رفيع على وجوب التكافل الجزائي في المجتمع الإسلامي ، لأن القاتل في حالة الخطأ لم يكن سيء النية ، ولا يمكن أن يُهدر دم المقتول في جميع الظروف سواء كان القتل قصداً أو خطأً ، لأن الفعل المسبب للوفاة قد وقع ، فكانت المصلحة أن تشارك أسرة القاتل أو عشيرته في دفع الدية عنه ، دفعاً للضرر الذي ألحقه نتيجة تصرف غير مقصود ، وتأميناً لحق أهل القتل في دية قتلهم .

هـ - التكافل الاقتصادي :

ويعني شعور الأفراد بواجبهم نحو أفراد مجتمعهم ، فلا يُقدمون على بعض التصرفات التي قد تلحق الضرر بالناس ، كالغش في المعاملات ، والتطفيف في الكيل ، واحتكار الأقوات الضرورية ، التي يحتاج إليها الناس ، واستغلال حاجة المحتاجين لإجبارهم على التعامل بالربا ، وغير ذلك من التصرفات التي حرّمها الإسلام لأنها تلحق أضراراً كبيرة بالناس . ولم يكتفِ الإسلام بتحريم هذه التصرفات بل اتخذ طريقاً إيجابياً لمنع وجودها ، فأوجب على الدولة أن تتدخل في المجالات الاقتصادية عند الحاجة الى ذلك لتمنع المحتكرين من الاحتكار ، وسمح لولي الأمر أن يصادر هذه الأموال المحتكرة ، وكل كسب ينتج عن طريق الإضرار بالناس ، لأنه كسب غير صحيح ، ولذلك أجاز بعض الفقهاء لولي الأمر أن يتدخل في الأسواق ليسعر الحاجات والسلع ، حتى لا يتلاعب البائعون في الأسعار ويستغلوا جهل الناس ، ليحققوا من وراء ذلك ربحاً كبيراً .

و - التكافل المادي بين أفراد المجتمع :

ويعني إيجاد التوازن المادي بين طبقات المجتمع في مجالي الأسرة والمجتمع ، وقد سبق الكلام عن ذلك في ذات المكان .

ز - التكافل الدفاعي :

ويعني مسؤولية الأفراد في المجتمع الاسلامي في الدفاع عن بلادهم ضد الأعداء .

(78) يراجع في موضوع الدية : الدكتور عوض أحمد إدريس : الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ، طبع دار مكتبة الهلال ببيروت .

وقرر الفقهاء أن العدو إذا استطاع أن يأسر مسلماً في أقصى المشرق ، فعلى المسلمين جميعاً أن يهبوا للدفاع عن هذا الأسير لتخليصه من الأسر⁽⁷⁹⁾ ، وقصة المرأة المسلمة التي أسرها الروم فنادت وهي في الأسر « وامعتصماه » مشهورة في كتب التاريخ .

65 - (رابعاً) - موقف الإسلام من النزعتين الفردية والاجتماعية :

يتبين مما تقدم أن الشرع الإسلامي يقف حيال النزعتين الفردية والاجتماعية موقفاً وسطاً⁽⁸⁰⁾ .

فهو من ناحية جعل مصلحة الفرد مقصداً من مقاصده ، واهتم بتكريم الإنسان وتربيته وصلاحه ، وأباح له الحريات الأساسية له وصانها له ، وأكد على المساواة المطلقة ، وشجع النشاط الفردي وإقرار الملكية الخاصة ، واحترم مبدأ سلطان الإرادة .

وهو من ناحية أخرى جعل مصلحة المجتمع مقصداً أصلياً له ، ونظر الى الحقوق الفردية على أنها منح إلهية وذات صفة اجتماعية ، وإن شرعية النشاط الفردي مقيدة بعدم الإضرار بالغير ، واعتبر الملكية الفردية والمال الخاص ليسا حقين خالصين للفرد وإنما لها وظيفة اجتماعية تمثيرية ، وقيد مبدأ سلطان الإرادة بعدم التحكم والاستغلال ، وأقر الملكية الجماعية الى جانب الفردية ، وأقام التوازن المادي بين الطبقات في مجالي الأسرة والمجتمع ، وأشاع التكافل الاجتماعي في صوره المتعددة .

المبحث الثاني إلزامية القانون والشرع المطلب الأول أساس الإلزام في القانون

66 - تمهيد وتقسيم :

من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة سلوك ، فهي ترسم للأفراد في المجتمع السلوك الواجب ، وتكلفهم الإلتزام به . فمن أين يأتي الإلزام في القاعدة القانونية ؟ الواقع أن هذا الموضوع عالجته العلماء تحت عناوين مختلفة ، كأساس القانون أو جوهر

(79) الدكتور محمد فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي ص 326 - 327 .

(80) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : دراسة مقارنة رقم 57 ص 75 - 76 ؛ قارن الدكتور عبد الباقي البكري :

المرجع السابق رقم 311 ص 810 .

القانون أو أصل القانون أو طبيعة القانون⁽⁸¹⁾ . وقد اختلف العلماء والفلاسفة حول أساس الإلزام في القانون .

فبعضهم شكليون ينظرون الى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود في صورة ملزمة ، فيرجعون تكوّن القاعدة القانونية الى السلطة التي اكتسبت عن طريقها قوة الإلزام في العمل ، وهم يتخذون للقانون معياراً شكلياً ويتعرفون اليه من مصدره الرسمي أو الشكلي .

ومن أنصار هذا الاتجاه الشكلي ، الفيلسوف الانكليزي أوستن ، ومدرسة تقديس النصوص الفرنسية .

وبعضهم الآخر موضوعيون ينظرون الى الجوهر لا الى الشكل ، فهم ينظرون الى المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية وينفذون الى طبيعتها ، ويتعرفون الى القانون من مصادره الموضوعية أو المادية . ومن أنصار هذا الاتجاه الموضوعي ، المدرسة المثالية أو مدرسة القانون الطبيعي والمدرسة الواقعية وتفرع عنها المدرسة التاريخية ومدرسة التضامن الاجتماعي . وقامت مدرسة الجمع بين المثالية والواقعية ، هي مدرسة الفقيه الفرنسي « جيني » .

وستتكمّل بإيجاز عن أهم هذه المدارس والنظريات ، وهي على التوالي : نظرية إرادة الحاكم (أو نظرية أوستن) ، ونظرية إرادة المشرع (أو مدرسة تقديس النص) ، ومدرسة القانون الطبيعي ، والمدرسة التاريخية ، ونظرية « جيني » .

67 - (أولاً) - إرادة الحاكم كأساس للقانون (نظرية أوستن) :

لم يكن الفيلسوف الانكليزي « أوستن Austin » في الحقيقة أول من نادى بهذه النظرية ، ويُطلق عليها الفقه النظرية الاستبدادية ، ولكنها وُجدت منذ القدم حيث كان فلاسفة اليونان يعتبرون أن أصل القانون هو إرادة الحاكم .

وقد أخذ بها في العصر الحديث فيلسوف إنكليزي آخر هو « هوبز » ، الذي حاول أن يبرر سلطة الحاكم بنظرية العقد الاجتماعي . وهذه النظرية الأخيرة تقوم على أساس إتفاق الرعية على تعيين شخص يخضعون له فيما يصدره من أوامر فيصير حاكماً بأمره .

وقد تبع الفيلسوف الألماني « هيغل » هذه النظرية أيضاً ، ثم جاء « أوستن »⁽⁸²⁾ ،

(81) يراجع في تفصيل هذا الموضوع : الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 83 وما بعدها ؛ الدكتور حسن كبره : المرجع السابق ص 97 وما بعدها .

(82) Austin : Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law, 4 th. 1873, Vol. 1, pp. 90- 100, p. 183.

فأخذ آراء سابقيه وهذبها وأقام نظريته في أساس القانون .

وتتلخص نظريته في أن أساس القانون هو أمر توجّهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وترفعه بجزء . ولذلك فالقانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي يستند تنظيمه الى وجود هيتين : هيئة حاكمة لها الأمر دون معقب ويستوي فيها أن تكون شخصاً واحداً أم مجلساً (برلمان والى جانبه رئيس الدولة) ، وجماعة محكومة يتوجب عليها الطاعة لأوامر وتكاليف الحاكم . ولا يقوم القانون كذلك إلا عندما تملك الهيئة الحاكمة فرض احترامه ، بما لها من قوى مادية جبارة ، بتوقيع الجزاء على من يخالف قواعده .

ومن هنا ، كان إنكار أوستن لفكرة القانون الدولي العام⁽⁸³⁾ ، حيث لا توجد في مجتمع الدول هيئة حاكمة ، لها حق السيادة أو الأمر دون معقب ، وتنزل الدول منها منزلة المحكومين الذين عليهم واجب الطاعة ، إذ المفروض أن الدول جميعاً متساوية في الحقوق والسيادة . وكذلك كان إنكار أوستن لفكرة القانون الدستوري⁽⁸⁴⁾ ، فالدولة ليست مقيدة بأي قيد قانوني يمنعها من مخالفة قواعده ، ولأنها - وهي تملك سلطة الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

ويؤدي منطق هذه النظرية أيضاً الى جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، لأن التشريع المكتوب هو الذي يتضمن أمراً صادراً من الحاكم وموجهاً الى المحكومين .

كما يؤدي ذلك المنطق الى جعل تفسير نصوص التشريع يتجه الى الكشف عن إرادة الحاكم (المشرّع) الذي قصد أن يضمّن هذه النصوص ، إذ العبرة بالنية الحقيقية للمشرع ، ولا عبرة بتغير الظروف التي وُضعت فيها النصوص .

تقدير نظرية أوستن : تمتاز نظرية أوستن بالوضوح والبساطة ، إذ القانون يرجع في أصله إلى إرادة السلطان والحاكم التي يُعبر عنها عن طريق التشريع . ولكن هذه النظرية لم تسلم من النقد .

1 - ذلك أنها تجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون ، وهذا يخالف الواقع ، إذ أن هناك مصادر أخرى للقانون في بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية في القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية في القانون الانكليزي . .

2 - يخلط أوستن في نظريته بين القانون والقوة ، إذ أنه يجعل إرادة الحاكم هي

= مذكور عند الدكتور حسن كبره ، المرجع السابق ص 100 بالهامش رقم 3 .

(83)

Austin , pp. 89, 187, 188

(84)

. Austin, pp. 274- 281

القانون ، وهو بهذا يجعل القانون في خدمة القوة ويؤدي الى الاستبداد . وقد أدى به هذا الى إنكار صفة القانون على كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري .

في حين أن غالبية العلماء يعتبرون قواعد القانون الدولي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح . كما أنه بالنسبة للقانون الدستوري ، يتوافر الجزاء كذلك ويستطيع أن يوقعه من نصب الحاكم نفسه وهو الشعب . فالشعب يوقع الجزاء بالحاكم الذي يخرج على قواعد الدستور ولا يحترمها ، وإن كان هذا الجزاء لا يوقع بطريقة سريعة مباشرة⁽⁸⁵⁾ .

3 - على أن أهم نقد وُجّه الى نظرية أوستن اهتمامها بالشكل دون الجوهر وبالحاكم دون المحكومين . وهؤلاء لهم دور كبير في نشوء القانون وفي تطوره ، إذ القوانين تسن للشعوب ، فلزم أن تكون محققة لرغباتها مستجيبة لحاجاتها ، والقانون الذي لا يستهدف هذه الأغراض قانون فاشل⁽⁸⁶⁾ .

68 - (ثانياً) - إرادة المشرع كأساس للقانون (مدرسة تقديس النص) :

ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن التاسع عشر على أثر تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها «تقنين نابليون» . وقد كان لظهور هذا التقنين ، وما تبعه من تقنينات أخرى ، أثره في فرنسا والعالم ، باعتباره أول عمل تشريعي ضخم من نوعه ، حتى ساد الاعتقاد حينذاك أن القانون هو مجرد إرادة الدولة ومشئته المشرع ، فلا شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأنه القانون الكامل الذي لم يُفَرِّط فيه من شيء ، وما ترك صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها .

وأمام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزّل من عند الله . ولم تُقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست أيضاً الترتيب الذي ورد به التقنين ، فجرت شروح فقهاؤها على تناول النصوص نصاً نصاً بحسب ترتيبها الرسمي ، كما يعمل المفسرون عند تفسيرهم للكتب المقدسة . ولهذا عُرفت هذه المدرسة بمدرسة تقديس النص ، أو مدرسة الشرح على المتون ، أو مدرسة الإلزام بالنص .

ويقوم منطق هذه المدرسة على أساس فكرتها عن أصل القانون وتكوينه . فهي ترد القانون الى إرادة المشرع ، وبذلك تعتبر التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون ، وهي بذلك تتفق مع نظرية أوستن . ولهذا كانت هذه المدرسة من المدارس الشكلية ،

(85) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 89 .

(86) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 47 .

ويذهب أنصارها الى أن التفسير يجب أن يتجه أولاً الى التعرف على إرادة المشرع الحقيقية وقت وضع النص . ويستدل على هذه الإرادة من ألفاظ النص مع قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ، وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية .

فإذا لم توجد إرادة حقيقية للمشرع في خصوص مسألة معينة ، نظراً الى عدم وجود نص ينطبق مباشرة على هذه المسألة ، وجب اللجوء الى إرادة المشرع المفترضة ، أي النية التي يفترضها المفسر لدى المشرع لو أراد أن يضع حلاً لتلك المسألة ، وذلك في ضوء مسلك المشرع في النصوص الموجودة بالنسبة الى المسائل الأخرى .

فتفسير النصوص في فقه هذه المدرسة هو البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيراً كبيراً وقت تطبيق النصوص عما كانت عليه وقت وضعها . إذ بهذا ينتفي تحكم القضاة ويتحقق الاستقرار والثبات ، فإذا تغيرت ظروف المجتمع كان الأول أن يُعدل التشريع ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع⁽⁸⁷⁾ .

تقدير مدرسة تقديس النص : تؤدي طريقة شرح هذه المدرسة في تفسير النصوص الى ثبات التشريع واستقراره ، كما أن حصر مصادر القانون في التشريع يفيد وضوح المعيار في معرفة القانون لتعويله على الشكل .

ولكن ترتب على تقديس هذه المدرسة للنصوص ولإرادة المشرع ، من حقيقة ومفترضة ، وعلى عدم الاعتراف بغير النصوص مصدراً للقانون ، ترتب على ذلك جمود القانون وعدم مسابرة للمجتمع في تطوره ، وبالتالي عدم تلبية للحاجات المتجددة ، ثم إن هذه المدرسة تتلاقى مع نظرية أوستن في نزعه الاستبدادية .

ومع أن هذه المدرسة قد تأسست في ظل الثورة الفرنسية التي قامت ضد الاستبداد ، وكان روادها الأوائل يؤمنون بفكرة القانون الطبيعي الذي من شأنه تقييد الاستبداد ، وكان بالإمكان أن تستفيد من مبادئ القانون الطبيعي المعتمدة ، غير أن أنصارها المتأخرون غلبوا القوانين الوضعية على القانون الطبيعي ، وقالوا أن العبرة بالنصوص وإن خالفت في قواعدها القانون الطبيعي ، وقد أدى الى ذلك تقديس المدرسة لإرادة المشرع ، واعتبار السلطان كل شيء في القانون

(87) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 198 ص 278 - 279 .

وقد ترتب على كل هذه المآخذ أن ضعفت هذه المدرسة ثم زالت في أواخر القرن التاسع عشر ، وقام من ينادي بنظرية القانون الطبيعي بغية تلافي العيوب التي وُجدت في هذه المدرسة وفي نظرية أوستن قبلها⁽⁸⁸⁾ .

69 - (ثالثاً) - القانون الطبيعي كأساس للقانون⁽⁸⁹⁾

قدمنا أن نظرية أوستن ومدرسة تقديس النص قامتاً على تقديس إرادة الحاكم التي تظهر على شكل أمر للرعية ، وبهذا نظرنا الى شكل التشريع ولم تعمقنا في البحث عن الدوافع الحقيقية له .

لذلك قامت نظريات أخرى للبحث في أساس القانون حاولت سد هذا النقص ، واتجهت اتجاهاً موضوعياً .

ومن هذه النظريات نظرية القانون الطبيعي ، وهي تقوم على التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، وتجعل الأول أساس الثاني ، والمنبع الذي يُستقى منه .

ويُقصد بالقانون الوضعي - كما سبق - مجموعة القواعد القانونية النافذة فعلاً في دولة معينة في زمن معين ، بصرف النظر عن مصدر تلك القواعد ، فقد يكون مصدرها التشريع أو العرف . وتمتاز قواعد القانون الوضعي بأنها قواعد محددة واضحة تختلف باختلاف الزمان والمكان . فهي في لبنان مثلاً غيرها في إنكلترا ، وهي في لبنان الآن غيرها منذ سنين .

أما القانون الطبيعي فهو في شكله التقليدي مجموعة قواعد عامة أبدية أودعها الله في الكون ، ويكشف عنها الإنسان بعقله . ويجعل أنصار القانون الطبيعي له مركز الصدارة على القانون الوضعي ، بل هو الأصل له ، ويُعد المثل الأعلى الذي يجب أن يحتذى ، ويتعين على المشرع الوضعي أن يستقي منه قواعده ، وأن يحاول ما وسعه الجهد تطبيق مثله العليا ، وبقدر ما يوفق في هذه المهمة بقدر ما يكون قريباً من الكمال . وقال أنصار القانون الطبيعي بأن إتفاق القانون الوضعي مع الطبيعي هو الذي يعطي الأول الإلزام ، لأن خضوع الأفراد لقوانين الطبيعة خضوع حتمي تفرضه الطبيعة ذاتها⁽⁹⁰⁾ .

وفكرة القانون الطبيعي ليست حديثة الظهور بل هي قديمة ، وقد مرت بتطورات

(88) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 48 .

(89) Dabin: La philosophie de l'ordre juridique positif N 64- 93.

والدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 51 ص 107 وما بعدها والمراجع الواردة عنده .

(90) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 51 - 52 .

عديدة⁽⁹¹⁾ . فقد نشأت عند اليونان على أساس فلسفي ، إذ قالوا بوجود قوة عليا تسيّر الكون بما في ذلك حياة الناس ومعاملاتهم ، وسَمّوا هذه القوة « بالطبيعة » ، ومن هذا الاسم اشتق تعبير « القانون الطبيعي » . وهو يشمل جميع القواعد والنظم التي أودعتها الطبيعة في الكون لتنظيم شؤون الناس وإسعادهم ، وقالوا بأن هذه القواعد تُكشف بنور العقل ، وهي تمثل ما يجب أن يكون بخلاف القانون الوضعي فهو يمثل ما هو كائن . وقالوا أيضاً بأن القانون الطبيعي فوق القانون الوضعي ، وقديم باق بقاء الكون ، وثابت لا يغيره زمان ولا مكان ، وأنه المثل الأعلى الذي يجب أن يحتذيه القانون الوضعي . وقد نسب الفيلسوف اليوناني (سوفوكل) القانون الطبيعي الى القواعد الإلهية التي لم تسطر مطلقاً ، الأبدية الباقية التي لا تتغير . وقد استند فريق من فقهاء اليونان الى فكرة القانون الطبيعي للحد من الاستبداد . وعند أرسطو إن إصلاح عيوب القانون الوضعي يكون بالاتجاه الى العدالة ، وهي ليست إلّا القانون الطبيعي .

ثم انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان الى الرومان وصارت قانونية النزعة بعد أن كانت فلسفية . وكانت الفكرة في جوهرها عند الرومان كما كانت عند اليونان ، أن قواعد القانون الطبيعي أبدية باقية لا يغيرها زمان ولا مكان ، ولها السيادة على القانون الوضعي الذي يجب أن يراعيها وإلّا كان ظالماً . وقد أثّرت هذه الفكرة عندهم في القانون المدني ، فحررته من كثير من الشكليات المعقدة استناداً الى العدالة ، وأثّرت في قانون الشعوب الذي استمد منها كثيراً من القواعد المطبقة على الأجانب بوصفها عامة أبدية⁽⁹²⁾ .

وانتقلت فكرة القانون الطبيعي الى رجال الكنيسة في العصور الوسطى في أوروبا ، فصبغوها بصبغة دينية وأصبح القانون الطبيعي هو ذلك القانون الإلهي الأزلي ، وهو يصل الى البشر بطريق الوحي والشعور لا العقل ، ويجب أن يسمو على القانون الوضعي باعتبار أن واضعه هو الله وهو خالق الطبيعة . هذا وقد ازدهرت فكرة القانون الطبيعي على يد القديس « توما الأكويني »⁽⁹³⁾ .

(91) يراجع في تفصيل هذه التطورات : الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 52 وما بعده ص 108 وما بعدها ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 54 وما بعده ص 95 وما بعدها ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 22 ص 52 وما بعدها .

(92) كان لدى الرومان : القانون المدني ، وقانون الشعوب . فالأول كان خاصاً بالرومان فقط ، وقد تميّز بالشكليات المعقدة حتى أنه كان يترتب على الغلط في لفظ واحد أو الإهمال في إجراء بسيط في أحيان الى ضياع الحق . والثاني ، كان يطبق على الأجانب فيما بينهم وفي علاقاتهم بالرومان .

(93) فقد قسم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها « القانون الإلهي » أو الأزلي الذي يحمل مشيئة الله ويصل الى البشر بطريق الوحي والشعور لا العقل ويجب التسليم به والانصياع له . ومن تحته « القانون الطبيعي » وهو يشمل بعضاً من قواعد القانون الإلهي التي يمكن للعقل إدراكها ويجب خضوع القوانين الوضعية

وبعد أن ازدهرت فكرة القانون الطبيعي عورضت في أوائل القرن الرابع عشر ،
ف قيل إن القانون في حقيقته ليس قاعدة تقتضيها الطبيعة ويكشف عنها العقل بل هو أمر
وضعي ، والأمر قابل للتغيير لأنه ناشئ عن إرادة ومشية .

ولكن بعض الفقهاء في القرنين السابع عشر والثامن عشر عادوا الى فكرة القانون
الطبيعي ، مثل الفقيه الاسباني « سواريز » الذي استند على فكرة القانون الطبيعي لتنظيم
العلاقات بين إسبانيا ومستعمراتها في أميركا إبان اكتشافها . وقد استند على هذه الفكرة بعد
ذلك فقهاء آخرون ، على رأسهم الفقيه الهولندي « غروتوس » ، الذي ذهب الى إقامة
العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب على السواء⁽⁹⁴⁾ .
فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولي لعام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين
من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية ، وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة
تنظيماً قانونياً .

وقد ساعد على ازدهار فكرة القانون الطبيعي في هذا العصر أيضاً أن الفقهاء
والفلاسفة استندوا عليه في تنظيم العلاقات بين الأفراد والدولة ، فاستهدوا به في وضع
قواعد القانون الدستوري ، ذلك أن الشعوب قامت تحارب الظلم والاستبداد وتنشد الحرية
وحماية حقوقها تجاه ظلم الحكام وبطشهم وطمعهم . وقد تمثلت هذه الفكرة في مفهوم
« العقد الاجتماعي » ، وأساسها أن الإنسان كان يعيش في عصور الفطرة بحرية مطلقة مما
أدى لطمع القوي على الضعيف ، وتقويض بنيان الجماعة بالفوضى . لذلك وبغية تكوين
الجماعة المتماسكة والعيش في سلام ، إتفق الأفراد فيما بينهم على أن يتنازل كل منهم عن جزء
من حريته ، وبذلك استبدل حرية فردية محدودة بحريته الفطرية المطلقة⁽⁹⁵⁾ .

غير أن فكرة القانون الطبيعي ، بعد ازدهارها في القرنين السابع عشر والثامن
عشر ، هوجمت بشدة طوال القرن التاسع عشر من أنصار المدرسة التاريخية (وسيأتي الكلام

لها . وأسفل من ذلك يوجد القانون الوضعي وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعي (د . حسن كيره :
المرجع السابق ص 111 - 112) .

(94) عرّف « غروتوس » قاعدة القانون الطبيعي في كتابه « قانون الحرب والسلام » الصادر سنة 1625 بأنها « قاعدة
يكشفها لنا العقل السليم ، ويتحتم علينا بمقتضاها أن نحكم على عمل بأنه ظالم أو عادل حسب إتفاقه مع
المعقول » . وعند هذا الفقيه أن أساس القانون الطبيعي حقوق الأفراد ، وهي تثبت لهم بمجرد ولادتهم كالزواج
والسلطة الأبوية والتزام النفقة . ومع ذلك فقد أجاز الرق واستعباد الدولة الغالبة للدولة المغلوبة (د . عبد
العزیز عامر : المرجع السابق ص 55 بالهامش رقم 1) .

(95) من أبرز من قالوا بفكرة العقد الاجتماعي : هوبز ولوك الانكليزيان ، وجان جاك روسو الفرنسي ومع اتفاقهم في
أساس الفكرة فقد اختلفوا في طرفي العقد ، وفي الأثر الذي نتج عنه .
(يراجع في تفصيل ذلك : د . حسن كيره ص 118 وما بعدها ؛ ود . توفيق فرج ص 101 وما بعدها) .

فيها لاحقاً) . ذلك أن أنصار هذه المدرسة يقولون بأن القانون كائن حي وليد البيئة الاجتماعية ، وأنه يتغير بتغير الزمان والمكان ، وبالتالي فإن القول بوجود قواعد طبيعية خالدة ثابتة على مر الزمان أمر يكذبه الواقع ، لأن القواعد القانونية كانت ولا تزال متغيرة بحسب البلاد ، بل إنها تختلف في البلد الواحد من زمان الى آخر . وهذا أمر مشاهد ، والدليل عليه أن الرق كان في القديم نظاماً طبيعياً لا مطعن فيه ، وقد صار مستهجناً لا يقف مع أبسط ما يجب للإنسان من حماية وحرية .

وفضلاً عن ذلك ، فالقول بأن قواعد هذا القانون يكشفها العقل البشري ينافي دعوى ثبات هذه القواعد كما يدعي أصحابها ، لأن عقل الإنسان يختلف في التفكير من شخص لآخر ، ومن مكان لآخر ، ومن عصر لآخر . ذلك لأن الأشخاص مختلفون باختلاف الشخصية والثقافة والمفاهيم ، وشتى ظروف البيئة مما يرتب اختلافاً في التفكير ، وبالتالي إختلافاً في القواعد التي يكتشفها العقل . وبذلك لا تكون قواعد القانون الطبيعي ثابتة لا تتغير كما يقول أنصارها ، لاختلاف تصور كل شخص لهذه القواعد عن الآخرين .

وكاد النقد السابق يودي بفكرة القانون الطبيعي ، إلا أن أنصاره منعوا ذلك بالتسليم بصحة ما وُجّه للفكرة ، وسأيروا المدرسة التاريخية في أن القانون الطبيعي ليس مجموعة كاملة خالدة ثابتة على مر الزمان ورغم اختلاف المكان ، بل هو المثل الأعلى للمشرع الوضعي الذي يقود نحو الكمال التشريعي ويكشفه الإنسان بالتأمل والتفكير ، وهذا المثل الأعلى ليس ثابتاً ، بل يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وهو لا يُفرض على المشرع الوضعي فرضاً كما كانت تدعو لذلك المدرسة التقليدية . ولكنه يرسم الطريق أمامه لبلوغ غاية معينة هي تحقيق العدالة ، وقد سلموا بأن أساس قواعد القوانين الوضعية راجع لحاجات كل جماعة وظروفها الخاصة⁽⁹⁶⁾ .

ففي هذا التحليل الجديد إحياء لفكرة القانون الطبيعي يبرئها من أسطورة الخلود والثبات على مر الزمان واختلاف المكان ، ويُقصر الخلود والثبات على الفكرة دون المضمون ، وهذا ما سمي بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير . وهذا الإحياء للقانون الطبيعي ، جعل أنصاره يقصروه على عدد قليل من المبادئ العامة المشتركة بين الشعوب ، كالوفاء بالوعد ، والقوة الملزمة للعقود ، وعدم رجعية القوانين ، والإلتزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص لغيره بدون حق⁽⁹⁷⁾ .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير تُعتبر في حقيقتها هدماً لأساس

(96) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 58 .

(97) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 59 .

القانون الطبيعي ، وليس دفاعاً عنه . فأساسه وجود قواعد عامة قديمة أبدية ثابتة على مر العصور ، ورغم اختلاف الأمكنة ؛ والقول الجديد بأن المثل الأعلى للمشرع يختلف من بلد الى آخر فيه تناقض مع الأساس الذي يقوم عليه القانون الطبيعي . ولذلك نادى أغلب الفقهاء بالعودة الى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي ، لكنهم لم يذهبوا الى ما اتجه اليه أنصارها التقليديون من عموم وشمول قواعد القانون الطبيعي ، لكل ما يجد من مسائل ، وإنما قصروه على بضعة قواعد مثالية ، مشتركة بين المجتمعات المختلفة ، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل ، وهي ثابتة وخالدة على مر الزمان والمكان .

ففكرة القانون الطبيعي انتهت إذن الى أن تعبر عن الدستور المثالي للعدل الذي ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا ينزل الى التفصيل والتفريع ، وإنما يقتصر على التوجيه والإلهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل ، لا تصلح بذاتها للتطبيق العملي ، كالمبادئ القائمة على إعطاء كل ذي حق حقه ، وعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وعدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع . فهذه المبادئ إنما تستلهم القوانين الوضعية المختلفة عند وضعها حتى تكون عادلة ، كما يستهدي الملاح بالبوصلة حتى يصل آمناً⁽⁹⁸⁾ .

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعي مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

هذا المثل الأعلى للعدل الذي انتهت اليه فكرة القانون الطبيعي ، إنما هو أمر لازم لتوجيه المشرع عندما يضع القاعدة القانونية ، وهو أيضاً لازم لتوجيه القاضي - عند عدم وجود النص - الى جوهر القانون أي الى العدل الذي ينبغي أن يسود .

ولقد تنهت كثير من الدول الى هذا الدور الذي يقوم به القانون الطبيعي في توجيهه للقاضي ، إذا أعوز هذا الأخير نص تشريعي ، فجعلته يستلهم الحل من المثل الأعلى للعدل ، أي من القانون الطبيعي . ومن ذلك نص المادة الأولى (فقرة ثانية) من التقنين المدني المصري الحالي الذي يقضي بأنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وقد سارت تقنينات مدنية عربية أخرى على منوال القانون المصري في إحالة القاضي على مبادئ القانون

(98) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 130 - 131 .

تقدير النظرية : يرى البعض⁽¹⁾ أن فكرة ترجيح القانون الطبيعي على القانون الوضعي هي فكرة فلسفية دينية ، لأن المحاكم تطبق القانون الوضعي وإن خالفت قواعده القانون الطبيعي ، كما أنه لاحظ أن أنصار نظرية القانون الطبيعي أصحاب أهداف شريفة ، لأنهم يريدون وضع قيود وحدود لإرادة المشرع الوضعي تمنع من الاستبداد والجور والظلم ، وهم لبلوغ هذه الغاية لم يجدوا أمامهم إلا خلق فكرة القانون الطبيعي .

70 - (رابعاً) - التطور التاريخي للمجتمع كأساس للقانون (المدرسة التاريخية)⁽²⁾ :

كان ظهور المدرسة التاريخية بمثابة رد فعل لنظرية القانون الطبيعي الذي ساد زمناً طويلاً ودعمته الثورة الفرنسية . فظهرت بوادرها في فرنسا حيث بدأ بعض الفلاسفة والفقهاء يُظهرون أثر البيئة والظروف في القوانين ، وأن القوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد والشعوب ، مما يؤدي الى اختلافها باختلاف البلاد ، بل وباختلاف الظروف في كل بلد .

على أنه إذا كانت بوادر هذه المدرسة قد ظهرت في فرنسا على النحو السابق ، إلا أنه قد كتب لها الظهور والانتشار على يد الفقيه الألماني « سافيني » حتى أنها نُسبت اليه وأصبح صاحبها .

وترجع الأسس التي تقوم عليها هذه المدرسة الى الآتي⁽³⁾ :

1 - ليس القانون من خلق الحاكم ووليد إرادته ، وليس ناشئاً عن التفكير والاستنباط ، بل انه حدث اجتماعي في كل بيئة ينشأ ويتطور ويتأثر بها وبظروفها المختلفة من اجتماعية وجغرافية واقتصادية وغيرها . وهو لا ينشأ دفعة واحدة بل تدريجياً في ضمير الجماعة ، وينمو نمواً ذاتياً وبطريقة غير محسوسة ، بدون تدخل من الإنسان ، مثله في ذلك مثل قواعد اللغة والأخلاق والعادات ، ومن ثم فإنه يُعتبر ثمرة التطور التاريخي للجماعة ، وامتداداً لماضيها ، وتسلسلاً لتراثها .

(99) المادة 1 مدني سوري ، والمادة 1 مدني لبيي . وتنص المادة 3 من قانون التجارة اللبناني على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق الاجتهادية وبمقتضيات الإنصاف والاستقامة التجارية » .

(1) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 29 ص 62 .

(2) Del Vecchio: op. cit. pp. 136- 141; Roubier: op. cit. N 17 p. 141 et s

والدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 64 وما بعده ص 110 وما بعدها ؛ الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 64 وما بعده ص 135 وما بعدها ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 30 وما بعده ص 64 وما بعدها .

(3) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 65 وما بعدها .

وقد بدت هذه الأفكار واضحة في العصور القديمة حيث كان القانون هو العرف ، وهو يتكون دون تدخل من الحاكم ، ولذلك يرى سافيني أن العرف هو المصدر الأمثل للقانون ، وأنه يفضل التشريع ويلغيه إذا تعارضاً ، لأنه يُعبر تعبيراً صادقاً عن ضمير الجماعة .

ويترتب على ذلك أن القانون ليس ثابتاً ، كما يقول أنصار نظرية القانون الطبيعي ، بل إنه ينشأ ويتطور مع كل مجتمع حسب ظروفه . ولهذا فإن قانون كل دولة يختلف عن قانون غيرها من الدول ، بل إنه يتغير في الدولة الواحدة من زمان الى زمان . ولذا ، فليس من الجائز تجميعه في مجموعات ثابتة ، لأن هذا يؤدي الى الجمود والتوقف عن التطور .

2 - ليس للمشرع أن يستبد في وضع التشريع ، لأن القانون ليس وليد إرادته ، ولكنه ينشأ في ضمير الجماعة وينمو نمواً آلياً دون تدخل لإرادة الإنسان .

فدور المشرع في هذا الصدد يقتصر على مراقبة تطور القانون في ضمير الجماعة ثم تسجيله في نصوص ، وعليه أن يسهر دائماً على تعديل نصوص القانون أولاً بأول ، حتى تكون ملائمة للتطور الحاصل . ومن هنا جاء عداء أنصار المدرسة التاريخية لفكرة التقنين ، لأنه يؤدي لجمود القانون وإحاطته بالقدسية مما يترتب عليه عدم مساهمته للتطورات الجديدة .

3 - لا ينبغي أن تُفسر النصوص التشريعية وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضعها ، بل يجب أن تُفسر وفقاً لإرادته المحتملة ، وهي الإرادة التي كان يتجه إليها المشرع لو أنه وُجد في الظروف القائمة وقت التفسير . وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلاً للتطور لمواجهة الظروف الاجتماعية المتغيرة⁽⁴⁾ .

تقدير المدرسة التاريخية⁽⁵⁾ : في المدرسة التاريخية قدر من الصحة في القول بأن القانون ليس من خلق الحاكم ولا ابتداعه ولا مشيئته كما في نظرية أوستن ومدرسة تقديس النص ، وأنه ثمرة التطور التاريخي للمجتمع واستجابة لحاجاته ، وأن دور الدولة والمشرع هو تلمس حاجة المجتمع ووضع القوانين التي يريدها والتي تشبع حاجاته . ولذلك أظهرت هذه المدرسة الأثر الفعال لعوامل التاريخ والطبيعة والاجتماع والاقتصاد في تكوين القانون . وفيها نصيب من الصحة أيضاً عندما بينت مبالغة فكرة القانون الطبيعي لجهة وجود قواعد

(4) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 200 ص 280 .

(5) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 32 ص 67 - 68 .

كاملة أبدية باقية على مر الزمان والمكان ، وأنها حاكمة على القانون الوضعي الذي يجب عليه إتباعها . بل إن الاعتبار ، كما تقول هذه المدرسة ، لحاجات المجتمع ورغباته ، وهي تختلف باختلاف الدول وداخل الدولة من زمان لآخر ، وهذا أمر مشاهد عبر العصور . وعلى ذلك فالمدرسة واقعية ولا تسبح في الخيال .

ومع ما لهذه المدرسة من مزايا ، فإنها لم تخلُ من العيوب التالية :

1 - إنها بالغت في نفي دور المشرع ، وفي اعتباره مجرد مسجل لرغبات الجماعة . فالواقع الحالي يعطي للمشرع دوراً فعالاً في تكوين القانون ، ولم يعد مجرد آلة تسجل رغبات المجتمع وتستخرج ما في ضمير الجماعة . بل إن له وعياً وإدراكاً ويتمتع بحرية في التصرف ، مما يمكنه من اختيار الطريق الذي يراه محققاً لرغبات المجتمع الذي يشرع له القانون .

2 - إنها بالغت كذلك في الهجوم على فكرة القانون الطبيعي ، لأن أنصاره عدلوا من مفهومه التقليدي بطرح القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير ، ومقتضاه قصره على بضعة قواعد مشتركة بين جميع القوانين مبناها قواعد ثابتة . وهذا القول مؤيد لفكرة القانون الطبيعي في ذاتها ، بصرف النظر عن اختلاف المضمون .

3 - إنها بالغت أيضاً في القول بأن القانون ينشأ ويتطور آلياً بلا دخل لإرادة الإنسان ، مع أن الحوادث التاريخية أثبتت الدور الذي يقوم به الأفراد في توجيه القانون ، بل قد يصل الأمر الى كفاحهم من أجل الحصول على قوانين عادلة . ويشهد على ذلك حركات الإصلاح الكبرى التي لم تأت من تلقاء نفسها ، ولكنها أتت نتيجة الكفاح ضد القوانين الظالمة التي يفرضها عليهم طغاة الحكام . وهكذا تم تحرير الشعوب من الحكم الظالمين ، وتم تحرير العمال من استبداد أصحاب الأعمال . وقد قيل في هذا الصدد ، إن القوانين الحسنة كالانتصارات لا تأتي وحدها⁽⁶⁾ .

4 - إن معارضة هذه المدرسة للتقنين لم يؤيدها الواقع ، لأن العمل أثبت جدواه وصلاحيته حتى في ألمانيا ذاتها التي كُتِبَ للمدرسة فيها الانتشار والذيع .

5 - إن مذهب المدرسة التاريخية في التفسير لجهة الاعتداد بنية المشرع المحتملة ، أمر يؤدي الى عدم الاستقرار وعدم الثبات ، ويفتح المجال للآراء الشخصية في تفسير القانون بحجة أن هذه الآراء هي التي تكشف عن نية المشرع المحتملة .

(6) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 114 و Roubier: op. cit. N 17 pp 145- 146

6 - وأخيراً ، فإن هذه المدرسة افترضت وجود ضمير للجماعة ، وجعلت ذلك قضية مسلّمة لا تقبل الجدل ، وقالت إن القانون ينشأ ويتطور في هذا الضمير . وهذا الافتراض مجرد خيال ، ليس له في الواقع أي دليل .

71 - (خامساً) - الجمع بين المثالية والواقعية كجوهر للقانون (نظرية جيني)⁽⁷⁾ :

سبق الكلام عن النظريات والمدارس التي تبحث في جوهر القاعدة القانونية ، فرأينا أن فقه المدرسة المثالية أو مدرسة القانون الطبيعي يجعل من القانون مثلاً أعلى يستلهمه العقل ، وأن فقه المدرسة الواقعية كالمدرسة التاريخية ينطلق من الواقع المحسوس . وقد عيب على هاتين المدرستين - المثالية والواقعية - تطرفهما في النظر الى طبيعة القانون أو جوهره ، فكان من الطبيعي أن تقوم مدارس مختلطة تجمع في جوهرها بين المثل العليا التي يستخلصها العقل ، وبين حقائق الحياة التي تسجلها المشاهدة والتجربة . وأبرز من نادى بهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي الكبير « جيني » حيث رد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعي وعنصر مثالي ، وبمعنى آخر هو يريد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبي وبعضها عقلي . وهذه الحقائق هي أربع : الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية .

ويبدو أن الفقيه « جيني » لم يبتكر نظرية جديدة ، وإنما اقتصر على تحليل النظريات السابقة ، وحاول التوفيق بينها وأخذ من نظرية القانون الطبيعي والمدارس الواقعية . فقد اعترف بنصيب العقل في الكشف عن المبادئ الأساسية الثابتة وفي توجيه تطور القانون ، مع مراعاة العوامل الطبيعية والاجتماعية⁽⁸⁾ .

ولن نتعرض لتفصيل وشرح نظرية « جيني » لخروج ذلك عن أساس الإلزام الذي نتكلم عنه ، وإنما الذي استدعى هذه الإطلالة العامة على النظرية اقترابا بعض الشيء من الفقه الإسلامي لجهة مزجه بين الواقعية والمثالية واعتماده بعض المصادر التي تنادي بها النظرية ، كما سيتضح لاحقاً .

فنظرية « جيني » ، في جانبها الخاص بالتفسير ، ترى أنه في حال خلو المصادر الرسمية للقانون من قاعدة ترعى الحل المطلوب للمسألة المعروضة ، فإنه يتعين على المفسر أن يلجأ الى « البحث العلمي الحر » . والمقصود بذلك الرجوع الى جوهر القانون بحقائقه

(7) Geny (F.): Science et technique en droit privé positif, T. 2 (1927) N 160 et s.

ويراجع في شرح هذه النظرية بالتفصيل :

الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 71 وما بعده ص 156 وما بعدها ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 72 وما بعده ص 123 وما بعدها .

(8) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 72 ص 123

الواقعية الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية⁽⁹⁾ ، ويكون اللجوء الى القياس كوسيلة من وسائل البحث العلمي الحر⁽¹⁰⁾ ، فضلاً عن وسائل أخرى كالأستحسان والمصالح المرسلة⁽¹¹⁾ .

المطلب الثاني

أساس الإلزام في الشرع الإسلامي

72 - تمهيد وتقسيم :

لم يعقد الفقهاء المسلمون فصلاً خاصة لبيان أساس الإلزام في القواعد الشرعية ، ولكن الظاهر من كتاباتهم أن هذا الإلزام يختلف باختلاف ما إذا كان الملزم مسلماً أو ذمياً أو مستأثراً ، كما سيأتي مباشرة . كما سيتضح أن معظم النظريات والمدارس الوضعية التي تعرضت لأساس القانون تحاول أن تقترب من أساس الإلزام في الشرع ، لأن الشرع يلبي معظم التطلعات التي ينشدها علماء القانون الحديث .

وسوف نتناول هذا المطلب كالآتي : أولاً - أساس الإلزام بالشرع . ثانياً - نظرية أوستن والشرع الإسلامي . ثالثاً - مدرسة تقديس النص والشرع الإسلامي . رابعاً - نظرية القانون الطبيعي والشرع الإسلامي . خامساً - المدرسة التاريخية والشرع الإسلامي . سادساً - نظرية جيني والشرع الإسلامي .

72 مكرر - (أولاً) - بيان أساس الإلزام بالقواعد الشرعية :

يبدو أن فقهاء الشرع الإسلامي لم يعقدوا فصلاً خاصة لبيان أساس الإلزام في القواعد الشرعية ، ولكن الظاهر من كتب الفقه أن هذا الأساس يختلف باختلاف الملزم⁽¹²⁾ :

1 - فإن كان مسلماً ، فإن الإلزام بالقواعد الشرعية بالنسبة له هو الإيمان بالله واضع هذه القواعد والأمر باتباعها ، فهو يتبعها امتثالاً لأمر الله مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ إن

(9) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 124 ص 528 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 244 ص 404 .

(10) Gény : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T.1 N 107, 108; T. 2 N 165, 166.

(11) الاستاذ فتحي عثمان : الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث القانون ص 76 ، طبع مكتبة وهبة بمصر ، بدون تاريخ .

(12) يراجع في ذلك : الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 11 ص 34 - 35 .

الحكم إلا الله يقص الحق ، وهو خير الفاصلين ﴿ (الأنعام : 57) .

فالإيمان أو التصديق بالله هو أساس إلزام المسلم بالشرع . والتصديق هو عمل عقلي ، والتعبير عن الإيمان (بالشهادة) هو عمل مادي يتم بأقوال معينة في صورة إقرار . والاعتقاد بوجود الله هو معرفة ضرورية وبديهية تحصل عن طريق صفاء النفس اللازم ، لكي يرى الإنسان بقلبه وب عقله الدليل الواضح في الكون على وجود كائن أعلى هو خالق الحياة بما فيها من فكر ومادة ومنظم دورتها منذ الأزل . فطريق القلب هو تنبيه لا شعوري يكون جزءاً لا يتجزأ من نسيج الحياة في الإنسان . وطريق العقل هو استنباط حقائق الحياة من ظواهرها ، التي تفصح في كل واحدة منها ، عن وجود خالق وعقل مطلق يدير شؤون هذا الكون . والشرع مؤسس على العقل ، فأساسه ومبرر وجوده يكمن في العقل وحكمة الإنسان .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التزام المسلم بالشرع يبقى قائماً ، سواء أكان مقيماً في دار الإسلام أو غير مقيم . فضمير المسلم يظل محملاً بالواجبات الشرعية حتى ولو كان عضواً في مجتمع غير إسلامي أو مجتمع لا يطبق قواعد الشرع . وفي حالة مخالفة هذا المبدأ يكون المسلم المكلف آنئاً شرعاً⁽¹³⁾ .

2 - وإن كان الملتزم ذمياً ، فإن أساس إلزامه بالقواعد الشرعية هو عقد الذمة ، إذ أن هذا العقد يعطيه حق الإقامة الدائمة في دار الإسلام ، ويجعل له ما للمسلم وعليه ما على المسلم ، فهو من رعايا دار الإسلام ، ومن ثم فهذا العقد يلزمه بقواعد الإسلام في كل ما يخرج عن معتقداته الدينية ، وهو أساس إلزامه بها .

3 - وإن كان الملتزم مستأثراً ، فإن أساس ما يلتزم به من قواعد الإسلام هو الأمان الممنوح له من الدولة الإسلامية . فهذا الأمان يعطيه حق الإقامة المؤقتة في هذه الدولة ، ويجعل له حقوقاً وعليه واجبات ، ومن ثم فهو الأساس فيما يلتزم به من قواعد الإسلام .

73 - (ثانياً) - نظرية أوستن والشرع الإسلامي⁽¹⁴⁾ :

ظهر سابقاً أن نظرية أوستن الوضعية تقوم على أسس هي وجود أمر بعمل أو امتناع عن عمل ، وأن هذا الأمر يجب أن يصدر عن حاكم أو سلطان ، كما أنه يجب أن يقترن بجزاء يضمن احترامه⁽¹⁵⁾ .

(13) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : الأصول العامة لعلم القانون ص 119 و 120 .

(14) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 16 - ص 43 ؛ الدكتور صلاح عبد الوهاب : ذات المرجع ص

122 .

(15) يراجع ما سبق رقم 67 .

وكون القانون أمراً أو نهياً من الحاكم يقترب من فكرة الشرع الإسلامي في كونه من الحاكم الذي هو الله ، ذلك أن جميع أوامر الشرع مصدرها الله ، فتكون صادرة من سلطة عليا يجب لها الاحترام ممن يجب عليه تنفيذها . ولا يمنع من ذلك أن بعض القواعد الشرعية مستنبطة من اجتهاد الفقهاء بالدلائل والأمارات ، لأن الاستنباط أساسه النصوص الشرعية ، فهي المرجع الأول في كل أمر .

ولذلك لا يوجه إلى الشرع الإسلامي ما وُجه إلى نظرية أوستن من نقد لجهة حصرها القانون في التشريع فقط ، لأن الشرع أفسح المجال بالنصوص لعدد من المصادر الأخرى .

ولا يُعترض عليه كذلك بما اعترض به على تلك النظرية ، من أنها تحفل فقط بالحاكم وتترك المحكومين ، مع أنهم الذين يوضع لهم القانون ويجب أن يحقق رغبات الشعب وتلبية حاجاته . لا يعترض بذلك على الشرع ، لأنه يحقق المصالح المعتبرة للأفراد ، ويستجيب لرغباتهم المشروعة ، ويسد حاجات المجتمع بما يضمن الأمن والعدل والطمأنينة والوثام .

والسبب في ذلك أن مصدر القواعد الشرعية هو الله العادل الحق ، الذي له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، وذاته تخلو من معاني الظلم والجور والهوى⁽¹⁶⁾ . وذلك بخلاف حكام البشر ، إذ النفس البشرية مفطورة بطبيعتها على حب السيطرة والاستعلاء والاستبداد إذا وجدت ما يساعدها على ذلك .

74 - (ثالثاً) - مدرسة تقديس النص والشرع الإسلامي⁽¹⁷⁾ :

لا جدال في أن القرآن الكريم هو عماد الدين ، وأنه حوى أمهات القواعد وأصول الشرع ، فضلاً عن تفصيلات في كثير من الأمور . يقول الله تعالى : ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴾ (؛ الانعام : 38) ، وقد جاءت السنة النبوية مبينة للقرآن .

لذلك ليس بدعاً أن يولي المفسرون والفقهاء المسلمون كل عنايتهم لنصوص القرآن والسنة ، بل إن منهم من رتبها ثم تولى تفسيرها وشرحها نصاً نصاً .

هذا ويعتبر علماء الأصول والفقهاء النصوص هي مصدر الشرع الإسلامي ، وكل المصادر الأخرى مستندة عليها . ذلك أن الفقهاء يسلكون طرقاً للاجتهاد والاستنباط بالاستناد إلى نصوص القرآن والسنة باعتبارها أساس الشرع ، وهم وإن لجأوا إلى أدلة أخرى كالقياس والمصالح المرسلة والعرف وغيرها ، فلأن نصوص الشارع أجازت مثل هذا

(16) يراجع سابقاً رقم 25 فقرة 7 .

(17) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 20 ص 49 - 51 .

الاجتهاد . فيكون الاستناد الى مثل هذه المصادر في استنباط القواعد من باب إتباع النصوص .

وهذه الثروة الفقهية الضخمة لم يقل أحد من الفقهاء أو المجتهدين أنها من رأيه ، بل إن الجميع متفق على أن نتائج الإجتهد هو حكم الله في النوازل، وأن الخلاف بين الفقهاء راجع الى التعرف من النصوص على إرادة الله .

ولذا يمكن القول بأن هناك تشابهاً بين مدرسة تقديس النص أو مدرسة الشرح على المتون الوضعية وبين المدارس الفقهية الإسلامية ، وخاصة مدرسة الحديث . فأنصار مدرسة الحديث الإسلامية يقفون عند عدم النص ، ولا يفتون بالرأي⁽¹⁸⁾ .

ومع ذلك ، فالنقد الذي وُجّه الى مدرسة تقديس النص الوضعية غير وارد بالنسبة للمدارس الفقهية الإسلامية . ذلك أن نصوص الشرع من عند الله تعالى ، وهو العليم الخبير بما يصلح البشر ، والمحيط بكل ما يحتاجه الناس ، لذلك أتت النصوص بجميع الحلول لكل ما يعرض للناس في كل عصر ومكان .

ويتبين من الاستقراء والتتبع لنصوص القرآن والسنة أن هذه النصوص لم تعجز عن إيجاد حل لكل نازلة تنزل بالمسلمين في كل عصر ومكان، والثروة الفقهية التي تركها الفقهاء إنطلاقاً من النصوص خير شاهد على ذلك .

أما القوانين الوضعية فهي من صنع البشر ، وبالتتبع وجد أن النصوص الوضعية ، وإن حققت المصلحة في زمن معين ، فإنها تقف عاجزة عن ذلك في غيره . كما أن النصوص التي توضع لحكم العلاقات في مجتمع معين لا تصلح لغيره، ومن ثم فقد ظهرت الحاجة للتعديل في النصوص الوضعية على مر الأيام . وبناء على ذلك يكون الوقوف عند النص الوضعي ، كما تقول مدرسة الإلزام بالنص ، مؤدياً الى الجمود والتحجر وعدم الاستجابة لحاجات المجتمع المتجددة والتي تختلف من شعب لآخر . وهذا بخلاف حال النصوص الشرعية المتصفة بالكمال والمرونة ، المحققة لمصالح الناس وحاجاتهم في العاجل والآجل ، في كل عصر ومكان⁽¹⁹⁾ .

75 - (رابعاً) - نظرية القانون الطبيعي والشرع الإسلامي⁽²⁰⁾ :

قلنا إن فكرة ترجيح القانون الطبيعي على القانون الوضعي أساسها عند أنصار هذه

(18) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 50 بالهامش رقم 1 .

(19) يراجع سابقاً رقم 25 فقرة 13 .

(20) يراجع في تفصيل الموضوع : الدكتور محمد شريف أحمد : فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، منشورات

وزارة الثقافة والإعلام بالعراق 1980 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 29 ص 62 - 63 ؛

الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 124 .

النظرية هو وضع قيود وحدود على إرادة المشرع الوضعي تمنع من الاستبداد والجور والظلم ، وغايتها تكريس القواعد القائمة على العدل والمساواة . ولذلك اضطر أنصار نظرية القانون الطبيعي الى خلق هذه الفكرة ، لتحقيق تلك الأهداف والغايات .

أما في الشرع الإسلامي ، فالوضع مختلف . فقد أتى بالقواعد المحققة لمصالح الناس ، ولخيرهم في الدنيا والآخرة ، ويسعى لسعادتهم في كل زمان ومكان . وعلى ذلك فالإسلام ليس محتاجاً لتحقيق مقاصده الى نظرية القانون الطبيعي ، وما تنطوي عليه من قول بوجود قواعد أبدية باقية خارج نطاق النظم .

فكل ما في القانون الطبيعي من خير يحتويه الشرع الإسلامي ، وما مثّل به أنصار القانون الطبيعي من قواعد التي تدور حول احترام الكلمة المعطاة ، والقوة الملزمة للعقد ، وعدم رجعية القوانين ، وتعويض الضرر الذي يحدّثه شخص بآخر بخطئه ، وضرورة احترام حياة الفرد وحرية وماله وحقه في العمل ، ومنع الإضرار بالنظام الاجتماعي . كل ذلك وأكثر منه نجده في الشرع الإسلامي ، بل إن هذه الأمور من مقاصد الشرع وقواعده الأساسية . ففيه ، على سبيل المثال ، حفظ المصالح الأساسية الخمس من نفس ومال وعرض وعقل ودين ، وفيه وجوب الوفاء بالعهد ، وإحترام العقد ، وعدم رجعية القوانين . وفيه منع الضرر ، وتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الأشد ، وفيه مبادئ تُعلي شأن المجتمع وتحقق المصلحة العامة ، ولقد ورد ذلك سابقاً وبالتفصيل⁽²¹⁾ .

ومن المسلم به في الإسلام أن مقاصد الشرع وقواعده ومبادئه الكلية واجبة الإتيان ، وهي الإطار العام الذي يجب عدم الخروج عليه . ولذلك ، فإن على الفقهاء والمجتهدين والمفسرين ، وهم يعالجون نصوص الشرع تفسيراً واستنباطاً ، ألا يخرجوا عن إطار المقاصد والقواعد الشرعية الكلية ، وكل حكم يؤخذ من نص معين لا يكون شرعياً إذا خالف أحد هذه المقاصد والمصالح الكلية التي جاء بها الشرع .

ويمكن القول أيضاً أن الفكرة التي نادى بها أنصار القانون الطبيعي ، خصوصاً لجهة الاعتماد على العقل لإدراك قواعد القانون الطبيعي ، تقترب من مذهب المعتزلة خصوصاً والعدلية عموماً ، فقد نهج هؤلاء منهجاً عقلياً صرفاً ، وكانوا يعتمدون في بيان عقائدهم على العقل دون النقل ، وثقتهم بالعقل لا يحدّها إلا احترامهم لأوامر الشرع . ولذلك فهم يعرضون كل شيء على العقل ، فإذا قبله قبلوه ، وإذا لم يقبله ردوه . وترتب على مسلكتهم هذا ، أنهم كانوا يحكمون بحسن الأشياء وقبحها عقلاً ، حتى عُرف هذا المسلك بالتحسين

(21) يراجع سابقاً رقم 63 و 64 .

والتقبيح العقليين⁽²²⁾ . وكانوا يقولون : « إن الأشياء إما حسنة أو قبيحة لذواتها ، أو لصفاتهما ، أو لوجوه واعتبارات . وحسن الأشياء يقتضي وجوبها ، وقبحها يوجب حرمتها ، والعقل هو الحاكم بهما سواء ورد بهما الشرع أو لم يرد » . إن هذا القول يُفيد اعترافاً بوجود قواعد يستوحىها العقل من الشيء ذاته أو صفته . وأن وظيفة الشرع هي معاضدة العقل في المسائل الغيبية التي لا يدركها⁽²³⁾ .

وقد لخص البعض نتائج المقارنة بين فكرة القانون الطبيعي وفكرة التحسين والتقبيح العقليين الإسلامية في الآتي⁽²⁴⁾ :

1 - إلتقاء الفكرتين حول الاعتراف بوجود قواعد يكشفها العقل السليم ، ومثل أصحابها لتلك القواعد بنماذج متشابهة كالعدل واحترام حرية الإنسان .

2 - تحديد الفكرتين أساساً واحداً للقانون مرجعه طبيعة الشيء أو الفعل ، أي موضوعية القاعدة القانونية أو الشرعية . ورفضها جعل الإرادة أساساً للقانون ، أي أنها ينحازان الى الرأي الذي يقول بأن القانون ليس من عمل الإرادة الحاكمة .

3 - تمسك المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي بهذا القانون بغية تطبيقه على العلاقات الدولية ، بحيث تخضع العلاقات الدولية ، البعيدة عن نفوذ الأفراد أو أي دولة بعينها ، الى قواعد القانون الطبيعي .

وكذلك تمسكت مدرسة المعتزلة بفكرة التحسين العقلي بغية إخضاع العلاقة بين الإنسان وبين الله الى قواعد العدالة المتأسسة على تلك الفكرة . ولذلك يمكن القول إنه بالإمكان الاستفادة من هذه الفكرة الأخيرة في مجال الروابط الدستورية والدولية ، إذا انزلت أفكار المعتزلة من التحليق الفلسفي الى واقع الحياة ، كأن تُسحب تلك الأمور التي قالوا أنها واجبة عليه سبحانه وتعالى على الحكام والدول ، بحيث تكون علاقة الحاكم بالشعب وعلاقة الدولة بغيرها على أساس الحرية والعدل والأصلح والإنصاف⁽²⁵⁾ .

(22) إن النظرية الإسلامية السائدة والتي تمثلها آراء الأشاعرة ترفض قدرة الإنسان على أن يميز صفة الخير في التصرف الإنساني منفصلاً عن الوحي الإلهي . فالقاعدة الشرعية هي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين ، أي أوامره ونواهيه وإباحته . وقد تضمنها القرآن . ولا يُعقل شرعاً أن يُبحث عن أساس آخر للإلزام الشرع غير الوحي الديني ، لأن اعتناق الإسلام يقتضي الإيمان بهذا الأساس (د . صلاح الدين عبد الوهاب : ذات المرجع ص 12) .

(23) يراجع في تفصيل ذلك : الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 12 .

(24) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 226 - 227 .

(25) يراجع في بيان أوجه الشبه والخلاف بين الفكرتين :

الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 120 - 142 .

76 - (خامساً) - المدرسة التاريخية والشرع الإسلامي⁽²⁶⁾ :

قلنا إن المدرسة التاريخية التي أسسها الفقيه الألماني « سافيني » ترى أن القانون ، مثله مثل اللغة والأخلاق والعادات ، هو ثمرة التطور التاريخي في مجتمع معين ، وامتداد لماضيها ، وتسلسل لتراثها .

هذا ويرى بعض المستشرقين أن الشرع الإسلامي قد تأثر إلى حد ما بالتقاليد التي كانت سائدة في الجزيرة العربية قبل الإسلام ، والتي لم يجد مانعاً من إقرارها أو التعديل فيها ، بما يتفق مع المبادئ الأخلاقية التي نادى بها⁽²⁷⁾ . فقد كانت الأمة العربية أمة تجارية لها صلات وعلاقات تجارية مع كثير من البلاد المجاورة مثل الشام ، وكانت في ذلك الوقت تابعة للإمبراطورية الرومانية ، ومثل العراق أيضاً حيث كان القانون الفارسي مطبقاً فيه . هذا فضلاً عن القواعد العرفية التي كانت تحكم المجتمع العربي البدوي قبل الإسلام . فهذه العلاقات التجارية من ناحية ، والعرف السائد من ناحية أخرى ، كوّنت نظاماً قانونياً قد يكون صالحاً كمادة أولية لإقامة قواعد لمجتمع منظم جاء الإسلام فأنشأه مع تعديلات في النظام الذي كان قائماً .

غير أن هذا الرأي غير صحيح ويتعارض مع نظرة المسلمين ، لأن القرآن جاء لينشئ مجتمعاً جديداً ، مؤسساً على مبادئ لا صلة لها بالنظم التي كانت تحكم المجتمع العربي قبل الإسلام . فالقرآن هو دستور كامل أرسى دعائم نظام قانوني ، لا يتصل من قريب أو بعيد بالنظم السابقة عليه . وبناء على ذلك لا تكون المدرسة التاريخية مبررة في الشرع الإسلامي ، لأن المجتمع الإسلامي لا يؤثر في الشرع ، وإنما الشرع هو الذي يقود المجتمع الإسلامي بعد إقامته ، وهو الذي يتعين على المجتمع اتباع قواعده⁽²⁸⁾ .

فالإسلام ليس مدرسة تاريخية ، وإنما هو شرع من عند الله جاء بكل ما يحدث للناس من وقائع في هذه الحياة . وإذا كانت مصادر هذا الشرع مرنة تسير مصالح الناس

= وقد جاء عنده أن القديس توما الأكويني لم يبتدع الآراء التي نشرها حول القانون الطبيعي ، وإنما اقتبسها من آراء الفيلسوف ابن رشد الخاصة بفلسفة الشرع أو مسألة التحسين والتقبيح العقلين .
(ذات المرجع ص 227) .

(26) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 123 - 124 .

(27) يراجع مؤلف الاستاذ شاخت عن القانون في الشرق الأوسط ص 28 طبعة 1955 ؛ كذلك مؤلف الاستاذ اندرسون « القانون الإسلامي في العالم الحديث » ص 6 طبعة 1959 .

(28) لما كان الشرع الإسلامي على الأقل في مصدره الإلهي ليس نظاماً قانونياً نشأ في مجتمع ، فإنه بالتالي لا يمكن أن يقع في إطار الفكر الذي تبنته النظرية الاجتماعية التي ترى في القانون انعكاساً للانظمة الاجتماعية السائدة في المجتمع (د . صلاح الدين عبد الوهاب : المرجع السابق ص 124) .

وتطورهم ، يمكن القول من هذه الناحية بأن المدرسة التاريخية تنفق مع ما في الشرع الإسلامي من مرونة لازمة لمسايرة مصالح الناس وحاجاتهم ، والتي يحتاج إليها كل نظام .

77 - (سادساً) - المثالية والواقعية ونظرية جيني والشرع الإسلامي :

قلنا في بحثنا عن النظريات التي تهتم بدراسة جوهر القاعدة القانونية ، إن المدرسة المثالية تجعل من القانون مثلاً أعلى يستلهمه العقل ، وأن المدرسة الواقعية تنطلق من الواقع المحسوس . وأنه تجاه تطرف كل من المدرستين في النظر الى جوهر القانون ، ظهر إتجاه ثالث يجمع بين المثالية والواقعية ، وأن هذا الإتجاه نادى به الفقيه الفرنسي « جيني » . حيث رد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر مثالي وعنصر واقعي تمثلا في أربع حقائق هي : الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية⁽²⁹⁾ .

وهذا الذي نادى به « جيني » لجهة الجمع بين الواقعية والمثالية في جوهر القاعدة القانونية ، نجده في أجلى صوره في الشرع الإسلامي ، الذي تجمع قواعده بين الواقعية والمثالية في آن واحد ، بين القانون الزمني والقانون المثالي ، بين القانون كما هو وكما يجب أن يكون .

ولقد سبق أن تكلمنا عن الواقعية والمثالية كإحدى مزايا الشرع الإسلامي⁽³⁰⁾ ، وقلنا بأن واقعية الإسلام مثالية وأن مثالية الإسلام واقعية ، لأن الإسلام لا يمكن أن يقرر مبادئ مثالية بعيدة عن التصور الإنساني الواقعي للحياة كما فعل بعض الفلاسفة القدامى حينما تصوروا أموراً مثالية بعيدة عن الواقع ، فكانت آراؤهم مجال تفكه العلماء الواقعيين .

وتتضح تلك الواقعية المثالية في طبيعة الإسلام من خلال إقراره بواقع فطرة النفس الإنسانية من جهة ، وتطلع هذه النفس نحو المثالية والكمال الروحي من جهة أخرى .

ففي دائرة المعاملات المدنية مثلاً ، نجد أن الشرع الإسلامي يقر للدائن بحق استيفاء دينه من جهة وهذا أمر واقعي ، ويحثه بذات الوقت على الإحسان والتصديق بالذَّين من جهة أخرى وهذا تسامي مثالي . يقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ، وَإِنْ تصدَّقُوا . . . ﴾ (البقرة : 280) . فإذا كان لصاحب الحق ، أن يقتضي حقه من مدينة المוסر المماثل وهذا إقرار بواقع الحق والعدل ؛ إلّا أنه إذا ثبت إعسار المدين فالإحسان والتفضل يقتضيان إمهاله وهذه درجة أولى ، أو التصديق بالذَّين عليه

(29) يراجع ما سبق رقم 71 .

(30) يراجع ما سبق رقم 25 فقرة 9 .

وهذه درجة ثانية ندبت إليها الآية وأغرته بها بما وعدته من الثواب الديني ، وهذا الأمر الأخير يعد تسامياً الى المثالية⁽³¹⁾ . وهاتان النزعتان ، الواقعية التي تتمثل بالعدل ، والمثالية التي تنزع الى الكمال والإحسان والفضل ، تدعمهما الآية الكريمة : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان ﴾ (النمل : 90) .

وفي العقوبات ، نجد قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباع معروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة . . . ﴾ (البقرة : 178) فالشرع الإسلامي إذ أقر القصاص ، إنما أقر بواقع الفطرة الإنسانية ، إذ الجزاء على الجريمة عدل يرتاح له ضمير الفرد وتطمئن اليه نفسه . ومن جهة أخرى ، فإن الشرع يحض على التخفيف من حدة المائلة والعدل الدقيق بالاقتضاء واستعمال الحق ، أو العفو المطلق تسامياً الى المثالية⁽³²⁾ .

هذا الوجهة إلتقاء نظرية « جيني » مع الشرع الإسلامي في خصوص الجمع بين الواقعية والمثالية في طبيعة القاعدة القانونية .

أما في جانب النظرية الخاص بالتفسير في حال افتقاد النص ، وضرورة اعتماد البحث العلمي الحر بالرجوع الى مختلف حقائق الحياة الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية ، والاستعانة بكافة الوسائل الموصلة الى ذلك بما فيها القياس والاستحسان (العدل) والمصالح المرسل . فإن الفقيه « جيني » يقترب هنا أيضاً من اتجاه بعض الفقهاء المسلمين في التفسير ، ممن يرى أن المصالح المرسل والعرف والاستصحاب عبارة عن قواعد فقهية تطبق في الحوادث الفردية وتعين على الاجتهاد في التطبيق ، أو ما يسميه الفقهاء « تنقيح المناط »⁽³³⁾ .

نخلص من ذلك الى القول بأن الفكر الإسلامي يستوعب مختلف النظريات والمدارس الواقعية والمثالية التي سيطرت على العقل البشري عبر التاريخ . فهو يتميز بمرونة وقابلية للاستيعاب والتفريع ، وبشمولية واسعة استوعبت أحداث الفكر والحياة ، وإتسم بطابع حث العقل البشري على الاجتهاد بحثاً عن معالجات واقعية وحلول عملية للمشاكل الآنية والفرضية . وقد كان لهذا الفكر الاسلامي الرائد أثره البالغ في إبداع حضارة إنسانية رفيعة في مبادئها ، سامية في أهدافها ومثالياتها استوعبت شتى التيارات الفكرية⁽³⁴⁾ .

(31) الدكتور فتحي الدبرني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 94 .

(32) الدكتور فتحي الدبرني : ذات المرجع ص 95 .

(33) الاستاذ فتحي عثمان : الفكر القانوني الإسلامي ص 76 .

(34) الدكتور محمد شريف أحمد : فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ص 223 .

الفصل الثالث

أقسام وفروع القانونين الوضعي والإسلامي

78 تمهيد وتقسيم :

عرضنا في الفصلين السابقين للمقصود بالقانون والشرع ووظيفة وإلزامية كل منهما ، ونعرض في هذا الفصل لتقسيمات القانون الوضعي وما يقابلها في الفقه الإسلامي ، استكمالاً لأوجه المقارنة بين النظامين وتوضيحاً للصورة .

ويجري الفقه الوضعي على تقسيم القانون تقسيمات عدة أهمها ثلاثة : الأول - تقسيم القانون الى عام وخاص ، والثاني - تقسيم القواعد القانونية الى أمرة ومكملة أو مخيرة ، والثالث - التدرج في القواعد حسب أهميتها⁽¹⁾ .

وسوف نتناول هذا الترتيب بالنسبة للنظامين الوضعي والإسلامي ، وذلك في ثلاثة

مباحث :

المبحث الأول : القانون العام والقانون الخاص في النظامين .

المبحث الثاني : القواعد الأمرة والتخيرية في النظامين .

المبحث الثالث : التدرج في القواعد القانونية والشرعية .

(1) يوجد تقسيبان آخران وهما : تقسيم القواعد القانونية الى مكتوبة وغير مكتوبة ، وتقسيمها الى قواعد موضوعية وشكلية .

المبحث الأول القانون العام والقانون الخاص في النظامين

المطلب الأول القانون العام والقانون الخاص الوضعيان

79 - أساس التقسيم وأهميته :

ينقسم القانون من حيث موضوع العلاقة التي ينظمها الى قسمين رئيسين ، هما القانون العام والقانون الخاص⁽²⁾ ، وأساس هذا التقسيم يستند الى وجود الدولة كسلطة عليا أو عدم وجودها كطرف في العلاقات القانونية التي تحكمها تلك القواعد .

فإذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية التي ينظمها القانون بصفقتها صاحبة السلطة والسيادة ، فتكون هذه العلاقة خاضعة للقانون العام . كأن تقوم الدولة باستملاك قطعة أرض للمنفعة العامة ، أو تقوم بفرض ضريبة معينة على الأفراد ، أو تقوم بتعيين شخص في وظيفة . في هذه الحالات تخضع العلاقة القانونية بين الدولة وصاحب الأرض ، أو بينها وبين المكلف بالضريبة ، أو بينها وبين الموظف لقواعد القانون العام .

وإذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية ، لا باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة ، وإنما بوصفها شخصاً معنوياً عادياً يتعامل كغيره من الأفراد ، فتدخل هذه العلاقة في نطاق القانون الخاص . كعقد الايجار ، الذي يتم بين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً وبين أحد الأفراد ، لاستئجار مبنى بقصد اتخاذ مركزاً لوزارة أو مؤسسة عامة ؛ فتسري على عقد الايجار المبرم بينها وبين المالك قواعد القانون الخاص .

وعلى أساس هذا التمييز ، فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفاً في العلاقة

(2) يراجع في هذا الموضوع :

Eisenman: Droit public et droit privé, Rev. dr. public 1952 p. 902; Savatier: Droit public et droit privé, Dalloz 1946 P. 25; Dabin: Théorie gén. du dr. N 122 et s; Roubier: op. cit. N 34 p. 291; Marty et Raynaud: op. cit. T. 1 N 39 et s. p. 59 et s; Du Pasquier: Introduction à la théorie générale (1969) N 18 p. 22.

والدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 25 ص 62 وما بعدها ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 16 ص 38 وما بعدها ؛ الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق رقم 11 ص 29 وما بعدها ؛ الاستاذ ألبر فرحات : المرجع السابق ص 69 وما بعدها ؛ الدكتور إدوار عيد : المرجع السابق ص 17 وما بعدها ؛ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 29 ص 43 وما بعدها .

القانونية ، أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . فالقانون العام⁽³⁾ هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة ؛ أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية بين الأفراد بعضهم البعض الآخر ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً يقوم بأعمال عادية كالتى يقوم بها كافة الأفراد .

وهذا المعيار الذي يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافاً في العلاقة القانونية يبدو صحيحاً في ظاهره ، ولكنه لا يتسم بالدقة . إذ أن الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تنفرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم في هذا الصدد هو الذي يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث يمكن القول إن القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الدولة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها⁽⁴⁾ . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين دولة ودولة أخرى ، أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة في الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بحق السيادة أو غير المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة فيحكمها القانون الخاص . وهذه العلاقات إما أن تكون بين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً وأحد أشخاص القانون الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصاً معنوين أو أفراداً .

أهمية التقسيم : إذا كان التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أمراً مستقراً في الفقه ، فإن أهميته ليست نظرية فحسب ، بل هي عملية كذلك . وتتجلى في النواحي الآتية :

1 - القانون العام يهدف الى حماية المصلحة العامة للمجتمع ، وبالتالي تُعتبر جميع قواعده أمرة ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقوا على ما يخالفها⁽⁵⁾ . بينما يتضمن القانون الخاص كثيراً من القواعد المخيرة أو المفسرة أو المكملة للإرادة ، وهي التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، لأنها تتعلق بمصالح خاصة بهم .

2 - القانون العام ، وهو يختص بالمسائل المتعلقة بالسيادة ، يزود السلطات العامة في الدولة بوسائل استثنائية لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فمثلاً تستطيع السلطات العامة أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به ، كالتنفيذ المباشر

(3) Droit public, Public Law

(4) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 67 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 44 .

(5) De Laubadaire: Traité de dr. administratif N 30

بالطريق الإداري دون اللجوء الى القضاء ، والمصادرة أو الاستيلاء المؤقت ، والاستملاك أو نزع الملكية للمصلحة العامة .

وحتى في العقود مع الأفراد يمكن للإدارة أن تحتفظ لنفسها بحق إلغاء العقد أو تعديل شروطه أو تنفيذ العقد بذاتها عند تخلف الفريق الآخر أو فرض غرامة عند التأخير⁽⁶⁾ .

3 - تحكم علاقة الدولة بموظفيها قواعد القانون العام ، وهي تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بعماله ومستخدميه ، إذ في الحالة الأخيرة لا يتصل الأمر بحق السيادة فيتصور إعطاء العمال قدر من الحرية إزاء رب العمل يصل الى حد السماح للعمال بالتوقف عن العمل والإضراب . في حين لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وأنهم بحكم وظائفهم يقومون بتسيير المرافق العامة التي يجب ألا تتوقف عن العمل أو تعطل ، الأمر الذي يدعو الى الحد من حريات الموظفين لهذه الجهة

4 - ترتب على اختلاف القواعد في القانون العام عنها في القانون الخاص أن عمدة كثير من الدول الى تخصيص جهة قضاء إداري مستقلة عن جهة القضاء العادي ، للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الإدارة⁽⁷⁾ . وهذا هو ما أخذ به القانون اللبناني ، حيث توجد محاكم إدارية الى جانب المحاكم العادية .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الهامة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التمييز بينهما ليس حتمياً ولازماً في كل نظام أو قانون . فهناك من الشرائع والقوانين ما لا يعرف هذا التمييز كالشرع الإسلامي ، والقانون الكنسي الكاثوليكي ، والقوانين الانكلوسكسونية⁽⁸⁾ . ففي القوانين الأخيرة يعتبر إنشاء قضاء إداري مستقل كأنه تكريس لإمتهيازات السلطة أمام القضاء ، الأمر الذي يتنافى مع نظرة تلك الشعوب الى الحريات الفردية ، لذلك ظل القضاء العادي هو المرجع للفصل فيما ينشأ من منازعات بين الإدارة والأفراد ، كما هي الحال في سائر القضايا بين عامة الناس⁽⁹⁾ .

ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن هناك بعض فروع القانون يصعب اعتباره من القانون العام أو القانون الخاص ، لأن قواعده تضم مزيجاً من القواعد المختلفة في طبيعتها ، كما سنرى لاحقاً بالنسبة لقانوني أصول المحاكمات والدولي الخاص .

(6) الاستاذ أبرفرحات : المرجع السابق ص 75 .

(7) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 68 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 46

(8) Morellet: L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, T. 3 PP. 140- 141.

(9) الاستاذ أبرفرحات : المرجع السابق ص 79 .

De Laubadère: Traité élém. de dr. adm. (Paris 1957) N 20- 24 et 26

غير أن هذا الأمر ليس من شأنه أن يؤثر على صحة هذا التمييز ، نظراً لما يترتب عليه من نتائج مهمة على صعيد النظام القانوني في الدولة على النحو الذي سبق .

8 - (أولاً) - القانون العام الوضعي وفروعه :

قدمنا أن القانون العام (Le droit public) هو القانون الذي ينظم العلاقات القانونية التي تكون فيها الدولة طرفاً باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة . ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو فإنها قد تدخل في علاقات مع دولة أخرى ، وفي هذه الحالة يُسمى القانون العام بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام . وقد تظل الدولة داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع رعاياها ، وفي هذه الحالة يُسمى القانون العام بالقانون العام الداخلي⁽¹⁰⁾ . ويتفرع القانون العام الداخلي الى فروع متعددة ، وهي القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجزائي بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية .

أ - القانون العام الخارجي الوضعي (القانون الدولي العام)⁽¹¹⁾ :

ويُراد بالقانون الدولي العام مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر وتحدد حقوق كل منها وواجباتها في حالات السلم والحرب والحياد ، وعلاقتها بالمنظمات الدولية⁽¹²⁾ .

وقد نشأ القانون الدولي العام أول ما نشأ كقانون للدول المسيحية في غربي أوروبا فقط ، ثم ما لبث أن انضمت لهذه الدول دول مسيحية أخرى ، وظل هذا القانون قاصراً على الدول الأوروبية المسيحية فقط لا ينظم غير علاقاتها . وكان يرفض أن تستفيد من قواعده أي دولة غير مسيحية الى سنة 1856 حيث قررت الدول الأوروبية الخمس العظمى وقتذاك ، وهي فرنسا والنمسا وبريطانيا وبروسيا وروسيا ، أن تقبل تركيا الاسلامية في عضوية الأسرة الدولية والاعتراف لها بالأهلية والصلاحيات للانضمام الى مجموعة الدول التي

(10) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 17 ص 40 - 41 .

Marty et Raynaud: op. cit. N 46 et p.80; Hart: the Concept of Law (Oxford) p. 208.

(11) Le droit international public

ويُطلق عليه أيضاً : Droit interétatique

V. Scelle (G.): Précis de droit international (Sirey 1934), Introduction

(12) الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 17 ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية 1963 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 18 وما بعده ص 41 وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 32 ص 47 وما بعدها ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 13 ص 31 وما بعدها .

ينظم علاقاتها القانون الدولي العام⁽¹³⁾ .

هذا ويتحدد مفهوم القانون الدولي العام الوضعي ببيان العلاقات التي ينظمها ، وماهية مصادره ، ومدى قانونية قواعده⁽¹⁴⁾ .

1 - العلاقات التي ينظمها : إذا كان القانون الدولي العام ينظم العلاقات بين الدول على النحو الوارد في التعريف ، فإن القسم الأول من قواعده ينظم تلك العلاقات في وقت السلم وهو يُسمى بقانون السلم . وهو يتضمن بيان أشخاص المجتمع الدولي وهي الدول ، فيحدد الشروط اللازم توافرها لقيام الدولة واكتسابها الشخصية الدولية وكيف تقسّم الدول الى كاملة السيادة وناقصة السيادة . كما ينظم حقوق الدولة وواجباتها في علاقاتها بالدول الأخرى ، وكيفية تمثيلها لدى الدول الأخرى تمثيلاً دبلوماسياً وقنصياً ، وقواعد المعاهدات التي تبرم بين الدول ، ووسائل حل المنازعات بينها بالطرق السلمية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي .

والقسم الثاني من قواعد القانون الدولي العام ينظم علاقات الدول في حالة الحرب ويسمى لذلك بقانون الحرب ، فيبين طريقة ابتداء الحرب ووسائل انتهائها بالهدنة والصلح والأسلحة الجائز استعمالها ، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، كما يبين حقوق وواجبات الدول المحايدة بالنسبة للدول المحاربة كجواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك .

هذا ، وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة على أثر الحربين العالميتين الأخيرتين . وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، كالجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن الدولي ، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومجلس الوصاية الدولي ، ومحكمة العدل الدولية ، ومنظمة اليونسكو للثقافة العالمية ، ومنظمة الصحة العالمية ، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير ، وصندوق النقد الدولي ، وغير ذلك⁽¹⁵⁾ . ومنها كذلك المنظمات الإقليمية ، كجامعة الدول العربية ، واتحاد الدول الأميركية ، والاتحاد الأوروبي⁽¹⁶⁾ .

(13) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 8 و 10 .

(14) يراجع في تفصيل الموضوع : الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ، ذات المرجع .
وأيضاً الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 48 - 51 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 41 - 44 .

(15) يراجع في تفصيل هذه الهيئات : الدكتور علي صادق أبو هيف : المرجع السابق ص 600 - 646 .

(16) يراجع في تفصيل هذه المنظمات : الدكتور علي صادق أبو هيف ص 658 - 684 .

2 - مصادر القانون الدولي العام : لا توجد هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة الى القانون الداخلي⁽¹⁷⁾ . فمصادر القانون الدولي العام هي العرف الدولي والمعاهدات الدولية والمبادئ القانونية العامة ، وقضاء المحاكم وأقوال فقهاء القانون الدولي العام⁽¹⁸⁾ .

ويعتبر العرف الدولي أهم مصادر القانون الدولي العام وأغزرها مادة ، فأغلب القواعد الدولية ذات الصفة العالمية ثبتت بواسطة العرف ، حتى القواعد المدونة منها استقرت أولاً عن طريقه قبل إدراجها في الاتفاقات والمعاهدات وهو يتكون من اعتياد الدول على الأخذ بتصرف معين مع اعتقادها بأنه ملزم لها .

كذلك تعتبر المعاهدات الدولية مصدراً في هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد غير محدود من الدول في أمور تهم الدول جميعاً ، ويكون الغرض منها تسجيل قواعد معينة دائمة لتنظيم علاقة دولية عامة . فمثل هذه المعاهدات العامة يقال لها المعاهدات الشارعة ، تمييزاً لها عن المعاهدات الخاصة التي تبرم بين عدد محدود من الدول في أمر خاص بها كمعاهدات التحالف والصلح وتعيين الحدود والمعاهدات التجارية ، وهي في حكم العقود بين أصحاب الشأن . ومن أمثلة المعاهدات العامة اتفاقيات لاهاي لسنة 1899 و1907 المتعلقة بالقواعد الخاصة بالحرب وتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة المبرم سنة 1945 ، واتفاقية فيينا لسنة 1961 للعلاقات والحصانات الدبلوماسية .

والمبادئ القانونية العامة التي تستند اليها وتقرها النظم القانونية المتمدينة يمكن الرجوع اليها في أي علاقة بين الدول لا توجد بشأنها قاعدة اتفاقية أو عرفية . ومنها المبدأ الذي يقضي بالتزام كل من تسبب بفعله في إحداث ضرر للغير بإصلاح هذا الضرر ، والمبدأ الذي يقضي بالتزام المتعاقد بما تعاقده عليه وغيرها .

أما قضاء المحاكم وأقوال فقهاء القانون الدولي العام فدورها ثانوي في هذا الشأن ، ويقتصر دورهما على تفسير ما غمض من نصوص المعاهدات وإبراز ما أقره العرف من الأحكام على الصعيد الدولي⁽¹⁹⁾ .

(17) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 49 .

(18) يراجع في تفصيل هذه المصادر : الدكتور علي صادق ، المرجع السابق ص 23 - 39 .

(19) هناك مصدر آخر ينضاف الى هذا المصادر وهو : القانون الداخلي إذا عمد الى النص على بعض القواعد الدولية التي سبق التعارف عليها . (د . علي أبو هيف : المرجع السابق رقم 11 ص 34) .

3 - مدى اعتباره قانوناً بالمعنى الكامل⁽²⁰⁾ : تبينت آراء الفقهاء واتجاهاتهم حول مدى اعتبار القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الكامل ، فبينما يرى فريق أن قواعد هذا القانون تعتبر قواعد قانونية كاملة كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون الداخلي ، يذهب فريق آخر الى الأخذ برأي معاكس مؤداه إنكار صفة القواعد القانونية على القانون الدولي العام ، على أساس عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضع تلك القواعد وتتولى مراقبة تنفيذها وتوقيع الجزاء على من يخالفها⁽²¹⁾ . فهيئة الأمم المتحدة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر تجتمع فيه الدول مع ترك الانضمام الى الهيئة أو الخروج منها أمراً إختيارياً موكولاً الى إرادة الدولة ، بل إن ما تقرره الهيئة تستطيع كل دولة من الأعضاء أن تتحلل منه . وحتى ما ترتضيه الدولة بطريق المعاهدات تستطيع أن تخالفه . وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر عقوبات اقتصادية وعسكرية على من يخالفه . فإن هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية .

والحقيقة ، أن هذا القانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعي الكامل . ليس على أساس إنعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع في المحيط الدولي ، فالتشريع ليس إلا مجرد مصدر بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام القانون . ولذلك فإلى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية العليا ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولي أن يلزم الدول بالقواعد القانونية في شأن علاقاتها بعضها ببعض .

وإنما يؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولي العام على إنتفاء وجود جزاء منظم توقعه سلطة مختصة بقوة الإلجبار الجماعي ، وهو شرط أساسي لوجود قانون بالمعنى الكامل⁽²²⁾ . فلا توجد بعد في المجتمع الدولي هيئة تنزل الدول منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها من القوة المادية القاهرة ومن السلطان على الدول جميعاً ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولي العام .

وإذا كانت ثمة محاولات قد بُذلت لايجاد هيئة دولية لها حق السيادة على الدول بما

(20) يراجع في هذا الموضوع : الدكتور علي صادق أبو هيف ، المرجع السابق ص 79 - 85 ؛ الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 30 ص 70 - 72 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 49 - 51 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 20 ص 42 - 44 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 14 ص 32 - 33 .

(21) يراجع في عرض هذا الرأي المنسوب الى الفقيه الانكليزي أوستن :

Friedman: Legal Theory, 1944, pp. 137- 139; Gray: The Nature and Sources of the Law, 1948, pp. 130- 131.

(22) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 30 ص 71 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 14 ص 33

Dabin: op. cit. N 57 p. 67; Du Pasquier: op. cit. N 38 p. 37.

يؤكد صفة الإلزام الجبري لقواعد القانون الدولي العام ، غير أنها باءت بالفشل حتى الآن . فليس في وجود منظمة الأمم المتحدة القائمة حالياً ما يعني وجود مثل هذه الهيئة . فهي لا تضم الدول جميعاً ، ولأي دولة من أعضائها حق الإنسحاب منها ، وهي لا تباشر على أعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العامة بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الأمن الدولي فيها عرضة للتعطيل بما تملكه الدول الأعضاء الدائمين من حق النقض والاعتراض عليها ، وهي الدول الكبرى التي تتجراً عادة على مخالفة قواعد القانون الدولي⁽²³⁾ .

ب - القانون العام الداخلي الوضعي وفروعه :

يُقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المتصلة بحق السيادة في المجتمع داخلياً لا خارجياً . وتظهر الدولة هنا دائماً صاحبة السلطة ، حتى في علاقاتها مع الأفراد العاديين . ويشتمل هذا القانون على عدة فروع تبعاً لتعدد الموضوعات التي يعرض لها ، وهي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجزائي أو الجنائي بفرعيه .

وستتكلم عن كل فرع من هذه الفروع بإيجاز فيما يلي :

1 - القانون الدستوري الوضعي :

يُعرّف القانون الدستوري الوضعي (Le droit constitutionnel) بأنه مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ونوع الحكم ، وكيفية تنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث التكوين والاختصاص وعلاقة هذه السلطات ببعضها البعض ، كما تبين الحقوق الأساسية للأفراد والجماعات ، كما تضع الحدود التي يجب ألا تتعداها السلطات في علاقتها مع الأفراد والجماعات حفظاً لحقوقهم وحررياتهم⁽²⁴⁾ .

والقانون الدستوري هو أساس كل تنظيم في الدولة ، فهو أسمى القوانين وأعلاها مرتبة ، وهو مرادف في المعنى لكلمة الدستور والنظام الدستوري⁽²⁵⁾ . ونتيجة لسموه فإنه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع قواعده أو يخالفها ، لأن القوانين

(23) الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 30 ص 72 .

(24) الدكتور مصطفى كمال : شرح القانون الدستوري (الطبعة الثانية) ص 4 وقد أشار إليه د . بدر يعقوب ص 34 . وهذا التعريف أشمل من غيره .

قارن : الدكتور ثروت البدوي : النظام الدستوري العربي (القاهرة 1964) ص 27 ؛ والدكتور إدمون رباط : الوسيط في القانون الدستوري العام ، المقدمة (الطبعة الثانية 1968) ص 21 .

La ferrière (J.): Manuel de droit constitutionnel, 2 éd. 1947, p. 268.

(25) الدكتور ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ص 28 وما بعدها .

الأخرى أدنى منه في المرتبة⁽²⁶⁾ .

وقد كان هناك اتجاه يذهب الى أن القانون الدستوري لا يُتصور وجوده في دولة لا تمارس الديمقراطية ، واتفاقاً مع هذا الاتجاه جاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا سنة 1789 في المادة 16 منه مقررأ أن : « الجماعة التي لا تكفل الضمانات اللازمة ، أو التي لا تقرر الفصل بين السلطات ليس لها دستور » . ولكن الرأي السائد اليوم يتجه الى عدم الربط بين القانون الدستوري وبين الديمقراطية . فالدستور يوجد في كل دولة يتم فيها مبدأ الفصل بين شخص الحاكم وبين سلطة الدولة ، أي بين السلطة في ذاتها والأشخاص الذين يمارسونها . فعندما يكون الحكم إمتيازاً شخصياً للحاكم ، فلا يمكن القول بوجود قانون دستوري . أما إذا كان الحاكم يتولى السلطة بصفته أميناً عليها وساهراً على أمنها ، ويمارسها بإسم الجماعة ، فإن الدستور يكون موجوداً ، بغض النظر عن نظام الحكم في الدولة ، سواء كان جمهورياً أو ملكياً ، أرستقراطياً أو ديمقراطياً ، حراً أو تسلطياً ، فردياً أو جماعياً⁽²⁷⁾ .

وسنعرض فيما يلي لمعالم القانون الدستوري بإيجاز⁽²⁸⁾ ، مع مناقشة الرأي الذي يشكك في الصفة الكاملة لقواعده .

أولاً - موضوعات القانون الدستوري : يبين هذا القانون شكل الدولة من حيث كونها دولة موحدة أو دولة اتحادية ، ويحدد نظام الحكم في الدولة من حيث كونه ملكياً أو جمهورياً ، نيابياً أم غير نيابي . وقد نص الدستور اللبناني الصادر سنة 1926 في المادة الاولى منه على أن : « لبنان دولة مستقلة ذات وحدة لا تتجزأ وسيادة تامة » ، ونص في المادة 4 منه على أن « لبنان الكبير جمهورية عاصمته بيروت » .

كما يبين السلطات العامة في الدولة ، وهي السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويعين الهيئات التي تتألف منها هذه السلطات واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر⁽²⁹⁾ . فالسلطة التشريعية في لبنان يتولاها مجلس النواب (المادة 16 منه من دستور 1926) ، ووظيفتها سن القوانين ومراقبة أعمال السلطة

(26) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 22 ص 45 .

(27) الدكتور ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ص 31 ؛ الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق رقم 16 ص 34 - 35 .

(28) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 33 ص 51 - 52 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 23 ص 46 - 47 .

(29) تنص الفقرة هـ من المقدمة التي أضيفت الى الدستور اللبناني بموجب تعديل 21 - 9 - 1990 على أن : « النظام قائم على مبدأ الفصل بين السلطات وتوازنها وتعاونها » .

التنفيذية . والسلطة التنفيذية (الاجرائية بحسب نص المادة 17 المعدلة عام 1990 من ذات الدستور) يتولاها مجلس الوزراء ، ووظيفتها وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وتنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة . والسلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها (المادة 20 من الدستور) ، ووظيفتها تطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات . ولا يجوز لأي سلطة أخرى التدخل في أعمالها المتعلقة بالقضايا وشؤون العدالة⁽³⁰⁾ .

كذلك يُبين القانون الدستوري حريات الأفراد وحقوقهم إزاء الدولة . وترتد هذه الحريات والحقوق الى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية⁽³¹⁾ ، والحرية الدينية⁽³²⁾ ، وحرية التعليم⁽³³⁾ ، وحرية الرأي والاجتماع⁽³⁴⁾ ، وحرية التملك⁽³⁵⁾ ، وحرمة المسكن⁽³⁶⁾ . والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات ، أي المساواة في جميع المزايا التي تتيحها الدولة للأفراد ، وفي التكاليف التي تفرضها عليهم ، كالمساواة أمام الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب⁽³⁷⁾ .

ثانياً - مصادر القانون الدستوري : تنحصر مصادر القانون الدستوري في اثنين رئيسيين ، القواعد الدستورية المدونة ، والقواعد الدستورية العرفية . غير أنه تلزم التفرقة

(30) تنص المادة 20 من الدستور اللبناني لعام 1926 أن : « القضاة مستقلون في إجراء وظيفتهم وتصدر القرارات والأحكام من قبل كل المحاكم وتنفذ بإسم الشعب اللبناني » .

وتنص المادة الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد لعام 1983 على أن : « القضاء سلطة مستقلة تجاه السلطات الأخرى في تحقيق الدعاوى والحكم فيها ، لا يجد من استقلالها أي قيد لا ينص عليه الدستور » .

(31) تنص المادة 8 من ذات الدستور على أن : « الحرية الشخصية مصونة وفي حمى القانون ولا يمكن أن يقبض على أحد أو يجس أو يوقف إلا في وفقاً لأحكام القانون ولا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون » .

(32) تنص المادة 9 من ذات الدستور على أن : « حرية الاعتقاد مطلقة والدولة بتأديتها فروض الإجلال لله تعالى تحترم جميع الأديان والمذاهب وتكفل حرية إقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها على أن لا يكون في ذلك إخلال في النظام العام وهي تضمن أيضاً للأهلين على اختلاف مللهم إحترام نظام الأحوال الشخصية والمصالح الدينية » .

(33) المادة 10 من ذات الدستور .

(34) المادة 13 من ذات الدستور .

(35) المادة 15 من ذات الدستور .

(36) تنص المادة 14 من ذات الدستور أن : للمنزل حرمة ولا يسوغ لأحد الدخول اليه إلا في الأحوال والطرق المبينة في القانون » .

(37) تنص المادة 7 من ذات الدستور على أن : « كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم » . وتنص المادة 12 من ذات الدستور على أن : « لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لأحد على الآخر إلا من حيث الاستحقاق والجدارة » .

في دراسة هذين المصدرين بين دول الدساتير المكتوبة ودول الدساتير العرفية ، لأن القانون الدستوري في دول الدساتير المكتوبة يستمد مصادره من الوثيقة الدستورية المكتوبة (أي الدستور بالمعنى الشكلي) ومن القوانين العادية التي تنظم مسائل دستورية في موضوعها وجوهرها ، ومن العرف الدستوري أي القواعد غير المكتوبة التي تكونت على مر الزمن بالعادة والتكرار في مجال الموضوعات الدستورية واستقر في ذهن الجماعة وجوب احترامها وتنظيم الجزاءات اللازمة لحمايتها .

أما في الدول ذات الدساتير غير المكتوبة كبريطانيا ، فإن النظام الدستوري يستمد مصادره من العرف الدستوري أولاً ومن القواعد المكتوبة المتناثرة التي تتعلق بموضوعات دستورية ثانياً⁽³⁸⁾ .

ثالثاً - مدى اكتمال القانون الدستوري : سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء في اكتمال الصفة القانونية للقانون الدستوري ، بحجة أن الدولة التي تملك وتحتكر الجزاء والإجبار لا يُتصور أن توقعه على نفسها إن خالفت قواعد ذلك القانون ، فضلاً عن أن التزامها باحترام الدستور ليس التزاماً قانونياً بالمعنى الصحيح ، وإنما هو التزام أدبي ومحض لا يجد جزاء على خرقه إلا مجرد جزاء أدبي فقط⁽³⁹⁾ .

ويلاحظ على هذه الحجة ، أنها تغفل الطبيعة الخاصة لصور الجزاء الدستوري والتي تختلف عن مثيلاتها في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يقوم بايجاد سلطات عامة مختلفة في الدولة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من إحداها ، فالجزاء أو الإجبار في ظله لا يُتصور إلا في صورة رقابة متبادلة من كل سلطة على أخرى . فمثلاً يكون للحكومة التي تتولى السلطة التنفيذية حل المجلس التشريعي ، ويكون لهذا المجلس حق إسقاط الحكومة . ويكون للمحاكم التي تتولى السلطة القضائية حق إلغاء التشريعات المخالفة للقانون أو للدستور ، وحتى إذا لم يوجد هذا الحق⁽⁴⁰⁾ ، يكون للمحاكم على الأقل

(38) الدكتور ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ص 39 - 40 .

(39) يقول بهذه الحجة الفقيه الانكليزي أوستن . يراجع في الإشارة الى ذلك د . حسن كيرة ص 73 بالهامش رقم 1 .

(40) بمقتضى المادة 2 فقرتها الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد : « على المحاكم أن تنقيد مجبداً تسلسل القواعد » لكن بمقتضى الفقرة 3 من ذات المادة : « لا يجوز للمحاكم أن تعلن بطلان أعمال السلطة الاشتراعية لعدم انطباق القوانين العادية على الدستور أو المعاهدات الدولية » .
وبمقتضى التعديل الدستوري الصادر في لبنان بتاريخ 21 - 9 - 1990 أنشئ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس مجلس النواب أو من رئيس مجلس الوزراء أو من عشر نواب ، وقد أعطي هذا الحق أيضاً لرؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً في لبنان لكن بخصوص الأحوال الشخصية حصراً وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني .

الامتناع عن تطبيقها إعمالاً لمبدأ المشروعية⁽⁴¹⁾، ولو لم توجد محكمة دستورية لأجل ذلك⁽⁴²⁾. كما يكون لها أن تحكم بالتعويض لصالح الأفراد في الدعاوي التي يرفعونها على الدولة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم من جراء أفعالها الخاطئة.

وإذا لم تفلح هذه الرقابة، إرتد الأمر الى الشعب مصدر السلطات، فيقف حارساً أميناً على احترام القواعد الدستورية بما يملكه بنفسه من وسائل سلمية أو وطنية. وهذه الوسائل أقوى صور الجزاء وأفعالها أثراً في كفالة احترام الدستور.

ومن ذلك كله ينكشف عدم صحة الحجة السابقة، وتتوضح الصفة القانونية الكاملة لقواعد القانون الدستوري.

2 - القانون الإداري الوضعي :

القانون الإداري (Le droit administratif) هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية⁽⁴³⁾.

ذلك أن السلطة التنفيذية تباشر نوعين من الأعمال، الأول يشمل الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة كدعوة المجلس التشريعي الى الإنعقاد وإعلان الحرب وإبرام المعاهدات وإعلان حالة الطوارئ، وهذه أعمال لها أهميتها الكبيرة وتدخل في نطاق القانون الدستوري. والنوع الثاني يشمل الأعمال الإدارية، وهي التي تتعلق بإدارة المرافق العامة في الدولة، وهذه يتكفل بها القانون الإداري⁽⁴⁴⁾.

ونظراً الى هذا التداخل في النشاط الذي تمارسه السلطة التنفيذية يأتي القانون الإداري ليكمل ويتم القانون الدستوري. فبعد تحديد شكل الدولة ونظام الحكم وبيان السلطات العامة واختصاصاتها والعلاقات القائمة بينها، يأتي القانون الإداري لتنظيم أعمال السلطة التنفيذية في الحقل الإداري الخاص بمختلف الوزارات والقطاعات والمرافق التي تتولى شؤون المواطنين⁽⁴⁵⁾.

(41) الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 32 ص 73 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 53 .

(42) الدكتور بدر البعقوب : المرجع السابق ص 36 - 37 .

(43) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 34 ص 54 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 26 ص 49 ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 33 ص 74 ؛ الاستاذ ألبر فرحات : المرجع السابق ص 77 ؛ الدكتور جان باز : الوسيط في القانون الإداري اللبناني ج 1 (1971) ص 10 .

Bekaert (H.): Introduction à l'étude du droit (1969) N 156- 159

(44) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : ذات المرجع والمكان .

(45) Ghestin et Goubeaux: Introduction générale (Paris 1974) p. 63

ويشار هنا الى أن قواعد القانون الإداري لم تقنن وتجمع حتى الآن في مجموعة واحدة ، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الموجبات والعقود أو القانون التجاري مثلاً . والسبب في عدم تجميعها حتى الآن هو احتفاظها بالمرونة اللازمة التي تمكنها من مسايرة التطور في المرافق العامة في الدولة ، كما أنها من جهة أخرى قواعد متشعبة مما يجعل من العسير حصرها في مجموعة واحدة . ومع ذلك فإن الاتجاه الحديث يسير نحو تجميع تلك القواعد في مجموعة واحدة على غرار المجموعات القانونية الأخرى⁽⁴⁶⁾ .
ونعرض فيما يلي لمعالم القانون الإداري بإيجاز .

أولاً : موضوعات القانون الإداري : يبين القانون الإداري أنواع الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقدم الخدمات الضرورية للجمهور . فالدولة تؤدي للأفراد خدمات متنوعة ، وتقوم بأداء كل من هذه الخدمات وزارات أو مديريات أو مصالح . فالجيش يتولى الدفاع ، والشرطة تتولى الأمن الداخلي والنظام ، ووزارة التربية تتولى التعليم ، ومصلحة النقل المشترك تؤمن المواصلات وهكذا .

- ويحدد القانون الإداري الأشخاص والهيئات التي تبشر الأعمال الإدارية والمرافق العامة ، كرئيس الدولة والوزراء والمديريات والمصالح والمجالس المحلية ، ويبين طريقة تكوين هذه الهيئات واختصاصاتها وتنظيم العلاقات بينها⁽⁴⁷⁾ .

- ويبين القانون الإداري كذلك علاقة الحكومة المركزية بالإدارات في المحافظات والأقضية وبالمجالس البلدية والمؤسسات العامة .

وتوجد طريقتان لتنظيم العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارات المحلية في المحافظات والأقضية ، وهما المركزية واللامركزية .

أ - المركزية الإدارية : وهي توجب على الإدارات المحلية في المحافظات والأقضية الرجوع في كل شؤونها الى الإدارات المركزية التابعة لها .

فالدولة في ظل هذا النظام تتولى وحدها القيام بالمرافق المختلفة من دفاع وأمن وصحة وتعليم وخلافه ، وتقوم بالإشراف عليها عن طريق موظفيها في العاصمة ، أو الذين يمثلونها في المحافظات والأقضية . ففي ظل هذه الطريقة تتركز المرافق كلها في يد الدولة ، ولها وحدها حق توجيهها ، دون أي سلطة أخرى⁽⁴⁸⁾ .

(46) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 26 ص 51 ؛ الدكتور جان باز : ذات المرجع ص 10 - 11 .

(47) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 26 ص 49 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 54 - 55 .

(48) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 49 .

ب - اللامركزية الإدارية⁽⁴⁹⁾ : وبمقتضى هذه الطريقة تُمنح الإدارات المحلية في المناطق سلطة واسعة في تسيير المرافق الخاصة بالمناطق ، ولا ترجع الى الإدارة المركزية الرئيسة إلا في الشؤون العامة .

وتتجه الدول الى نظام المركزية بالنسبة للمرافق الرئيسة ، وعلى وجه الخصوص تلك التي تقتضي أهميتها أو طبيعتها الخاصة الإبقاء على تبعيتها للإدارة المركزية ، مثل مرفق الدفاع الذي تقوم عليه وزارة الدفاع ، إذ يتطلب قيادة موحدة مركزية . ومثل العلاقات الدولية والتمثيل الدبلوماسي مع الخارج وتقوم عليه وزارة الخارجية .

أما المرافق الأخرى التي لا تقتضي أهميتها أو طبيعتها إدارة موحدة ، فإن الاتجاه بالنسبة إليها هو جعل الإدارة فيها لا مركزية⁽⁵⁰⁾ كالشؤون الصحية والاجتماعية والتربوية .

- ويبين القانون الإداري الأموال العامة والنظام القانوني الذي تخضع له ، سواء من حيث إدارتها والانتفاع بها .

- كما ينظم علاقة الدولة بموظفيها ، من خلال وضع نظام للموظفين يبين شروط الوظيفة والتعيين والترقية والتأديب والعزل والاستقالة ، وغير ذلك مما يتعلق بحقوق الموظفين وواجباتهم .

- وأخيراً يبين القانون الإداري الأعمال الإدارية وشروط صحتها ، وطرق الرقابة على الأعمال الإدارية وبخاصة الرقابة القضائية .

وإذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة⁽⁵¹⁾ ، إلا أنه قد يعترض على ذلك مبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل في أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الأخيرة من أداء وظيفتها في حرية واستقلال .

لذلك جرى العمل في كثير من الدول الحديثة ، وخاصة فرنسا ، على إنشاء قضاء

(49) يراجع في ذلك الكتاب القيم للدكتور خالد قباني بعنوان : اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان ، منشورات عويدات بيروت ، الطبعة الأولى 1981 .

(50) يراجع : الدكتور خالد قباني : اللامركزية ص 429 و 439 .

(51) من الدول ما يترك الرقابة على أعمال الإدارة للمحاكم العادية كإنكلترا ، بحيث إذا حصل نزاع بين الإدارة والأفراد كان القضاء العادي هو المختص بالفصل فيها .

ويراجع بشأن الرقابة القضائية العادية : كتاب الدكتور إدوار عيد بعنوان : رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة ، 1973 .

إداري مستقل يقوم بالرقابة على أعمال الإدارة⁽⁵²⁾ . وقد أخذ المشرع اللبناني بهذا النهج ، فأنشأ مجلس الشورى وجعله المحكمة ذات الولاية العامة في المنازعات الإدارية . كما أنشأ الى جواره المحكمة الإدارية الخاصة ، وأعطاهما سلطة الفصل في بعض المنازعات الإدارية المعنية⁽⁵³⁾ .

ثانياً - وفيما يتعلق بمصادر القانون الإداري : فهي متعددة ، وتتمثل في العرف ، والتشريع المدون ، والاجتهاد القضائي . فالعرف ساهم في تكوين بعض القواعد كنظرية الملك العام . والتشريع المدون مصدر هام من مصادر القانون الإداري ، فهناك نصوص تشريعية تتعلق بالتنظيم الإداري وبالإستملاك وبالمجالس البلدية ، وتوجد نصوص أخرى تتعلق أيضاً بنشاط الدولة الاقتصادي (المصالح المستقلة والشركات المختلطة) ، وبمراقبة الحريات العامة (الجمعيات والصحافة) .

وللاجتهاد القضائي منزلة خاصة في تكون القانون الإداري ، إذ يعود إليه الفضل في إيجاد نظريات القانون الإداري العامة (كنظرية العمل الإداري ، والعقود الإدارية ، ومسؤولية السلطة العامة) التي هي غير مقننة بخلاف ما هي عليه الحال في القانون المدني⁽⁵⁴⁾ .

3 - القانون المالي الوضعي :

كان هذا القانون حتى عهد قريب يُعتبر جزءاً من القانون الإداري ، على أساس أنه يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الإدارية ، ولكنه استقل اليوم عن القانون الإداري وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلي .

ويُقصد بالقانون المالي (Le droit financier) مجموعة القواعد التي تنظم « نشاط الدولة عندما تستخدم الوسائل المالية ، من نفقات ورسوم وضرائب وقروض ووسائل نقدية وموازنة لتحقيق أهدافها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها »⁽⁵⁵⁾ . فهو يتضمن القواعد المنظمة لمالية الدولة وميزانياتها ، من حيث بيان موارد الدولة من رسوم وضرائب وقروض وكيفية تحصيلها ، وتحديد النفقات التي تصرفها على مرافقها المختلفة⁽⁵⁶⁾ .

(52) الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 33 ص 75 .

(53) يراجع في ذلك : الدكتور جان باز : الوسيط في القانون الاداري اللبناني ج 2 (1974) ص 27 - 70 .

(54) يراجع في ذلك : الدكتور جان باز : ذات المرجع ج 1 ص 12 .

(55) الدكتور حسن عواضة : المالية العامة رقم 2 ص 10 ، طبع دار النهضة العربية بيروت ، الطبعة الخامسة 1981 .

(56) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 27 ص 52 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 18 ص 38 .

ونعرض فيما يلي لأهم معالم هذا القانون بشيء من التفصيل⁽⁵⁷⁾.

أولاً - مصادر القانون المالي : هناك ثلاثة مصادر للقانون المالي وهي الدستور والنصوص المالية والقواعد العامة للقانون الإداري . فالدستور يتضمن مواد خاصة تتعلق بشروط الجباية والإنفاق وتحديد قواعد الموازنة وكيفية تحضيرها ، وحقوق المجلس النيابي في إقرارها وتنفيذها ومراقبتها . والنصوص المالية التأسيسية والتنظيمية والتطبيقية هي أكبر مصدر لهذا القانون ، لكنها دائمة التبدل والتطور بما يدخل عليها من تعديلات مستمرة تبعاً للظروف ومقتضيات المصلحة العامة . وأخيراً تعتبر القواعد العامة للقانون الإداري مصدراً من مصادر القانون المالي ، لأن السلطات المالية التي تتولى الجباية والإنفاق هي ، كغيرها من السلطات العامة ، خاضعة للقوانين الإدارية للدولة .

ثانياً - بيان موارد الدولة : تعاني الحكومات الآن صعوبات كبيرة في إيجاد الموارد اللازمة لتغطية نفقاتها ، بسبب ازدياد هذه النفقات بصورة مستمرة ، وهذه المواد يمكن حصرها في المصادر التالية : موارد الدولة الخاصة ، الضرائب والرسوم ، القروض ، العملة . فالموارد الخاصة للدولة تتأتى عادة مما يدخل عليها من أملاكها الخاصة ومن المشاريع التي تستثمرها مباشرة أو تحتكرها . وكان لهذا المصدر أهمية كبرى في الماضي . أما الضرائب والرسوم فقد أصبحت الآن عماد الموازنة بعد أن كانت في الماضي تدبيراً شاذاً لا تلجأ إليه الدولة إلا في الظروف الاستثنائية . وهي على نوعين : فمنها ما يُدفع ثمناً لخدمات تؤديها الدولة ، كأجور البريد ورسوم الهاتف والرسوم القضائية ورسوم التسجيل العقارية ؛ ومنها ما يدفع مساهمة من المكلف في نفقات الدولة العامة .

وقد يحدث أحياناً ، خصوصاً في العصر الحاضر ، أن الضرائب والرسوم وموارد الدولة الخاصة لا تكفي لتغطية النفقات العامة . فتلجأ الحكومات في مثل هذه الظروف إلى القروض بدلاً من أن تزيد أعباء الضرائب . ولا يجب الخلط بين هذه القروض وقروض أخرى ليست ديوناً بالمعنى الصحيح ، وهي الأموال التي تأخذها الدولة من الخزينة وتستعين بها ، لحاجة مؤقتة إلى المال في الأشهر الأولى من السنة ، عندما يكون مدخول الضرائب المباشرة ضئيلاً جداً . هذا ويحدث أحياناً أن ينضب معين الضرائب ، وأن تكون البلاد في أزمة اقتصادية أو سياسية تجعل الناس يُحجمون عن الاكتتاب بالقروض . فهناك دول لا تتردد عندئذٍ عن الاستعانة بمورد آخر وهو العملة .

فمن المعلوم أن إصدار النقد حق من حقوق الدولة . ومن المعلوم أيضاً أن العملة إما

(57) يراجع في الموضوع : الدكتور حسن عواضة : المالية العامة رقم 8 وما بعده ص 16 - 22 .

أن تكون مسكوكات معدنية تحتوي على كمية معينة من الذهب أو الفضة ، وإما أن تكون أوراقاً نقدية يحدد القانون نسبتها بالذهب .

هناك ثلاث وسائل يمكن أن تلجأ إليها الدولة للحصول على موارد جديدة بواسطة العملة . فهي إما أن تخفض نسبة المعدن الثمين في المسكوكات مع المحافظة على قيمتها بالذهب ، فتربح بذلك الفرق ، وهذا ما كانت تفعله في الماضي . وإما أن تخفض قيمة العملة بالنسبة للذهب وتعيد تخمين كميات الذهب الموجودة في التغطية ، فتربح الزيادة التي تطرأ على قيمتها بالنقد الورقي . وإما أن تستمر في إصدار الأوراق النقدية فتوقع البلاد في تضخم نقدي ينتج عنه تدني قيمة العملة وزعزعة ثقة الناس فيها وارتفاع الأسعار . هذا وقد اعتادت حكومات كثيرة بعد الحرب العالمية الى اللجوء الى هذه الوسائل للحصول على المال كلما وجدت نفسها بحاجة ماسة اليه . وكانت النتيجة دائماً ضعف القوة الشرائية للورق النقدي المتداول ، وبالتالي ازدياد الأزمة تعقيداً وخطورة ، لا سيما وأن الأشخاص الذين يتحملون عادة مساوئ هبوط النقد هم أصحاب الرواتب والأجور والمتقاعدون وذوو الدخل الثابت⁽⁵⁸⁾ .

ثالثاً - أوجه الإنفاق : ينظم القانون المالي أيضاً الأوجه التي تنفق فيها الإيرادات وذلك على مختلف المرافق التي تضطلع بها الدولة ، كالدفاع والأمن والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على هذا الإنفاق⁽⁵⁹⁾ .

رابعاً : أصول الجباية والإنفاق : للجباية كما للإنفاق أصول وقواعد يجب على الدولة أن تتقيد بها . فمن ذلك مثلاً أنه لا يجوز إحداث ضريبة إلا برضى الأمة الممثلة في نوابها . وأن حق الدولة في فرض الضرائب محدود بحاجتها الى المال لأجل المصالح العامة ، ومن هنا القاعدة المعروفة : « الجباية بقدر الكفاية » . كما أن الضرائب والرسوم يجب أن تبنى على قواعد معينة اتفق عليها العلماء ومنها ، العدل في توزيعها بين المكلفين ، والسهولة في الجباية بحيث تستفيد الخزينة منها الى أقصى حد بإنفاق قليل ، وألا يدفع المكلف أكثر من طاقته . وهناك قواعد مالية أخرى اتفق عليها العلماء في الماضي بنتيجة التجربة والاختبار⁽⁶⁰⁾ .

4 - القانون الجزائي أو الجنائي :

القانون الجزائي أو القانون الجنائي (Le droit criminel) يشمل بمعناه الواسع

(58) الدكتور حسن عواضة : المالية العامة رقم 9 ص 16 - 18 .

(59) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 35 ص 57 .

(60) يراجع في ذلك ، الدكتور حسن عواضة : ذات المرجع رقم 10 ص 18 - 22 .

فرعين : القانون الجزائي الموضوعي أو قانون العقوبات ، والقانون الجزائي الإجرائي أو قانون أصول المحاكمات الجزائية .

ونتكلم عن هذين الفرعين على النحو الآتي :

أولاً - قانون العقوبات (Le droit pénal) وهو يتضمن مجموعة القواعد الموضوعية التي تحدد الجرائم وتعين العقوبات المقررة لها ، وتبين شروط المسؤولية الجزائية وأسباب الإعفاء أو التخفيف منها⁽⁶¹⁾ ويحقق قانون العقوبات ثلاثة أهداف⁽⁶²⁾ :

1 - حماية المصالح المشتركة : وهذه المصالح قد تكون مادية أو أدبية ، فالمصالح المادية تظهر مثلاً في المعاقبة على السرقة والاحتيال والتبديد والإتلاف والإفلاس . أما المصالح الأدبية فتظهر حمايتها في المعاقبة على القذف والذم والتحقير والاعتداء على العرض وما إليها ، ويدخل في المصلحة الأدبية المصلحة الدينية⁽⁶³⁾ والمصالح السياسية⁽⁶⁴⁾ . ومن الحقوق أو المصالح ما يكون محلاً لحماية شخصية ، بمعنى أن القانون لا يتولاها بحمايته إذا كان صاحبها قد تنازل عن ذلك مقدماً ، وهو أمر نادر كما في إتلاف المزروعات وما إليها⁽⁶⁵⁾ . أما الغالبية العظمى من الحقوق فمحل لحماية موضوعية لا يُنظر فيها إلى رضا صاحب الحق ، فالقانون يحمي حق الحياة ولو كان القتل راضياً عن إزهاق روحه

2 - توفير الطمأنينة للأفراد : إن قانون العقوبات هو أكثر فروع القانون حاجة إلى التقنين أو التدوين ، حتى يعلم الأفراد على وجه التأكيد ما هو محظور وما هو مباح . ومن ثم كانت القاعدة العالمية المتعلقة بشرعية الجرائم والعقوبات ومقتضاها « لا جريمة ولا عقوبة بغير نص » ، ومن هذه القاعدة استخلصت المبادئ الآتية :

أ - لا يُجرّم فعل أو امتناع إلا إذا عُرف ذلك بمقتضى قانون صادر قبل ارتكابه ، بمعنى أن قانون العقوبات لا يطبق بأثر رجعي .

ب - لا تطبق عقوبة ما لم تكن محددة من حيث نوعها ومقدارها بمقتضى القانون .

ج - لا مجال للعرف أو للقياس في تجريم فعل أو تقرير عقوبة .

(61) الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام) ص 1 وما بعدها ، طبع في بيروت

1975 ؛ الدكتور مصطفى العوجي : القانون الجنائي العام ج 1 (بيروت 1984) ص 17 وما بعدها .

(62) الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات (القسم العام ، القاهرة 1974) ؛ الدكتور أحمد فتحي

سرور : أصول قانون العقوبات (القسم العام) رقم 3 ص 8 وما بعدها ، طبع دار النهضة العربية بالقاهرة

1973 .

(63) يراجع في الجناح الماسة بالدين المواد 473 - 475 من قانون العقوبات اللبناني .

(64) يراجع في الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي : المواد 301-318 من قانون العقوبات اللبناني .

(65) تراجع المادة 739 وما بعدها من قانون العقوبات اللبناني .

حتى أن القانون الانكليزي وهو غير مقنن ، بدأ يتجه الى التقنين في مجال التجريم والعقاب ، فأدخل نظام السوابق القضائية ، وهي مجموعة من القواعد تنشر على الناس والقضاة للعمل بمقتضاها .

3 - تحقيق العدالة : من الوجهة الأخلاقية ، يجب توقيع جزاء يقابل الجريمة . فهكذا تقضي اعتبارات العدالة التي حلت في الفكر الإنساني محل الانتقام . فالشعور العام يقتضي مقابلة الشر بالجزاء . ويقول الفيلسوف (كانت) تأييداً لذلك إن غاية العقوبة ووظيفتها هي قبل كل شيء إرضاء الشعور بالعدالة المتأصلة في النفوس البشرية ؛ وأنه لو افترضنا أن مجتمعاً يعيش في جزيرة ما ثم قرر هجر هذه الجزيرة والتشتت ، فإنه يجب عليه عدم القيام بذلك قبل أن ينفذ حكم الإعدام فيمن حكم عليه بهذه العقوبة إرضاء للشعور بالعدالة الكامن في الضمير⁽⁶⁶⁾ .

ويقتضي تحقيق العدالة الأخذ بمبدأ المساواة ، وإحترام الحقوق الأساسية للإنسان ، وبناء على فكرة العدالة تقرر مبدأ المسؤولية الشخصية وبمقتضاها أصبحت حرية الاختيار هي أساس المسؤولية الجزائية⁽⁶⁷⁾ .

وينقسم قانون العقوبات الى قسمين : قسم عام وقسم خاص . فالقسم العام يشمل القواعد العامة التي تسري على الجريمة والجزاء والمجرم بوجه عام أياً كان نوع الجريمة . فهو يبحث في الجريمة من حيث تقسيمها الى جنائيات وجنح ومخالفات وبيان أركانها (الركن القانوني والمادي والمعنوي) ، ويبحث في الجزاء المتمثل بالعقوبة والتدبير وأسباب الإعفاء منه أو تخفيفه أو إنقضائه ، ويبحث في المجرم من حيث تحديد الأشخاص المسؤولين جزائياً وشروط المسؤولية الجزائية وأسباب الإعفاء أو التخفيف منها .

ويتضمن هذا القسم العام الكتاب الأول من قانون العقوبات اللبناني المعنون بـ « الأحكام العامة » ويتناول المواد (1 - 269) .

أما القسم الخاص فيشمل القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة ، فيبحث في أركانها وعقوبتها . وقد تضمن هذا القسم الكتاب الثاني من قانون العقوبات اللبناني والمعنون « في الجرائم » ، وهو يشتمل على الأبواب التالية : الجرائم الواقعة على أمن الدولة (المواد 270 - 321) ، الجرائم الواقعة على السلامة العامة (المواد 322 - 349) ، الجرائم الواقعة على الإدارة العامة (المواد 350 - 397) ، الجرائم المخلة بالإدارة القضائية (المواد

(66) Donnedieu de Vabres: La justice pénale d'aujourd'hui

(67) الدكتور أحمد فتحي سرور : أصول قانون العقوبات رقم 3 ص 9 .

398 - 436) ، الجرائم المخلة بالثقة العامة (المواد 437 - 472) ، الجرائم الماسة بالدين والعيلة (المواد 473 - 502) ، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة (المواد 503 - 546) ، الجنائيات والجنح الواقعة على الأشخاص (المواد 547 - 586) ، الجنائيات التي تشكل خطراً شاملاً (المواد 587 - 609) ، الجرائم التي يرتكبها أشخاص خطرون (المواد 610 - 634) ، الجرائم الواقعة على الأموال (المواد 635 - 749) ، القباكات (750 - 770) .

هذا وقد ذهب رأيي الى اعتبار قانون العقوبات فرعاً من فروع القانون الخاص⁽⁶⁸⁾ ، بحجة أن معظم نصوصه تحمي المصالح الخاصة للأفراد ، وأن رضا المجني عليه يحول دون قيام بعض الجرائم كالإتلاف ، فضلاً عن تعليق المشرع تحريك الدعوى الجزائية على شكوى المجني عليه وذلك في بعض الجرائم كالزنا والسرقة البسيطة والاحتيال .

وتوسّط رأيي ثانياً فذهب الى اعتبار قانون العقوبات قانوناً مختلطاً يدخل في نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء ، ذلك لأنه إذا كان يقوم على حماية المصلحة العامة للمجتمع فيعتبر من هذا الوجه من فروع القانون العام ، إلا أنه في أغلب قواعده إنما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلاً عن أن إعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وفقاً على السلطة العامة في المجتمع وحدها ، بل أن للأفراد كذلك في بعض الحالات الحق في هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العامة ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلاً من هذا الوجه في نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره في مجموعه قانوناً مختلطاً⁽⁶⁹⁾ .

ولكن الرأيين السابقين محل نظر ، ولذلك يذهب الرأي السائد الى اعتبار قانون العقوبات فرعاً من القانون العام⁽⁷⁰⁾ . والصحيح أن قانون العقوبات هو أقرب الى القانون العام منه الى القانون الخاص ، لأن المصلحة التي يحميها هذا القانون هي دائماً المصلحة العامة . صحيح أن القانون يحمي مصالح الأفراد ولكنه لا يُضفي عليها الحماية إلا

(68) يراجع هذا الرأي مشاراً اليه عند الاستاذ ديلوغو .

Tullio Delogu: La loi pénale et son application (Le Caire 1956) pp. 121- 130.

(69) يراجع هذا الرأي وأصحابه عند الدكتور حسن كبره ، المرجع السابق ص 76 وبالحامش رقم 2 .

(70) Garraud: Traité théorique et pratique du droit pénal français, T. 1 (1913) N 28 p. 61; Vidal et Magnol: Cours de droit criminel et de science pénitentiaire T. 1 (1947) N 53 P. 66; Tullio Delogu: La loi pénale et son application (Le Caire 1956) pp. 121- 130.

والدكتور محمود نجيب حسني : ذات المرجع رقم 6 ص 7 ؛ الدكتور مصطفى العوجي : ذات المرجع ص 74 ؛ الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات (القسم العام) رقم 2 ص 4 - 5 ؛ الدكتور أحمد فتحي سرور : أصول قانون العقوبات (القسم العام) رقم 4 ص 11 .

في إطار أهميتها الاجتماعية⁽⁷¹⁾ . فقانون العقوبات لا يقصد بتجريم السرقة والاحتيايل حماية مصالح فردية لصاحب المال في حد ذاتها ، ولا يهدف بتجريم القتل والإيذاء الى حماية القتل أو المجروح ، وإنما يرمي الى حماية حق الملكية وحق الحياة وحق الإنسان في سلامة جسمه ، وهكذا ، وذلك لتعلق هذه الحقوق بالمجتمع بأسره .

ولو كان قانون العقوبات يحمي حقوقاً خاصة لانبني عليه أن يكون لصاحب الحق أن يتصرف فيه وأن يتنازل بالتالي عن حماية القانون له ، وهو أمر غير جائز . فالقاتل يُعاقب ولو ارتكب القتل برضاء القتل أو بإلحاحه للتخلص من آلام مبرحة ، ويعاقب السارق ولو صفح عنه صاحب الشيء المسروق ، ذلك أن الاعتداء على حق الحياة أو حق الملكية هو المقصود بالحماية مجرداً عن تصرف المجني عليه⁽⁷²⁾ . وتترتب على ذلك نتائج هامة ، فرضاء المغدور أو المجني عليه ليس سبباً عاماً للتبرير والإباحة ، والدولة - عن طريق النيابة العامة - هي المختصة باستعمال الدعوى العامة ، ولها ذلك ولو عفا المجني عليه عن المجرم ، وليس للمجني عليه أو المضرور من الجريمة سلطة على الدعوى العامة بعد تحريكها ، وليس له شأن بتنفيذ العقوبة .

وإذا كان المشرع يُعلق على شكوى المجني عليه تحريك الدعوى العامة الناشئة عن بعض الجرائم كالزنا والذم والقدح والسرقة والاحتيايل وإساءة الإثتمان بين الأصول والفروع والأزواج ، وإذا كان جانب من الفقه يذهب الى اعتبار رضاء المجني عليه سبباً للتبرير في بعض الجرائم كالانلاف وقتل الحيوانات ، فليس في ذلك ما ينفي عن قواعد قانون العقوبات المتعلقة بهذه الجرائم أنها جزء من القانون العام . فالقواعد الخاصة بالشكوى أو الرضاء لا تنفي القيمة الاجتماعية لهذه الحقوق ، إذ يُفسر تطلب الشكوى تقدير المشرع أن المجني عليه هو الذي يستطيع تحديد ملاءمة اتخاذ إجراءات الملاحقة أم عدم ملاءمة ذلك⁽⁷³⁾ . فالزنا مثلاً جريمة تمس مصلحة الأسرة ، وتعليق المشرع تحريك الدعوى بشأنها على شكوى الزوج ، فلأنه يرى أن مصلحة الأسرة قد تتحقق بعدم إثارة الفضيحة ، وهو أمر يقدره الزوج المجني عليه . كذلك الأمر في السرقة بين الأصول والفروع والأزواج . وفي القدح والذم قد يرى المجني عليه أن ترديد عبارات الشتم والسب في المحاكم أبلغ ضرراً من السكوت عليه ، فلذلك ترك أمر تحريك الدعوى العامة لتقديره .

ويُفسر اعتبار رضاء المجني عليه سبباً لتبرير بعض الجرائم أن الفعل ينال حقوقاً

(71) الدكتور أحمد فتحي سرور : ذات المرجع والمكان .

(72) الدكتور محمود محمود مصطفى : المرجع السابق رقم 2 ص 5 .

(73) الدكتور محمود نجيب حسني : المرجع السابق رقم 6 ص 7 - 8 .

يستطيع صاحبها التصرف فيها ، وهي نادرة جداً . ثم إن وقوع الفعل في هذه الحالة برضاء صاحب الحق لا ينم مطلقاً عن الاعتداء ، فإذا أتلّف شخص مალأ برضاء صاحب المال فلا يقال إنه إعتدى على حق الملكية⁽⁷⁴⁾ .

ثانياً - قانون أصول المحاكمات الجزائية : ويسمى في القانون المصري قانون الإجراءات الجنائية (Le droit de procédure pénale) ، فهو يتضمن مجموعة القواعد الشكلية التي تبين إجراءات الدعوى الجزائية الناشئة عن الجريمة منذ وقوعها وملاحقتها وتحقيقها والحكم فيها وتنفيذها⁽⁷⁵⁾ ، والتي تحدد من جهة أخرى الأجهزة والهيئات القضائية المنوط بها القيام بهذه المراحل الاجرائية واختصاصاتها⁽⁷⁶⁾ .

وتظهر أهمية قانون أصول المحاكمات الجزائية في قيامه بتحقيق دورين أساسيين هامين : فهو من ناحية يحقق مصلحة المجتمع في التمتع بالأمن والطمأنينة بالضرب على أيدي المجرمين ، فالعقوبة التي يقررها قانون العقوبات جزاء لجريمة معينة تظل حبيسة النص الجامد أياً كانت جسامتها الى أن يتدخل قانون أصول المحاكمات الجزائية ليخرجها الى حيز التنفيذ عن طريق ضبط المجرم وملاحقته ثم إصدار الحكم عليه بالإدانة وتنفيذ الجزاء عليه ، ولذلك يمثل قانون أصول المحاكمات الجزائية بالنسبة لقانون العقوبات حلقة الاتصال أو همزة الوصل بين جزئيه الأساسيين : الجريمة والجزاء⁽⁷⁷⁾ ، ويعتبر الأداة الوحيدة لتطبيق قانون العقوبات⁽⁷⁸⁾ .

ومن ناحية أخرى ، يرمي قانون أصول المحاكمات الجزائية الى تحقيق هدف إنساني يتمثل في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من الاتفيات عليها ، فقد تتجمع الظنون والشبهات حول إنسان بريء فيلقى به في قفص الاتهام ، ولا يجد هذا المظلوم ملاذاً إلآ فيما يضعه قانون أصول المحاكمات الجزائية من قواعد تتيح له فرصة الدفاع عن نفسه وإثبات براءته .

هذا الدور المزدوج يتطلب من قانون الأصول الجزائية أن يقيم التوازن بين مصلحة المجتمع من ناحية ومصلحة الفرد من ناحية أخرى ، فيضع القواعد المحددة الواضحة التي

(74) الدكتور محمود محمود مصطفى : المرجع السابق رقم 2 ص 5 - 6 .

(75) الدكتور عاطف النقيب : أصول المحاكمات الجزائية ص 13 ، طبع منشورات عويدات .

(76) الدكتور فوزية عبد الستار : شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني ص 5 ، طبع دار النهضة العربية ببيروت 1975 ؛ الدكتور عمر السعيد رمضان : أصول المحاكمات الجزائية في التشريع اللبناني رقم 1 ص 5 - 6 ، طبع الدار المصرية 1971 ؛ الدكتور جلال ثروت : أصول المحاكمات الجزائية ج 1 رقم 9 ص 17 ، طبع الشركة الشرقية 1970 .

(77) الدكتور فوزية عبد الستار : ذات المرجع رقم 2 ص 6 ؛ الدكتور عاطف النقيب : ذات المرجع ص 13
(78) Delogu: op. cit. p. 168

تضمن تحقيق المهدفين معاً ، فيتجنب إفلات المجرم من العقاب ، كما يحول دون الحكم بإدانة بريء .

ويتحقق هذا التوازن في ظل النظم الديمقراطية القائمة على احترام حرية الأفراد حيث يستند قانون أصول المحاكمات الجزائية الى عدة مبادئ أهمها : تحقيق أولي يجري مع المدعى عليه ويُستبعد معه استعمال الإكراه والتعذيب وتحليف اليمين ، وإتاحة السبيل أمامه ليقدم دفاعه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، واعتبار المدعى عليه بريئاً حتى تثبت إدانته وتفسير الشك في الأدلة لمصلحته ، وتحديد اختصاصات الهيئات القضائية بدقة ووضوح ، وإقرار استقلال القضاء .

أما في ظل النظم الدكتاتورية فإن هذا التوازن يختل اختلالاً كبيراً فتميل قواعد أصول المحاكمات الجزائية الى ترجيح مصلحة الدولة على حساب حقوق الأفراد وحياتهم ، فيتم سير الدعوى بسرعة وبسرية مما يهدر حق المدعى عليه في الدفاع ، ويكون للقضاة سلطات واسعة تتيح لهم فرصة التحكم والافتيات على حقوق الأفراد ، ويوجد نوع من تبعية القضاء للسلطة التنفيذية⁽⁷⁹⁾ .

هذا ويذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون أصول المحاكمات الجزائية قانوناً مختلطاً تفرعاً على ما يرونه في هذا الشأن خاصاً بكل قوانين الأصول أو الاجراءات ، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن هذا القانون - باعتباره قانوناً شكلياً - لا يدخل في نطاق القانون العام ولا في نطاق القانون الخاص⁽⁸⁰⁾ .

ويذهب الرأي السائد الى اعتبار قواعد قانون أصول المحاكمات الجزائية - على تنوعها واختلافها من حيث الأهمية - هي أحد فروع القانون العام . وتعليل ذلك أن هذا القانون ينظم نشاط السلطات العامة المتجه الى تحقيق مصلحة عامة للمجتمع في ملاحقة المجرمين ، وتسلمح هذه السلطات في نشاطها بقوة السلطة إزاء من تُتخذ الإجراءات في مواجهتهم ، ويعني ذلك أنها تحتل مركزاً قانونياً أرجح من مركز الفرد ، وكل هذه خصائص للعلاقات التي يختص بتنظيمها القانون العام⁽⁸¹⁾ .

والنتائج المترتبة على انتهاء قانون أصول المحاكمات الجزائية الى القانون العام عديدة ،

(79) الدكتور فوزية عبد الساتر : المرجع السابق رقم 2 ص 6 - 7 .

André Vitu: Procédure pénale (1957) p. 3

(80) يراجع في عرض هذه الآراء : الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق هامش رقم 2 من ص 77 .

(81) الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية رقم 7 ص 6 ، طبع دار النهضة العربية بالقاهرة الطبعة الثانية 1988 .

وهي تجمل في تعلق غالبية قواعده بالنظام العام . فليس لأحد سلطان في النزول عما تقرره من حقوق للمجتمع في ملاحقة المجرمين ، لأنه ليس لأحد صفة في ذلك . فالدعوى الجزائية تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لم يكن للنياية أن تتصالح في شأنها مع المدعى عليه ، ولم يكن لها أن تخرجها من حوزة القضاء بعد أن دخلت فيها ، ولم يكن لها أن تنزل عن طريق طعن قرره لها القانون . وقواعد الاختصاص الجزائي جميعاً تتعلق بالنظام العام . وإذا خولفت القواعد الأساسية في قانون أصول المحاكمات الجزائية كان لذي الصفة أن يدفع بذلك في أي حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز (النقض) ، وكان للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه هذه المخالفة ويرتب عليها النتائج التي يحددها القانون⁽⁸²⁾ .

81 - (ثانياً) - القانون الخاص الوضعي وفروعه :

القانون الخاص الوضعي (Le droit privé) ، كما سبق القول ، هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية بين الأفراد بعضهم البعض الآخر ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً يقوم بأعمال عادية كالتى يقوم بها كافة الأفراد .

والقانون المدني هو أساس القانون الخاص . ثم استقلت عنه فروع لتنظم علاقات وموضوعات معينة دعت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني ، نظراً لاتصالها بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة ، كالقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي وقانون العمل . وتتكلم فيما يلي عن كل فرع من هذه الفروع :

أ - القانون المدني الوضعي :⁽⁸³⁾

القانون المدني (Le droit civil) هو مجموعة القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص في المجتمع ، ما عدا ما يدخل منها في نطاق فرع آخر من فرع القانون الخاص .

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص ومحوره ، ويُعتبر القانون المشترك (Le droit

(82) الدكتور محمود نجيب حسني : الإجراءات الجنائية رقم 7 ص 6 - 7 .

(83) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 (1964) ص 115 ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام في القانونين اللبناني والمصري رقم 1 ص 3 - 5 ، طبع دار النهضة العربية بيروت 1979 ؛ وأصول القانون رقم 40 ص 59 - 61 ؛ الدكتور رمضان أبو السعود : مصادر الإلتزام في القانون المصري واللبناني ص 7 ، طبع الدار الجامعية بيروت 1990 ؛ الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 37 ص 78 - 79 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 30 ص 55 - 57 ؛ الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق رقم 21 ص 41 - 42 .

(commun) في علاقات القانون الخاص . ويتجلى هذا المعنى في أمرين : الأول أن قواعده تتوجه الى جميع الأفراد دون استثناء وبصرف النظر عن اختلاف فئاتهم ومهنتهم ، وذلك على عكس الفروع الأخرى التي تعنى بفئات ومهنت معينة . والثاني أن قواعده يُرجع إليها في كل مسألة يسكت عن تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص ما لم يظهر أن الحل الذي يقضي به القانون المدني لا يتفق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها ذلك الفرع .

وينظم القانون المدني بمعناه التقليدي فئتين من القواعد :

الأولى : تتناول علاقات الفرد بأسرته ، ويُطلق عليها قواعد الأحوال الشخصية (Statut personnel) . ويندرج تحتها عقد الزواج وآثاره وانحلاله ، والميراث والوصية والوقف ، والنسب وما يترتب عليه من حقوق للآباء والأبناء والنفقة . . . الخ .

والثانية - تتناول بالتنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص ، ويُطلق عليها المعاملات أو الأحوال العينية (Statut réel) . ويندرج تحتها القواعد المتعلقة بالأموال وما يرد عليها من حقوق عينية أصلية وتبعية وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها ، وكذلك القواعد الخاصة بالالتزامات أو الموجبات بمصادرها الإرادية كالعقود والأعمال القانونية ، وبمصادرها غير الإرادية كالعمل الضار غير المشروع والعمل النافع .

ويلاحظ أنه في الدول الغربية يشمل القانون المدني تنظيم الأحوال الشخصية والعينية معاً ، في حين أنه في الدول العربية لا يتضمن القانون المدني إلا المعاملات المالية أو الأحوال العينية وحدها ، وقد تُركت الأحوال الشخصية لظروف اجتماعية وتاريخية لحكم الشرائع الدينية وبعض القوانين الخاصة المستمدة منها . فيطبق الشرع الإسلامي على المسلمين ، ويطبق الدين الخاص بكل ملة على أتباعها .

وقد جرى أغلب القوانين العربية ، كالقانون المصري والعراقي والسوري والليبي ، على وضع تقنين مدني يضم جميع قواعد المعاملات المالية ، وهذا هو النهج الأفضل . أما المشرع اللبناني ، فقد وزع هذه القواعد على عدة تشريعات أهمها : قانون الملكية العقارية الصادر سنة 1930 وهو ينظم الحقوق العينية ، وقانون الموجبات والعقود الصادر سنة 1932 وهو ينظم الموجبات أو الإلتزامات أو الحقوق الشخصية وقد حل هذا القانون محل مجلة الأحكام العدلية العثمانية⁽⁸⁴⁾ التي كانت مطبقة في لبنان . وصدر ملحق لهذا القانون الأخير بذات السنة يتعلق بعقد رهن المنقولات .

(84) صدرت المجلة في العهد العثماني سنة 1869 ، وهي تضم قواعد المعاملات المالية في الشرع الإسلامي وفقاً للمذهب الحنفي . وظلت مطبقة في البلاد العربية الخاضعة للحكم العثماني ما عدا مصر الى عهد قريب . وما زال بعض أحكام هذه المجلة ساري المفعول في لبنان كنصوص الحجر (المواد 941 - 997) .

ويشتمل قانون الموجبات والعقود اللبناني على 1107 مادة ويتألف من قسمين :

القسم الأول - في الموجبات على وجه عام .
وهو يشتمل على عدة كتب ، يتناول أولها أنواع الموجبات ، والثاني مصادر الموجبات (وهي القانون ، والكسب غير المشروع ، والأعمال غير المباحة ، والأعمال القانونية) وشروط صحتها ، والثالث مفاعيل الموجبات ، والرابع انتقال الموجبات ، والخامس سقوط الموجبات ، والسادس البيّنات في حقوق الموجبات ، والسابع قواعد تفسير الأعمال القانونية .

والقسم الثاني - في قواعد خاصة ببعض العقود
وهو يشتمل على عدة كتب ، أولها في البيع ، والثاني في المقايضة ، والثالث في الهبة ، والرابع في إيجار الأشياء ، والخامس في إيجارة الخدمة وإيجارة الصناعة ، والسادس في الوديعة والحراسة ، والسابع في القرض ، والثامن في الوكالة ، والتاسع في الشركات ، والعاشر في عقود الغرر ، والحادي عشر في الصلح ، والثاني عشر في الكفالة .

أما القانون المدني المصري الحالي فقد صدر في سنة 1948 ليطبق في 15 - 10 - 1949 . ويشتمل هذا القانون على باب تمهيدي وقسمين .

ويتضمن الباب التمهيدي أحكاماً عامة في القانون وتطبيقه في الأشخاص وفي تقسيم الأشياء والأموال . وقد خصص القسم الأول من القانون للإلتزامات أو الحقوق الشخصية ، وهو يشتمل على كتابين ، الأول في الإلتزامات بوجه عام ، والثاني في العقود المسماة . والقسم الثاني خصص للحقوق العينية ، وهو يتضمن كتابين أيضاً ، كتاباً يعرض للحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والانتفاع والاستعمال والسكنى ، وكتاباً يعرض للحقوق العينية التبعية كالرهن وحق الاختصاص والامتياز .

ب - القانون التجاري الوضعي⁽⁸⁵⁾ :

القانون التجاري (Le droit commercial) هو مجموعة القواعد التي تطبق على فئة معينة من الأعمال هي الأعمال التجارية وعلى طبقة معينة من الأشخاص هم التجار .

وبين القانون التجاري الأنواع المختلفة للأعمال التجارية والنظام القانوني التي تخضع لها ، كما يحدد معنى التاجر والواجبات التي يلتزم بها كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، وينظم الشركات التجارية بأنواعها المختلفة ، ويتناول مظاهر النشاط التجاري كالعقود التجارية ، وأدوات التعامل في التجارة ، كالأسناد التجارية من كمبيالات

(85) يراجع : كتابنا : الوجيز في القانون التجاري ، طبع المؤسسة الجامعية للدراسات - مجد - بيروت 1987 .

وسندات لأمر وشيكات ، وينظم كذلك إفلاس التاجر فيعين شروط الحكم بالإفلاس وشهره والإجراءات التي تتبع في هذا الشأن ، كما يبين حقوق دائني المفلس وإمكان إجراء الصلح الوافي من الإفلاس بين هؤلاء الدائنين والتاجر المشرف على الإفلاس .

والقانون التجاري هو وليد البيئة التجارية ، فقد نشأ وتطور تحت ضغط الحاجات الاقتصادية والضرورات العملية التي حتمت وضع تنظيم قانوني خاص يلبي هذه الحاجات والضرورات . والنشاط التجاري ينفرد بخصائص ذاتية تبرر استقلاله بقانون خاص ، يختلف عن القانون المشترك الذي هو القانون المدني ، وأهمها :

1 - إختلاف النشاط التجاري عن المدني من الناحية النفسية والاقتصادية : فبينما يشتري الفرد العادي ليستهلك ما اشتراه أو ليحتفظ به لنفسه أو لأولاده كرأس مال يحرص عليه ولا يتصرف فيه إلا للضرورة القصوى ، نرى التاجر يشتري كل يوم كميات كبيرة من البضائع لا ليستهلكها ولا ليحتفظ بها بل لبيع منها أكبر كمية ممكنة في أقل وقت ممكن للحصول على أكبر ربح ممكن .

2 - السرعة قوام النشاط التجاري . فالتاجر خير من يفهم أن الوقت من ذهب ، وقد يتسبب بعض التأخير في ضياع صفقات رابحة . ولذلك فهو يتعاقد بالطرق السريعة كالتيلفون والبرق والتليكس ، ورجل الأعمال لا يتنقل إلا بالطائرة .

ويكفل القانون التجاري هذه السرعة بتبسيط الإجراءات في إبرام العقد التجاري وفي إثباته ، لأن الوقت لا يتسع للقيام بأشكال معينة لتتام العقد ، وللحصول على دليل يعده الطرفان سلفاً كما هو الحال في النشاط المدني .

وكذلك يحقق القانون التجاري السرعة بتسهيل تداول الحقوق الثابتة في إسناد تجارية عن طريق تظهير هذه الاسناد أو تسليمها لحاملها دون التقييد بأجراءات حوالة الدين المدني ، وكذلك بتسهيل حصول الدائن التجاري صاحب الرهن على حقه في أقل وقت ممكن .

3 - الإئتمان ضروري للتجارة . فالقانون التجاري وحده هو الذي يضع من القواعد ما يحمي الإئتمان . ذلك أن أغلب العمليات التجارية تُعقد لأجل . فالبנק يقرض المشتري على أن يسدد بعد بيع البضائع ، وتاجر الجملة يبيع لتاجر المرفق بأجل ، وهكذا يرتبط عدد لا نهائي من الأشخاص بروابط متتابعة أساسها الثقة المتبادلة بينهم بحيث إذا أخل أحدهم بهذه الثقة أدى إخلاله الى سلسلة طويلة من الاضطراب في المعاملات التجارية . لذلك يوقع القانون التجاري جزاءات صارمة بمن يخل بالإئتمان التجاري ، ويتمثل ذلك في قسوة

قانون الصرف على من يخل بالثقة الواجب توافرها في السند التجاري ، كما يتمثل في شدة نظام الإفلاس بحق التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية .

هذا وتبرز أهمية العمل التجاري وتفرقه عن العمل المدني في قيام نظام قانوني للعمل التجاري . ويرتكز هذا النظام على وجود قواعد قانونية تحكم العمل التجاري في ذاته من غير مراعاة للشخص القائم به ، وهي تختلف عن القواعد المدنية التي تحكم العمل المدني ، وأهمها⁽⁸⁶⁾ :

أولاً - حرية إثبات الالتزام التجاري . فالقاعدة العامة للاثبات في الإلتزامات المدنية هي وجوب الاثبات بالكتابة إذا تجاوزت قيمة الإلتزام المبلغ المحدد قانوناً⁽⁸⁷⁾ .

أما الإلتزامات التجارية فيكون إثباتها حراً طليقاً من كل قيد أيّاً كانت قيمتها ولذا يكون جائزاً إثبات الإلتزامات التجارية بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات والفواتير .

ثانياً - افتراض التضامن بين المدينين والكفلاء التجاريين . فالتضامن في المواد المدنية لا يفترض ، وإنما يكون بناء على إتفاق المتعاقدين أو بناء على نص في القانون .

ولما كانت مصلحة الإئتمان التجاري تقتضي التضامن فيما بين المدينين وبينهم وبين الكفلاء ، فقد نص المشرع اللبناني على قيام التضامن فيما بينهم . بحيث يكون الدائن التجاري أن يطالب المدينين مجتمعين أو منفردين دون أن يكون للمدين الذي يطالبه الدائم بالوفاء أن يتذرع في مواجهته بضرورة مطالبة باقي المدينين قبله أو دفع نصيبه في الدين فقط . كما أن النص يمد قاعدة التضامن الى كفلاء الدين التجاري بحيث لا يجوز لكفيل الدين التجاري أن يحتج بوجه الدائن الذي يطالبه مباشرة بالدين بوجوب الرجوع أولاً على المدين الأصلي .

والغرض من إفتراض التضامن في الإلتزامات التجارية تعزيز الإئتمان التجاري وجعل الدائن في مأمن من إعسار المدين أو أحد المدينين ، سيما وأنه لا يستطيع في الغالب التحقق من قدرته على الوفاء نظراً للسرعة التي تتم بها المعاملات التجارية .

ثالثاً - معدل الفائدة التجارية . ينص قانون العقوبات اللبناني على أن جريمة الماربة

(86) يراجع ذلك بالتفصيل : كتابنا في القانون التجاري ص 51 - 58 .

(87) كان هذا المبلغ /275/ ل . ل . ثم رفع الى /500/ ل . ل . بقانون أصول المحاكمات المدنية الجديد لعام 1983 وهو قابل للتعديل حسب تدني قيمة النقد اللبناني .

تتحقق في كل قرض مالي عقد لغاية غير تجارية وشرطت فيه على المدين فائدة تزيد على 12 في المائة (المادة 661) .

فالنص إذن يعتبر أن الاتفاق في الديون المدنية على معدل للفائدة يزيد على المعدل القانوني هو غير جائز ويوصف بأنه جريمة مراباة . أما في الديون التجارية ، فإن الاتفاق على معدل للفائدة يزيد على 12 في المائة فهو جائز وصحيح ومستثنى من جريمة الربا الفاحش . والسبب في إجازة الاتفاق على معدل للفائدة يزيد على التحديد القانوني في المواد التجارية دون المواد المدنية ، هو أن النقود التي تستثمر في الأعمال التجارية تنتج ربحاً أكثر مما لو استثمرت في أعمال مدنية ، ولذلك يُفترض أن الضرر اللاحق بالدائن عن التأخر بالوفاء يزيد في المواد التجارية عنه في المواد المدنية .

رابعاً - عدم مجانية العمل التجاري . يُفترض في العمل التجاري أنه يتم لقاء أجر ، وإذا كان هذا الأجر غير معين في الاتفاق فيجري تعيينه من قبل المحاكم في الحدود المرعية في مهنة القائم بالعمل التجاري . ويسري ذلك على جميع الأعمال التجارية بما فيها الوكالة بالعمولة والسمسة والوكالة التجارية .

أما الأعمال المدنية فالأمر يختلف بشأنها ، ولا سيما الوكالة التي تُعتبر مجانية في الأمور المدنية ما لم يُشترط العكس أو تتحقق إحدى الحالات التي ينص عليها القانون .

بيد أن المقابل المفترض للعمل التجاري ينظر اليه بصورة واسعة ، ويكفي من ثم لاعتبار العمل التجاري حاصلاً بمقابل أن تتحقق لمن يقوم به مصلحة مادية ولو غير مباشرة . ولذا فإن النقل الذي تقوم به أحياناً شركات الطيران لبعض الشخصيات الهامة ورجال الأعمال دون أن تستوفي منهم الأجرة لا يعد نقلاً بالمجان ، لأن المقابل الذي تحصل عليه هذه الشركات يتمثل في الدعاية التجارية لها أو يتمثل في الامتيازات الخاصة التي تجنيها هذه الشركات من ذلك .

خامساً - تحريم منح المدين التجاري مهلة قضائية للوفاء . وتتضح قسوة الإلزام التجاري وتفضيل مصلحة الدائن التجاري في تحريم منح المدين مهلة للوفاء بالدين .

فبينما يجيز القانون للقاضي في المواد المدنية أن يمنح المدين حسن النية مهلاً للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك ، فيجعل القاضي الدين أقساطاً لمدة طويلة أو قصيرة حسب مقتضى الحال . غير أن المبدأ في المواد التجارية أنه لا يجوز للمحكمة أن تمنح المدين مهلاً للوفاء إلا في ظروف استثنائية . ذلك أن ميعاد الوفاء بالدين له أهمية خاصة بالنسبة للدائن التاجر ، فقد يكون في تأجيل الوفاء بالدين إضاعة فرص ربح كبيرة عليه أو تأخير وفائه هو بديونه التجارية مما يعرضه لشهر إفلاسه

وقد منع القانون منح المدين في الأسناد التجارية أي مهلة للوفاء ، نظراً لطبيعتها الخاصة حيث تقوم هذه الأسناد بدور الوفاء بدلاً من النقود في معظم المعاملات التجارية . على أن ذلك لا يمنع المشرع من التدخل بمنح مهلة للمدين التاجر بالوفاء بما عليه من أسناد تجارية على أثر أزمات وحوادث معينة حصلت في البلاد ، كما حدث في لبنان على أثر الأحداث التي وقعت سنة 1975 حيث أصدر المشرع اللبناني المرسوم رقم 47 لعام 1977 الذي أعطى للتاجر المتضرر بسبب الأحداث الحق في طلب تقسيط الديون المترتبة بذمته .

وإذا كان الرأي السائد منذ القديم يذهب الى اعتبار القانون التجاري من فروع القانون الخاص ، غير أن بعض الفقهاء الحديثين ذهب رغم ذلك الى اعتباره قانوناً مختلطاً ، على أساس أن بعض قواعده - الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص - تتصل بالقانون العام ، كتلك التي تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية والجمارك⁽⁸⁸⁾ . ولكن هذا الرأي الأخير يغفل أن هذه القواعد إنما تدور كلها حول النشاط التجاري الخاص للأشخاص ، فضلاً عن أنها تندرج في الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءاً حقيقياً من القانون التجاري رغم تعلقها بالتجارة⁽⁸⁹⁾ .

هذا وقد صدر القانون التجاري اللبناني الحالي في سنة 1942 وهو يتكون من 668 مادة موزعة على خمسة كتب : أولها خاص بالتجارة بوجه عام والتجار والمؤسسات التجارية ، وثانيها خاص بالشركات التجارية ، وثالثها مخصص للعقود التجارية كالرهن التجاري والوكالة التجارية والوساطة والسمسة والحساب الجاري وعمليات المصارف ، ورابعها مخصص للأسناد التجارية كالكمبيالة أو سند السحب والسند للأمر والشيك وغيرها من الاسناد القابلة للتداول ، والكتاب الخامس مخصص للصالح الاحتياطي والافلاس .

وتكمل تقنين التجارة اللبناني نصوص تشريعية أخرى كقانون الملكية الصناعية والتشريعات الخاصة بالبورصات والغرف التجارية والتمثيل التجاري والمؤسسة التجارية وقوانين النقد والتسليف وتنظيم هيئات الضمان وغيرها .

وهناك نصوص أخرى يتضمنها قانون العقوبات اللبناني وهي خاصة بالعقاب على الجرائم الماسة بالمصالح التجارية ، كإصدار شيك بدون مقابل ، والغش في المعاملات ، والمضاربات غير المشروعة ، والافلاس ، وتقليد علامات الصناعة والتجارة ، والمزاحمة الاحتيالية ، وغصب الاسم التجاري ، والغش في الجوائز الصناعية والتجارية .

(88) يراجع في أنصار هذا الرأي ما ورد عند الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ص 80 بالهامش رقم 1 .

(89) الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 38 ص 80 .

ولا يقتصر التشريع الداخلي كمصدر للقانون التجاري على قانون التجارة اللبناني والقوانين المكملّة له ، بل يشمل أيضاً القانون المدني باعتباره القانون المشترك للقانون الخاص الذي يرجع إليه في تنظيم العلاقات بين الأفراد - سواء كانت تجارية أم مدنية - إذا انتفى النص على ذلك في القوانين الأخرى . وتفريعاً على ذلك يطبق القانون المدني في الحالات التي لا يوجد فيها نص تجاري خاص أو قاعدة عرفية تجارية .

على أن النص المدني لا يطبق حتماً وبالضرورة كلياً خلا القانون التجاري من نصوص خاصة ، بل يشترط لتطبيقه أن يكون متفقاً تماماً مع مبررات وجود القانون التجاري المتمثلة في السرعة والإثبات وإن لم ترد بنص صريح ، أما إذا تعارض النص المدني مع هذه المبررات فيتعين استبعاده من نطاق القانون التجارية .

ج - القانون البحري الوضعي⁽⁹⁰⁾ :

القانون البحري (Le droit maritime) بمعناه الواسع هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بين الأفراد والهيئات الخاصة بصدد الملاحة البحرية ، وتركز موضوعات هذا القانون في السفينة وما تحمله باعتبارها وسيلة الملاحة البحرية .

فهو ينظم الوضع القانوني للسفينة من حيث تحديد اسمها وموطنها وحمولتها وجنسياتها ووجوب تسجيلها في سجل خاص ، وأسباب كسب ملكيتها ، وضمانات الوفاء بحقوق دائني تجهز السفينة من رهن بحري وامتياز وحجز .

ويعرض القانون البحري كذلك لأشخاص الملاحة البحرية ، فيتكلم عن أصحاب السفينة ومسؤوليتهم وعن تجهزها ، والربان والملاحين وتنظيم عقد العمل البحري .

ويبين صور استثمار السفينة بوضعها تحت تصرف الغير عن طريق إيجار السفينة ، وعقد النقل البحري وما يتصل به من مسؤولية الناقل .

وينظم الحوادث البحرية كالتصادم البحري ، والمساعدة البحرية التي تقدمها سفينة لأخرى في حالة الخطر ، والخسائر البحرية المشتركة (أو العوريات العامة) المتمثلة بالأضرار التي تلحق بالسفينة أو البضائع أو المصاريف التي تنفق درءاً للخطر الذي تتعرض له الرحلة البحرية وانقاذاً للسفينة وحمولتها .

(90) الدكتور حسن محيو : محاضرات في قانون التجارة البحرية اللبناني ، الجزء الأول 1983 ؛ الدكتور مصطفى كمال طه : القانون البحري اللبناني ، طبع دار النهضة العربية ببيروت 1968 ؛ الدكتور محمود سمير الشراقوي : القانون البحري ، الجزء الأول ، طبع دار النهضة العربية بالقاهرة 1966 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 42 ص 62 - 63 ؛ الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 39 ص 80 - 81 ؛ الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق رقم 35 ص 62 - 63 .

ويتطرق القانون البحري أيضاً الى التأمين أو الضمان البحري على السفن والبضائع ، الى غير ذلك من المسائل التي تتصل بالملاحة البحرية .

والقانون البحري قانون قديم قدم الملاحة البحرية ذاتها ، وقد نشأ في العصور القديمة منذ أن عرف الناس البحر ، وتطوّر على مرّ الأيام حتى وصل الينا بصورته الحالية .

ورغم أن الفقهاء يقسمون تاريخ القانون البحري الى عصور ثلاثة العصر القديم والعصر الوسيط والعصر الحديث ، غير أنهم يرون أن عناصر القانون البحري بمعناه الحديث قد برزت في العصور الوسطى⁽⁹¹⁾ ، وبفضل العرب والمسلمين . فقد أدى قيام الحروب الصليبية في القرن الحادي عشر الى انتعاش الملاحة البحرية بسبب نقل الجنود والمؤن بين غرب البحر الأبيض المتوسط وشرقه ، وترتب على ذلك ازدهار التجارة البحرية خاصة في الموانئ الإيطالية . ونشأت عادات وأعراف بحرية في غرب أوروبا تم تدوينها في مجموعات قانونية بحرية أشهرها القانون البحري الروديني ، وقواعد أوليرون ، وقنصلية البحر ، ومرشد البحر⁽⁹²⁾ .

1 - القانون البحري الروديني : ⁽⁹³⁾ ويرجع أن هذا القانون يرجع تاريخه ما بين القرنين العاشر والخامس عشر الميلادي ، ويضم مجموعة من العادات البحرية ترشد رجال البحر بالقواعد الواجب اتباعها . وقد كان هذا القانون متبعاً في جنوب أوروبا وبخاصة في صقلية وأسبانيا .

2 - قواعد أوليرون : وترجع الى القرن الثاني عشر الميلادي ، وتضم الأحكام البحرية الصادرة في جزيرة أوليرون وقد كانت مطبقة في موانئ غرب أوروبا .

3 - قنصلية البحر : والراجع أنها دوت في القرن الثالث عشر الميلادي ، وهي تشتمل على العادات البحرية التي كانت متبعة في الحوض الغربي للبحر الأبيض المتوسط .

4 - مرشد البحر : وقد وضع في مدينة روان بشمال فرنسا في القرن السادس عشر الميلادي ، ويشتمل على قواعد تفصيلية للتأمين البحري .

ذاتية القانون البحري⁽⁹⁴⁾ : لما كان القانون التجاري اللبناني يعتبر في مادته السابعة من

Ripert: Précis de droit maritime (7 éd.) N 10 (91)

الدكتور محمود الشراوي المرجع السابق رقم 11 ص 11 - 12 .

(92) الدكتور مصطفى كمال طه : القانون البحري اللبناني رقم 13 ص 14 ؛ الدكتور محمود الشراوي : ذات المرجع والمكان .

(93) الدكتور مصطفى محمد رجب : القانون البحري الإسلامي ص 19 وما بعدها ، الناشر المكتب العربي الحديث بالاسكندرية 1990 .

(94) الدكتور مصطفى كمال طه : القانون البحري اللبناني رقم 2 ص 6 - 8 .

الأعمال التجارية كل العمليات القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية ، فقد درج البعض على القول بأن القانون البحري فرع من القانون التجاري ، كما جرى العرف على تسمية هذا القانون بالقانون التجاري البحري أو قانون التجارة البحري . ولكن الحقيقة أن القانون البحري ليس فرعاً من القانون التجاري ، بل إنه يتمتع بذاتية خاصة وكيان مستقل عن القانون التجاري .

ذلك أن القانون البحري ، وإن كان يعنى أصلاً بالملاحة البحرية الخاصة بالنقل البحري ، فإنه يسري كذلك على ملاحة الصيد وملاحة النزهة ، وكلاهما لا تعد عملاً تجارياً .

ذلك أن القانون البحري ليس مجرد تطبيق لقواعد القانون التجاري على الموضوعات البحرية ، إذ أنه يتضمن أنظمة وقواعد لا نظير لها في القانون التجاري . فالتأمين كان خاصاً بالقانون البحري وحده نظراً للمخاطر الجسيمة التي كانت تحيط بالملاحة البحرية ، وحتى بعد أن عُرف التأمين البري لا يزال التأمين البحري محتفظاً بخصائصه الأصلية وأهمها التخلي للمؤمنين (الترك) . والاثبات في المواد البحرية ليس حراً مطلقاً من كل قيد ، كما هو الشأن في المواد التجارية ، بل إن المشرع البحري يتطلب الاثبات الكتابي كقاعدة عامة . ويفرض القانون البحري على ربان السفينة مساعدة السفن الأخرى التي تكون في حالة الخطر ، وهذا الإلزام لا نظير له في القواعد العامة . وهذه النواحي المختلفة وغيرها تُبرز ما للقانون البحري من مقومات خاصة وكيان مستقل عن القانون التجاري .

وموضوعات القانون البحري ، تجعله فرعاً من فروع القانون الخاص ، وهو المسلّم به لدى جمهور الفقهاء . ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثمة أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك⁽⁹⁵⁾ ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانئ والإرشاد وحرية الملاحة وسلامتها وتنظيم استخدام الملاحين والربان الذي يُعتبر في الوقت ذاته ممثلاً للسلطة العامة . ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، إن كانت تمس الملاحة البحرية ، فهي أدخل في نطاق بعض فروع القانون العام كالقانون الإداري والقانون الدولي العام⁽⁹⁶⁾ ، وبعض فروع القانون الخاص كقانون العمل .

هذا وقد صدر التقنين البحري اللبناني الحالي سنة 1947 ، حيث جمع فيه المشرع معظم القواعد المتعلقة بالملاحة البحرية . وهو يشتمل على تسعة أبواب ، الأول في

(95) الدكتور مصطفى كمال طه : ذات المرجع رقم 2 ص 7 .

(96) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق رقم 39 ص 81 .

السفن ، والثاني في الامتيازات والتأمينات والحجز على السفن ، والثالث في أصحاب السفينة ومجهزها ، والرابع في الربان ، والخامس في تنظيم العمل البحري ، والسادس في إيجار السفينة وعقد النقل ، والسابع في الأخطار البحرية ، والثامن في عقد الاستقراض الجزافي ، والتاسع في الضمان .

وقد نصت المادة الأخيرة من هذا التقنين على أن طرق تطبيقه تحدد بمرسوم ، واستناداً لذلك صدرت مراسيم عديدة تتناول كل الشؤون الخاصة بموضوعاته والتي تتعلق بالملاحة البحرية .

د - القانون الجوي الوضعي⁽⁹⁷⁾ :

القانون الجوي (Le droit aérien) هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن الملاحة الجوية عن طريق استثمار الطائرة .

والواقع أن القانون الجوي ذو مدلول واسع ، إذ يتضمن تحديد المركز القانوني للطائرة من حيث جنسيتها وملكيته وترتيب الحقوق العينية عليها من امتياز وحجز وتنفيذ ، ومن حيث الروابط القانونية المختلفة التي تنشأ عن استعمالها ، كتحديد المركز القانوني لرجال طاقم الطائرة من حيث الحقوق والالتزامات ، وكإعقاد وآثار عقد النقل الجوي للأشخاص أو البضائع ، ومسؤولية الناقل الجوي ، وكعوارض الرحلة الجوية مثل الإصطدام بين الطائرات ، وواجب المساعدة الجوية في حالة الخطر ، ومسؤولية الناقل الجوي عما يلحقه من أضرار بالغير على سطح الأرض .

ولا يقف نطاق القانون الجوي عند هذا الحد ، بل يمتد أيضاً ليشمل تحديد النظام القانوني للمنشآت الأرضية للطيران ، كالمطارات والتابعين الأرضيين للناقل الجوي .

وإلى جانب ذلك ، يتضمن القانون الجوي عدة موضوعات هي بطبيعتها من القانون العام ، كبيان مدى حق الطائرات في التحليق في الفضاء الجوي للدول المختلفة ، ورسم حدود حرية الملاحة الجوية إزاء سيادة الدولة على فضاءها الجوي ، وبيان النظم الجمركية والوقاية الصحية والضبط الإداري للملاحة الجوية ، الى غير ذلك من المسائل التي تتصل بالملاحة الجوية⁽⁹⁸⁾ .

وهذا القانون حديث النشأة لم تتكون قواعده إلا في أعقاب الحرب العالمية الأولى بعد

(97) الدكتور حسن محيو : محاضرات في قانون الطيران ، بيروت 1983 ؛ الدكتور محمد فريد العريني : القانون الجوي ، الدار الجامعية ببيروت 1980 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون رقم 43 ص 63 .

(98) الدكتور حسن محيو : محاضرات في قانون الطيران ص 8 - 9 .

أن تكشفت إمكانيات الطائرة واحتياجها الى تنظيم قانوني يحكم حركتها واستعمالها والعلاقات التي تنشأ عن ذلك .

وقد أنكر بعض الفقهاء على القانون الجوي ذاتيته واستقلاله ، على أساس أنه يضم خليطاً من القواعد التي تنتمي الى شتى فروع القانون ، القانون الدولي والداخلي ، والقانون العام والقانون الخاص . وخلص هذا الرأي الى القول بأنه ينبغي الرجوع الى حل المشاكل الخاصة بالطيران الى القواعد العامة في فرع القانون الذي تدخل المشكلة في دائرته .

وذهب رأي آخر الى الاستعانة بقواعد القانون البحري في نطاق القانون الجوي ، على أساس وجود تشابه في القواعد بين البحر والجو ، إذ أن كلاً من السفينة والطائرة يصارع عناصر الطبيعة ، ويستقل في قيادة الرحلة كل من ربان السفينة وقائد الطائرة ، فضلاً عن أن إبحار السفينة وإقلاع الطائرة يتم من مكان لآخر⁽⁹⁹⁾ . ولكن هذا الرأي محل نظر ، لأن وجوه الخلاف بين القانونين واضحة من وجوه عديدة . فبينما نشأت قواعد القانون البحري من التجربة الطويلة ومن العرف ، نرى أن قواعد القانون الجوي قد استمدت من التشريع ومن المعاهدات الدولية ولا يكاد العرف يساهم فيها بأي نصيب ، ثم أن ظروف الملاحة الجوية تختلف عن ظروف الملاحة البحرية نظراً لطابع السرعة الكبير الذي يميز النقل الجوي ، ولاختلاف طبيعة المخاطر الجوية وأسبابها عن مخاطر البحر ، ولقيام الطائرات بالتحليق فوق أقاليم الدول والملكيات الخاصة وهو وضع تنفرد به الملاحة الجوية .

ويذهب الرأي السائد في الفقه الحديث الى التسليم بذاتية واستقلال القانون الجوي عن سائر فروع القانون ، لأنه يتعلق بالفضاء ، وهو بيئة غريبة عن البيئة الأرضية والبيئة البحرية اللتين ظل النشاط البشري محصوراً فيهما الى وقت قريب فأملتا عليه مبادئ قانونية منبثقة منها ومتفقة وحاجاتهما . ومن غير المقبول أن يكون لهذه المبادئ سلطان على بيئة كانت مجهولة عند تكوينها ، لا سيما إذا كان من شأن التشبث بها الأخذ بحلول لا تلائم البيئة الجديدة . فينبغي ، والحال كذلك ، أن يتحرر القانون الجوي من سيطرة القواعد العامة في التشريع فيكون له استقلال يتيح له خلق مبادئ عامة جديدة تنبع من بيئته وتستجيب لحاجاتها .

والواقع أن هذا الاستقلال للقانون الجوي قد تحقق فعلاً الى مدى بعيد ، لأن الغالبية

(99) يراجع في عرض هذه الآراء : الدكتور حسن محيو : قانون الطيران ص 9 - 10 ؛ الدكتور محمد العربي : المرجع السابق رقم 4 ص 32 - 35 .

العظمى من قواعد هذا القانون مستمدة من إتفاقيات دولية ، ولم تُقم هذه الاتفاقيات وزناً ، عند اختيارها ، إلا لضرورات الملاحة الجوية ، وأعرضت عن القواعد العامة والنظريات الفقهية السائدة في القوانين الداخلية ، الأمر الذي جعل للقانون الجوي وضعاً خاصاً وحقق له استقلالاً لا يتمتع به أي فرع آخر من فروع القانون⁽¹⁾ .

ويتميز القانون الجوي بطابع دولي ناتج عن طبيعة الطائرة التي تنتقل بسرعة فائقة تمكنها من عبور الحدود السياسية والجغرافية بين الدول في زمن قصير جداً يعجز عن تحقيقه غيرها من وسائل النقل . لذا ، اعتبرت الطائرة أداة إتصال دولي وقاري ، وتحتاج العلاقات الناشئة عن حركتها الى حلول قانونية دولية موحدة .

وقد أدركت الدول منذ نشأة الملاحة الجوية بأن هذه الملاحة دولية بطبيعتها ، وينبغي للقواعد التي تنظمها الصفة الدولية ذاتها ، فتكونت قواعد موحدة موضوعة في إتفاقيات مفتوحة لكل الدول . وقد تبارت الدول في الدعوة الى المؤتمرات الدولية للوصول الى هذا التوحيد ، وأقبلت على التصديق على الاتفاقيات التي يتم إبرامها وبادرت الى عقد إتفاقيات خاصة مع جاراتها لتنظيم عمليات الطيران بينها⁽²⁾ .

ونظراً لما يحيط استعمال الطائرة من مخاطر اتخذ القانون الجوي ، دولياً كان أم وطنياً ، طابعاً إلزامياً . ففي المجال الدولي ، لم يُترك للمشرع الوطني الحرية الكاملة في سن التشريعات المنظمة لحركة واستعمال الطائرات ، بل تدخلت المعاهدات الدولية والاتفاقيات الثنائية لوضع ما تنطوي عليه من خطورة بتحريم استعمالها في أغراض غير مشروعة . فحددت المعاهدات والاتفاقيات ما للدولة أن تفعله بمطلق إرادتها وما عليها أن تقوم به طبقاً للتنظيمات المنصوص عليها فيها . وفي المجال الوطني ، تدخل المشرع بنصوص ملزمة ليس فقط لتحديد الشروط اللازمة لبناء وتجهيز الطائرات والمواصفات المتطلبة في المرافق الضرورية لتسييرها ، بل كذلك لحماية ضحايا الوقائع المادية أو أطراف العلاقات القانونية الناشئة عن استعمال الطائرة واستثمارها⁽³⁾ .

مصادر القانون الجوي : وإذا كانت صفات الطائرة كوسيلة للملاحة الجوية قد أضفت على القانون الجوي سمات معينة ، فإن آثارها قد انعكست أيضاً على مصادره . فنظراً لحدثة ظهورها وخطورة نشاطها ، وُلد القانون الجوي مكتوباً لا يعرف غير التشريع مصدراً لقواعده . ولم يجد الوقت الكافي حتى تتكون في رحابه أعراف قانونية تنضاف

(1) الدكتور محمد فريد العربي : المرجع السابق رقم 4 ص 34 - 35 .

(2) الدكتور حسن محيو : محاضرات في قانون الطيران ص 10 - 11 .

(3) الدكتور محمد فريد العربي : المرجع السابق ص 11 ؛ الدكتور حسن محيو : قانون الطيران ص 11 .

لمصادره . ولانفراد الطائرة بسرعة تمكنها من تجاهل الحدود الاقليمية للدول ، جاءت غالبية تشريعات القانون الجوي في صورة معاهدات أو إتفاقيات دولية . ويلاحظ هنا أن الشروط العامة التي يضعها الاتحاد الدولي للنقل الجوي (آياتا) تلعب دوراً هاماً في نطاق الملاحة التجارية الجوية .

هذا وقد صدر في لبنان سنة 1949 تقنين جوي سمي بقانون الطيران ، وهو يتألف من سبعة أبواب : الأول في الفضاء الجوي ، والثاني في الطائرات من حيث أنواعها وجنسياتها وملكيته وتسجيلها وإجارتها وحجزها ، والثالث في حق التجول الجوي وهبوط الطائرات والمطارات ، والرابع في النقل الجوي للبضائع والأشخاص واستخدام الطائرات عند الطوارئ ، والخامس في الأضرار والمسؤوليات الناشئة عن الضرر الذي تسببه حركات طائرة لطائرة أخرى أثناء طيرانها أو للأشخاص أو للأملاك على سطح الأرض ، والسادس في قواعد الاختصاص وتحقيق المخالفات ، والسابع في تعداد العقوبات المترتبة على مخالفة قواعده .

وقد ألحقت بهذا القانون قوانين ومراسيم اشتراعية تتناول مختلف قضايا الطيران .

هـ - قانون العمل الوضعي⁽⁴⁾ :

قانون العمل (Le droit de travail) هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بمناسبة قيام شخص (الأجير) بالعمل لحساب شخص آخر وتحت سلطته أو توجيهه أو رقبته لقاء أجر يتقاضاه منه .

ويشتمل قانون العمل على الموضوعات التالية : عقود العمل الفردية والجماعية باعتبارها مصدراً لعلاقات العمل ، وتنظيم العمل ، كتحديد الحد الأقصى لساعات العمل ، والإجازات السنوية والمرضية ، وتحديد الأجر ، وتنظيم استخدام الأولاد والنساء ، وكيفية انتهاء عقد الاستخدام ، ونقابات العمال . ويلاحظ أن القواعد الخاصة بحماية العامل ضد اصابات العمل والبطالة والمرض والشيخوخة وإن كانت في الأصل تعتبر جزءاً من قانون العمل ، إلا أنها أخذت تدريجياً تكون فرعاً من فروع القانون هو قانون الضمان الاجتماعي .

ويعتبر قانون العمل حديث النشأة نسبياً . فقد كانت العلاقة بين العامل وصاحب

(4) الدكتور عصام القيسي : قانون العمل اللبناني ، منشورات عشتار بيروت 1983 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج صده : أصول القانون رقم 44 ص 64 - 65 ؛ الدكتور حسن كبره : المرجع السابق رقم 40 ص 81 - 82 ؛ الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق رقم 24 ص 43 - 45 .

العمل تخضع للقاعدة العامة في القانون المدني ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فتتم شروط عقد العمل بينهما وفقاً لما تم الاتفاق عليه بصرف النظر عما تحمله من تحكم واستغلال . ولما قامت النهضة الصناعية ، التي حدثت في العالم إثر استعمال الآلات الحديثة ، وظهر الانتاج الكبير ، وجدت قوى جديدة تتمثل في أصحاب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما تملك من قوة اقتصادية أن تفرض شروطها الجائرة على العمال ، ولم يكن في وسع هؤلاء أن يناقشوا هذه الشروط ، بل كان لا بد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة كي يحصلوا على رزقهم اليومي . وكان طبيعياً أن يؤدي هذا الى زيادة اختلال التوازن في عقد العمل ، فظهر رد فعل العمال الذين تكونت منهم طبقة اجتماعية جديدة لها وزنها وقوتها ، وظهرت معها الأفكار الاشتراكية الجديدة تنادي بتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد .

وعلى أثر ذلك نشطت حركة التشريع في معظم الدول لتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل على نحو يكفل حقوق الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل بنصوص أمرة وتمتعه بكيان ذاتي كفرع مستقل من فروع القانون .

ورغم أن الرأي السائد يذهب الى اعتبار قانون العمل فرعاً من فروع القانون الخاص ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام نظراً لتدخل الدولة في العلاقات الناجمة عنه ، ولطغيان القواعد الأمرة فيه بحيث لم يعد في هذا القانون مكان لمبدأ سلطان الإرادة . وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانوناً مختلطاً يجتمع فيه طابع القانون الخاص والقانون العام على السواء ، بسبب كثرة قواعد القانون العام فيه مثل تنظيم العمل والتحكيم في منازعات العمل الجماعية والتفتيش على أماكن العمل والعقوبات التي ترافق عدم تطبيق قواعده⁽⁵⁾ .

والواقع أنه إذا كان صحيحاً تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، إلا أنها أدخلت في الحقيقة في نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة كالقانون الإداري وقانون العقوبات منها في نطاق قانون العمل ، وذلك رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجوهرية في صعيد واحد خضوعاً لمقتضيات التشريع أو التجميع . فضلاً عن أن المعول عليه في تحديد طبيعة القانون يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر الى ما تحكمه من موضوعات ، وواضح أن المحور الأساسي لقانون العمل إنما يتركز في علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة في الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، الأمر

(5) يراجع في عرض هذه الآراء : الدكتور حسن كبره : المدخل الى القانون رقم 40 ص 83 ؛ الدكتور عصام القيسي : المرجع السابق رقم 18 - 19 .

الذي يجعل منه فرعاً من فروع القانون الخاص⁽⁶⁾ .

وفي خصوص تشريع العمل في لبنان فإنه لم يبدأ في الظهور إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية ، حيث أصدر المشرع اللبناني قانون العمل الحالي في سنة 1946 . ثم واصل المشرع التطور بهذا القانون في السنوات الأخيرة ، فأصدر قانون الضمان الاجتماعي في سنة 1963 لتأمين العمال ضد الأخطار التي تهددهم ، ثم قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم في سنة 1964⁽⁷⁾ .

هذا ويشتمل قانون العمل اللبناني على أحكام أولية وسبعة أبواب . ففي الأحكام الأولية تكلم عن تعريف رب العمل والأجير والنقابة والطوائف المستثناة من قواعده وميدان تطبيقه . وضمن الباب الأول منه ستة فصول : الأول في عقد الاستخدام ، والثاني في استخدام الأولاد والنساء ، والثالث في مدة العمل والإجازات ، والرابع في الأجرة ، والخامس في الصرف من الخدمة ، والسادس في وقاية الأجراء والصحة والسلامة . وخصص الباب الثاني لتنظيم العمل ، والثالث للمجلس التحكيمي ، والرابع للنقابات ، والخامس للعقوبات ، والسادس لمكاتب الاستخدام ، والسابع للأحكام النهائية .

وقد ألحق بقانون العمل ملحقان : الأول يحظر تشغيل الأولاد والأحداث والنساء في صناعات وأشغال ذكرها هذا الملحق ، والثاني عين الصناعات التي يخضع استخدام الأحداث فيها لتقديم شهادة طبية .

82 - (ثالثاً) - القانون المختلط الوضعي وفرعاه :

سبق القول أن بعض فروع القانون ينتمي الى القانون العام والى القانون الخاص معاً ، فتكون مختلطة النوع ، وأنه ليس في وجودها على هذا النحو ما يقطع أو ينقض التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . والصفة المختلطة تثبت في الواقع لقانونين ، قانون أصول المحاكمات المدنية والقانون الدولي الخاص .

ونتكلم عن هذين القانونين على النحو الآتي :

أ - قانون أصول المحاكمات المدنية الوضعي⁽⁸⁾ :

قانون أصول المحاكمات المدنية (Le droit de procédure civile) ، أو قانون

(6) الدكتور حسن كيره : المدخل الى القانون رقم 40 ص 83 - 84 ؛ الدكتور عصام القيسي : المرجع السابق ص 19 .

(7) يراجع في تطور قانون العمل في لبنان : الدكتور عصام القيسي : المرجع السابق ص 27 وما بعدها .

(8) الدكتور إدوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات ، بيروت ؛ الدكتور حلمي الحجار : القانون القضائي الخاص ،

المرافعات - كما يسمى في مصر - أو القانون القضائي الخاص⁽⁹⁾ ، في معناه الواسع هو مجموعة القواعد التي تنظم السلطة القضائية، وتبين الأصول والإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم ، وذلك للوصول الى حماية الحقوق إذا ما نوزع فيها .

فإذا كان كل من القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون العمل يحدد للأفراد حقوقهم (كبيان حق الملكية أو حق المديونية أو حق التعويض ، أو حق التاجر في الحصول على دينه ، أو حق العامل في الحصول على أجره) ، فإن قانون أصول المحاكمات يبين الأصول والإجراءات الواجبة لاتباع الحماية هذه الحقوق إذا اعتدي عليها ، أو لاقضاءها إذا حصل تقصير في أدائها أو نوزع في وجودها . ومن ثم فكل من القانون المدني والتجاري والعمالي قانون موضوعي ، بينما قانون أصول المحاكمات إجرائي أو شكلي يلزم وجوده لإعمال قواعد القانون المدني أو التجاري أو العمالي ، وهو بالنسبة لهذه القوانين مثل قانون أصول المحاكمات الجزائية بالنسبة لقانون العقوبات ويتكفل قانون أصول المحاكمات المدنية بناحيتين :

الأولى - تنظيم السلطة القضائية . ويتضمن هذا التنظيم فئتين من القواعد . قواعد التنظيم القضائي ، وهي التي تبين أنواع المحاكم وتشكيلها ودرجاتها وشروط تعيين القضاة وحقوقهم وواجباتهم . كما يتضمن قواعد الاختصاص ، وهي التي تتعلق بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم بدرجاتها المختلفة .

وتتولى السلطة القضائية في الأصل الفصل في المنازعات التي ترفع الى المحاكم من الخصوم ، وتطبيق حكم القانون عليها ، إقامة لميزان العدالة على وجه الأرض وإحقاقاً للحق بين المتقاضين .

وترتكز قواعد التنظيم القضائي الوضعي الحديث على عدد من المبادئ العامة الأساسية التي من شأنها تحقيق عدالة فضلى . وتقوم هذه المبادئ على الآتي : 1 - استقلال السلطة القضائية عن سائر السلطات . 2 - المساواة أمام القضاء . 3 - التفريق بين اختصاص المحاكم . 4 - التقاضي على أكثر من درجة . 5 - تعدد القضاة والقاضي الفرد . 6 - استقرار المحاكم في مراكزها واستمرار العمل القضائي . 7 - واجب القاضي في إصدار

= بيروت 1987 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 45 ص 65 - 67 ؛ الدكتور حسن كبره : المدخل الى القانون رقم 43 ص 89 - 90 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية رقم 37 ص 65 ؛ الدكتور أحمد هندي : أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية بيروت 1989 .

(9) هذه التسمية الأخيرة أدق ، لأنها لا تقتصر كالأولى على قواعد الأصول أو الإجراءات ، بل تشمل أيضاً على قواعد أخرى تتعلق بالتنظيم القضائي ونظرية الدعوى (د . إدوار عيد : ذات المرجع جـ 1 ص 19) .

الحكم وتعليله . 8 - وجود معاونين للقضاء . 9 - علانية المحاكمة . 10 - كفاءة القاضي ونزاهته⁽¹⁰⁾ .

والثانية - بيان الأصول والإجراءات التي يجب على الأفراد التزامها عندما يلجأون الى القضاء لحماية حقوقهم واقتضاها . ويتضمن هذا البيان قواعد الاجراءات ، وهي التي تتعلق بكيفية رفع النزاع أمام المحكمة المختصة ، وإجراءات إثبات الحق المدعى به ، وما يجوز إبدائه من دفوع ، وكيفية الحكم في الدعوى ، وطرق الطعن في الأحكام ومهلها ، سواء كان الطعن عن طريق الاعتراض أو الاستئناف أو التمييز (النقض) أو اعتراض الغير أو إعادة المحاكمة . فإذا ما صدر حكم وصار مبرماً ، فإن قانون أصول المحاكمات المدنية يبين الاجراءات الواجب اتباعها لتنفيذه .

وقد أدى الجمع بين هاتين الناحيتين في نطاق قانون أصول المحاكمات المدنية الى اختلاف الرأي في الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يُعتبر فرعاً من القانون الخاص أم يُعتبر فرعاً من القانون العام⁽¹¹⁾ . فذهب رأي إلى الاعتبار الأول على أساس أن قانون أصول المحاكمات يهدف في الأصل الى حماية الحقوق الفردية التي تقررها القوانين الخاصة الأخرى والى تكريس تلك الحقوق بأحكام قابلة للتنفيذ . وذهب رأي آخر الى الاعتبار الثاني استناداً الى أن قانون أصول المحاكمات ينظم السلطة القضائية وهي إحدى السلطات العامة .

لكن الرأي الراجح يذهب بحق الى اعتباره قانوناً مختلطاً ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لإجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها⁽¹²⁾ .

ومن المقرر أن القانون أصول المحاكمات المدنية يُعتبر القانون الأساسي والمشارك في مسائل الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم . فحيث يشوب قوانين الأصول الأخرى ، ولا سيما الإدارية أو الشرعية ، نقص أو غموض ، يمكن الرجوع اليه لسد النقص أو تفسير الغموض .

وكان قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم قد صدر في سنة 1933 ، وقد

(10) يراجع في عرض هذه المبادئ : الدكتور إدوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات ج 2 (1978) ص 22 وما بعدها ، بيروت .

(11) يراجع في عرض هذه الآراء وأنصارها : الدكتور إدوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات ج 1 رقم 4 ص 29 - 30 ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 43 ص 89 - 90 .

(12) الدكتور إدوار عيد : ذات المرجع والمكان ؛ الدكتور حلمي الحجار : المرجع السابق رقم 5 ص 7 - 8 ؛ الدكتور أحمد هندي : المرجع السابق رقم 4 ص 12 ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 43 ص 90 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق رقم 45 ص 66 .

حل محله قانون جديد صدر في سنة 1983 .

ويتألف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد من ثلاثة كتب : الأول في أصول المحاكمات ، والثاني في خصومات وإجراءات متنوعة ، والثالث في التنفيذ .

ويُقسّم الكتاب الأول الى باب تمهيدي يتضمن مبادئ عامة وستة أبواب : الأول في الدعوى ، والثاني في الاختصاص ، والثالث في الإثبات ، والرابع في المحاكمة ، والخامس في الأحكام ، والسادس في طرق الطعن في الأحكام .

ويُقسّم الكتاب الثاني الى باين، الأول في التحكيم ، والثاني في العرض الفعلي والإيداع .

ويشمل الكتاب الثالث تسعة أبواب : الأول في أحكام عامة ، والثاني في الحجز الاحتياطي ، والثالث في حجز الاستحقاق ، والرابع في الحجز لدى شخص ثالث ، والخامس في الحجز التنفيذي ، والسادس في معاملة توزيع الثمن ، والسابع في حبس المدين ، والثامن في تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية ، والتاسع في أحكام ختامية .

ب - القانون الدولي الخاص الوضعي⁽¹³⁾ :

القانون الدولي الخاص (Le droit international privé) هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، وذلك من حيث بيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بنظرها ، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

والمقصود بالعلاقات الخاصة تلك التي تتصل بالقانون الخاص دون القانون العام ، كالعلاقات المدنية أو التجارية أو مسائل الأحوال الشخصية .

ويُراد بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي تلك التي يكون أحد عناصرها متصلاً بدولة أجنبية . وعناصر العلاقة الأجنبية ثلاثة ، هي أطرافها وموضوعها وسببها . فمثلاً إذا كان أحد طرفي العلاقة أو كلاهما شخصاً أجنبياً ، أو كان موضوعها مالاً أو عقاراً موجوداً في إقليم بلد أجنبي ، أو كان سببها فعلاً أو تصرفاً حصل في الخارج كالفعل الضار أو العقد ، كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي .

(13) الدكتور أحمد مسلم : القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، طبع دار النهضة العربية ببيروت 1966 ؛ الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض : مبادئ القانون الدولي الخاص ، طبع دار النهضة العربية ببيروت 1969 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل رقم 38 ص 66 - 68 ؛ الدكتور حسن كيره : المدخل رقم 42 ص 84 - 86 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 46 ص 67 - 70 ؛ الدكتور صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ببيروت 1972 ؛ الدكتور سامي منصور : المختصر في القانون الدولي الخاص ، مطبوعات كلية الحقوق بالجامعة اللبنانية 1991 .

فالقانون الدولي الخاص يفترض إذن علاقات أو روابط قانونية ذات عنصر أجنبي . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية الخالصة لا تثير أي خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت إلا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطني وحده بقواعده الموضوعية والشكلية وعلى هذا الأساس تكون المحاكم اللبنانية وحدها هي المختصة بفض النزاع ، ويكون القانون اللبناني وحده هو واجب التطبيق في شأن زواج يُعقد بين لبناني ولبنانية في لبنان حيث يُقيم الزوجان ، وفي شأن بيع العقار في لبنان بين طرفين لبنانيين بخصوص عقار كائن في لبنان ، وفي شأن ميراث لبناني توفي في لبنان عن أموال موجودة فيه .

أما إذا كان أحد عناصر العلاقات أو الروابط السابقة أجنبياً ، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتدخل ، لتبين المحكمة المختصة بنظر النزاع ، هل هي المحكمة الوطنية أم المحكمة الأجنبية ، كما تبين القانون الذي يحكم العلاقة ، هل هو القانون الأجنبي أم القانون الوطني .

إذاً تم زواج في فرنسا مثلاً بين لبناني ولبنانية ثم نشأ نزاع بشأنه هل تكون المحاكم اللبنانية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التي تم فيها عقد الزواج ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم اللبنانية ، فهل يطبق القانون اللبناني باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة أم يطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون التصرف المنشئ للعلاقة ؟

وإذا باع ألماني الى لبناني عقاراً موجوداً في إيطاليا بمقتضى عقد أبرم في فرنسا ، وقام نزاع في شأن هذا البيع ، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم الألمانية أم اللبنانية أم الإيطالية أم الفرنسية ، وإذا انعقد الاختصاص لإحداها ، فهل يطبق القانون الألماني باعتباره قانون جنسية البائع ، أم القانون اللبناني باعتباره قانون جنسية المشتري ، أم القانون الإيطالي باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الفرنسي باعتباره قانون مكان إبرام العقد ؟

ففي مثل هذه العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبي ، فقد استقر الرأي دولياً أنها لا تخضع حتماً للقانون الوطني ، ولا تختص بمنازعاتها دائماً المحاكم الوطنية ، وإنما قد يحكمها قانون أجنبي ، وقد لا تختص بها المحاكم الوطنية .

وتحدد كل دولة في قانونها متى تختص محاكمها بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي ، كما تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ومتى يكون القانون الوطني ومتى يكون قانوناً أجنبياً . ويلاحظ هنا أن تسمية هذا الفرع من فروع القانون بالقانون «الدولي» فيها تجاوز ، فليس هو بالقانون المتبع على شكل موحد في كل الدول حتى تصدق في شأنه هذه

التسمية ، بل هو مجرد قانون وطني تستقل كل دولة بوضعه ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولي الخاص المختلف عن القانون الدولي الخاص المطبق في الدول الأخرى ، فهناك القانون الدولي الخاص اللبناني ، والقانون الدولي الخاص الفرنسي ، والقانون الدولي الخاص الانكليزي وهكذا⁽¹⁴⁾ . والواقع أن وصف هذا القانون « بالدولي » مرده كون العلاقات التي يحكمها ذات عنصر أجنبي أو أكثر ، أي أنها ذات صفة دولية بالنسبة الى عنصر من عناصرها⁽¹⁵⁾ .

ومن هذا يتبين أن القانون الدولي الخاص يتكفل بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من ناحيتين :⁽¹⁶⁾

الأولى هي تحديد المحكمة المختصة دولياً بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي ، حيث يُعنى هذا القانون بحل النزاع على الاختصاص القضائي ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي . وهي تقتصر على بيان ما إذا كانت المحاكم الوطنية هي المحاكم المختصة بنظر تلك العلاقة أم أنها غير مختصة . فإذا أشارت تلك القواعد الى عدم اختصاص المحاكم الوطنية ، توقف الأمر عند هذا الحد ، دون أن تتكفل هذه القواعد ببيان المحاكم الأجنبية المختصة .

والثانية هي بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة ، حيث يُعنى القانون الدولي الخاص بحل النزاع على الاختصاص التشريعي . ولذلك تُسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع القوانين في المكان أو قواعد الإسناد . وقد جاءت هذه التسمية الأخيرة من طبيعة هذه القواعد ، فهي لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي حلاً موضوعياً ، وإنما تقتصر على مجرد الإحالة والإسناد في شأن بيان هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، وهذا القانون هو الذي يقدم الحل الذي يُفصل في النزاع بمقتضاه . فمثلاً إذا توفي أميركي مقيم في لبنان ، وأشارت قواعد القانون الدولي الخاص اللبناني أو قواعد الإسناد اللبنانية بأن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن هو القانون الأميركي ، فإن دورها ينتهي عند هذا الحد ، ثم يصار بعد ذلك الى تطبيق قواعد القانون الأميركي الموضوعية المتعلقة بالميراث أو الوصية .

ومن أمثلة قواعد الإسناد اللبنانية ، ما ينص عليه القانون اللبناني من خضوع

(14) الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق ص 86 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ص 69 .

(15) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 67 - 68 .

(16) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 3 ص 7 - 8 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون رقم 46 ص 67 - 69 ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق رقم 42 ص 86 - 88 ؛ الدكتور صوفي أبوطالب :

المرجع السابق ص 29 - 34 .

الأحوال الشخصية للأجانب لقواعد قانونهم الوطني⁽¹⁷⁾ ، وما ينص عليه لجهة خضوع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لقواعد قوانين بلاده⁽¹⁸⁾ .

ولئن كان القانون الدولي الخاص يشتمل أساساً على موضوعي « تنازع الاختصاص القضائي الدولي » و« تنازع القوانين في المكان » ، إلا أن كثيراً من الفقهاء قد أدخل في نطاقه أيضاً موضوع « الجنسية » و« مركز الأجانب » و« الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الإضافية هي مسائل أولية ضرورية للموضوعين الأساسيين . فلا بد من معرفة جنسية أطراف العلاقة للوقوف على ما إذا كانت هذه العلاقة في عنصرها الشخصي وطنية أم أجنبية . ولا بد من معرفة مدى تمتع الأجنبي بالحقوق في الدولة التي يوجد على أرضها لإمكان الحكم له بها في المنازعة التي يكون أحد أطرافها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، إذ يتوقف على تحديده في بعض الأحيان تعيين الاختصاص القضائي أو التشريعي ، فضلاً عن أهميته في قانون مركز الأجانب وفي قانون الجنسية جميعاً . وهذا التجميع للموضوعات الخمسة في نطاق القانون الدولي الخاص هو الاتجاه المأخوذ به في فرنسا ، ولبنان ومصر⁽¹⁹⁾ .

وحول انتماء القانون الدولي الخاص الى القانون الخاص أو العام ، اختلف الفقهاء . فذهب البعض الى اعتباره فرعاً من فروع القانون الخاص ، وذلك لوجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبي تتصدى قواعد حل التنازع بين القوانين إضافة الى أن القواعد الغالبة لهذا القانون تنتمي الى القانون الخاص⁽²⁰⁾ . وفريق آخر يعتبر هذا القانون فرعاً من فروع القانون العام ، نظراً لأن موضوعات هذا القانون كالجندية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي تدخل في نطاق القانون العام⁽²¹⁾ .

والرأي السائد يذهب بحق إلى أنه قانون مختلط ، يمزج القانون الدولي بالداخلي ، والقانون الخاص بالعام . فهو فرع قائم بذاته ، ويجمع بين طياته قواعد من القانون الخاص كقواعد تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين ووجود علاقات خاصة بين الأفراد ، وأخرى من القانون العام كقواعد الجنسية والمركز القانوني للأجانب والموطن⁽²²⁾ .

(17) المادة 10 من القرار التشريعي رقم 60 تاريخ 13 - 3 - 1926 المعدلة بالمادة 1 / 3 من القرار التشريعي رقم 146 تاريخ 18 - 11 - 1938 .

(18) المادة 231 / 2 من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(19) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق ص 8 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 69 .

(20) Battifol: Traité élémentaire de droit international privé N 22.

والدكتور بدر يعقوب: المرجع السابق ص 49 .

(21) Niboyet: Cours de droit international privé français (1949) pp. 54- 56.

(22) Savatier: Cours de droit international privé (1974) p. 7; Lerebours - Pigeonnière: Précis de droit international privé (1959) p. 54.

ومصادر القانون الدولي الخاص نوعان : مصادر وطنية وهي التشريع والعرف وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ، ومصادر دولية هي المعاهدات الدولية ، والعرف الدولي ، والقضاء والفقه الدوليين بما يقرانه من مبادئ أصولية وحلول راجحة في موضوعاته⁽¹³⁾ .

والتشريع اللبناني المتعلق بالقانون الدولي الخاص موزعة قواعده في عدة قوانين ، أهمها قانون الملكية العقارية الذي ينص على بعض قواعد تنازع القوانين (م 231 / 2) ، وتقنين أصول المحاكمات المدنية الجديد لعام 1983 الذي ينص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي (م 74 - 80) وبعض قواعد تنازع الاختصاص المكاني (م 98 و 102 - 106) ، وبعض قواعد الاثبات ذات العنصر الأجنبي (م 139 و 140 و 142) ، ومعاهدة لوزان لسنة 1923 والقرارات الصادرة استناداً إليها وبعض القوانين الخاصة بالجنسية اللبنانية ، وقانون دخول الأجانب الى لبنان والإقامة فيه والخروج منه (قانون 10 - 7 - 1962) ، والقانون الخاص بملكية الأجانب للعقارات (قانون 10 - 9 - 1966) .

المطلب الثاني

القانون العام والخاص في الفقه الاسلامي

83 - وحدة القانون في الإسلام :

سبق القول أنه رغم وجود فوارق هامة بين القانون العام والقانون الخاص في الفقه الوضعي ، غير أن التفرقة بينهما ليست حتمية ولازمة في كل نظام أو قانون . فهناك من الشرائع والقوانين ما لا يعرف هذه التفرقة كالشرع الاسلامي ، والقانون الكنسي ، والقوانين الانكلوسكسونية⁽²⁴⁾ .

فالشرع الإسلامي لم يفرق في الخطاب القانوني بين الفرد والدولة وسلطاتها العامة ، وذلك لأن الخطاب الشرعي في الإسلام صادر من رب العالمين وهو موجه مباشرة الى بني البشر من أفراد وجماعات بلا تمييز ولا تفرق . والقول بتفوق الدولة وسلطاتها العامة بالوسائل السلطوية على الأفراد يتنافى مع نظرة الإسلام الى المساواة حيث يتساوى الحاكم بالمحكوم في الشخصية القانونية ، وتتفنى روح السيطرة من جانب الحاكم وروح الخضوع من جانب المحكوم ، كما تتفنى روح التمييز بين المسلمين بسبب المركز والوظيفة .

والقانون العام والقانون الخاص هما في الشرع الإسلامي قسمان لنظام قانوني واحد ،

الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 8 ص 12 ورقم 10 ص 15 - 16 ؛ الدكتور فؤاد رياض : المرجع السابق ص 5 ؛ الدكتور حسن كبره : المرجع السابق ص 89 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 69 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل 68 ؛ الدكتور صوفي أبو طالب : المرجع السابق ص 55 .

(23) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 5 ص 9 .

(24) يراجع ما سبق رقم 79 .

دون أن يكون لأحدهما الصدارة على الآخر من حيث القوة القانونية ، فكلاهما يتساوى مع الآخر لأن طبيعة قواعدهما واحدة ، ولأن مصدر كليهما واحد ، وهدف كل نظام منهما واحد .

فالقاعدة القانونية في الشرع الاسلامي من حيث طبيعتها وغايتها هي واحدة في النطاق العام والنطاق الخاص ، وهي ترمي الى تنظيم العلاقات الإنسانية مهما يكن نوعها ، ومهما يكن أطرافها على أساس المبادئ والأصول الكلية في الإسلام ، وهي العدالة والمساواة والأخلاق⁽²⁵⁾ .

وينبغي على ذلك أن جميع القواعد الشرعية في الإسلام يضمها نظام قانوني واحد . وهذه الوحدة ليست مماثلة تماماً لنظرية وحدة القانون في الفقه الوضعي . ذلك أن أنصار نظرية وحدة القانون في الفقه الوضعي لا يكتفون بأن النظم القانونية المختلفة يربطها رباط الوحدة ، بل يبحثون بعد ذلك عن القاعدة الأساسية في البناء القانوني ، وعن مكان وجودها ، وذلك لكي يعترفون للفرع القانوني الذي توجد فيه بالصدارة والتفوق القانوني لقواعده على سائر القواعد في الفروع الأخرى . أما القواعد في الشرع الإسلامي فهي كلها متساوية ما دام أن مصدرها واحد ، فالقواعد الواردة في القرآن الكريم كلها متساوية من حيث طبيعتها القانونية . والقواعد الواردة في السنة النبوية كلها متساوية من حيث طبيعتها القانونية . لذلك لم يقسم الفقهاء المسلمون القدامى قواعد المعاملات القانونية الى عام وخاص ، خارجي وداخلي .

غير أن ذلك لا يعني أن الشرع الإسلامي لم يتضمن قواعد تدخل في كافة فروع القانون العام منه والخاص ، إذ هو نظام شامل لشؤون الحياة في مختلف ميادين النشاط الإنساني . فهو يتسم من حيث الموضوع القانوني بالعمومية والشمول ، وقد تناول قواعد القانون العام والقانون الخاص بكافة فروعهما ، لكن ليس في مباحث مستقلة لكل قسم ولكل فرع وبذات التسميات المعروفة في الفقه الوضعي ، وإنما عرض لهما بالعناوين والأبواب الخاصة به كفقه مستقل له ذاتية وطابع فريد .

وإذا كان الفقه الوضعي قد جرى على تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص وقانون مختلط ، فإننا سنجري على ذات التقسيم محاولين تلمس هذه الأقسام القانونية في الفقه الإسلامي .

فنتناول معالم القانون العام الإسلامي وفروعه في بند أول ، ومعالم القانون الخاص

(25) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية رقم 259 و260 ص 181 - 183 .

الإسلامي وفروعه في بند ثان ، ومعالم القانون المختلط الإسلامي وفروعه في بند ثالث .

84 - (أولاً) - معالم القانون العام الإسلامي وفروعه :

قدمنا أن القانون العام في الفقه الوضعي هو الذي ينظم العلاقات القانونية التي تكون فيها الدولة طرفاً باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة سواء في علاقاتها مع الدول الأخرى أم مع الأفراد . وأن فروعه هي ، القانون الدولي العام ، والقانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجزائي⁽²⁶⁾ .

وقلنا أن الشرع الإسلامي لم يقسم القواعد القانونية إلى عام وخاص ، خارجي وداخلي . وأن الفقهاء المسلمين القدامى لم يكن يذكرون في كتبهم المسائل المتعلقة بما يسمى بالقانون العام الوضعي في قسم مستقل وفروع مستقلة وبالتسميات القانونية المعروفة ، وإنما عرضوا لتلك المسائل بعنوان السياسة الشرعية والأحكام السلطانية والسير والمغازي والجهاد والجنايات والحدود والديات ونحو ذلك .

ويقابل قسم القانون العام الوضعي في الفقه الإسلامي قسم « الأحكام السلطانية » والتي سميت كذلك نسبة إلى السلطان أو السلطة أو لتعلقها بسلطة الدولة الإسلامية . ويراد بها كيف تساس الدولة دولياً ودستورياً وإدارياً ومالياً وجزائياً .

وقد كانت هذه التسمية الإسلامية الإصطلاحية عنواناً لكتاب « الأحكام السلطانية والولايات الدينية » للإمام المارودي⁽²⁷⁾ ، ولكتاب بذات الاسم للإمام أبي يعلى بن الفراء⁽²⁸⁾ . وهما يبحثان في الخلافة أو الإمامة ، والوزارة ، والإمارة ، وسلطات الأمير ، والجيش ، والعلاقات مع العدو ، وولاية القضاء والمظالم ، والجزية والخراج ، والدواوين ، وأحكام الجرائم والحسبة . وهذا كله يدخل ، بالتعبير الوضعي الحديث ، في فروع القانون العام : الدولي والدستوري والإداري والمالي والجزائي .

ونتناول فيما يلي فروع القانون العام الإسلامي كلاً على حدة ، تمثيلاً مع التعداد الوارد في الفقه الوضعي ، لكن دون تقسيم بين قانون عام خارجي وداخلي لوحدة القانون في الإسلام .

أ - القانون الدولي العام الإسلامي⁽²⁹⁾ :

يشتمل الشرع الإسلامي في جزء من قواعده على مبادئ ومفاهيم وضوابط تصلح

(26) يراجع ما سبق رقم 79 و 80 .

(27) من طبعات هذا الكتاب : طبعة مطبعة البابي الحلبي بمصر 1960 ، وطبعة دار الكتب العلمية ببيروت 1985

(28) طبع دار الكتب العلمية ببيروت 1983 .

(29) يراجع في تفصيل ذلك :

لتكوين قانون دولي عام ، يعكس نظرة الإسلام من فكرة التعامل بين الجماعات والدول ، هذه النظرة التي تقوم أساساً على مبدأ التعايش السلمي وعدم اللجوء الى الحرب إلا على سبيل الدفاع والإضطرار .

وقد كان لهذا الشرع - الذي جاء في القرن السابع الميلادي - فضل المبادرة في العناية بأمر تنظيم العلاقات بين الجماعات والدول ، وطبق المسلمون هذا التنظيم المثالي في حالات السلم والحرب والحياة وذلك قبل أن يعرف الغرب مثل هذا التنظيم بما يقارب الألف سنة .

وإن وجود تنظيم إسلامي للقانون والعلاقات الدولية أمر طبيعي ، إذ أن الشرع الإسلامي يأمر بإقامة دولة إسلامية ، ووجود دولة إسلامية يستدعي قيام علاقات بين هذه الدولة وغيرها من الدول ، وهذه العلاقات لا بد لها من قواعد تنظمها على نحو ما تلتزم بها الدول أو بعضها أو الدولة الإسلامية فقط في معاملاتها مع غيرها ، وهذا ما وقع فعلاً ، فقد وجدت مثل هذه القواعد في الشرع الإسلامي⁽³⁰⁾ .

ويمكن تعريف القانون الدولي الإسلامي بأنه « مجموعة القواعد الشرعية التي تلتزم بها الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول والجماعات الأخرى سواء في حالات السلم أم الحرب أم الحياة »⁽³¹⁾ .

وقد عالج الفقهاء المسلمون مسائل هذا القانون في باب السير . وهذه جمع سيرة ،

= كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 36 ص 166 - 203 ؛ الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة 1970 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ص 9 - 85 ، مجموعة بحوث فقهية ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت 1982 ؛ الاستاذ عمر أحمد الفرجاني : أصول العلاقات الدولية في الإسلام ، المنشأة العامة للنشر بطرابلس ليبيا 1984 ؛ الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ، الناشر دار العلم للملايين 1972 وقد أشار بهامش ص 46 الى المراجع الأجنبية الآتية : الشرع الدولي في الإسلام لتجيب الارمنازي ، الطبعة الفرنسية ، باريس 1929 والترجمة العربية بدمشق 1930 ؛ الحرب والسلم في شريعة الإسلام لمجيد خدوري ، بالانكليزية 1955 ؛ سيرة الدولة الإسلامية لمحمد حميد الله ، بالانكليزية - لاهور 1945 ؛ سيرة الدولة الإسلامية لمحمد حميد الله ، بالانكليزية - لاهور 1945 ؛ القانون الدولي الإسلامي لهافنغ ، بالألمانية - هونفر 1925 ؛ الإسلام والقانون الدولي لأحمد رشيد ، بالفرنسية - مجموعة محاضرات أكاديمية لاهي 1937 ج 2 ص 375 ؛ دراسات في التطور التاريخي للقانون الدولي في أوروبا الشرقية للبارون ميشال دو توبه ، بالفرنسية - مجموعة لاهي 1926 ج 1 ص 341 - 554 ؛ نظرية القانون الدولي الإسلامي للدكتور إدمون رباط ، بالفرنسية - المجلة المصرية للقانون الدولي 1950 ص 1 - 23 .

الاستاذ علي علي منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، القاهرة 1962 .

(30) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ص 12 - 16 .

(31) قارن : الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام رقم 10 ص 16 .

ومعناها لغة الطريق . أما في الإصطلاح الشرعي ، فقد استعملت هذه الكلمة لمسلِك الدولة في المغازي ، لأنها تجمع « سِير النبي ﷺ وطرقه في مغازيه ، وسير أصحابه وما نقل عنهم في ذلك . وبهذا المعنى استعمل الإمام أبو يوسف كلمة « السِير » في كتابه « الرد على سِير الأوزاعي » ، واستعملها الإمام محمد الشيباني في كتابيه « السِير الكبير والسِير الصغير » .

وكذلك تعرّض الفقهاء لبحث موضوعات القانون الدولي أحياناً في باب الجهاد أو المغازي ، أو في أبواب أخرى متفرعة ، كالعنائم وأهل الذمة واختلاف الدارين والجزية والخراج⁽³²⁾ .

وما يدل على تَبَوُّأ الإسلام لمركز الريادة في تنظيم العلاقات الدولية أن الحركة الفقهية في هذا النطاق ظهرت أول ما ظهرت لدى الفقهاء المسلمين . فأقدم كتاب فقهي في هذا الموضوع وصل إلينا هو كتاب المجموع الفقهي للإمام زيد بن علي المتوفى سنة 122 هـ وهو يضم فصولاً في السِير وفيه فقد وحديث . وكذلك مؤطاً الإمام مالك المتوفى سنة 179 . ومن الكتب القديمة المؤلفة بالسِير فقط سِير الإمام الأوزاعي المتوفى سنة 156 هـ وقد ذكر جملة كبيرة منها الإمام الشافعي في كتابه الأم . ويُعتبر كتابا السِير الكبير والصغير ، للفقهاء الحنفي الإمام محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة 189 هـ ، والموضوعان في القرن الثامن الميلادي ، أجمع وأوسع الكتب القديمة المؤلفة في موضوعات القانون الدولي الإسلامي بصورة منفردة ومتميزة عن موضوعات الفقه الإسلامي الأخرى . كذلك يُعتبر كتاب الخراج للإمام الحنفي أبي يوسف من الكتب المهمة والقديمة في بيان قواعد القانون الدولي الإسلامي . كما يُعتبر كتاب الأحكام السلطانية ، للفقهاء الشافعي القاضي الماوردي والموضوع في القرن العاشر الميلادي ، دراسة قيمة في القانون العام الداخلي والخارجي⁽³³⁾ .

ومن يتفحص كتابي السِير الكبير والسِير الصغير للشيباني يجد أن هذا الفقيه الكبير قد وضع تنظيمياً يكاد أن يكون كاملاً لما يسمى اليوم « القانون الدولي » من حيث موضوعه ، ومن حيث القواعد التي أوردتها بشأن تنظيم العلاقات الدولية في حالات السلم والحرب .

فقد تكلم فيهما عن أهل الإسلام وأهل الحرب، وبينَ معاملة الأسرى من الفريقين سواء أكانوا رجالاً أم نساءً أم أطفالاً ، وإسلام المشركين والأمان على اختلاف أنواعه وألفاظه ، والمستأمنين ، والرسول الذين يفدون الى دار الإسلام من دار الحرب ،

(32) الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 38 .

(33) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع ص 36 - 37 .

والحصانات التي يتمتعون بها ، والغنائم ، والصلح ، والتحكيم ، والفداء ، وأحكام السلاح والرقيق والخليل ، والأراضي التي يستولي عليها أهل الحرب في الحرب ، وأهل الإسلام في دار الحرب ، ونقض المعاهدات ، وجرائم الحرب ، هذا الى مئات المسائل المتعلقة بأهل الحرب وصلاتهم بالمسلمين في أيام الحرب والسلم معاً .

وقد اعتمد الشيباني في ذلك على القرآن والأحاديث التي قيلت في مغازي الرسول ﷺ على أثر حوادث معينة وقعت ، وكذلك على الحوادث التي وقعت أثناء حروب المسلمين وفتوحهم . وقد أعمل القياس في أحيان كثيرة ، وجعل لذلك كله قواعد جديدة⁽³⁴⁾

أما الفقه الأجنبي ، فإن حركته العلمية لم تبدأ إلا في القرن السادس عشر ، وذلك عند « فيتوريا » ، و« سوتو » ، و« سواريز » و« آيالا » و« غنتيلي » . والمرجع الأجنبي الذي يمكن أن يقارن بكتابي الإمام الشيباني من حيث الشمول ودقة البحث ومنطق العرض فهو كتاب العالم الهولندي « غروتوس Grotius » وعنوانه « في قانون الحرب والسلم » ، وقد ظهر في القرن السابع عشر⁽³⁵⁾ ، أي بعد ظهور كتابي الإمام الشيباني بثمانية قرون⁽³⁶⁾ .

وقد اعترف بعض المستشرقين بأن الغرب تأثر كثيراً بما وضعه المسلمون في هذا الموضوع وقد ثبت تاريخياً أنّ العالم الهولندي « غروتوس »⁽³⁷⁾ ، الملقّب في الغرب بأبي القانون الدولي ، كان سنة 1640 ميلادية منفياً في الأساتنة بتركيا . ولا يُستغرب أن يكون قد اطلع ، أثناء ذلك ، على أنظمة وأعراف العالم الإسلامي الدولي ، وأن يكون إحدى حلقات الوصل بين الغرب والشرق في التطعّم العلمي في هذا الميدان . وكذلك ثبت أن غروتوس تأثر بمن كتّب قبله ، أمثال « فرنسيسكو سواريز الأسباني »⁽³⁸⁾ ، الذين تأثروا بدورهم بما كتبه العرب وبما ساروا عليه من علاقات وقوانين دولية .

(34) وقد شرح الكتّابين : الإمام السرخسي في كتابه « المبسوط » وذلك في الجزء العاشر ، طبعة مصورة صادرة عن دار المعرفة ببيروت 1986 ، ص 2 - 144 . وقد قام بتحقيق هذا الشرح الدكتور صلاح الدين المنجد ، ونشره معهد المخطوطات العربية 1971 .

(35) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 6 - 7 ؛ الدكتور صبحي محمّصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 42 .

(36) إعترافاً بفضل هذا الفقيه المسلم في ميدان القانون الدولي تأسست حديثاً في مدينة غوتنغن بألمانيا « جمعية الشيباني للقوانين الدولية » وقد ضمت مجموعة من علماء القانون الدولي من مختلف دول العالم . وغرضها التعريف بالشيباني وإظهار آثاره ونشر مؤلفاته . وكذلك قررت جامعة باريس سنة 1970 الاحتفال بذكرى مرور 1200 سنة على وفاة الشيباني الحاصلة سنة 804 ميلادية (الدكتور صبحي محمّصاني : ذات المرجع ص 42 والهامش) .

(37) وكان غروتوس الذي عاش ما بين عام 1583 - 1645 م محامياً عاماً في هولنده .

(38) وُلِدَ في غرناطة سنة 1548 م وتوفي في لشبونة سنة 1617 م .

ومن العسير وضع لائحة كاملة بالمصنفات والمراجع المعتبرة في موضوع القانون الدولي الإسلامي . إنما ينبغي ، لأجل درس هذا الموضوع ، الرجوع الى أبواب السير والجهاد والمغازي وسائر البحوث المتعلقة بها ، وذلك في المؤلفات المعتبرة العديدة ، التي صنفها فقهاء المذاهب المختلفة⁽³⁹⁾ .

هذا وتحدد معالم القانون الدولي العام الإسلامي بتحديد العلاقات الدولية التي ينظمها⁽⁴⁰⁾ ، ومعرفة مصادره ، وبيان أسسه ومبادئه ، ومعرفة خصائص قواعده .

1 - العلاقات الدولية التي ينظمها الإسلام: تمثيلاً مع الترتيب المتبع في الفقه الدولي الوضعي ، سنتكلم عن هذه العلاقات الدولية في العناوين الثلاثة التالية : أولاً - قواعد الإسلام في حالة السلم ، ثانياً - قواعد الإسلام في حالة الحرب ، ثالثاً - قواعد الإسلام في حالة الحياد .

أولاً - قواعد الإسلام في حالة السلم :

لا ريب أن الإسلام الذي جعل السلم أصلاً في تعامله مع الجماعات والدول الأخرى ، قد وضع القواعد والمبادئ التي تتطلبها السلم حتى يكتب له البقاء ، وحتى يتحقق المجتمع الدولي الفاضل الذي ينشده من خلال مفهومه لفكرة العيش السلمي المشترك .

وتتوضح هذه القواعد من خلال العناوين التالية : بيان أشخاص القانون الدولي العام الإسلامي ، التبادل الدبلوماسي والقنصلي في الإسلام ، العلاقات التجارية الدولية في الإسلام ، المعاهدات الدولية في الإسلام ، اعتماد الإسلام التحكيم والوساطة في حل المنازعات الدولية .

ونعالج هذه الأمور تباعاً .

(1) - أشخاص القانون الدولي العام الإسلامي :

ينظم القانون الدولي العام الإسلامي علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول ، فالدول إذن هي أشخاص هذا القانون⁽⁴¹⁾ . ولكن الفقهاء المسلمين ، عند كلامهم عن

(39) يُراجع في ذكر هذه المراجع : الدكتور صبحي عمصاني ، المرجع السابق ص 43 - 44 .

(40) وقد وضع البعض مشروعاً لقانون دولي عام مستوحى من الإسلام يتألف من 53 مادة ويضم ثلاثة أبواب ، الأول في العلاقات العامة في الإسلام ، والثاني في أشخاص العدو وأمواله ، والثالث في طرق إنهاء الحرب (الدكتور وهبة الزحيلي : آثار الحرب في الفقه الإسلامي ص 765 - 770 . الناشر دار الفكر بدمشق) .

(41) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ص 49 - 52 ؛ قارن : الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 185 - 201 .

قواعد هذا القانون في باب السير والجهاد ، يتكلمون عن حقوق وواجبات الأفراد من ذميين ومستأمنين وما يتصل بهم في علاقاتهم مع الدولة الإسلامية⁽⁴²⁾ . وهذا يعني أن الأفراد الأجانب هم أيضاً من أشخاص القانون الدولي العام الإسلامي الى جانب الدول . ومن المعلوم أن قواعد القانون الدولي الوضعي حتى يومنا هذا لا تُعنى إلا بالجمع الإنساني في صورة الدول ، ولا ترتب للفرد الأجنبي حقوقاً أو واجبات دولية بصفة مباشرة ، وأن بعض العلماء التقدميين يبذلون جهوداً كبيرة كي يُعترف للفرد بالشخصية القانونية الدولية .

أما الإسلام فقد اعترف للإنسان الفرد بهذا الوصف منذ أربعة عشر قرناً ، وذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الإقليم . ذلك أنه دين عالمي ، وأن قواعده تخاطب البشر جميعاً والجماعات كلها بغض النظر عن أي اعتبار آخر⁽⁴³⁾ .

ونكتفي بالكلام عن الدول باعتبارها أشخاص هذا القانون الدولي . قلنا بأن الشرع الإسلامي يأمر بإقامة دولة إسلامية ، هذه الدولة هي التي يعبر عنها الفقهاء بـ « دار الإسلام » وتضم جميع البلاد الإسلامية ، يقول الإمام ابن تيمية « بلاد الإسلام كلها بمنزلة البلدة الواحدة »⁽⁴⁴⁾ . ومعنى ذلك أن دار الإسلام أو دولة الإسلام تُعتبر واحدة غير متعددة ، والتعدد فيها طارئ ليس من طبيعتها⁽⁴⁵⁾ .

ودار الإسلام هي الدار التي تطبق فيها قواعد الإسلام ، ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مسلمين أم ذميين . أما دار الحرب فهي الدار التي لا تطبق فيها قواعد الإسلام ، ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين .

واصطلاح دار الإسلام هو اصطلاح مقبول في وقت ظهور الإسلام ، وذلك أن اصطلاح « الدولة » لم يكن معروفاً وقتذاك لأن الدولة بمفهومها الحديث لم تكن قد نشأت أو تبلورت فكرتها في خارج نطاق الدولة الإسلامية . أما اصطلاح دار الحرب فهو اصطلاح عادي يتميز بالعمومية ، ويشمل ذلك الجزء من المعمورة الذي لا تسود فيه قواعد الإسلام . وقد جمع به فقهاء الشرع في العصر الأول للإسلام بين كل المجتمعات الإنسانية ذوات النظم المختلفة والتي لم تكن لها وقتذاك أسماء تسمى بها أو تعرف بها ، والتي كان لا يربط بينها وبين الدولة الإسلامية أي رباط من روابط العهد ، والتي كانت ترفض التعاون السلمي مع دار الإسلام ، ولذلك سميت بدار الحرب⁽⁴⁶⁾ .

(42) يُراجع مثلاً : الإمام السرخسي : المبسوط جـ 10 ص 2 .

(43) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق رقم 258 ص 181 .

(44) فتاوى واختيارات ابن تيمية جـ 4 ص 185 .

(45) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 39 ص 50 .

(46) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق رقم 167 ص 115 - 116 .

والعلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب تقوم على أساس الاعتراف الواقعي⁽⁴⁷⁾.
فالدولة الإسلامية تعترف بغيرها من الدول اعترافاً واقعياً على أساس وجودها المادي
المحسوس ، لأن ما هو موجود محسوس لا يمكن إنكاره . ويتحقق هذا الوجود المادي بالقوة
والمنعة ، أي بالقدرة الفعلية لهذه الدولة على بسط سلطانها على إقليمها ورعاياها . وعلى
أساس هذا الاعتراف الواقعي تعقد الدولة الإسلامية معها المعاهدات وما يترتب عليها من
التزامات ، أو تقوم بحل مشاكل معلقة أو تنظيم أمور تجارية فيما بينها . وعلى أساس هذا
الاعتراف سمح لرعايا هذه الدولة بالدخول الى إقليم الدولة الإسلامية بالأمان وما يترتب
عليه من حقوق وواجبات بالنسبة للمستأمن ولدار الإسلام . وعلى أساس هذا الاعتراف
أيضاً تقر الدول الإسلامية للدول الأجنبية بسلطانها على أفرادها داخل إقليمها وبتمثيلها
لهم ، فترسل إليها تركة رعاياها الذين يتوفون في دار الإسلام ولم يكن معهم ورثتهم . فقد
جاء في كتب الفقه أنه « من دخل إلينا بأمان فقتل انه يُبعث بديته الى ملكهم حتى يدفعها
الى الورثة »⁽⁴⁸⁾ ، وأجاب بعض الفقهاء في مسألة مال المستأمن وديته إذا قُتل في دار
الإسلام فقال : فماله لورثته فيرسل مع ديته لوارثه ، فإن لم يكن وارث فصريح نصوصهم
أنه لا حق فيه للمسلمين ، بل يُبعث هو وديته لأهل بلاده »⁽⁴⁹⁾ . وهذا يعني اعتراف
الدولة الإسلامية بتمثيل الدولة غير الإسلامية لرعاياها وبتسلطانها عليهم داخل إقليمها .

والسبب في قصر الدولة الإسلامية على اعترافها بالدول غير الإسلامية على الاعتراف
الواقعي لا الشرعي ، أن هذه الدول لا تقوم على أساس الإسلام ولا تتخذ أهدافه أهدافاً
لها ولا شرعه قانوناً لها . ومن ثم فهي في نظر الإسلام مجرد كيانات واقعية تفتقد الى
الأساس الشرعي ، وما كان هذا شأنه ووصفه لا يمكن أن تعترف به الدولة الإسلامية اعترافاً
شرعياً ، لأن شرعية الشيء وأحقية تـُستمدان من مفاهيم الشرع وقواعده⁽⁵⁰⁾ .

(2) - التبادل الدبلوماسي والقنصلي في الإسلام⁽⁵¹⁾ :

1 - التمثيل الدبلوماسي : إنَّ ما يُعرف الآن بالتمثيل الدبلوماسي كان تقليداً تعارف
على ممارسته الجماعات الإنسانية كلها ، القديم منها والحديث . وقد كانت الجماعات القديمة
تبعث برسلها - أو بسفرائها - إلى غيرها من الجماعات في مهمات خاصة كتقديم التعازي

(47) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 42 ص 52 - 53 .

(48) الإمام ابن قدامة الحنبلي : المغني ج 6 ص 297 .

(49) شرح الزرقاني لمختصر خليل ج 8 ص 213 وقد ورد ذلك عند د . عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون

الدولي العام ص 53 بالهامش رقم 2 .

(50) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 43 ص 53 .

(51) يُراجع في تفصيل ذلك : الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 125 - 134 ؛

الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 199 - 201 .

والتهاني ، أو ترتيب مفاوضات الزواج للملوك ، أو حمل الهدايا ، أو إجراء المشاورات والمفاوضات بأمرها . وكانت مهمة هؤلاء الرسل أو السفراء مهمة مؤقتة تنتهي بانتهاء موضوعها . ولم يصبح التمثيل الدبلوماسي تمثيلاً دائماً إلا في أواخر العصور الوسطى نتيجة لازدياد العلاقات بين الجماعات وعلى أثر ظهور الدولة في شكلها الحديث ، وقد تم اعتماد السفراء بصورة دائمة منذ معاهدة وستفاليا لسنة 1648 .

ولقد اتبع النبي ﷺ وخلفاؤه الراشدون والحكام المسلمون هذا التقليد في إرسال المبعوثين لأداء المهام التي توكل إليهم . وكانت هذه المهام بقصد الدعوة الى الإسلام والاعتراف به ، كما كانت الحال في عصر النبي والخلفاء الراشدين وفي العصر الأموي . فقد بعث النبي ﷺ بالرسل والموفدين الى ملوك البلاد المجاورة ، كالنجاشي ملك الحبشة ، والمقوقس ملك مصر والإسكندرية ، وكسرى ملك فارس ، وهرقل إمبراطور الروم ، يدعوهم فيها الى الإسلام بموجب رسائل مُتَوَجَّه بعبارة : « سلام على من اتبع الهدى » . فكانت أجوبة معظمهم لطيفة مهذبة⁽⁵²⁾ ، فيها الإعراف الضمني بالدولة الإسلامية ، وذلك بإستثناء كسرى فارس (ابن هرمز) الذي مَزَق الرسالة⁽⁵³⁾ . وكان يُقصد من السفارة في بعض الأحيان إعلان الحرب لمن رفض قبول الدعوة الى الإسلام . ومثال ذلك رُسُل النبي ﷺ إلى أسقف إيلات وأهلها ، إذ جاء في كتابه إليهم : « إذا أردتم أن يأمن البر والبحر فأطع الله ورسوله . ويُمنع عنكم كل حق كان للعرب والعجم إلا حق الله ورسوله . وإنك إن رَدَدْتُم - السفراء - ولم ترضهم لا آخذ منكم شيئاً حتى أقاتلكم » . كما أنَّ السفارات كانت تُكَلَّف بإجراء الفداء وتبادل الأسرى ، أو التحقق من بعض الأمور كدراسة أحوال الأسرى وشكواهم أو استقصاء المعلومات وجمع الأخبار عن الجماعات الأجنبية . وكذلك كانت الممالك الإسلامية تتبادل السفراء بقصد العمل على إجراء الصلح بينها ، أو العمل على تدعيم الروابط ، أو تبادل المساعدات العسكرية ، أو ما شابه ذلك .

وبطبيعة الحال ، لم يكن في وسع النظم الإسلامية أنه تضع نظاماً لفئات السفراء وأعضاء البعثة الدبلوماسية ، أو نظاماً لما يتمتعون به من مراسم وحصانات وامتيازات وإعفاءات . فمثل هذا النظام لم يُقَنَّ بشكل مكتوب وبصفة نهائية إلا بإتفاقية فيينا المنعقدة في سنة 1961 التي شاركت دول إسلامية متعددة في إعدادها وفي إبرامها⁽⁵⁴⁾ .

(52) يُراجع في شأن هذه الكتب : والأجوبة عليها : الاساذ محمد حميد الله : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي

والخلافة الراشدة ص 99 - 118 و 135 - 144 ، دار النفائس بيروت 1985 ؛ صحيح مسلم : للإمام أبي

الحسين مسلم جزء 4 ص 43 - 47 ، مؤسسة عز الدين للطباعة بيروت 1987 .

(53) الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 127 - 128 .

(54) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 200 .

غير أنه يمكن التقرير بأن نظام السفراء في الإسلام كان راقياً وخلقاً في نواحي دبلوماسية عديدة : كالمراسم والمؤهلات ، والحصانات والإميازات الدبلوماسية

ففي المراسم والمؤهلات الدبلوماسية : فقد درج العرف في الدول الإسلامية على الإحتفال بالرسول والسفراء ، عند استقبالهم وعند توديعهم ، وذلك بكثير من الحفاوة والإكرام والإجلال . فكانت تقام لهم الزينات والماراسم والمواكب مقرونة بمظاهر الروعة والأبهة ، تدليلاً على عظمة الدولة وقوتها .

وكان التقليد أحياناً أن ينزل الرسول أو السفير في دار معينة يستريح فيها ، ثم يُقابل الوزير يُعين له موعداً لمقابلة الخليفة . وكان أثناء المقابلة يُقدّم له كتاباً موجهاً إليه من مرسله . وكان يُسمى الجواز ، وهو شبيه بأوراق الإعتماد المعروفة حالياً⁽⁵⁵⁾ . وهذه المراسم الإسلامية المتعلقة بطريقة استقبال السفراء وتقديم أوراق الإعتماد ، قد سارت عليها الأمم الغربية لاحقاً ولا تزال مُتبعة في الوقت الحاضر تحت تسمية « البروتوكول الدبلوماسي » .

وقد وضع الكتاب المسلمون مؤلفات طريفة عن الدبلوماسية العملية ، وعن الصفات والمؤهلات التي ينبغي للممثلين الدبلوماسيين أن يتحلوا بها . ومن هذه الصفات : بهاء الطلعة وجمال الزي وحصافة العقل ، وأصالة الرأي والجرأة والإقدام ، والحلم والحزم ، والتهديب والتأني ، والوقار ، والفصاحة ، والأمانة ، والثقافة والعلم ، وما أشبه ذلك⁽⁵⁶⁾ .

أما القواعد والآداب الواردة في الدبلوماسية الإسلامية ، فمنها : خاص بالمرسل ، وآخر بالرسول ، وبعضها بالمرسل إليه .

فمن آداب الملك المرسل : أن يعتني بتهديب عبارة الكتاب الذي يرسله ، وأن يتجنّب الألفاظ النابية . وعليه أن يكتفي بالكتاب بل يتعين أن يقرنه ، بالرسول أو السفير ، لأن « الكتاب يد ، والرسول لسان » .

ومن آداب الرسول أو السفير أن يكون وقوراً ثابت العقل ، متأنياً صبوراً ، مقبول الشئائل ، حسن البيان جيّد العبارة ، حافظاً لما تَبَلَّغه ليؤديه على وجهه السليم . وعليه أن يتقيد بالمهمة ، وأن يتجنّب التحريف لها أو تجاوز مضمونها . فالمبعوث مرآة المرسل ، فإذا كان كامل الصفات وناجحاً في إيصال الرسالة ، إرتد ذلك إيجاباً على من أرسله ، وإلا انعكس ذلك سلباً .

(55) الدكتور صبحي محمصاني : المرجع السابق ص 129 - 131 .

(56) الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 130 .

أما المرسل إليه ، فعليه أن يتجنب مفاتحة المبعوث في حضور الموجودين من الحاشية ، وأن يتفادى جداله . ويتعين عليه أن يكون واسع الصدر في المحاورة ، لبقاً سديد الجواب ، ليعطي المبعوث إنطباعاً حسناً ، جديراً بأن ينقله الى من أرسله⁽⁵⁷⁾ .

وفي خصوص الحصانات والإميازات الدبلوماسية : فإن القانون الدولي الحديث يقر للمبعوث الدبلوماسي بحصانة وامتيازات معينة ، تتمثل بالآتي : 1- عدم التعرض لذاته وحمايته من أي اعتداء ، وعدم جواز القبض عليه إذا وقع منه إخلال بقانون الدولة المبعوث لديها . كما أنه يجب أن يكون مسكنه ومكان عمله بمنأى عن التعرض لهما من جانب سلطات الدولة أو من جانب الغير . وتمتد هذه الحصانة الى جميع الاشياء المتعلقة بالمبعوث الدبلوماسي . 2 - إعفاء المبعوث الدبلوماسي من القضاء الإقليمي للدولة المبعوث لديها . 3 - إعفائه من الضرائب المحلية⁽⁵⁸⁾ .

وكذلك يتمتع المبعوث الدبلوماسي في الشرع الاسلامي ببعض الحصانات والإميازات ، وهي شبيهة الى حد كبير بما قرره القانون الدولي المعاصر⁽⁵⁹⁾ .

فالنبي محمد ﷺ منح بذاته الحصانة الدبلوماسية لبعض الموفدين إليه ، مثاله ما حصل عندما أتاه موفدان من مسيلمة الكذاب ، يزعمان أن مرسلهما نبي ، قال ﷺ لهما : « لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما »⁽⁶⁰⁾ . وبهذا اعترف لهما بالحصانة والأمان .

وقد اعترف الصحابة والخلفاء من بعد النبي بهذا الحصانة المقررة للمبعوث الدبلوماسي ، حتى ولو لم تراعى دولته مبدأ المعاملة بالمثل دائماً . لذا مُنع الغدر برسل الأعداء ، ولو قتل هؤلاء رهائن المسلمين . فقد كان الفرنجة في الحروب الصليبية يقتلون رسل العرب ، لكن صلاح الدين الأيوبي رفض معاملتهم بالمثل⁽⁶¹⁾ . وهذا بالطبع أسمى وأرقى مما تأخذ به القوانين والأعراف الدولية العصرية ، التي تتطلع الى المعاملة بالمثل في نظائر هذه الأحوال .

وهكذا ، أقر المسلمون الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي . وهي بنظرهم

(57) الإمام أبو علي الحسين بن محمد (المعروف بابي الفراء) : كتاب الرسل والملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة ص 30 - 61 ، تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ، الناشر دار الكتاب الجديد بيروت ، الطبعة الثانية 1972 .

(58) يُراجع في تفصيل ذلك : الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 505 - 513 ، منشأة المعارف بالاسكندرية 1963 .

(59) يُراجع بالتفصيل : الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 131 - 133 .

(60) الإمام السيوطي : الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير جزء 3 ص 51 ، جمع النبهاني القاهرة ، 1352 هجرية .

(61) الاستاذ علي علي منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ص 336 وما بعدها ، القاهرة 1962 .

تشمل الحماية الكاملة للموحد في نفسه وماله أثناء إقامته في دار الإسلام ، ثم الأمان حتى مغادرته والعودة الى بلاده سالماً⁽⁶²⁾ .

التمثيل القنصلي : إنَّ التمثيل القنصلي مدين بنشئته وبوجوده الى مبدأ التسامح الإسلامي الذي ترك غير المسلمين وما يدينون . وقد تسبَّب تطبيق هذا المبدأ في نشوء فكرة التمثيل القنصلي في الشرق الإسلامي ، عندما رافق التجار زحف الصليبيين الى دار الإسلام ، إذ أنشأوا فيها جالياتهم التي التمسَت الإذن لقضاتهم (الذين سُمِّوا بالقناصل لاحقاً) لأجل النظر في قضاياهم وفقاً لقوانينهم الشخصية ، وذلك بعد الإنتهاء من الحرب الصليبية . ولقد أذن بذلك الأمراء المسلمون في سوريا ومصر وتونس وآسيا الصغرى ، وكان المتنفعون الذين قاموا بتعيين القناصل : جمهوريات راجوزا ، والبندقية ، وجنوة ، وملكة فرنسا⁽⁶³⁾ .

ثم تطوَّرت وتوطدت هذه الإمتيازات في العصور اللاحقة ، فأعطيت للجاليات التجارية الأجنبية ، لا سيما الفرنسية والإيطالية في مصر . وأيدها السلطان محمد الفاتح في بدء العهد العثماني ، ثم أخذت تتجدَّد مع بداية كل خلافة بمعاهدات عُرفت بالإمتيازات الأجنبية . وقد شملت سائر الجاليات الأجنبية في الدولة العثمانية ، وأهمها معاهدة سنة 1535 مع الملك الفرنسي فرنسوا الأول .

وتضمَّنت هذه الإمتيازات الإعفاء من الضرائب ، والحصانة من ولاية المحاكم العثمانية ومن التشريع الإقليمي في قضايا الأحوال الشخصية . والقضايا التجارية والمختلطة . وهكذا ، كان للقناصل العامين الأجانب في الدولة العثمانية وبعض الدول الشرقية جميع الامتيازات والصلاحيات والحصانات الدبلوماسية من دون إستثناء⁽⁶⁴⁾ ، على حين أن القناصل في التنظيم المعاصر ليس لهم الصفة التمثيلية التي للمبعوثين الدبلوماسيين ، لذا فهم لا يتمتعون مبدئياً بالإمتيازات الخاصة المقررة هؤلاء ، باستثناء ما قد ينص عليه بعض المعاهدات الخاصة⁽⁶⁵⁾ .

(3) - العلاقات التجارية الدولية في الإسلام :

كما شجَّع الشرع الإسلامي التعامل الدبلوماسي والقنصلي الدولي ، فإنه رَغِبَ أيضاً في تنمية العلاقات التجارية الدولية⁽⁶⁶⁾ .

(62) الدكتور صبحي محمضاني : ذات المرجع ص 132 .

(63) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 201 .

(64) الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 133 - 134 .

(65) يُراجع في تفصيل ذلك : الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 522 - 525 .

(66) الدكتور صبحي محمضاني : ذات المرجع ص 153 - 156 وقد استُعيِرت هنا بعض عباراته .

فخلاًفاً لبعض أعراف القرون الوسطى في أوروبا ، التي حظرت على الفرنجة تعايط التجارة مع المسلمين⁽⁶⁷⁾ ، فإن القول المشهور عند جمهور الفقهاء المسلمين قد جوز الاتجار بين المسلمين وغيرهم⁽⁶⁸⁾ .

وقد اشترط الفقهاء على التجار المسلمين التقيد بقواعد الشرع لجهة شروط التعاقد ومدى حرمة ، كالقواعد الخاصة بتحريم الربا ومنع الاتجار ببعض السلع الممنوعة إسلامياً كالخمر والخنزير .

وتطبق هذه القاعدة - مع بعض الإستثناءات الواردة سابقاً - على الأجانب المقيمين في الدولة الإسلامية ، لأنهم التزموا قواعد الشرع في المعاملات ما داموا مقيمين في الدولة .

والقاعدة أنهم لا يُكلفون بدفع ضريبة العُشر⁽⁶⁹⁾ أو ضريبة أخرى على بضائعهم التجارية في قول أكثرية الفقهاء ، وذلك عملاً بحرية التجارية .

أما التجار الأجانب من أهل الحرب ، فيجوز فرض العُشر على السلع التي يوردونها ، عملاً بسابقة للخليفة عمر بن الخطاب . ولكن اشترط المذهب الحنفي لذلك مبدأ المعاملة بالمثل ، بمعنى أن العُشر يؤخذ من أهل الحرب إذا كانوا يأخذونه في بلادهم من المسلمين⁽⁷⁰⁾ .

وقد ذكر البعض أنّ للحاكم أن يزيد في المأخوذ عن العُشر ، وأن ينقص عنه الى نصف العُشر ، كما أن له أن يرفع ذلك عنهم نهائياً إن رأى المصلحة فيه ، ولا يزيد الأخذ على مرة من كل قادم بالتجارة في كل سنة ، حتى ولو تكرر قدمه خلال السنة ، وتشبه هذه العُشور في عصرنا الحالي الضرائب الجمركية من بعض الوجوه⁽⁷¹⁾ .

والتاجر من أهل الحرب إذا دخل دولة الإسلام في تجارة أو مهمة ثبت له الأمان في نفسه وماله ، لأن مركزه في ذلك شبيه بمركز المهادن الذي مُنح الإذن والأمان .

(67) هذا ما قرره مجمع لاتران لسنة 1179 (يراجع في ذلك : محاضرات الإسلام والقانون الدولي (بالفرنسية) للأستاذ أحمد رشيد ، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي 1937 جزء 2 ص 438) .

(68) خالف في ذلك الإمام ابن حزم الاندلسي الظاهري ، إذ قال بأنه لا تحل التجارة للمسلمين إلى أرض أهل الحرب ، إذا كانت أحكام هؤلاء تسري على التجار (كتاب المحل جزء 7 رقم 960 مذكور عند د . محمضاني ص 153 بالهامش) .

(69) كانت العُشور تؤخذ في الإسلام على أنها ضرائب على بضائع التجار (الشيخ الدكتور صبحي الصالح : النظم الإسلامية ص 368) .

(70) الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 154 .

(71) الدكتور صبحي الصالح : النظم الإسلامية ص 368 - 369 .

وقد سُئِلَ الإمام مالك - بوجه خاص - عن وضع الروم الذين ينزلون بساحل المسلمين بأمان معهم التجارات ، فيبيعون ويشترّون ، ثم يركبون البحر راجعين إلى بلادهم ، فإذا أَمَعَنُوا في البحر رمتهم الرياح إلى بعض بلدان المسلمين غير البلاد التي كانوا أخذوا فيها الأمان . فقال الإمام مالك : أرى أَنَّ لهم الأمان أبداً ما داموا في تجرهم حتى يرجعوا إلى بلادهم⁽⁷²⁾ .

ولا بد من الإشارة هنا ، إلى أَنَّ الاتجار مع أهل الحرب يفترض دخولهم دولة الإسلام بالإذن والأمان كما ذكرنا . أمّا في غير ذلك ، فالتجارة مع العدو مُقَيَّدَةٌ بوجه عام ، كما هي الحال في النظم المعاصرة . لذا ، فقد حرّم الشرع تحريماً مطلقاً أَنْ يُصدَّرَ إلى دار الحرب أي شيء من الأسلحة والعتاد والخيول وغيرها من السلع ، التي تُستعمل في الحرب أو تزيد في قوة العدو الحربية⁽⁷³⁾ .

وفي خصوص حرية التجارة ، فقد ذكر البعض⁽⁷⁴⁾ عن الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز أنه قرّر حرية البحار في كتاب أرسله إلى ولاته ، مستنداً فيه إلى القرآن الكريم ، الذي سَخَّرَ البحر للناس - كما جاء بالآية الكريمة ﴿وترى الفلك مواخر فيه﴾⁽⁷⁵⁾ . وأنَّ هذا الخليفة قرّر أيضاً حرية التجارة بتحريم المُكُوس⁽⁷⁶⁾ (الضرائب) على البضائع ، إستناداً إلى الآية الكريمة : ﴿ولا تُبْخَسُوا الناس أشياءهم﴾⁽⁷⁷⁾ ، على أساس : « أَنَّ المُكُوسَ هو البُخْسُ »⁽⁷⁸⁾ .

وأما عن المعاهدات التجارية التي كانت قائمة بين العرب والأوروبيين ، فمن الأمثلة عليها تلك التي عُقدت بين أمير بادس في المغرب العربي (منصور بن يوسف) وممثّل مدينة البندقية (القبطان لويز بزمان) ويعود تاريخها إلى 19 رمضان سنة 913 هجرية (21 كانون الثاني 1508 ميلادية) وقد وُقِّعَ عليها في بلدة بادس المغربية . وتتألف هذه المعاهدة من ثمانية بنود ، تتضمن - بوجه خاص - الإعتراف لأهل البندقية بحق النزول في مدينة بادس المغربية ، والاتجار مع سكانها ، وإعطاءهم حق الأمان على أنفسهم وأموالهم⁽⁷⁹⁾ .

(72) الإمام مالك : المدونة الكبرى برواية سحنون جزء 3 ص 11 ، القاهرة 1323 هـ .

(73) الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات . . . ص 155 .

(74) الأستاذ علي علي منصور : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ص 62 - 63 و 108 و 176 .

(75) سورة النحل ، الآية 14 ؛ وسورة فاطر ، الآية 12 .

(76) جمع مُكُوسَ ، والمُكُوسَ : ضريبة تُؤخذ عن أشياء معينة عند بيعها أو عند إدخالها المدن (قاموس الرائد ، للأستاذ جبران مسعود ، دار العلم للملايين 1964) .

(77) سورة هود ، الآية 85 .

(78) البُخْسُ : الظلم أو النقصان : قاموس محيط المحيط ، للمعلم بطرس البستاني .

(79) يُراجع نص هذه المعاهدة في مقال الأستاذ خير الدين الزركلي ، في مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق لعام 1969 ص 256 - 261 .

(4) - إحترام المعاهدات الدولية في الإسلام :

يقر الشرع الإسلامي مبدأ إحترام المعاهدات والإلتزام بنصوصها⁽⁸⁰⁾ . وكان إقراره لذلك نظرياً متحققاً على أرفع المستويات الدينية والقانونية ، وعملياً قائماً على أساس التطبيق المثالي الصحيح للنظرية ، بحيث لا يجد الباحث مرة واحدة نقض فيها الإسلام معاهدة من معاهداته التي أبرمها مع غيره .

فأساس الإلتزام بالمعاهدات في الإسلام هو مبدأ الوفاء بالعهود تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ . (سورة الاسراء ، الآية 34) . فالوفاء بالعهود أو المعاهدات - في النظام الإسلامي - أساس التلاقي بين الأفراد والجماعات والدول على بصيرة وتعاون وثقة متبادلة . ولقد استمسك الإسلام بوجوب الوفاء بالعهد واعتبره أمراً لازماً لا غنى عنه لضبط العلاقات الإنسانية⁽⁸¹⁾ . ولقد قال تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ﴾ (سورة النحل ، الآية 91) . ولقد كان النبي ﷺ يُعْتَبَرُ خَيْرَ النَّاسِ أَفْرَادًا وَدُؤْلًا فِي الْوَفَاءِ بِالْعَهْدِ ، وقد قال : « خياركم الموقون بعهدوهم » ، كما قال : « أنا أحق من وقي بعهده » . ولقد كان بينه ﷺ وبين المشركين عهد ، فوق به . وقد حذّره بعض المسلمين من غدر المشركين ، فقال عليه السلام : « وقوا لهم ، ونستعين بالله تعالى عليهم »⁽⁸²⁾ .

هذا ، ولم يجعل الإسلام وفاء المعاهدين بعهودهم تدبيراً من تدبيرات السياسة أو ضرورة من ضرورتها - التي تجوز فيها المراوغة عند القدرة عليها - بل جعله أمانة يرفضها العقل والضمير ، وخلقاً كريماً يكاد الخارج عليه أن يفقد آدميته⁽⁸³⁾ . يقول تعالى : ﴿ إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ، الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنْقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِي كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ ﴾ (سورة الأنفال ، آية 56 - 57) .

وقد أجمع فقهاء الشرع على أنّ الوفاء بالعهود مبدأ لا يجوز النقاش فيه أو التهوين من شأنه بوصفه أساساً لجميع العلاقات الإنسانية ، وبهذا وصلوا الى تقرير أساس الإلتزام للمعاهدات في زمان لم يكن فيه الوفاء للعهود متعارفاً عليه بين الجماعات الدولية . وهذا

(80) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 206 - 211 ؛ الدكتور صبحي محمّصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 135 - 152 ؛ الدكتور محمد رأفت عثمان : الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام ص 231 - 244 ؛ الاستاذ عمر أحمد الفرجاني : أصول العلاقات الدولية في الإسلام ص 111 - 124 .

(81) الدكتور حامد سلطان : ذات المرجع ص 206 .

(82) وردت هذه الأحاديث النبوية في كتاب د . سلطان ص 206 .

(83) الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 113 .

الأساس الذي أجمعوا عليه في القرن السابع الميلادي لما يزل الأساس الإلزامي للمعاهدات في الجزء الأخير من القرن العشرين⁽⁸⁴⁾ .

وعن السابقات الإسلامية في عقد المعاهدات ، فقد رُويت عن النبي أمثلة عليها⁽⁸⁵⁾ يأتي في طليعتها الوثيقة التي كتبها في المدينة في أوائل هجرته إليها (حوالي سنة 623 ميلادية) . وهي كتاب كتبه بين المؤمنين من مهاجري مكة وأنصار المدينة من جهة وبين اليهود من جهة ثانية . وقد أعطى فيه الأمان لهؤلاء وأقرهم على دينهم وأموالهم ، واشترط لهم وعليهم ما فُصل في تلك الوثيقة⁽⁸⁶⁾ . وقد تضمنت النص على وحدة الأمة القائمة على الاخوة الدينية ، وقرّرت حرية العقيدة والرأي ، وحرمة النفس والحياة ، وحرمة المال ، وتحريم الجريمة وغير ذلك من أمور .

ومن معاهدات النبي ﷺ المهمة « عهد الحُدَيْبِيَّة » الذي عُقد بينه وبين قبيلة قريش في مكة في السنة السادسة للهجرة (628 ميلادية) . وهو معاهدة صلح وتحالف على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومشركي مكة . وتضمّن اعترافاً رسمياً من جانب المكين بدين الإسلام وبدولة محمد ﷺ في المدينة . وكانت مدته في الأصل عشر سنوات⁽⁸⁷⁾ ولكن مشركي مكة نقضوها بعد مرور سنتين فقط⁽⁸⁸⁾ .

ومن الأمثلة على معاهدات الخلفاء ، تلك التي عقدها الخليفة عمر بن الخطاب مع أهالي إيلياء⁽⁸⁹⁾ (بيت المقدس) بعد استسلام هذه المدينة في عام 15 للهجرة (636 ميلادية) . وتعد هذه المعاهدة عهداً أساسياً لأهل الكتاب في دولة الإسلام⁽⁹⁰⁾ .

وقد أعطى الخليفة عمر أهل إيلياء أماناً كاملاً لأنفسهم وأموالهم وكنائسهم وصلبانهم ، بحيث لا يُكرهون على دينهم ولا تُهدم كنائسهم ، ولا يُنتقص شيء من أموالهم . وقد اشترط فيها أن لا يسكن إيلياء أحد من اليهود ، وذلك بناء على طلب

(84) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 206 .

(85) يُراجع في ذلك : الدكتور صبحي محمضي : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 140 - 143 .

(86) تراجع هذه الوثيقة وبنودها بالتفصيل في : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة ، للأستاذ محمد حميد الله ، ص 57 - 64 .

(87) يُراجع في بنود هذه المعاهدة : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي ، المرجع السابق ، ص 77 - 84 .

(88) الدكتور صبحي محمضي : المرجع السابق ص 140 .

(89) سُمّيت مدينة القدس « إيلياء » إقتداءً باسمها اللاتيني : إيليا كابيتولينا أي العظمى ، نسبة إلى الامبراطور الروماني إيلْيوس هدريانوس الذي بناها مجدداً على أثر محو المدينة القديمة بعد إخماد ثورة اليهود فيها بين سنة 132 و 135 ميلادية (د . صبحي محمضي : ذات المرجع ص 141 بالهامش) .

(90) تراجع هذه المعاهدة : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة ص 487 - 489 ؛ القانون والعلاقات الدولية في الإسلام للدكتور محمضي ص 141 - 142 .

البطريك صفرونيوس تأكيداً للحظر الروماني السابق .

ومن الأمثلة على معاهدات الملوك والأمراء المسلمين ، تلك التي كانت قد عُقدت بين الملك الأشرف خليل بن قلاوون صاحب الديار المصرية والبلاد الشامية وبين حاكم الريد ارغون أمير برشلونه بالاندلس سنة 692 هجرية (1292 ميلادية) ، وهي هدنة معقودة على : « استمرار المودة والمصادقة على عمر السنين والأعوام »⁽⁹¹⁾ .

مراحل إبرام المعاهدات وشروط صحتها : وتُمر المعاهدة في الشرع الإسلامي بالأدوار الخاصة بالتفاوض الذي يباشره الإمام أو الخليفة نفسه ، أو يباشره عنه وبإسمه وبإذنه من يُفوضه في ذلك . وفي الحالة الأولى لا يحتاج الأمر الى تصديق . أما في الحالة الثانية ، فإن المعاهدة لا تُعد مستوفية لشروطها الشكلية إلا بعد تصديق الإمام أو الخليفة عليها ، وذلك للتأكد من أن المفاوض لم يتعدّ حدود تفويضه⁽⁹²⁾ .

والشرع الإسلامي ، حينما ترك للمسلمين الحق في إبرام المعاهدات للسعي لتحقيق أغراضهم ، إشتراط لصحة المعاهدات الشروط التالية :

أولاً : يجب أن لا تمس بنودها القانون الأساسي للإسلام وشريعته العامة التي بها قوام الشخصية الإسلامية . وقد قال النبي ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله - أي يرفضه كتاب الله ويأباه - فهو باطل ، وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق »⁽⁹³⁾ . ومن هذا المنطلق ، لا يعترف الإسلام بصحة المعاهدة أو بشرعيتها إذا كانت تستباح بها الشخصية الإسلامية ، وتفتح للأعداء باباً يمكنهم من الإغارة على جهات إسلامية ، أو يُضعف من شأن المسلمين بتفريق صفوفهم وتمزيق وحدتهم⁽⁹⁴⁾ .

ويتفق القانون الدولي العام مع الشرع الإسلامي في مثل هذا الشرط ، إذ يشترط الأول في موضوع المعاهدة أن يكون ممّا يُبيحه القانون وتقره مبادئ الأخلاق والإنسانية العامة⁽⁹⁵⁾ .

ثانياً : أن تكون المعاهدة مبنية على التراضي من الجانبين . فالإسلام لا يرى قيمة

(91) الفلقشندي : كتاب صبح الأعشى في صناعة الأنشا جزء 14 ص 75 - 82 ، الناشر دار الكتب العلمية ببيروت 1987 .

(92) الدكتور حامد سلطان : ذات المرجع ص 208 .

(93) ورد هذا الحديث عند الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 115 ، وعند الدكتور حامد سلطان ص 208 .

(94) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي العام في الشريعة الإسلامية ص 208 ؛ الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 235 .

(95) الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 543 .

لمعاهدة تنشأ على أساس من القهر والغلبة ، إذ بذلك نكون بصدد أمر من قوي الى ضعيف ، وهذا لا صلة له بالمعاهدات لأن الإرادة تكون مسلوبة فيه ومنعدمة ، وما يبنى على المنعدم والباطل فهو باطل .

هذا ، ويتفق القانون الدولي الحديث أيضاً مع الشرع الإسلامي في هذا الشرط ، فإن المعاهدة باعتبارها إتفاقاً دولياً لا بد أن تتوافر شروطه وهي : أهلية التعاقد والرضا ومشروعية موضوعه⁽⁹⁶⁾ .

ثالثاً : يجب أن تكون المعاهدة بيّنة الأهداف وواضحة المعالم ، رُتْمَدَد الإلتزامات والحقوق تحديداً لا يدع مجالاً للغموض والتأويل عند التطبيق⁽⁹⁷⁾ . ويُحذَر القرآن الكريم من عقد المعاهدات التي تكون نصوصها غامضة وملتوية . يقول تعالى : ﴿ ولا تحذوا أيمانكم دَخَلاً⁽⁹⁸⁾ بينكم فَنَزَلَ قَدَمٌ بعد ثبوتها وتذوقوا السَّوء بما صدقتم عن سبيل الله ﴾ (سورة النحل ، الآية 94) .

رابعاً : أن تكون المعاهدة مكتوبة⁽⁹⁹⁾ وهي تعقد باسم الله ، ويلى ذلك إثبات موضوعها وينودها بعد إثبات أسماء ممثلي الطرفين ، وتُذَيِّل بالتوقيع أو الختم ، ثم بإثبات أسماء الشهود وتوقيعاتهم وأختامهم وتاريخ المعاهدة . وقد اتَّخَذ الخلفاء الخاتم تشبهاً بالرسول ﷺ ، لأنه لما أراد أن يكتب الى قيصر روما وكسرى فارس يدعوها الى الإسلام قيل له إِنَّ العجم لا يكتبون كتاباً إلا أن يكون مختوماً ، فاتَّخَذ خاتماً من فضة ونقش عليه عبارة : « محمد رسول الله » ، وسار الخلفاء على ذلك بعده⁽¹⁾ .

الأثر المترتب على إبرام المعاهدة : إذا انعقدت المعاهدة مسترفية الشروط السابقة فإنها تكون واجبة الوفاء . ويُعتبر الوفاء بها واجباً دينياً وواجباً سياسياً معاً . يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ويقول أيضاً : ﴿ فأتَمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مَدَتِهِمْ ﴾⁽²⁾ . كما أن الرسول ﷺ قد وُقِيَ بالتزاماته في العهود التي عقدها .

أنواع المعاهدات : ولقد قال جمهور الفقهاء إنَّ المعاهدات يجوز أن تكون مؤقتة ،

(96) الدكتور علي صادق أبو هيف : ذات المرجع ص 539 - 543 .

(97) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 208 ؛ الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 116 .

(98) الدَّخَل : العيب الخفي يدخل في الشيء فيفسده (د . سلطان ص 209 والهامش) .

(99) يُراجع في أصول كتابة المعاهدات وطرق إنشائها : القلقشندي في مؤلفه « صبح الأعشى في صناعة الإنشا » جزء 14 ص 3 - 90 .

(1) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 208 ؛ وقد ورد شكل خاتم الرسول ﷺ على وجه غلاف كتاب « مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة » للاستاذ محمد حميد الله .

(2) على التوالي : سورة المائدة ، الآية الأولى ، وسورة التوبة ، الآية 4 .

ويجوز أن تكون دائمة غير محددة المدة . والمعاهدات المؤقتة واجبة الوفاء ، لا يجوز نقضها أو فسخها إلا إذا لم يوف الطرف الآخر بالتزامه فيها ، أو إذا ثبت للمسلمين قصده الى نقضها وتحين الفرصة للانقضاض على المسلمين . وأما المعاهدات الدائمة ، فقد قال جمهور الفقهاء أنها غير لازمة ، وإن ذهب البعض الى القول مع أنها غير لازمة لكن لا قتال إلا عند الاعتداء أو مظنة الاعتداء .

والحق أن نصوص القرآن توجب الوفاء إلا عند توقع الخيانة وقيام الأدلة عليها ، وعندئذ يجوز نقض المعاهدة ، لأن قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ الأمر بالوفاء فيه عام لم يخص بنص آخر في قوته ، وكل تخصيص لا بد فيه من دليل ، ولا يصح نبذ - أي رفض - عهد إلا بخيانة أو توقع خيانة قامت أمارات وبوادر عليها ، وأن المعاهدين ما استقاموا في عهدوهم فالوفاء واجب⁽³⁾ .

والمعاهدات في الإسلام قد تكون أيضاً معاهدات حسن جوار أو تجارية أو ثقافية أو معاهدات رسم حدود أو تبادل المنافع : « فهي جميعاً في نظر الدعوة المحمدية عهد مقدسة هي موثيق جعل الله عليها شهيداً وكفيلاً ، لها حرمة دينية لا تسمح بالخديعة والتدليس والكذب »⁽⁴⁾ .

(5) - اعتماد الإسلام الوساطة والتحكيم لتسوية المنازعات الدولية :

إن العلاقات السائدة بين الدول ليست دائماً مستقرة وهادئة ، وكثيراً ما يؤدي تعارض مصالحها إلى قيام النزاع بينها . والحكمة تقضي عليها في مثل هذه الحال بأن تسعى لتسوية النزاع الناشئ سلمياً ، وبألا تلجأ الى العنف إلا عند الضرورة القصوى .

وقد اتجهت جهود الساسة من محبي السلام منذ أواخر القرن الماضي إلى إحلال الوسائل الكبرى مثل مؤتمر لاهاي سنتي 1899 و1907 ، وقد تقرر فيها مجموعة من المبادئ لتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، ثم أضيفت لاحقاً على هذه المبادئ غيرها مما تقرر في عهد عصبة الأمم وما أبرم تحت ظله من إتفاقات ، وما تقرر أخيراً في ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 وفي ميثاق جامعة الدول العربية بذات السنة .

وتشمل الطرق السلمية التي يأخذ بها القانون الدولي الحديث - فيما تشمل - الوساطة والتحكيم⁽⁵⁾ .

(3) تعليقات الشيخ محمد أبو زهرة على كتاب « السير الكبير » للإمام الشيباني ص 99 - 100 (نقلاً عن د . حامد سلطان ، المرجع السابق ص 210) .

(4) الاستاذ عبد الرحمن عزّام : الرسالة الخالدة ص 146 (نقلاً عن الاستاذ عمر الفرجاني ص 120) .

(5) الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 685 وما بعدها .

هذا ومنذ أربعة عشر قرناً وقبل الجهود الدولية الحديثة ، أوصى الشرع الإسلامي باتباع الوساطة والتحكيم كطرق سلمية لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد والجماعات والدول .

في شأن الوساطة تقول الآية القرآنية الكريمة : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ - أَي تَرْجِعَ - إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا . . . ﴾ (الحجرات : 9) .

ف عبارات الآية تدل بوضوح على لزوم اتباع الوساطة بين المتنازعين والسعي للإصلاح بينهم . والآية وإن كانت واردة بشأن النزاع بين المؤمنين ، لكن مغزاها يمتد الى النطاق الدولي بحيث تحث على التعاون في سبيل السلام الدولي المبني على العدل ، وتأمّر بالوساطة كتدبير وقائي ، وتفرض أخيراً إستعمال العقوبات لمساعدة الفريق المظلوم على الفريق الظالم⁽⁶⁾ .

وأما فيما خص التحكيم ، فقد أقره الشرع الإسلامي كطريق سلمية أخرى لتسوية المنازعات ، سواء أكانت في مجال القانونين العام والخاص ، أم كانت بين فريقين مسلمين أو بين فريق مسلم وآخر غير مسلم⁽⁷⁾ .

وقد اشتمل التاريخ العربي والإسلامي على سابقات مهمة في التحكيم⁽⁸⁾ .

ومن أمثلة التحكيم عند العرب : ذلك الذي جرى في خلاف قبائل قريش في مكة ، بشأن من يضع الحجر الأسود المقدّس مكانه داخل الكعبة بعد تجديده بنائها . فقد اتفقت هذه القبائل على تحكيم أول رجل يدخل ، فكان محمد ﷺ أول من دَخَلَ فقال زعماء القبائل : هذا هو الأمين رضيناه حَكَمًا ، وأخبروه الخبر ، فبسط رداءه ووضع الحجر فيه وقال : لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب ، فرفعوه حتى انتهوا الى موضعه ، فأخذه محمد ﷺ ووضعوه مكانه ، وبذلك أرضاهم جميعاً بتحكيمه⁽⁹⁾ . وقد حصلت هذه الحادثة في بداية القرن السابع الميلادي ، أي قبل بعثة النبي بوقت قصير .

وبعد ظهور الإسلام ، قام جيش المسلمين بحصار بني قريظة اليهود - الذين نقضوا عهد المسلمين ومالقوا الأعداء عليهم - فطلب هؤلاء من حلفائهم أن يتوسطوا لدى النبي

(6) الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 164 - 165 .

(7) يُراجع في تفصيل ذلك : الاستاذ عامر رحيم : التحكيم بين الشريعة والقانون ، منشورات الدار الجماهيرية الليبية 1987 .

(8) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص 160 - 163 .

(9) يُراجع في هذه القضية : الدكتور حسن إبراهيم حسن : تاريخ الإسلام جزء 1 ص 77 ، مرجع سابق .

لذلك الحصار عنهم وإطلاقهم . فعرض عليهم الرسول ﷺ التحكيم ، وأعلن عن قبوله بتحكيم سعد بن مُعاذ حليف اليهود الذي قام بالوساطة . ثم جاء قرار الحُكم وفقاً لما عزم عليه المسلمون⁽¹⁰⁾ .

وقد تناول القرآن الكريم مسألة تحكيم النبي ﷺ وضرورة الإلتزام به ، وذلك في الآية القرآنية الكريمة القائلة : ﴿ لَا وَرَبَّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ (أي اختلط) ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً (أي شكاً) مما قضيت ويُسلِّموا تسليماً (أي ينقادوا لحكمك من غير معارضة) ﴿ النساء : الآية 65) .

وقد كان النبي ﷺ في الواقع الحُكم الطبيعي في كل خلاف نشأ بين المؤمنين أو بينهم وبين غيرهم . ففي أول هجرته إلى يثرب (المدينة) آخى النبي ﷺ بين المهاجرين من قريش وبين الأنصار من المدينة إخاء مثالياً سامياً كإخاء الدم ، بحيث يتواسون ويتناصرون بالحق .

ثم كتب النبي ﷺ بين المؤمنين من جهة وبين يهود المدينة من جهة أخرى كتاباً ، عُرف بمعاهدة المدينة⁽¹¹⁾ ، استطاع فيه أن يجعل من جميع المسلمين على اختلاف شعوبهم وقبائلهم أمة واحدة ، وأوجد التعاون والتضامن بينهم على أساس الزمالة في الدين ، واعترف للجماعة الإسلامية من حيث كونها شخصية معنوية بحقوق على الأفراد أهمها السهر على الأمن والضرب على يد المفسدين ، وشرط لجماعة اليهود المساواة مع المسلمين في المصلحة العامة كما كفل لهم التمتع بما للمسلمين من حقوق⁽¹²⁾ .

وقد نُصَّ في هذا الكتاب على : « أنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حَدَث ، أو اشتجار يُخاف فسادَه ، فإن مَرَدَه إلى الله وإلى محمد رسول الله ﷺ » . فكان هذا النص بمنزلة إقرار صريح بتحكيم النبي ﷺ للفصل في كل خلاف ينشأ بشأن ما ورد في تلك المعاهدة⁽¹³⁾

ثانياً - قواعد الإسلام في حالة الحرب :

جاء الإسلام في زمان كانت فيه الحرب هي القاعدة العادية للعلاقات بين مختلف

(10) الدكتور حسن إبراهيم حسن : ذات المرجع جزء 1 ص 120 - 121 .

(11) تُراجع هذه المعاهدة عند : الأستاذ محمد حميد الله : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي ص 57 - 64 ؛ الدكتور حسن إبراهيم حسن : تاريخ الإسلام جزء 1 ص 101 - 102 .

(12) الدكتور حسن إبراهيم حسن : ذات المرجع والجزء ص 102 - 103 ؛ قارن الدكتور صبحي محمدي : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 162 .

(13) الدكتور صبحي محمدي : ذات المرجع والمكان .

الجماعات الإنسانية . وكانت الحرب وقتذاك لا ضابط لها من حيث أساليبها ومن حيث وسائلها ، ومن حيث وحشية تصرف المحاربين . وكانت الحرب تُعدّ سياسة وطنية لدى الحاكمين ، كما كانت تُعدّ وسيلة لاشباع غريزة السيطرة والطموح ، وسبيلاً للتوسع وللحصول على المغنم ، كما كانت تُعدّ أيضاً وسيلة لحسم المنازعة . وكانت تُعتبر أمراً مشروعاً ، لا يُقيّد من الإلتجاء إليه شرط أو حد .

وأما في الإسلام ، فإن السلم أصل العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم من المخالفين في الدين ، حتى يكون اعتداء من دولة أخرى ، فتكون العلاقة هي الحرب لدفع هذا الإعتداء . فالحرب في الإسلام هي حال الضرورة التي يوجبها الدفاع الشرعي عن النفس⁽¹⁴⁾ . والإسلام ، إذ يُقرر السلم على أنه أصل العلاقات الإنسانية بين الدول لا يسمح للمؤمنين أن يتدخلوا في شؤون الدول الأخرى إلّا لحماية الحريات العامة ، وعندما يستغيث به المظلومون ، أو يُعتدى على المعتقدين له ، فإنه يتدخل حينئذٍ لمنع الفتنة في الدين ، فهو يحترم حق كل دولة في الوجود ، وحققها في أن تكون سيّدة نفسها ، وحققها في الدفاع عن أراضيها وسيادتها . ولا فرق في ذلك بين دولة راقية وأخرى غير راقية . . . فإن السيادة حق طبيعي تتمتع به كل جماعة من الناس كما يتمتع به الأحاد منهم⁽¹⁵⁾ .

وتمثل مفهوم السلام في الإسلام أن المسلم لا يسوغ له أن يتمنى الحرب ، أو يدعو إليها حتى مع المعتدين . فإن أمكن دفع الاعتداء بدونها كفى الله المؤمنين شر القتال . يقول النبي ﷺ : « لا تتمنوا لقاء العدو ، وسلوا الله العافية ، فإذا لقيتموهم فاصبروا »⁽¹⁶⁾ .

فالإسلام ينشد السلام الداخلي والخارجي ، ويسعى الى الاستقرار داخل الدولة الإسلامية وفي علاقاتها بالدول الأخرى . يقول الله تعالى في سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين ﴾ (الآية 206) . ففي هذه الآية القرآنية ، يطلب المولى تعالى من المؤمنين أن لا يعتدوا على غيرهم وأن يشاركوهم في السلام العام ويُسهّموا معهم بنصيب إيجابي فيه ، وذلك هو معنى دخولهم في السلم كافة وعدم تتبّعهم خطوات الشيطان .

والإسلام لا يخرج عن هذا الأصل القائم على التمسك بالسلام إلّا إذا امتدت إليه يد العدوان ووضّعت أمامه العراقيل وأخذت في دفع الناس عنه بالإيذاء والتنكيل . فهنا فقط

(14) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 247 و 159 .

(15) الاستاذ محمد أبو زهرة : أصول العلاقات الدولية في الإسلام (نقلاً عن الاستاذ عمر الفرجاني في كتابه السابق ص 32) .

(16) الإمام مسلم : في صحيح مسلم جزء 4 ص 13 من طبعة مؤسسة عز الدين بيروت .

يُؤَذِّن لاهله أن يردّوا العدوان بالدفاع إقراراً للسلام وإقامة للقسط مع تحذيرهم من حرب الاعتداء⁽¹⁷⁾ يقول تعالى : ﴿ اِذْ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ ، الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ . . . ﴾ (سورة الحج ، آية 38 - 39) . ويقول أيضاً : ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ (سورة البقرة ، آية 190) .

إذن « من الخطأ الفاحش أن يُقال بأن الشرع الإسلامي في العلاقات الدولية هو في غالبه قانون حرب . فإذا كان لهذا القول أحياناً شيء من السند في تصرف بعض الولاة في التاريخ الاسلامي ، غير أن النصوص الشرعية الأصلية المَعُول عليها وحدها تُفيد العكس . وهو أن الإسلام يعتبر السلام قاعدة أساسية في نظامه التشريعي ، وأن هذه النصوص لم تتناول أحكام الحرب إلا في الأحوال الإستثنائية التي تُعد فيها الحرب مشروعة . فلا يُمكن من ثَمَّ لأي تصرف مخالف بفرض وقوعه أن يُبطل مثل هذه النصوص المقدسة الصريحة . هذا وإن كلمة السلام ومُشتقاتها قد وردت في أكثر من مائة آية من آيات القرآن الكريم ، في حين أن كلمة الحرب ومُشتقاتها لم تُذكر إلا في ست آيات⁽¹⁸⁾ فقط »⁽¹⁹⁾ .

والمسلمون مأمورون بالدعوة الى الله بالطريقة الحسنة ، يقول تعالى : ﴿ اذْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ ، وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (سورة النحل ، آية 125) ، ويقول أيضاً : ﴿ وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (سورة العنكبوت ، آية 46) .

والإسلام يحرص على إيصال الدعوة إلى الناس من غير عنف ، فلم يلجأ إلى القوة إلا عندما كان يرى الآخرين قد اختاروا القتال . وكان يخبر الناس بين أمور ثلاثة هي : الإسلام أو المعاهدة أو القتال . وقد سار المسلمون الأوائل على هذا النهج الحضاري والترموا به عند نشر دعوتهم .

وقد اعترف بالحقائق السلمية السابقة حتى الأجانب . فهذا الاستاذ « دوم مايكل آزين » ينتهي الى النتيجة القائلة : « أنه لم يكن للقوة والحرب سوى شأن ثانوي في انتشار

(17) الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق 42 - 45 .

(18) هذه الآيات واردة على النحو الآتي : سورة البقرة (آية 279) ، وسورة المائدة (آية 33 و 64) ، وسورة الأنفال (آية 57) ، وسورة التوبة (آية 107) ، وسورة محمد ﷺ (آية 4) ولا شك توجد آيات أخرى ذكرت الجهاد والقتال ومُشتقاتها .

(19) الدكتور صبحي محمضاني ؛ القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 50 - 53 .

الإسلام . ويقول الاستاذ « روبرتسن » في تاريخ شارلكان : « إن المسلمين وحدهم هم الذين جمعوا بين التسامح وغيره التبشير ، فلما حملوا السلاح لنشر مذهب نبيهم أباحوا للذين لم يريدوا اعتناق هذا الدين أن يبقوا متمسكين بدينهم » . ويقول الاستاذ « ميشو » في تاريخ الحروب الصليبية : « لقد منع (النبي) محمد قواده من قتل الرهبان لأنهم رجال صلاة . ولما استولى (الخليفة) عمر - بن الخطاب - على القدس لم يُمسّ النصارى بسوء . ولما صار الصليبيون سادة هذه المدينة المقدسة ذبحوا المسلمين بلا رحمة وأحرقوا اليهود » . وقال رئيس الدير « مشيو » في كتابه رحلة إلى الشرق : « إن المحزن لدى الأمم النصرانية أن يكونوا قد تعلموا من المسلمين التسامح الديني الذي هو دستور الإحسان من شعب إلى شعب » .

ويقول الاستاذ « غوستاف لوبون » عن حضارة العرب : « لم تكن القوة عاملاً في انتشار القرآن قطعاً . فقد ترك العرب المغلوبين أحراراً في المحافظة على دينهم ، وإذا حدث أن اعتنقت الشعوب النصرانية دين غالبيتهم فذلك لأن الفاتحين الجدد بدؤوا أكثر عدلاً نحوها مما كان عليه سادتهم السابقون ولأن دين هؤلاء الفاتحين كان من البساطة البالغة ما لم تعرفها الشعوب النصرانية حتى ذلك الحين ولا يُفرض القرآن بالقوة بل بالإقناع . والإقناع وحده هو الذي كان عليه أن يجلب الى اعتناقه الأمم التي قهرت العرب مؤخراً كالترك والمغول »⁽²⁰⁾ .

هذا وقد بلغ من انتشار المسلمين في الهند - التي لم يكن العرب فيها غير عابري سبيل في الحقيقة - أن زاد عدد أتباعه فيها اليوم على خمسين مليوناً ، ومع أن الانكليز الذين هم سادة الهند الحقيقيون في ذلك الوقت يجهزون فيها جيشاً حقيقياً من المبشرين لتنصير المسلمين فإنه لم يُعرف مثال ثابت واحد على التنصير كُلت به جهودهم نجاحاً . ولم يكن انتشار القرآن في الصين أقل أثراً ، فمع أن المسلمين لم يقتحموا أقل جزء من مملكة ابن السماء هذه ، فإن عدد المسلمين فيها يصل إلى السبعين مليوناً⁽²¹⁾ .

والدليل الحاسم على عدم ارتباط انتشار الدعوة الإسلامية بالفتح العسكري هو أن الإسلام موجود في أرجاء كثيرة من العالم لم يفتحها المسلمون قط ، كما انه انتشر في كثير من الدول انتشاراً منفصلاً عن الانتصارات الحربية الإسلامية . فقد انتشر الإسلام بين الشعوب المسيحية في آسيا الغربية ، كما انتشر بين مسيحي أفريقيا ومسيحي اسبانيا ، وانتشر في فارس وأواسط آسيا ، وانتشر الإسلام بين المغول والتتار . وانتشر في الهند ،

(20) أورد الأفعال السابقة الاستاذ عمر الفرجاني في كتابه « أصول العلاقات الدولية في الإسلام » ص 106 - 107 .

(21) كاردوفو ومفكرو الإسلام باريس 1921 (نقلاً عن الاستاذ الفرجاني ، ذات المرجع ص 107) .

وانتشر في الصين ، في عهد دولة منج ، وفي عهد دولة منشو ، وانتشر الإسلام في أرخبيل الملايو - في جاوة وسوماطرة وبورنيو وسلييس - وانتشر في الفيليبين وفي الصرب والجبل الأسود وروسيا وتتار سيبيريا . ومن الأمور الثابتة أن دعاة الإسلام لم يدخلوا بعض هذه البلاد فاتحين⁽²²⁾ .

قواعد وأدبيات الإسلام في الحرب : وتتجلى في الأمور التالية : - التوجيهات الانضباطية إلى قادة الجيوش . 2 - الإجراءات التي تسبق الحرب . 3 - قواعد معاملة رعايا العدو . 4 - مصير أموال العدو .

(1) - التوجيهات الانضباطية الى قادة الجيوش قبل البعث :

لما كان الأصل في الشرع الاسلامي هو حقن الدماء حتى بين المتحاربين ، لذلك نجد أن الإسلام يتخذ كل الإجراءات الكفيلة بحفظ أرواح الناس وذلك باتباع آداب وسلوكيات مثالية قلّ نظيرها . وهذه الآداب والسلوكيات لم يُترك أمر تقديرها للمحارب ، بل جاءت في صورة توجيهات إنضباطية صادرة عن رأس الدولة الإسلامية الى قادة الجيوش فيها حتى تكون بمثابة دستور لهم في حربهم .

فقد روي عن النبي ﷺ أنه كان إذا أَمَرَ أميراً على جيش أو سرية⁽²³⁾ أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً . ثم قال : « اغزوا باسم الله ، قاتلوا من كَفَرَ بالله ، اغزوا ولا تَغْلُوا⁽²⁴⁾ ولا تَغْدِرُوا ولا تَمْتَلُوا⁽²⁵⁾ ، ولا تقتلوا وليداً . وإذا لقيت عدوك من المشركين فادْعُهُمْ الى ثلاث خصال فأيتنهن ما أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم . ثم ادْعُهُمْ الى الإسلام ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم . ثم ادْعُهُمْ الى الإسلام ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم . ثم ادْعُهُمْ الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين . . . فان أبوا . . . فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين . فإن هم أبوا فسلّهم الجزية . فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم . . . »⁽²⁶⁾ .

وروي عن الخليفة الإسلامي الأول « أبي بكر الصديق » ، يوم بعث يزيد بن أبي

(22) السير توماس أرنولد : كتاب الدعوة إلى الإسلام ، ترجمة الدكتور حسن إبراهيم حسن وعبد المجيد عابدين ، القاهرة 1957 كما أورد د . حامد سلطان ص 161 وبالهامش .

(23) السرية : فرقة من الجيش وقد سُميت كذلك لأنها تسري في الليل ويُخفى ذهابها .

(24) لا تغلوا: أي لا تخونوا في الغنيمة .

(25) أي لا تشوهوا القتلى .

(26) الإمام مسلم : في صحيح مسلم جزء 4 ص 8 - 9 ، من طبعة مؤسسة عز الدين بيروت .

سفيان على جيش إلى الشام ، أنه قال له : « إني موصيك بعشر فاحفظهن : إنك ستلقى أقواماً زعموا أنهم قد فرغوا أنفسهم لله في الصوامع ، فذرهم وما فرغوا له أنفسهم . . . ولا تقتلن مولوداً ولا امرأة ولا شيخاً كبيراً . ولا تعقرن شجراً بدا ثمره ، ولا تحرقن نخلاً ، ولا تقطعن كرمأ . ولا تذبحن بقرة ولا شاة ، ولا ما سوى ذلك من المواشي إلاّ للأكل » (27) .

وروي عن الخليفة عمر بن الخطاب في وصاياه لأمرء الجيوش قبل بعثهم أنه قال : « بسم الله ، وعلى عون الله ، وامضوا بتأييد الله ، وبلزوم الحق والصبر . فقاتلوا في سبيل الله من كفر الله . ولا تعتدوا ، إنّ الله لا يحب المعتدين . لا تجبنوا عند اللقاء ، ولا تمثلوا عند القدرة ، ولا تسرفوا عند الظهور . ولا تقتلوا هرمأ ، ولا امرأة ، ولا وليداً . وتوقوا قتلهم ، إذا التقى الزحفان ، وعند حمة النهضات ، وفي شن الغارات . ولا تغلّوا عند المغانم . ونزّوها الجهاد عن عرض الدنيا » .

وكذلك فقد روي عن الإمام علي في وصاياه الى قواده أنه قال : « لا تقتلوا القوم حتى يبدوؤكم . . . فإذا قاتلوكم فهزتهموهم ، فلا تقتلوا مُدبرأ ، ولا تُجهزوا على جريح ، ولا تكشفوا عورة ، ولا تمثلوا بقتيل . فإذا وصلتم الى رحاب قوم ، فلا تهتكوا سترا ، ولا تدخلوا دارأ إلاّ بإذن ، ولا تأخذوا شيئأ من أموالهم إلاّ ما وجدتم في معسكرهم . ولا تهيجوا امرأة بأذى وإن شتمن أعراضكم ، وسبين أمراءكم وصلحاءكم » (28) .

وأخيراً ، سار الخليفة عمر بن عبد العزيز على ذات النهج ، بمنع ارتكاب المنهى عنه من المثلة والغلول ، وقتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا رأي لهم ولا قتال منهم ، والرهبان وأصحاب الصوامع ، وتحريق الأشجار ، وقتل الحيوان لغير مصلحة . وقد كتب بذلك الى قائده أبي عبيدة بن الجراح ، وذكره بوصايا النبي ﷺ بهذا الخصوص (29) .

(2) - الإجراءات التي تسبق الحرب :

الإعلام بفسخ المعاهدات والإمهال : الأصل في الشرع الإسلامي بقاء المعاهدات الى نهاية المدة المتفق عليها ، والمسلمون ملزمون بذلك طبقاً لشرعهم حتى في حالات موت

(27) الإمام محمد بن الحسن الشيباني : كتاب السير الكبير جزء 1 ص 39 - 43 ، تحقيق صلاح الدين المنجد ؛ ابن عبد ربه الاندلسي ، العقد الفريد جزء 1 ص 79 من طبعة دار ومكتبة الهلال ببيروت 1986 ؛ الدكتور منير العجلاني : عبقرية الإسلام في أصول الحكم ص 247 .

(28) الدكتور صبحي محمضاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 556 .

(29) ابن عبد ربه الاندلسي : العقد الفريد جزء 1 ص 79 من طبعة دار ومكتبة الهلال ببيروت 1986 ؛ الدكتور صبحي محمضاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 556 - 557 .

أو عزل رئيس الدولة فإن عهده لا ينقض وعلى من بعده الوفاء به ، لأن الرئيس عقده باجتهاده فلم يجوز نقضه باجتهاده غيره .

والمعاهدات في الإسلام تنتهي بأحد أمور ثلاثة : الأول - انتهاء مدة المعاهدات . والثاني - إذا نقضها الطرف الثاني . والثالث - ظهور أمارات على خيانة الطرف الثاني . ففي الحالة الأخيرة ، إذا بدرت من الطرف الثاني خيانة نحو المسلمين أو أقدم على تصرف يرى فيه الإسلام مساساً بالدين وأهله ، جاز فسخ عهده وهو حينئذ المتسبب في رمي ورفض العهد . يقول تعالى : ﴿ وَإِنَّمَا تَخَافْنَ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ ⁽³⁰⁾ ۖ فَانْبِذْ ⁽³¹⁾ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ۚ ﴾ (الأنفال : 56) أي اعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء في العلم ⁽³²⁾ .

ومن المقرر فقهاً أنه لا يجوز لرئيس الدولة أو نائبه أن يبدأ الخصم بالحرب قبل أن يعلمه بأنه قد تقرر نبذ أو فسخ العهد على مسؤوليته وبمهله الوقت الكافي ليخبر رعاياه في أطراف البلاد وعند حدود المسلمين ، حتى إذا ابتدأ المسلمون بالحرب لم يؤخذ الخصم على غفلة . وهذا الأدب الإسلامي على درجة من الرقي قصرت عنها الشرعات الدولية المعاصرة ، إذا الدول في الوقت الحاضر تبدأ الهجوم بدون إعلام وانتظار ⁽³³⁾

إنذار العدو قبل بدء الحرب : يُحَرِّمُ الشرع الإسلامي القتال غدرًا أو القتال الفجائي ، ومن ثمَّ يُشترط لمشروعية الحرب أن لا يبدأ القتال إلا بعد توجيه دعوة تحيرية أو إنذار الى العدو ، وذلك عملاً بقوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۚ ﴾ (سورة الإسراء ، آية 15) . وتوجيه الدعوة أو الإنذار الى العدو يجب أن يحصل لمدة ثلاثة أيام متتالية ، وبحيث لا يبدأ القتال إلا في اليوم الرابع ما لم يُعاجل العدو بالقتال . ويُخَيَّرُ العدو في هذا الإنذار بين ثلاثة أمور : قبول الإسلام ، أو دفع ضريبة الجزية ، أو الرضاء بالقتال . وليس في هذا إكراه على الإسلام ، لأن التخيير بين أمور ثلاثة لا يُعد إكراهًا في الدين ⁽³⁴⁾ الذي نهى عنه القرآن الكريم بقوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين قد تبين الرُّشْد من الغي ۚ ﴾ (سورة البقرة ، آية 256) .

وكان الرسول ﷺ إذا أرسل سرية الى الحرب قال لقائدها : « إذا لقيت عدوك . . . فادعهم الى ثلاث خصال فأيتهن ما أجابوك فأقبل منهم وكُفَّ عنهم . ثم

(30) أي غشاً ونقضاً للعهد .

(31) النبذ : الرمي أو الرفض .

(32) الدكتور محمد رافت عثمان : المرجع السابق ص 237 .

(33) الدكتور منير العجلاني : عقرية الإسلام في أصول الحكم ص 252 .

(34) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 248 .

ادعهم الى الإسلام . . . فإن أبوا . . . فسلهم الجزية . . . فإن هم أبوا فاستعن بالله وقتلهم» (35).

وكان الخلفاء الراشدون يتقيدون بهذا الإنذار . فقد رُوي أن الإمام علي كان لا يقاتل أحداً من العدو حتى يدعوه ثلاث مرات . كما أن الخليفة عمر بن عبد العزيز عمل بذلك ، إذ أمر قادة جيوشه بأن يدعوا الى الإسلام قبل قتال العدو (36).

وقد سار على هذا الإجراء أيضاً قادة الخلفاء المسلمين ، لا سيما خالد بن الوليد في جميع فتوحاته ، وعمر بن العاص قبل فتح مصر ، وسعد بن أبي وقاص قبل حرب القادسية مع الفرس ، وغيرهم (37).

وقد قالت المذاهب الشافعية والأحناف والحنابلة بوجوب الإنذار ، بيد أنها اختلفت في تكرار الإنذار من عدمه ، وذهب المالكية والأحناف الى وجوبه ثلاثة أيام (38).

وبعض العلماء ذهب الى أبعد من ذلك حين اشترط ألا يبدأ القتال حتى يقتل العدو واحداً من المسلمين عملاً بما رُوي : « أن رسول الله بعث مُعاذاً في سرية وقال لا تقتلوهم حتى تدعوهم فإن أبوا فلا تقتلوهم حتى يبدؤوكم ، فإن بدؤوكم فلا تقتلوهم حتى يقتلوا منكم قتيلاً ثم أروهم ذلك القتل . . . » (39).

هذا ، ويُرتب الشرع الإسلامي على عدم سبق الحرب بالإنذار بطلان الأعمال الحربية وعدم مشروعيتها . فقد حدث أن هاجم القائد المسلم قتيبة بن مسلم الباهلي وجيشه مدينة سمرقند - تقع بالإتحاد السوفياتي الآن - ودخلها على غرة من أهلها دون أن يُخبرهم بين الأمور الثلاثة الموجبة الإنذار ، فما كان من أهل هذا البلد إلا أن أرسلوا الى الخليفة عمر بن عبد العزيز يشكون إليه من أن القائد المسلم دخل أرضهم من غير أن يُخبرهم . فأرسل الخليفة إلى القاضي بشكواهم وأمره أن يستمع إليهم ، فإذا تحققت شكواهم ، أمر جيش المسلمين أن يخرج من أرضهم ويعود إلى معسكره ، ثم يرسل إليهم يُخبرهم بين الخصال الثلاث ، فلما تحقق القاضي من صحة الواقعة ، أمر الجنود المسلمين أن يعودوا الى معسكرهم خارج البلد الذي دخلوه ، ثم يرسلوا إليهم يخبرين لهم بين الأمور

(35) الإمام مسلم : صحيح مسلم جزء 4 ص 8 - 9 ، من طبعة مؤسسة عز الدين بيروت .

(36) الدكتور صبحي محمضاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 550 .

(37) يُراجع في تفصيل ذلك : كتاب فتوح البلاد للإمام البلاذري ، مرجع سابق ، الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 206 .

(38) الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 103 .

(39) الإمام السرخسي : كتاب المبسوط الجزء 10 ص 31 من طبعة دار المعرفة بيروت .

الثلاثة السابقة . لكن أهالي سمرقند كرهوا الحرب ، وأقروا المسلمين على عملهم وسمحوا لهم بالإقامة في البلد⁽⁴⁰⁾ .

وهكذا نرى أن الشرع الإسلامي قد نهى عن الغدر بالعدو ، وأوجب إنذاره بالحرب ، وهذا أحد المبادئ الراقية التي جاء بها الإسلام منذ أربعة عشر قرناً ، ولم يهتد إليه القانون الدولي الوضعي إلا منذ سنة 1907 حيث عُقد مؤتمر لاهاي وانتهى الى إبرام إتفاقية تقرر فيها أنه : « يجب ألا تبدأ الأعمال الحربية إلا بعد إخطار سابق لا لبس فيه ، ويكون هذا الإخطار إما في صورة إعلان حرب مسبب ، وإما في صورة إنذار نهائي باعتبار الحرب قائمة بين الطرفين في حال عدم قبول المطالب » (المادة الأولى)⁽⁴¹⁾ .

يبد أن هناك فرقاً شاسعاً بين مبادئ الشرع وقواعد القانون ، لأن مبادئ الشرع الإسلامي ملزمة على حين أن قواعد القانون الدولي لا تكتسي صفة الإلزام .

وترتيباً على ما تقرر أعلاه ، فإن الجيش الإسلامي الذي يدخل بلداً معيناً دون إنذار طبقاً لمبادئ الشرع يكون آثماً . ويرى فريق من العلماء وجوب التعويض لمن قُتل من رعايا العدو ، فقد جاء عند الإمام الماوردي : « فإن بدأ بقتالهم قبل دعوتهم للإسلام وإنذارهم بالحجة وقتلهم غرة وبيئاتاً ضمين ديات نفوسهم وكانت على الأصح من مذهب الشافعي كديات المسلمين »⁽⁴²⁾ .

(3) - قواعد معاملة رعايا العدو :

كانت الحرب عند ظهور الإسلام لا تحكمها أي قواعد ، ولذلك كان المتحاربون يستعملون كل أساليب القسوة والوحشية تجاه أعدائهم بغض النظر عن كونهم من المحاربين أو من المدنيين ، وبصرف النظر عن كونهم من الجرحى أو من الأسرى .

ولما جاء الإسلام ، وضع قواعد مضبوطة في معاملة العدو تقوم على الرأفة الإنسانية والأخلاق الفضيلة . وهذه القواعد ، إذا ماقيست بالزمان التي طبقت فيه ، تؤلف من دون شك نظاماً حضارياً راقياً وسبقاً .

ويقضي بيان قواعد هذا النظام توضيح كيفية معاملة رعايا العدو على اختلاف

(40) يُراجع في هذه الحادثة : الإمام البلاذري : فتوح البلدان ص 411 من طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، الدكتور صبحي المحمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 550 - والقانون والعلاقات الدولية ص 206 - 207 ؛ الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 162 ؛ الأستاذ علي منصور : المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ص 204 ؛ الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 179 .
(41) يُراجع في ذلك : الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 757 .
(42) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 46 ، من طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

فئاتهم ، وهذا ما سنتناوله في الفقرات التالية .

معاملة المحاربين : القاعدة الإسلامية في ذلك أنه يُباح في الحرب كل عمل من أعمال العنف متى كان ضرورياً لسحق قوة العدو ، ومن ثمَّ يجوز أثناء الأعمال الحربية الإقدام على قتل أو جرح المحارب فقط⁽⁴³⁾ .

لكن ذلك يجب أن يحصل بعيداً عن أعمال القسوة والوحشية كالتشويه والتمثيل بالجثث وحرق الأحياء . فكل هذه الأساليب محرمة ومنهي عنها شرعاً . فهذا النبي ﷺ ينهى عن التمثيل بالقتلى ، على الرغم مما فعله المشركون في معركة أُحُدْ بعمّة حمزة إذ مثلوا فيه شر تمثيل ، فيقول : « لا تغدروا ولا تمثلوا » - حديث سابق - ويقول أيضاً : « إذا قاتل أحدكم فليجنب الوجه »⁽⁴⁴⁾ .

وينهى الشرع الإسلامي أيضاً : عن حرق الأعداء الأحياء عند القدرة عليهم ، لما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال : « إن أخذتم فلاناً فاقتلوه ولا تحرقوه ، فإنه لا يُعَذَّب بالنار إلا رب النار »⁽⁴⁵⁾ .

وأما رمي الأعداء قبل أخذهم بأدوات الحرب الحارقة والأسلحة التي تنتشر حالياً كالقنابل والصواريخ . فيُنظر في أمرها ، فإن أمكن المسلمون أخذ العدو بدون استعمالها فلا يجوز لهم اللجوء إليها ، لأن العدو في حكم المقدور عليه . وإن عجز المسلمون عن أخذ العدو بدونها ، جاز لهم استعمالها عند غالبية الفقهاء كالأوزاعي والثوري والشافعي⁽⁴⁶⁾ .

هذا ، ويفرض الشرع الإسلامي على المحارب أن يتجنب قتل أبيه إذا كان يحارب في صفوف الأعداء ، وذلك برأ بالوالدين وبواجب معاملتهما بالمعروف والإحسان . وقد أكد القرآن الكريم هذا الواجب في آيات عديدة⁽⁴⁷⁾ ، ولم يستثن من طاعة الوالدين إلا في حالة الشرك بالله .

وأخيراً ، فإن العقوبات الجماعية - التي يفرضها بعض الدول الغازية على أهل البلدة

(43) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص 248 ؛ الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 105 ؛ الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 238 و 239 .

(44) ورد هذا الحديث عند الدكتور صبحي محمضاني ذات المرجع ص 244 .

(45) أورد هذا الحديث الإمام محمد بن رشد في كتابه : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء 1 ص 385 ، طبعة دار المعرفة ببيروت 1985 .

(46) الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 195 .

(47) منها سورة لقمان (آية 14) ، وسورة مريم (آية 14 و 32) ، وسورة البقرة (آية 83) ، وسورة الأحقاف (آية 15) ، وسورة العنكبوت (آية 8) .

بكاملها إنتقاماً من أعمال المحاربين منهم - هي محرمة ومحظورة في الشرع الإسلامي⁽⁴⁸⁾ عملاً بقوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرةٌ وزراً أخرى ﴾ (سورة الأنعام ، آية 164) .

معاملة المدنيين : والقاعدة الشرعية كذلك أنه لا يجوز التعرض للمدنيين غير المحاربين ، فلا يحل قتلهم ولا مهاجمتهم⁽⁴⁹⁾ ويدخل في عداد المدنيين : الصغار والنساء ، والشيوخ والعجزة ، والرهبان ، والتجار والزراع .

الصغار والنساء : ويُقصد بالصغار من لم يكملوا سن البلوغ الشرعي المحدد في معظم المذاهب بتمام البلوغ الطبيعي أو بتمام الخامسة عشرة من العمر . ويفترض في هؤلاء الصغار وفي النساء عامة ضعف البنية وعدم القدرة على القتال ، فاقضى ذلك تحريم التعرض لهم بأي أذى . وقد رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه أتى بامرأة مقتولة فقال : « ما كانت هذه لتقاتل »⁽⁵⁰⁾ ونهى عن قتل النساء والصبيان .

الكبار والعجزة : ولا يجوز شرعاً كذلك التعرض للكبار والعجزة لذات العلة السابقة . ويدخل في عداد هؤلاء : الشيخ الكبير ، والمجنون والمعته ، والأعمى والمقعّد والمفلوج ، ومقطوع اليد اليمنى ، ومقطوع اليد والرجل وما شابه⁽⁵¹⁾ .

رجال الدين : وهؤلاء لا يقاتلون فهم يُشبهون المدنيين ، فيُحظر التعرض لهم . ويدخل في عداد رجال الدين الرهبان المقيمين في الصوامع والكنائس والأديرة وغيرهم من رجال الكهنوت . وقد رُوِيَ عن الخليفة أبي بكر الصديق أنه قال لقائد جيشه : « انك ستلقى أقواماً زعموا أنهم قد فرغوا أنفسهم لله في الصوامع ، فذرهم وما فرغوا له أنفسهم . . . » ، وقد مرّ هذا القول سابقاً .

وبالإضافة الى ذلك ، فقد نُوّهت آية قرآنية برجال الدين المسيحيين بصورة ودية جداً ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ ولتجدنّ أقربهم مودةً للذين آمنوا الذين قالوا إنا نصارى ذلك بأنّ منهم قسيسين ورهباناً وأنهم لا يستكبرون ﴾ (سورة المائدة ، آية 82) .

هذا ، ويتوجب تأمين المؤونة للمدنيين ورجال الدين ولو كان ذلك من بيت

(48) الدكتور صبحي محمّصاني : القانون والعلاقات ص 244 - 245 .

(49) الدكتور صبحي محمّصاني : ذات المرجع ص 239 - 242 ؛ الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق ص

248 ؛ الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 192 - 193 ؛ الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق

ص 105 - 106 .

(50) الإمام ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء 1 ص 383 .

(51) الإمام ابن رشد : ذات المرجع والجزء ص 384 ؛ الدكتور صبحي محمّصاني : المرجع السابق ص 240 ؛

الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 192 - 193 .

المسلمين⁽⁵²⁾ ، وقد حدث في إبان حصار مكة أن منع المسلمون تموينها بالحبوب ، فكتب أهلها رسالة الى النبي ﷺ يقولون له فيها أنه أصابتهم المجاعة ، فأمر فوراً برفع الحظر عن التموين⁽⁵³⁾ .

التجار والزراع : وقد أضاف بعض الفقهاء الى الأشخاص المدنيين - الذين لا يجوز التعرض لهم - التجار والزراع . وهذا الرأي الذي قال به الإمامان ابن حنبل والأوزاعي يثبت أن التفريق بين الأعداء المحاربين وغير المحاربين كان واضحاً في ذهن هؤلاء الفقهاء الذين منعوا التعرض لغير المحاربين . وقد كتب الخليفة عمر بن الخطاب في أحد كتبه : « ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تقتلوا وليداً ، واتقوا الله في الفلاحين »⁽⁵⁴⁾ .

معاملة جواسيس العدو : ⁽⁵⁵⁾ إذا دخل العدو كجاسوس وثبت عليه الجرم ، فيجوز توقيع عقوبة الإعدام المادي به بقتله أو الإعدام المعنوي باسترقاقه .

وأما إذا دخل العدو دار الإسلام بمقتضى عهد الأمان أو الإقامة المؤقت أو الدائم ، ثم ارتكب عملاً من أعمال التجسس على أحوال المسلمين ، فإنه يكون ناقضاً للعهد والأمان الممنوح له - وفقاً لرأي بعض الأئمة كمالك وابن حنبل والأوزاعي - وجاز الحكم بإعدامه عقاباً له .

لكنّ التجسس في المذهبين الحنفي والشافعي لا ينقض عهد الأمان ، وإنما يستوجب العقاب والحبس .

وإذا دخل المحارب دار الإسلام بصفة مبعوث لملك الأعداء، فهو يتمتع بالأمان حتى يبلغ رسالته ، وذلك بالاستناد الى الحصانة التي يتمتع بها المبعوثون .

وإذا أراد المبعوث الأجنبي العودة الى بلده وكانت الطريق غير مأمونة من اللصوص ، فعلى المسؤول المسلم أن يرسل معه حرساً يوصله الى مأمنه . ولا يجوز قتله بحال ، حتى ولا على سبيل مبدأ المعاملة بالمثل .

هذا ، في حال كون الجاسوس من الأعداء . أما إذا كان من المسلمين ، فإنه يتعرض للعقوبات الشرعية . فيُعاقب بالقتل عند غالبية المالكية ولا تُقبل توبته . واشترط بعضهم

(52) الاستاذ عمر الفرجاني : المرجع السابق ص 105 .

(53) يراجع في عرض هذه الحادثة : الدكتور صبحي محمضاني في كتابه القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 244 - 245 .

(54) الإمام ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء 1 ص 385 .

(55) يُراجع في ذلك : الدكتور صبحي محمضاني : المرجع السابق ص 248 - 249 .

لذلك أن يكون من أصحاب السوابق . ولكنه في رأي أبي حنيفة والأوزاعي لا يُقتل ، وإنما يُعاقب بالحبس الدائم حتى يتوب .

وأما في المذهب الشافعي ، فإنه لا يجوز قتل الجاسوس . بل يُترك عقابه الى تقدير القاضي ، وفقاً لمبدأ التعزير الذي يُجيز له إنتقاء العقاب المناسب . كما أنه يجوز العفو إذا كان ذا هيئة (أي قابلاً للإصلاح) . وكذلك قال الطبري بأنه يجوز للإمام أن يعفو عن الجاسوس إذا لم تكن عادته ذلك ، بل كان فعله هفوة وزلة وحيدة⁽⁵⁶⁾ .

معاملة أسرى الحرب : عُنِيَ الشرع الإسلامي بأمر أسرى الحرب ، فلم يُتركوا لرئيس الدولة ، أو لقادة الجيوش يستبدون بهم وفق أغراضهم أو حسب هواهم ، وإنما نُظِم أمر معاملتهم تنظيمياً يحفظ كرامة الأسير بصورة لم تصل إليها النظم الوضعية المعاصرة . فمنذ أربعة عشر قرناً وتعاليم الإسلام واضحة وجليّة في شأن الرأفة بالأسرى ، وكان من أهم ما يميّز العلاقة الجديدة الناشئة بين جيش المسلمين وأسير الحرب أن القوة والغلظة التي كان يُعامل بها في ساحة الحرب أضحت بالنسبة إليه الآن أمراً غير مباح . إذ أنه أُلقي سلاحه ، وسلّم أمره الى المسلمين اختياراً أو جبراً ، مما يستوجب معاملته بالرأفة باعتباره مغلوباً على أمره ، فأصبح كالمسلم الذي لم يرفع سلاحاً في وجه المسلمين . وغاية الأمر أن المسلم محظور قتله من بداية الحرب ، والأسير - إن كان استحق العنف باعتبار ماضيه الحربي - لكن حاضره الإسلامي يستدعي الرأفة وعدم الغلظة⁽⁵⁷⁾ .

وقد كان النبي ﷺ يحرص على الرفق بالأسير والوصية به ، فكان يقول : « استوصوا بالأسارى خيراً »⁽⁵⁸⁾ .

وتتجلى مظاهر الرأفة الإسلامية بأسرى الحرب في القواعد التالية : أولاً - أنه لا يجوز للجندي المسلم أن يقتل أسيره الذي أسره من جنود العدو⁽⁵⁹⁾ ، وما عليه إلا أن يسلمه لقيادته التي تقوم بدورها بتسليمه الى السلطات المختصة لتتخذ بشأنه القرار الذي تفرضه المصلحة الإسلامية العليا . ووجوب تسليم الأسرى إلى السلطات المختصة في الدولة يتفق

(56) الدكتور صبحي محمضاني : المرجع السابق ص 249 وقد ورد فيه المراجع التالية : الميسوط للسرخسي جزء 10 ص 85 (القاهرة 1331 هـ) ، والسير الكبير للشيباني جزء 2 ص 515 - 520 (القاهرة 1957 - 1960 تحقيق صلاح الدين المنجد) ، والخراج لأبي يوسف ص 117 (بولاق 1302 هـ) ، والمهذب للشرازي جزء 2 ص 258 و 273 (القاهرة 1343 هـ) ؛ عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني جزء 14 ص 256 و 297 (القاهرة 1348 هـ) .

(57) الدكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 199 .

(58) هذا الحديث ورد عند الدكتور حامد سلطان ص 249 .

(59) فتح القدير : كمال بن الهمام جزء 4 ص 206 ، طبع مطبعة مصطفى محمد .

مع قواعد القانون الدولي الحديث حيث بيّنت إتفاقية جنيف لعام 1929 (الخاصة بمعاملة المرضى والجرحى وأسرى الحرب) أن أسير الحرب يُعتبر أسيراً للدولة وليس للشخص أو الوحدة العسكرية التي أسرتة⁽⁶⁰⁾. ثانياً - عدم جواز التفريق بين الوالدة وولدها الصغير في الأسر ولا بين الوالد وولده الصغير الذي لا أم له . وكذلك أوضح الفقهاء كراهة التفريق بين الأخ وأخيه⁽⁶¹⁾ ، وذلك مراعاة للنواحي الإنسانية التي يحض عليها الإسلام . ثالثاً - وجوب العناية الطبية بالأسرى ، فإن الشرع الإسلامي يوصي بحسن معاملتهم بحيث لا يكون ما فعله أعداؤه في الحرب سبباً للانتقام من الأسرى ، لأن الكرامة الإنسانية فوق كل اعتبار . فالأمر الألهي يجب أن يكون ماثلاً دائماً أمام أعين المسلمين ، وهو أمر بتقوى الله عند الرد على اعتداء الآخرين عملاً بقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين ﴾ (سورة البقرة ، آية 194) .

وقد اعتبر الإسلام إطعام الأسير تقرباً من الله عملاً بقوله تعالى : ﴿ ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيماً وأسيراً ﴾ (سورة الإنسان ، آية 8) .

ويُسَطر التاريخ أروع الصفحات الإنسانية لما كان يفعله المسلمون المنتصرون مع أسرارهم . فقد أمر النبي ﷺ أتباعه في معركة بدر الكبرى أن يُكرّموا الأسرى ، فكانوا يُقدّمونهم على أنفسهم عند الطعام⁽⁶²⁾ .

ولقد نهى الإسلام حتى عن إلحاق الأذى النفسي بأسرى الحرب ، فقد حدث في واقعة خيبر أن وقعت امرأتان يهوديتان أسيرتين في يد بلال بن رباح ، فأراد تسليمهما الى مركز القيادة فمرّ بهما على جثث القتلى من اليهود فأثر ذلك في نفس احدهما فأجهشت بالبكاء . فلما علم النبي ﷺ بذلك ، لام بلال على ذلك لوماً شديداً قائلاً له : « هل نزعَت منك الرحمة يا بلال حتى تمر بامرأتين على قتلى رجالهما »⁽⁶³⁾ .

إطلاق سراح الأسرى إحساناً : وقد أفتى بعض الفقهاء ، كالحسن وعطاء وعبد الله بن عمر وسعيد بن جبير ، بكراهية قتل الأسرى ، واعتماد الفداء والتسريح بشأنهم من دون قيد أو شرط⁽⁶⁴⁾

(60) الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 781 .

(61) الإمام النووي : المجموع - شرح المهذب للشيرازي جزء 9 ص 400 - 401 ، مطبعة العاصمة .

(62) الإمام ابن كثير : في تفسيره جزء 4 ص 455 ، طبعة دار المعرفة بيروت 1969 .

(63) ورد هذا الحديث والمعلومات السابقة عند الدكتور محمد رأفت عثمان ص 200 - 203 .

(64) الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 256 - 258 ؛ وتراث الخلفاء الراشدين

ص 562 - 563 .

ويستند هذا الرأي الى الآية القرآنية التي لم تذكر قتل الأسرى ولا استرقاقهم والتي تقول : ﴿ فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا اثخنتموهم فشدوا الوثاق ، فإما منّا بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها ﴾ (سورة محمد - ص - آية 4) .

ويستند هذا الرأي أيضاً الى السنة النبوية عند فتح مكة في العام الثامن الهجري . فقد سأل النبي ﷺ الأسرى : « ماذا ترون أي فاعل بكم ؟ أجابوا : « خيراً ، أخ كريم وابن أخ كريم » . ثم أطلق سراحهم ، وهو يقول : « اذهبوا فأنتم الطلقاء » . وكذلك فعل في أسرى هوزان ، حيث أطلق منهم ستة آلاف من النساء والصبيان والرجال حين أسلموا .

وقد رُوي أن الخليفة عمر بن الخطاب أنعم بالحرية على أسرى العرب وأهل الصلح ، وأنه كتب الى ولاته بأن يخلوا سبيل أسرى ميسان وكل أكار وزرّاع . وقد أمر ولده عبد الله بتسريح جارتين أنعم عليهما النبي ﷺ مع أسرى غزوة حنين .

وقد رُوي عن الإمام علي أنه أتى بأسير يوم وقعة صفين ، فقال له الأسير : « لا تقتلني صبراً » فرد عليه الإمام علي : « لا أقتلك صبراً ، إني أخاف الله رب العالمين » ، ثم خلى سبيله .

وكذلك نهج صلاح الدين الأيوبي في الحروب الصليبية على عدم قتل الأسرى وعلى تركهم بالفداء في أغلب الأحيان .

وقد حكى الحسن بن تميمي أن إجماع الصحابة لم يجوز قتل الأسرى⁽⁶⁵⁾ .

وقد أيد هذه الإتجاه في إطلاق سراح الأسرى فريق من العلماء المسلمين المعاصرين⁽⁶⁶⁾ .

ويقول العالم الجليل الشيخ محمد أبو زهرة - الذي يأخذ بذات الرأي - وهو بصدد تفسير الآية القرآنية السابقة التي تتضمن : ﴿ . . . فإما منّا بعد ، وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها ﴾ ، ما حرفيته : « ونرى ذلك النص القرآني يُخيّر بين أمرين اثنين لا ثالث

(65) الإمام ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء 1 ص 382 من طبعة دار المعرفة ببيروت .

(66) الاساتذة محمد الحصري : تاريخ الأمم الإسلامية جزء 1 ص 98 (القاهرة 1354 هـ) ؛ نجيب الأرمنازي : الشرع الدولي في الإسلام ص 100 (الطبعة العربية - دمشق) ؛ علي منصور ، الشريعة والقانون الدولي ص 340 وما بعدها ؛ الشيخ مصطفى السباعي : أحكام السلم والحرب في الإسلام ص 27 (طبعة 1953 بيروت) ؛ الدكتور صبحي محمباني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 256 - 258 ؛ الدكتور حامد سلطان ، المرجع السابق ص 249 - 250 .

لهما : إمّا أن يمن القائد أو ولي الأمر في المسلمين على الأسرى بالحرية إذا لم يكن فداء من مال أو نفس ، وإمّا أن يُفتدى الأسرى بمال أو بأسرى مثلهم ، وهذا ما يُسمّى في لغة العصر الحاضر تبادل الأسرى . وإنّ ذلك النوع من الفداء أوّلاًها بالاتباع ، لأن فيه إطلاق الحرية لطائفتين كبيرتين من بني الإنسان مسلمين وغير مسلمين . فإن دين الحرية يقدر دين الحرية في غير أتباعه كما يقدرها في أتباعه ، إذ أن الداعي الى الحرية إذا كان حراً لا يخص بها إقليماً دون إقليم ، ولا جنساً دون جنس ، ولا ديناً دون دين . لأن الحرية كالماء والغذاء والهواء حقوق طبيعية لكل إنسان . وهنا نجد النص القرآني ليس فيه أمر ثالث وهو استرقاق أولئك الأسرى وإن النص الكريم . . . يحصر التخيير بين أمرين : فلمّا منّا بعد وإمّا فداء ، ولم يقل وإمّا استرقاقاً . فيكون الإسترقاق خارجاً عن معنى التخيير» (67) .

وهذا القول ، أقرب الى روح الإسلام - دين الرحمة - الذي يقوم على القيم الإنسانية الرفيعة والسمو الأخلاقي وإعلاء شأن الفضيلة .

(4) - مصير أموال العدو :

تحريم التخريب الكيدي أثناء القتال : يُعتبر إتلاف أموال العدو من المخاطر الملازمة لاشتعال الحروب في جميع الأزمان . ومع ذلك ، فإن الشرع الإسلامي يتجه الى ضرورة تخفيف قساوة الأعمال الحربية ، وذلك بحصر نتائج الحرب بما هو لازم وضروري ، فكما أن الإسلام يُحرّم قتل غير المحاربين من المدنيين ، فكذلك يُحرّم فيه تخريب البنيان وإحراق النخيل وقطع الكرم والأشجار المثمرة (68) . وقد قال بهذه الحرمة الخليفة أبو بكر الصديق في وصيته لقائده يزيد بن أبي سفيان عندما بعثه الى الشام ، والتي أوردناها سابقاً عند الكلام على التوجيهات الانضباطية الى قادة الجيوش .

وقد قال بهذا الرأي أيضاً الإمام الأوزاعي حيث قرّر أنه : « لا يحل للمسلمين أن يفعلوا شيئاً مما يرجع الى التخريب في دار الحرب ، لأن ذلك فساد ، والله لا يُحب الفساد » (69) .

وهو ينطلق مما جاء في القرآن الكريم ، حيث يقول المولى تعالى : ﴿ وإذا تولّى سعى في الأرض ليُفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد ﴾ ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب ﴾

(67) يُراجع : كتاب السير الكبير ، تعليقات لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة ، جزء 1 ص 74 ، طبعة 1958 .

(68) يُراجع في عرض هذه النظرية والنظريات الأخرى : الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 259 - 264 .

(69) كتاب السير الكبير جزء 1 ص 43 ، المرجع السابق .

وكذلك قال بهذا الرأي المذهب الحنبلي ، إذ منع إحراق نخل الأعداء وعقر شاة أو دابة لهم إلا لأكل ضروري ، كما حرم قطع شجرهم وحرقت زرعهم إلا أن يكون ذلك عن طريق مبدأ المعاملة بالمثل^(٧١) :

الغنائم المنقولة : وضع الشرع الإسلامي ضوابط خاصة مُفَصَّلة لما يجوز أخذه من أموال العدو باسم الغنائم^(٧٢) وقد استعملت كلمة « الغنيمة » إصطلاحاً ، للمال المأخوذ من العدو أثناء القتال ، على سبيل الانتصار . أما المأخوذ من غير قتال ، لا سيما بطريق المصالحة والمعاهدة ، كالحراج والجزية وغيرها ، فيُسمَّى الفِيء . والفِيء في قول جمهور الفقهاء لا يخضع لقواعد غنائم الحرب ، بل يكون لبيت المسلمين ويُترك أمر التصرف به إلى رأي الإمام واجتهاده ، لذلك سوف لن نتعرض إلا لغنائم الحرب بالمعنى السابق .

ومن المتفق عليه شرعاً أنه يجوز للجنود أن ينتفعوا بالمأكول والمشروب والعلف والخطب ، وبما يحتاجون إليه من السلاح أو الثياب في دار الحرب قبل نقل ذلك وإحرازه بدار الإسلام ، أما بعد النقل ، فتدخل هذه الأشياء في عداد الغنيمة ، ومن ثم في حساب القسمة . وهذا ما عمل به الخليفة عمر بن الخطاب إذ أدخل في الغنيمة كل ما أرسل إليه من كنوز كسرى ، ومن آتية العجم ، فكسرها وقسمها مع الغنائم . وقد عمل به أيضاً الإمام علي ، إذا أدخل في الغنيمة البعير الذي أصابه خلال معركة بدر^(٧٣) .

والقاعدة الشرعية في توزيع الغنائم المنقولة : أن يُخصَّص خمسها للدولة توزَّعه في وجوهه العامة المُعَيَّنة شرعاً ، ثم يقسم الباقي بين الجنود المستحقين .

وينبغي للإمام أن يدفع من أموال الغنيمة أجرة النقل والحفظ ، لأنها من النفقات العامة . كما له أن يزيد في حصة الجنود بطريق التنفيل . ويعود للمالك أن يسترجع ملكه الذي يجده بين الغنائم ، بالشروط المعينة شرعاً^(٧٤) .

وستُبحث تباعاً القواعد المتعلقة بحصة الدولة وحصة الجنود ، ثم تُعالج مسألة التنفيل واسترجاع المال .

(٧٠) سورة البقرة (آية ٢٠٥) ، وسورة القصص (آية ٧٧) .

(٧١) الإمام ابن قدامة : كتاب المغني جزء ١٠ ص ٥٠٦ - ٥٠٩ ، القاهرة ، الطبعة الثانية .

(٧٢) يُراجع في تفصيل ذلك : الدكتور صبحي محمضاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص ٢٦٦ - ٢٩١ وتراث الخلفاء الراشدين ص ٥٦٧ - ٥٨٠ .

(٧٣) الدكتور صبحي محمضاني : تراث الخلفاء الراشدين ص ٥٦٧ - ٥٦٨ .

(٧٤) الإمام الشيرازي : المهذب جزء ٢ ص ٢٦٠ ، القاهرة ١٣٤٣ هـ .

حصّة الدولة : يُؤخذ من أصل مجموع غنائم الحرب خمسها قبل أي توزيع . ويُخصّص هذا الخمس للدولة لتنفقه في المصالح العامة المُعيّنة شرعاً . وحصّة الدولة هذه مُعيّنة في الآية القرآنية القائلة : ﴿ واعلموا أن ما غنمتم من شيء فإنّ لله خمسُه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ (سورة الأنفال ، آية 41) .

وكان خمس الغنيمة يُوزّع على عهد الرسول ﷺ بالتساوي على فئات المستحقين الخمس المذكورة في هذه الآية ، وهم : الله ورسوله ، وذوو القربى ، واليتامى ، والمساكين⁽⁷⁵⁾ ، وابن السبيل⁽⁷⁶⁾ . وبعد وفاة النبي ﷺ قال الأئمة الشافعي وابن حنبل والأوزاعي وداود الظاهري بذات التقسيم الخماسي .

أمّا الإمامان أبو حنيفة ومالك ، فقد اعتبرا أن سهم الله والرسول وسهم ذوي القربى قد سقطا بوفاة النبي ﷺ . ويتعين أن يكون تقسيم حصّة الخمس العامة إلى ثلاثة أسهم متساوية بين الفئات الثلاث الباقية ، أي اليتامى والمساكين وابن السبيل . ويستند الرأي الأخير الى عمل الخلفاء الراشدين الأربعة ، الذين قَسَمُوا الغنائم على الثلاثة أسهم المذكورة بحضور الصحابة ، ولم ينكر عليهم عملهم هذا أحد منهم . فكان ذلك بمثابة إجماع على هذا التصرف⁽⁷⁷⁾ .

حصّة الجند : وتُقسّم الأربعة أخماس الباقية من غنائم الحرب بين الجنود الذين ساهموا في الحرب . وقد رُوِيَ عن الخليفة عمر بن الخطاب قوله : « الغنيمة لمن شهد الواقعة »⁽⁷⁸⁾ .

وأما العسكر الذين يُلاحقون بالجيش قبل حصول القسمة ، فهم يشتركون فيها عند جمهور الفقهاء .

وإذا توفي أحد الجنود المشتركين في المعركة قبل القسمة ، فيقوم ورثته مقامه ويرثون حصّته .

وأما الذين يشتركون في الوقعة من غير الجنود ، كالنساء والصغار والخدم ، فليس لهم سهم كامل ، بل يعطيهم قائد الجيش ما يراه مناسباً دون أن يصل الى حدود السهم الكامل .

(75) يُقصد بالمساكين : كلّ فقير محتاج ، ولو لم يكن صغيراً أو يتيماً .

(76) يُقصد بابن السبيل : المسافر المنقطع الذي لآماله للعودة إلى دياره ، أو الفقير الذي يُريد السفر في غير معصية (د . صبحي محمّصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 272) .

(77) الدكتور صبحي محمّصاني : ذات المرجع ص 272 - 273 .

(78) الإمام القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء 1 ص 394 .

الزيادة في حصة الجند بالتنفيل : التنفيل لغةً هو من النفل والنافلة ، أي الزائد على الفرض . واصطلاحاً ، هو أن يُعطي الإمام للجندي فوق سهمه من الغنائم . ومعنى لفظ الأنفال في الأصل الغنائم . ثم استعمل ، في عبارة الفقهاء ، لما يخص به الأمام بعض الغنائم⁽⁷⁹⁾ .

ويستند حق الإمام بالتصرف في ذلك في الآية القرآنية القائلة : ﴿ يسألونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول ﴾ (سورة الأنفال ، آية 1) . فالإشارة في هذه الآية إلى الله والرسول فُسِّرَت بأن للرسول - ومن بعده للإمام - الحق بالتصرف في الغنائم وفقاً للمصلحة العامة .

ويكون التنفيل عادة لمن أتى فعلاً يفضي الى الظفر بالعدو ، كالاستكشاف والدلالة على طريق أو موقع ، أو التقدم بالدخول إلى دار الحرب أو الرجوع إليها بعد خروج الجيش منها .

وغاية التنفيل تشجيع الجنود على الإستبسال في الحرب ، وتقوية نفوسهم .

وأما مقدار التنفيل ، فقد حصل فيه خلاف في المذاهب . فرُوي عن النبي ﷺ أنه كان ينفل الربع في إبتداء دخول الحرب ، وينفل الثلث في الرجعة . فقال البعض بحصر النفل بهذا المقدار ، ولكن البعض الآخر قال بجواز النفل بالنصف أو الربع . وقد اختلف الفقهاء أيضاً في أخذ ذلك من رأس الغنيمة أم مما يبقى بعد رفع خمسها .

والواقع ان ذلك يعود الى رأي الإمام أو قائد الجيش وإلى اجتهاده ، ويكون ذلك على قدر العمل والتضحية في سبيل النصر⁽⁸⁰⁾ .

استرجاع المال من الغنيمة : إذا استولى أحد الأعداء بالقهر على مال لأحد المسلمين أو أهل الذمة ، ثم عُثِرَ عليه بين غنائم المسلمين ، فصاحبه أحق به قبل القسمة وبعدها بلا ثمن ، وذلك قول الخليفة أبي بكر وأحد قولي الخليفة عمر بن الخطاب .

غنائم الأرض : كان العمل يجري في فتوح البلدان ، قبل خلافة عمر بن الخطاب ، على تقسيم الأراضي بين الفاتحين ، كما تقسم سائر الغنائم .

ولكن بعد فتح الشام والعراق ومصر وخراسان ، أوقف الخليفة عمر بن الخطاب

(79) الدكتور صبحي محمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 277 .

(80) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص 279 .

العمل بهذا التقسيم . فلم يورَّع الأراضي المفتوحة على الفاتحين ، بل أبقاها بيد أصحابها بعد أن فرض عليها ضريبة الخراج ، وفرض على مالكيها ضريبة الجزية باعتبارهم من أهل الذمة .

وكانت حجة الخليفة عمر في إجرائه هذا ، أن قسمة الأرض بين الفاتحين يستفيد منها الفاتحون وحدهم ، ثم ينقطع المورد منها للمستقبل . فلا يبقى شيء للذين يأتون من بعدهم ، فيبقون من دون قسمة . فقد كان قصد الخليفة عمر من هذا الإصلاح تأمين مورد ثابت للدولة ولجيوشها ومصالحها العامة⁽⁸¹⁾ .

ومهما يكن أمر هذا الإصلاح ، فإنه يكشف عن مبدأ من المبادئ الدولية الحديثة ، وهو عدم جواز الإستيلاء على الأموال المملوكة للأفراد حتى ولو كانوا من الأعداء⁽⁸²⁾ . فالخليفة عمر بن الخطاب ، برفضه توزيع الأراضي المفتوحة على المسلمين وإبقائها بيد أصحابها ، يكون قد توصل الى ذات النتيجة التي يُفرض إليها مبدأ عدم جواز الإستيلاء على الأراضي الواقعة تحت الاحتلال ، وتركها على ملكية أصحابها .

وبذلك يكون الشرع الإسلامي قد سبق القانون الدولي العام بأربعة عشر قرناً ، بتقريره مبدأ عدم جواز الإستيلاء على أراضي الرعايا الأعداء وتحريم مصادرتها .

ثالثاً - قواعد الإسلام في حالة الحياد :

وقد عرف الشرع الإسلامي أيضاً قواعد الحياد⁽⁸³⁾ ، فالأصل أن غير المسلمين إذا طلبوا الحياد أجبوا اليه ، يقول تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ جَاؤَكُمْ خِصْرٌ حَصْرَتْ صُدُورُهُمْ ⁽⁸⁴⁾ أَنْ يِقَاتِلُوكُمْ أَوْ يَقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ ، وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَاقَاتِلُوكُمْ ، فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يِقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقُوا إِلَيْكُمُ السَّلَامَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ۝ (سورة النساء ، آية 90) .

ويختلف مركز الدولة الإسلامية في حالة الحياد باختلاف الأوضاع ، فقد تكون الحرب بين المسلمين ، وقد تكون بين دولة إسلامية ودولة غير إسلامية ، وقد تكون بين دول غير إسلامية .

(81) الدكتور صبحي محمادي : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 285 - 286 وراث الخلفاء الراشدين ص 576 - 578 ؛ قارن دكتور محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ص 246 - 247 .

(82) الدكتور علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ص 793 .

(83) الدكتور وهبة الزحيلي : آثار الحرب في الفقه الإسلامي ص 188 - 203 ، الناشر دار الفكر بدمشق .

(84) معنى حصرت صدورهم : ضاقت عن قتالكم وقتال قومهم .

وقد أوضح الفقهاء المسلمون القاعدة الشرعية لكل حالة . فإذا كانت الحرب قائمة بين المسلمين ، فالقرآن ينظم ذلك في قوله تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ (سورة الحجرات ، آية رقم 9) ، ففي هذه الحالة لا يتصور الحياد ، بل يجب الإصلاح وإلا الانضمام إلى الفئة المعتدى عليها حتى تعود الفئة الأخرى إلى أمر الله .

وإذا كانت الحرب بين دولة إسلامية ودولة غير إسلامية فلا يتصور الحياد كذلك ، إذ يجب نصرته الدولة الإسلامية ، إلا أن تكون معتدية . فيكون التدخل بالموعظة الحسنة والدعوة إلى سبيل الله وإلى الحق .

وإذا كانت الحرب بين دول غير إسلامية ، فإن كانت بين إحداها والمسلمين هدنة أو مهادنة موقوتة ، فإن هذه الهدنة تنفذ إلا إذا كان غرض غير المسلمين بها الاستعداد للحرب المسلمين . وقد يكون بين إحدى الدولتين والدولة الإسلامية حلف فيجب تنفيذ بنوده فلا يكون حياد . وإذا تساوت الدولتان ، بأن لم توجد بين إحداها والدولة الإسلامية حلف مناصرة ولا هدنة ، فيجب على المسلمين هنا إلزام الحياد على الراجح⁽⁸⁵⁾ .

هذا وقد التزم المسلمون الحياد أثناء وجود نزاع بين غيرهم ، فلم يتدخلوا يوماً ما في شأن منازعات الذين يجاورونهم كالروم والفرس في الشمال ، والقبائل العربية في نجد ، والأوس والخزرج في المدينة . وعندما فتح الرسول ﷺ مكة قال : « إن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس » . والمراد من تحريمها أن تكون على الحياد ولا تجعل محلاً عسكرياً سواء بالنسبة للمسلمين أم لكفار قريش . وهذا أوضح مثل للحياد في التاريخ⁽⁸⁶⁾ .

2 - مصادر القانون الدولي العام الإسلامي : وهي نوعان ، أصلية وهي القرآن والسنة النبوية ، وتبعية وهي آراء الفقهاء والعرف الإسلامي والمعاهدات والسوابق القديمة في أعمال الخلفاء الراشدين⁽⁸⁷⁾ . وتتكلم عن كل منها بإيجاز .

أولاً - القرآن الكريم : وهو المصدر الأول لجميع قواعد الشرع الإسلامي ، ومنها قواعد القانون الدولي العام . وهو مرجع هذه القواعد من جهتين ، الأولى - دلالة على القواعد الجزئية والمبادئ العامة ، والثانية - دلالة على المصادر التبعية التي يمكن الرجوع إليها حيث لا نص في المسألة ، مثل دلالة على أن العرف مصدر معتبر وكذا القياس

(85) الشيخ محمد أبو زهرة : العلاقات الدولية في الإسلام ص 290 - 293 ، بحث مقدم للمؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية (1383 هـ / 1964 م) .

(86) الدكتور وهبة الزحيلي : ذات المرجع ص 203 .

(87) يراجع في تفصيل ذلك : الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 15 وما بعده ص

والمصلحة المرسله وغير ذلك .

فمن القواعد الجزئية الخاصة بموضوع العلاقات الدولية قواعد أسرى الحرب ، كقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَتَمْتَهُمْ فَشَدُّوا الوَثَاقَ ، فَإِمَّا مَنًّا بَعْدَ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ﴾ (سورة محمد ، آية رقم 4) . ومن المبادئ أو القواعد العامة مبدأ العدالة الوارد في قوله تعالى : « إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ » (سورة النحل ، آية 90) . وكذلك مبدأ الوفاء بالعقود : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » (سورة المائدة ، آية رقم 1) .

ثانياً - السنة النبوية : وفيها مقدار كبير من القواعد المتعلقة بالقانون الدولي العام الإسلامي ، كما تتضمن سوابق مهمة جداً بهذا الموضوع في معاهدات النبي ﷺ التي عقدها مع اليهود وقريش وأهل نجران وغيرهم ، وفي كتبه ورسائله الى رؤساء الدول ، وفي أوامره لقادة الجيوش والبلدان ، وقد مرّ ذلك سابقاً .

ثالثاً : آراء الفقهاء المسلمين : وخاصة في فقه القانون الدولي الإسلامي ، وقد مر سابقاً ذكر الفقهاء الذين كانوا من المجليين في هذا الميدان كالإمام الأوزاعي والإمام محمد بن حسن الشيباني في كتابيه « السِّير الكبير والسِّير الصغير » والإمام الماوردي في كتابه « الأحكام السلطانية » ، والإمام أبي يوسف في كتابه « الخراج » وغيرهم .

ويجوز للدولة الإسلامية تبني بعض الآراء الفقهية السائغة والعمل بها في العلاقات الدولية واعتبارها من القانون الدولي الإسلامي . وهو ما فعله الخليفة هارون الرشيد ، فقد طلب من الفقيه أبي يوسف أن يكتب له كتاباً يبين فيه القواعد الشرعية في الشؤون المالية للدولة وفي علاقاتها مع الدول غير الإسلامية . فكتب له كتابه النفيس « الخراج » .

رابعاً - العرف الإسلامي : فقد راعى الفقهاء المسلمون العرف في علاقاتهم مع الدول غير الإسلامية ، مما يمكن القول معه أن مراعاة العرف من قواعد القانون الدولي الإسلامي⁽⁸⁸⁾ . فمن أقوالهم في هذا الباب ما ذكره البعض من أنه : « ليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن أن يدخل أحدهم جاسوساً أو متلصصاً فيضر المسلمين ، فإن دخل بغير أمان سئل فإن قال جئت رسولاً فالقول قوله لأنه تتعذر إقامة البينة على ذلك ، ولم تزل الرسل تأتي من غير أن تقدم أمان . وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحُقق دمه ، لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم »⁽⁸⁹⁾ . وبمثل هذا قال الشافعي والمالكية . ويمكن أن يقاس على ما ذكره

(88) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 20 ص 27 .

(89) الإمام ابن قدامة الحنبلي : المغني ج 8 ص 523 .

الفقهاء في باب رعاية العرف الصحيح الجاري بين الدول الإسلامية والدول الأخرى كل عرف آخر بينهم ، لأن ما ذكره الفقهاء ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل وقد وضعوا قواعد مهمة في مجال العرف ووجوب رعايته ، مثل « العادة محكمة » و« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » و« الثابت بالعرف كالثابت بالنص » و« لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » . فهذه القواعد يمكن الاستناد إليها في نطاق العلاقات الدولية ، كما يلاحظ ذلك في أقوال الفقيه الشيباني في كتابه السير الكبير وفي شرحه للإمام السرخسي .

خامساً - المعاهدات : عقد المعاهدات بين الدولة الإسلامية وبين غيرها من الدولة أمر جائز أقره الشرع الإسلامي ، ودلت عليه السوابق القديمة في السنة النبوية ، وقد مر سابقاً بعضها .

والواقع أن المعاهدات وما تتضمنه من إلتزامات وما تقرره من قواعد تُعتبر مصدراً من مصادر القانون الدولي الإسلامي ، لا سيما وأن للدولة الإسلامية سلطة تقديرية في عقد المعاهدات مع غيرها من الدول وبالشروط التي تراها محقة لمصلحتها ويلزمها الوفاء بها ، لأن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز فلا يحرم منها أو يبطل إلا ما دل على تحريمه وإبطاله دليل في القرآن أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر⁽⁹⁰⁾ . وقد سبق الكلام عن موضوع المعاهدات فليرجع إليه .

سادساً - أعمال الخلفاء الراشدين : ومن مصادر القانون الدولي الإسلامي السوابق المهمة في أعمال الخلفاء الراشدين المتعلقة بالعلاقات الدولية ، لأن لهؤلاء منزلة رفيعة في الفقه والمعرفة بمقاصد الشرع وقد جاءت السنة تأمر باتباعهم . ويزيد من أهمية أعمالهم وآرائهم أنهم طبقوا السياسة الشرعية فعلاً في نطاق العلاقات الدولية ، فعقدوا المعاهدات ووجهوا الأوامر والتعليمات الى أمراء الجيوش والأقاليم فيما يجب عليهم إتباعه في القتال والسلم والمعاهدات ، مما يشكل سوابق مهمة في هذا الباب ويمكن الاستدلال بها والأخذ بموجبها أو القياس عليها . وهذا ما سار عليه الفقهاء ، إذ كانوا يحتجون بأعمالهم ويستدلون بها ، بل إن بعضهم يجعل أعمالهم بمنزلة الإجماع أو الإجماع السكوتي لعدم وجود الخلاف فيها⁽⁹¹⁾ . وقد مرّ سابقاً ذكر كثير من هذه الأعمال التي استشهد بها بشأن موضوعات القانون الدولي .

3 - أسس ومبادئ القانون الدولي العام الإسلامي : هذه الأسس والمبادئ كثيرة ، ويمكن ردها الى اثنين : إشاعة العدالة ، ومراعاة الأخلاق⁽⁹²⁾ .

(90) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 21 ص 28 .

(91) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام رقم 23 ص 31 - 33 .

(92) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 28 وما بعده ص 38 - 49 .

فالعدالة التي هي إحدى دعائم دولة الإسلام⁽⁹³⁾ تحتل مركزاً بارزاً في القانون الدولي الإسلامي . واتباع العدل مطلوب بالنسبة الى الجميع ، ومنهم غير المسلمين أفراداً كانوا أم جماعات أم دولاً . يقول تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ (المائدة : 8) ، أي لا يحملكم بغض قوم ، وهم الأعداء على عدم العدل . والنص على العدل جاء مطلقاً غير مقيد بزمان أو مكان خاص أو بأفراد معينين ، كما أنه جاء بصيغة الأمر لا على سبيل الاستحسان ، يقول سبحانه وتعالى : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان ﴾ (النحل : 90) . ولهذا كان العدل أمراً واجباً في كل شيء وعلى كل إنسان ، والظلم محرماً في كل شيء وبالنسبة الى أي إنسان ، فلا يحل ظلم أحد أصلاً سواء كان مسلماً أو عدواً أو كان ظالماً⁽⁹⁴⁾ .

ويتفرع عن مبدأ العدالة مبدأ المعاملة بالمثل ، لأن هذه المعاملة من العدل المأمور به ، فضلاً عن النصوص الخاصة به⁽⁹⁵⁾ . جاء في القرآن : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ (الشورى : 40) ، وفي السنة النبوية « عامل الناس بما تحب أن يعاملوك به » .

ومن تطبيقات مبدأ المعاملة بالمثل ما قرره الفقهاء في باب السياسة الضريبية للدولة الإسلامية ، فقالوا ان ما تستوفيه من ضريبة تجارية من رعايا الدول الأجنبية القادمين اليها بأموال التجارة يتحدد بموجب قاعدة المعاملة بالمثل ، فإن كانت دولتهم تعفي رعايا الدولة الإسلامية من الضرائب في إقليمها أو تأخذ منهم مقداراً معيناً من الضريبة فإن الدولة الإسلامية تفعل مثله ، بالنسبة لرعايا هذه الدول إذا قدموا الى إقليمها .

ومن تطبيقات المبدأ أيضاً في القانون الدولي الإسلامي قاعدة قصر المسؤولية على من قام فيه سببها⁽⁹⁶⁾ ، وأصل هذه القاعدة قول الله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (فاطر : 18) . ومن تطبيقات هذه القاعدة ما روي عن الإمام الأوزاعي في دفاعه عن أهالي جبل لبنان النصارى ، وكان ذلك أثناء ولاية صالح بن علي العباسي الذي عُين حاكماً على بلاد الشام ومنها جبل لبنان ، وذلك سنة 136 هـ / 753 م . فقد حدث أن تشدد الحاكم في فرض الضرائب على سكان الجبل ، فما كان منهم إلا أن ثاروا عليه وامتدت ثورتهم حتى البقاع واقتربوا من بعلبك حيث مركز الحاكم العباسي . فأرسل من حاربهم ،

(93) يراجع : كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام رقم 14 ص 78 - 81 .

(94) الإمام ابن تيمية : فتاوى ابن تيمية ج 1 ص 341 - 352 .

(95) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة والقانون الدولي العام رقم 30 ص 39

(96) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع والمكان .

وردهم الى قراهم ، ثم شرد أهل القرى ، وأجلاهم عن قراهم ، رغم عدم اشتراكهم جميعاً في الثورة . وما إن علم الأوزاعي بمحتنتهم حتى أرسل الى الحاكم رسالة طويلة محتج فيها على أخذ الكل بذنب البعض⁽⁹⁷⁾ .

ومراعاة الأخلاق في الشرع الإسلامي⁽⁹⁸⁾ أمر واجب أيضاً في جميع العلاقات الفردية والدولية ، وعلى الدولة الإسلامية أن تلتزم بذلك في جميع الظروف والأحوال وفي جميع علاقاتها مع الدول الأخرى ورعايا هذه الدول ، وإن كلفها ذلك تضحيات وثماناً باهظاً⁽⁹⁹⁾ .

ويترتب على وجوب مراعاة الدولة الإسلامية للأخلاق ، أن قاعدة المعاملة بالمثل المتفرعة عن مبدأ العدالة تتوقف ولا يُعمل بها إذا كان الأخذ بها يؤدي الى المساس بمبدأ رعاية الأخلاق الإسلامية .

ومن تطبيقات هذا الإيقاف رعاية للأخلاق ، أن القاعدة في جباية الضرائب التجارية من الأجانب إذا دخلوا إقليم الدولة الإسلامية قاعدة المعاملة بالمثل كما مر سابقاً ، ولكن تتوقف هذه القاعدة عن التطبيق إذا كانت تؤدي الى الظلم . كما لو كانت دار الحرب تأخذ ضريبة من المال القليل الذي يدخل به التجار المسلمون الى دار الحرب ، أو تصدر أموالهم ، فإن الدولة الإسلامية لا تفعل هذا مع رعايا هذه الدولة إذا دخلوا دار الإسلام . وكذلك لو أن دار الحرب قتلت رعايا المسلمين المقيمين في أرضها ، فلا يجوز للدولة الإسلامية أن تعاملها بالمثل فتقتل الرعايا الأجانب الموجودين في إقليم الدولة الإسلامية ، لأن هذا ظلم ومناف للأخلاق وغدر بالأمان فلا يجوز منه شيء ، لأن الإسلام لا يتخلق بالأخلاق الرديئة وإن تخلق الغير بها⁽¹⁾ .

4 - خصائص قواعد القانون الدولي العام الإسلامي : في ضوء التعريف السابق للقانون الدولي العام الإسلامي تتوضح بعض خصائص قواعده ، فهو جزء من القانون الداخلي للدولة الإسلامية ، وإرادتها هي أساس التزامها به ، وأنه ينظم علاقاتها مع غيرها من الدول دون استثناء⁽²⁾ .

فالقانون الدولي العام الإسلامي جزء من القانون الداخلي الوحيد للدولة

(97) تراجع هذه الرسالة في كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 162 .

(98) تراجع كتابنا ذاته رقم 17 ص 95 - 96 .

(99) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 33 ص 42 .

(1) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام رقم 35 ص 46 - 47 .

(2) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 11 وما بعده ص 16 - 20 .

الإسلامية ، وهو الشرع الإسلامي فقط ولا شيء غيره ، فهو الذي ينظم جميع علاقاتها بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقات وموضوعها وأوصاف أطرافها . فسواء كانت العلاقة بين الأفراد أو بينهم وبينها ، أو بينها وبين غيرها من الدول ، وسواء كان موضوع العلاقة حقاً خاصاً أو عاماً ، فإن هذه العلاقات جميعاً ينظمها قانونها الداخلي الوحيد أي الشرع الإسلامي . ويشار هنا إلى أن عمل الدولة الإسلامية بالعرف الجاري بين الدول أو بالتزامها بقواعد المعاهدات التي تكون طرفاً فيها ، كل ذلك يُعتبر من القانون الدولي الإسلامي باعتبار أن من قواعد الشرع ، وهو قانونها الوحيد ، مراعاة العرف الصحيح والوفاء بالعهود والشروط .

هذا وإن الدولة الإسلامية لا تملك الخروج على ما يقرره قانونها الإسلامي وإلا فقدت صفتها الإسلامية . ويتربط على ذلك أن ما يقال في طبيعة القانون الدولي العام الوضعي لجهة عدم اكتمال الصفة القانونية لقواعده ، لا محل له بالنسبة لقواعد القانون الدولي الإسلامي . ذلك أن قواعد هذا القانون الأخير هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، لأن مصدرها الشرع الإسلامي وهو ملزم للمسلمين ، فضلاً عن أنها مضمونة بجزء دينوي ، وتلتزم المحاكم الإسلامية بتطبيقها على كل نزاع يدخل في نطاقها⁽³⁾ . ولا يحول دون قانونية هذه القواعد وإلزام الدولة الإسلامية بها عدم اعتراف الدول الأخرى بها ، لأنها جزء من قانونها الداخلي ، وقانون الدولة الداخلي لا يتوقف نفاذه والتزام الدولة به على اعتراف الدول الأخرى به .

ومن السوابق القديمة الدالة على قوة القواعد الدولية الإسلامية وكونها ملزمة كغيرها من قواعد الشرع ، والتي طبقت فيها المحاكم الإسلامية بالفعل القانون الدولي الإسلامي ، قضية أهالي سمرقند ضد القائد المسلم قتيبة بن مسلم الباهلي ، فقد اشتكى هؤلاء ضده عند الخليفة عمر بن عبد العزيز قائلين بأن هذا القائد وجيشه دخل مدينتهم سمرقند على غفل دون أن ينذروهم قبل الفتح ويخبرهم بين الإسلام والجزية والقتال كما يقضي الشرع الإسلامي ، فكتب الخليفة إلى القاضي سليمان بشكواهم وأمره بالنظر فيها ، فثبت لدى القاضي صدق الدعوى وأصدر حكمه بلزوم إنسحاب جيش المسلمين من البلدة التي دخلوها ، ثم إرسال التخيير بين الأمور الثلاثة إلى الأهالي ، لكنهم كرهوا الحرب وأقروا المسلمين على عملهم وسمحوا لهم بالإقامة فيها⁽⁴⁾ .

(3) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام رقم 12 ص 18 ؛ الدكتور عبد العزيز

عامر : المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي رقم 40 ص 84 .

(4) تراجع هذه القضية في كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 191 .

والخصيصة الثانية لقواعد هذا القانون الدولي الإسلامي هو أن أساس إلزام الدولة الإسلامية بها هو إرادتها فقط ، أي أن ما تلتزم به في تعاملها مع الدول الأخرى ، هو ما تريده وترضى به فقط لا ما تطبقه الدول الأخرى . وعلى هذا فما يوجد عند الدول الأخرى من قواعد في موضوع العلاقات الدولية لا يلزم الدولة الإسلامية ولا يُعتبر من قواعد قانونها الدولي إلا إذا أرادته ورضيت به صراحة كما في المعاهدات ، أو ضمناً كما في العرف . ومن البديهي أن إرادتها مقيدة بإرادة الشرع الإسلامي وقواعده فلا تملك الخروج عليها . فإذا اختارت ورضيت بما هو خارج عن حدود الشرع ، كان رضاها باطلاً لا يلزمها بشيء ، حتى ولو كان ما رضيت به مشروطاً عليها في معاهدة هي طرف فيها⁽⁵⁾ .

والخصيصة الثالثة للقانون الدولي العام الإسلامي أنه ينظم علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول الإسلامية بلا تمييز ولا تفريق بين هذه الدول بسبب نظمها السياسية والاجتماعية . فالقانون الدولي الإسلامي في أصله وطبيعته ومنذ نشأته الأولى يتجه الى تنظيم هذه العلاقات الدولية كافة وبدون استثناء لأي جماعة ، ولا يهم لقيام هذه العلاقات وخضوعها للقانون الإسلامي كون الدول غير الإسلامية تدين بهذا الدين أو ذاك ، كما لا يهم طبيعة نظامها وكونها ملكية أو جمهورية، كبيرة أو صغيرة من هذا الجنس أو ذاك، شرط أن تكون موجودة فعلاً⁽⁶⁾ .

وعلى هذا فإن نشأة القانون الدولي العام الإسلامي تخالف نشأة القانون الدولي العام الوضعي ، فقد ذكرنا أن هذا القانون الأخير نشأ في الأصل لينظم العلاقات التي تقوم بين الجماعات الإنسانية في مجتمع طائفي إقليمي ، هو المجتمع الأوروبي المسيحي وحده⁽⁷⁾ . ولم يهدف أصلاً الى أن يكون قانوناً عالمياً تنتفع بقواعده كل دول المعمورة مهما تختلف أديانها أو تتباين شعوبها أو تتباعد أقاليمها ، كما هو الحال في القانون الدولي الإسلامي .

ب - القانون الدستوري الإسلامي⁽⁸⁾ :

وقد حظيت قواعد القانون الدستوري في الشرع الإسلامي بنصيب وافر من العناية

(5) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 13 ص 19 .

(6) الدكتور عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام رقم 14 ص 20 .

(7) راجع سابقاً رقم 80 فقرة أ .

(8) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور ص 203 و195 وما بعدها ؛ الشيخ عبد الوهاب خلاف : السياسة الشرعية ص 27 وما بعدها ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي رقم 43 ص 88 - 96 ؛ الدكتور صبحي محمصياني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص 384 وما بعدها ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 164 - 174 ؛ الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 176 - 187 ؛ الدكتور محمد يوسف

والتنظيم . لكن الفقهاء المسلمين لم يتكلموا في كتبهم الفقهية عن هذه القواعد في موضع واحد تحت أبواب وفصول مستقلة ، بل جاءت مبعثرة في شتى أبواب الفقه المتعلقة بالإمامة والولاية والإمارة والسير والقضاء مثلاً ، كما أنهم لم يستعملوا كلمة دستور بالمفهوم المتعارف عليه اليوم . غير أن عدم استعمال هذه الكلمة لا يعني أن مفهومها المراد منها غير معروف وغير موجود في الإسلام⁽⁹⁾ . ومع ذلك ، فإن البعض من الفقهاء المتأخرين قد أفرد كتاباً خاصة تبحث في معظم موضوعات القانون الدستوري ، ككتاب « الأحكام السلطانية والولايات الدينية » للقاضي أبي الحسن الماوردي الشافعي ، وكتاب الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الخنبلي ، وكتاب السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ، وكتاب الخراج للإمام أبي يوسف وغيرها من الكتب . وليس ذلك فقط بل لقد عني علماء الكلام بمسألة « الإمامة الكبرى » المرادفة لرئاسة الدولة عناية كبرى ، ولم يتركوا أمراً دون بحث أو تفنيد⁽¹⁰⁾ .

وفيما يلي نبذة عن بعض مسائل القانون الدستوري وموقف الشرع الإسلامي منها :

1 - شكل الدولة الإسلامية ونظام الحكم فيها : يأمر الشرع الإسلامي بإقامة دولة إسلامية ، وهذه الدولة هي التي يُعبر عنها الفقهاء بـ « دار الإسلام » وتضم جميع البلاد الإسلامية . قال الإمام ابن تيمية « بلاد الإسلام كلها بمنزلة البلدة الواحدة »⁽¹¹⁾ ، ومعنى ذلك أن دار الإسلام أو دولة الإسلام تُعتبر واحدة غير متعددة ، والتعدد عليها طارئ⁽¹²⁾ ففي داخل دولة الإسلام لا توجد حدود إقليمية أو سياسية تفصل بين الشعوب التي تدين بالإسلام ، أو تفصل بين المساحات الإقليمية التي تعيش عليها هذه الشعوب ، ذلك أن ولاية الإسلام واحدة ، وهي تشمل الشعوب والأقاليم التي تنبسط عليها هذه الولاية .

ولم يضع الإسلام لنظام الحكم شكلاً معيناً . فلكل شعب حرية اختيار الحكم في دولته ، سواء أكان نظاماً ملكياً أو جمهورياً ، برلمانياً أو غير برلماني ، شرط أن يكون شورياً . فالإسلام يرفض الشكل الدكتاتوري أو التسلطي أو الطاغوي ، لأن مثل هذه الأشكال غير

موسى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي رقم 122 ص 122 - 123 وكتابه نظام الحكم في الإسلام ، الناشر العصر الحديث ببيروت 1988 .

(9) الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 164 - 165 .

(10) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 43 ص 88 .

(11) فتاوى واختيارات ابن تيمية ج 4 ص 185 .

(12) الدكتور عبد الكريم زيدان : مجموعة بحوث فقهية ص 50 .

شورية ، وهي بطبيعتها تقوم على الظلم والإستبداد والتعسف من قبل الحاكم تجاه المحكومين .

كما أنه لم يضع شكلاً معيناً للحكومة ، فهي تتشكل وفق مقتضيات الشعب وعلى أساس رغبته . فقد تكون - وفق الظروف والحاجات - حكومة دستورية برلمانية ، أو دستورية غير برلمانية ، أو نظاماً رئاسياً ، أو غير ذلك من الأشكال . ولا يقيد ذلك إلا شرط أساسى وهو أن تكون حكومة شورية⁽¹³⁾ .

والخلافة أو الإمامة الكبرى أو رئاسة الدولة في الإسلام لم تكن نظاماً للحكم المطلق كما إدعى بعض الغربيين ، بل كانت نظاماً ديمقراطياً حقيقياً . فالأمة مصدر السلطة تفوض الخليفة في ممارستها نيابة عنها ، وهو مسؤول أمامها . ونظام الشورى في اختيار الحاكم وإن لم يُحدد له الإسلام شكلاً خاصاً كنظام الاقتراع الشعبي أو النيابي ، فهو مع ذلك يُعد أساساً صالحاً للحكم الديمقراطي . فقد ترك تحديد الشكل لمقتضيات الظرف والعصور ليتطور معها ، ولتلاءم مع البيئة التي يقوم فيها⁽¹⁴⁾ .

وأوضح فقهاء الشرع الشروط الواجب توافرها في رئيس الدولة الإسلامية وطريقة اختياره⁽¹⁵⁾ ، وتكلموا عن واجباته قبل الحديث عن حقوقه ، لأن منصب الخلافة في نظر الإسلام لا يُعتبر منصباً تشريعياً وإنما هو منصب يمثل المسؤولية والخدمة العامة . فإذا قام الخليفة بواجباته على الوجه الأكمل ، عندئذ يترتب له على الرعاية حقوق مقابل الواجبات التي جعل مسؤولاً عنها⁽¹⁶⁾ . وكان الخليفة مقيداً بأحكام القرآن والسنة النبوية ، واختصاصاته محدودة بما للأفراد من حقوق وحریات نص عليها الإسلام ونظمها وقرر الضمانات التي تكفل حمايتها ضد إعتداء الحكام والمحكومين على السواء . كما أنه كان مسؤولاً أمام الأمة الإسلامية كما هو مسؤول أمام الله ، وإذا ثبت أن الخليفة قد خان الأمانة أو خرج على حدود الشرع توجب عزله⁽¹⁷⁾ .

وتكلم الفقهاء عن الوزارة⁽¹⁸⁾ فذكروا شروط الوزير ، وقالوا بوزارة التفويض ووزارة التنفيذ . وبينوا شروط كل وزارة وكيف يُؤلى الوزير وسلطة توليته ، وجواز وجود

(13) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 139 - 140 ؛ الدكتور ثروت بدوي : أصول الفكر السياسي ص 115 .

(14) الدكتور ثروت بدوي : أصول الفكر السياسي ص 127 .

(15) يُراجع في ذلك : كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 46 وما بعدها .

(16) الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 463 .

(17) الدكتور ثروت بدوي : النظم السياسية ج 1 ص 122 .

(18) يراجع في ذلك كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 51 - 56 .

وزارة مركزية ووزارات إقليمية فقالوا إن الخليفة إذا فوّض تدبير الأقاليم الى ولايتها ووكل النظر فيها الى المسؤولين عليها كان لمالك كل إقليم أن يستوزر ، وكان حكم وزيره معه كحكم وزير الخليفة مع الخليفة في اعتبار الوزارتين وأحكام النظرين⁽¹⁹⁾ .

وتحدث الفقهاء عن أهل الحل والعقد وهو ما يسمى اليوم بالسلطة التشريعية⁽²⁰⁾ ، فبينوا شروطهم من العدالة والعلم والرأي والحكمة ، وحددوا مهمتهم في اختيار الخليفة واستنباط القواعد من مصادرها الشرعية ، وفي معاونة ولي الأمر في النهوض بمسؤولياته في حدود الشرع⁽²¹⁾ .

وأما عن القضاء فقد كان موضع اهتمام الفقهاء في كل العصور الإسلامية ، فكتبوا عنه في مؤلفاتهم الفقهية العامة ، ومنهم من اهتم به أكثر فخصص له مؤلفاً خاصاً به ، وبينوا فيه مكانة القاضي في الإسلام وشروط تقلده القضاء ، وقواعد تعيينه وعزله واستعفائه ، والمسؤولية عن أحكامه ، واستقلاله وآدابه ، واختصاصاته ، وأصول المحاكمات وإصدار الأحكام⁽²²⁾ .

وقد عرف النظام الدستوري الإسلامي مبدأ الفصل بين السلطات العامة في الدولة من تشريعية ، وتنفيذية ، وقضائية . فقد كان التشريع مصدره القرآن والسنة وإجماع الصحابة المجتهدين ، دون أن يكون للخليفة اختصاص في التشريع ، وإنما تنحصر وظيفته في الإدارة وتنفيذ قواعد الشرع . أما القضاء فقد كان سلطة مستقلة يخضع لها الخليفة والولاة شأنهم شأن الأفراد. ولئن كان الخليفة هو الذي يُوليُّ القضاة ، فإن هؤلاء لم يكونوا نواباً عنه ، بل كانوا نواباً عن جمهور الناس يوزعون العدل بينهم ، وليست تولية الخليفة للقضاة إلاّ تمكيناً لمن عنده أهلية القضاء العفيف من سلطان القضاء ، دون أن يكون هؤلاء خاضعين للخليفة⁽²³⁾ .

وإذا كانت النظم السياسية الحديثة تُعنى بكفالة حريات وحقوق الأفراد وتحقيق المساواة بينهم ، فإن الإسلام ومنذ ظهوره في القرن السابع الميلادي قد سبق تلك النظم الى ذلك . وقائمة الحقوق والحريات الفردية التي أقرها الإسلام متنوعة منها ما يتعلق بوجود

(19) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 33 .

(20) كتابنا : نظرية الدولة في الإسلام ص 41 - 45 .

(21) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 89 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم ص 374 -

397 .

(22) كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 41 - 139 .

(23) الدكتور ثروت بدوي : النظم السياسية ج 1 ص 121 - 122 ؛ كتابنا نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص

102 - 105 .

الإنسان كحق الحياة ، ومنها ما يرتبط بشخصه واطمئنائه كالحرية الشخصية وحرمة المنزل ، ومنها ما يتصل بفكره وثقافته كحرية الرأي وحرية العقيدة أو حرية التعليم ، ومنها ما يختص بماله كحق الملكية ، ومنها ما يرتبط بمعاشه وتأمين احتياجاته كحق العمل والتضامن الاجتماعي ، الى غير ذلك من الحقوق والحريات⁽²⁴⁾ . فضلاً عن إقرار الإسلام للمساواة أمام القانون ، والمساواة أمام القضاء ، والمساواة أمام الوظائف ، والمساواة في التكاليف العامة⁽²⁵⁾ .

2 - مصادر القانون الدستوري الإسلامي⁽²⁶⁾ : هي القرآن ، والسنة النبوية ، وأعمال الخلفاء الراشدين ، ومذاهب المجتهدين ، والعرف الإسلامي . فالقرآن الكريم يُعتبر مصدراً من مصادر التنظيم الدستوري الإسلامي ، لأنه المصدر الرئيسي للشرع الإسلامي . وهو لم يتعرض للتفصيلات والجزئيات بل نص على الأسس الثابتة والقواعد الكلية التي يُبنى عليها تنظيم الشؤون العامة للدولة . فالقرآن لم يفصل نظاماً خاصاً لشكل الدولة والحكومة ، ولا لتنظيم سلطاتها ، ولا لاختيار أهل الحل والعقد فيها . وإنما اكتفى بالنص على الدعائم الثابتة التي ينبغي أن تعتمد عليها نظم كل حكومة عادلة ، ولا تختلف فيها أمة عن أمة . فقرر العدل ، ونص على الشورى ، وأقر المساواة ، وأبان في آياته أن غايته هي تحقيق مصالح الناس ورفع الضرر عنهم ومنع عدوان بعضهم على بعض . فمثلاً لو أخذنا الشورى⁽²⁷⁾ ، لوجدنا أن النص ورد عليها في القرآن دون تعيين شكل خاص لها ، فكانت شاملة لكل نظام دستوري يبتعد عن الاستبداد ، ويتحقق فيه تشاور وإحترام لرأي أولياء الأمر والعلم في الأمة ، سواء أكان نظاماً جمهورياً أو نظام خلافة دستورية أو غير ذلك مما لا إشتار فيه لفرد أو لفئة ، بحسب ما تمليه المصلحة العامة⁽²⁸⁾ .

والسنة النبوية تُعتبر أيضاً من مصادر النظام الدستوري الإسلامي ، وهي التي تُبين كيف قام النبي ﷺ بتنفيذ أحكام القرآن ومبادئه ، وكيف نظم المجتمع الإسلامي وأبرزه في صورة دولة كاملة ، وكيف عُني بتسيير الشؤون العامة لهذه الدولة . وتجدر الإشارة هنا إلى أن النبي ﷺ قام بوضع أول دستور مكتوب للمدينة المنورة عندما هاجر إليها في السنة الأولى للهجرة (الموافقة لسنة 622 ميلادية) حيث صاغ صحيفة أو كتاباً نظم فيه العلاقات

(24) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 113 - 149 .

(25) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 86 - 94 .

(26) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور ص 199-201 ؛ الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 277 وما بعدها .

(27) يراجع في موضوع الشورى : الدكتور عبد الحميد الأنصاري : الشورى وأثرها في الديمقراطية ، منشورات المكتبة العصرية ببيروت .

(28) الاستاذ مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 1 ص 33 ، الطبعة السابعة لعام 1961 .

بين المسلمين وأهل المدينة « يثرب » . فهذا الكتاب ينظم شؤون دولة المدينة ويقنن العلاقات بين رعيتهما ، متضمناً الحقوق والواجبات ومقرراً المساواة التامة بين المسلمين . ويلاحظ في أسلوب إدارة الرسول ﷺ للمدينة أنه كان قائماً على أساس الشورى في كل صغيرة وكبيرة مما لم يكن فيه وحي من السماء . وكان الأفراد في تلك المدينة يتمتعون بالحريات الفردية الحديثة ، ولم تكن هذه الحريات مقصورة على المؤمنين ، بل شملت جميع أفراد المدينة ، وكان الرسول ﷺ يحترم المعارضين ويستمع الى آرائهم ويمجادهم بالحسنى ويعاملهم بالعدل . وقد كان من أثر هذه الإدارة السليمة أن ساد الأمن والرخاء والعدالة ، فاحتلت المدينة المنورة مكانة مكة في التجارة والمال ، وقام فيها مجتمع الخير الذي تسير فيه الأمور على قواعد المحبة والإخاء والتعاون ، بحيث يصح وصفها بالمدينة الفاضلة التي كانت وما تزال حلم الفلاسفة والمفكرين⁽²⁹⁾ .

والمصدر الثالث من مصادر النظام الدستوري الإسلامي هو أعمال الخلفاء الراشدين وتصرفاتهم ، فكتب التاريخ والسير حافلة بالشواهد والسوابق من أعمال الصحابة التي قاموا بها لتسيير أمر الدولة الإسلامية بعد النبي ﷺ ، وهي مما تعتبر حجة في المسائل الدستورية لمن بعدهم من المسلمين⁽³⁰⁾ .

ورابع المصادر للنظام الدستوري الإسلامي هو اجتهاد المجتهدين المسلمين على حسب معرفتهم للشرع وبصيرتهم في الفقه ، عندما عُرضت لهم مختلف المسائل الدستورية . فالمذاهب الإسلامية المتعددة ، وإن لم تكن حجة في الدين ، غير أنها تساعد كثيراً في فهم روح النظام الدستوري الإسلامي ومعرفة قواعده⁽³¹⁾ .

وخامس هذه المصادر أخيراً العرف الدستوري الإسلامي ، فهو حجة شرط ألا يخالف نصاً شرعياً ، لأن النص الشرعي مقدم على العرف . ولا يجوز بشكل من الأشكال أن يؤخذ بالعرف المخالف للنصوص الشرعية الخاصة ، إلا إذا كانت تلك النصوص مبنية عند صدورهما على العرف ، فعندئذ يتغير النص بتغير العرف⁽³²⁾ .

3 - إكتمال الصفة القانونية للنظام الدستوري الإسلامي : إن ما يقال حول طبيعة القانون الدستوري الوضعي لجهة عدم اكتمال الصفة القانونية لقواعده ، بحجة أن الدولة

(29) الدكتور عبد الحميد الأنصاري : الشورى وأثرها في الديمقراطية ص 10 - 11 ؛ الدكتور محمد عمارة : الإسلام وحقوق الإنسان ص 152 وما بعدها ، سلسلة عالم المعرفة رقم 89 .

(30) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية ص 200 - 201 .

(31) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية ص 201 .

(32) الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 365 - 366 .

الوضعية لا يُتصور أن توقع الجزاء على نفسها إن خالفت قواعد ذلك القانون . هذه الحجة لا محل لها بالنسبة الى قواعد القانون الدستوري الإسلامي ، لأن مصدرها الشرع الإسلامي وهو مُلزم لجميع المسلمين من حكام وأفراد . هذا فضلاً عن أن الإسلام جعل الحكام مسؤولين أمام الأمة ، كما هم مسؤولون أمام الله . فإذا ثبت أن الحاكم قد خان الأمانة أو خرج على حدود الشرع واستبد بالأمر ، حق للشعب أن يطلب عزله بل ومقاومته وأبعاده⁽³³⁾ . يقول النبي ﷺ : « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان أو أمير جائر » ، ويقول أبو بكر الصديق (أول خليفة للمسلمين) في مستهل حكمه : « أيها الناس . . . إن أحسنت فأعينوني . . . وإن أسأت فقوموني . . . أطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت فلا طاعة لي عليكم » . ويقول الخليفة عمر بن الخطاب : « إن رأيتم في إعوجاجاً فقوموه » فأجابه أحد المسلمين : « والله لو وجدنا فيك إعوجاجاً لقومناه بسيوفنا » .

جـ - القانون الإداري الإسلامي⁽³⁴⁾ :

يُطلق الفقهاء المسلمون عبارة « الولاية العامة » على جميع سلطات الدولة التي يمارسها الخلفاء والوزراء والولاة والعمال والأعوان . وقد استعملوا لفظ الولاية أو الإمارة للدلالة على نشاط السلطة التنفيذية الإداري ، وكان الخلفاء الراشدون - ولا سيما الخليفة عمر بن الخطاب - من واضعي أسس ومبادئ الإدارة في الإسلام⁽³⁵⁾ .
ونعرض فيما يلي لأهم موضوعات القانون الإداري الإسلامي .

1 - الخدمات الإسلامية : إن الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية الإسلامية ومرافقها الإدارية هي ذات الخدمات المطلوبة من الإدارة الحديثة . فالدولة الإسلامية تؤدي لجميع الأفراد خدمات متنوعة تضطلع بها الدواوين والوحدات والأجهزة الإدارية المختلفة . فالجيش المسلم يتولى الدفاع عن الوطن الإسلامي وحماية أرض المسلمين ودعوتهم وهذا يدخل تحت الإمارة على الجهاد⁽³⁶⁾ ، والشرطة تتولى الأمن الداخلي والنظام⁽³⁷⁾ ، وأجهزة

(33) الدكتور ثروت بدوي : النظم السياسية جـ 1 ص 122 وأصول الفكر السياسي ص 128 ؛ الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 179 - 180 ؛ والدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 478 - 482 .

(34) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 99 - 107 ؛ الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 143 - 151 ؛ الرائد محمد مهنا العلي : الإدارة في الإسلام ، منشورات الدار السعودية ؛ الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهديه ص 144 - 145 .

(35) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام .

(36) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 43 وما بعدها .

(37) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 60 .

التربية الإسلامية تهىء الفرصة للتعليم المجاني لكل مسلم ومسلمة⁽³⁸⁾ ، وإدارة العمل توفر العمل لكل قادر عليه مع الأخذ بمبدأ التكافل الاجتماعي⁽³⁹⁾ . وتقوم سائر الإدارات الإسلامية بالخدمات التي يحتاج إليها الناس . وقيام الإدارة الإسلامية بهذه الخدمات يجب أن يستهدف قبل كل شيء آخر مصلحة المواطنين ، وأن يكون في إطار العدل ، والمساواة بين مواطني الدولة جميعاً بلا تمييز بينهم بسبب الأصل ، أو اللون ، أو اللغة ، أو العقيدة ، أو الجنس .

2 - الأشخاص والهيئات الإدارية : ولا تختلف الأشخاص والهيئات الإدارية الإسلامية في تكوينها عما هو معروف في النظم الوضعية الحديثة . فهي تتكون من جميع المسؤولين والعاملين في الإدارة من رئيس الدولة ورئيس الحكومة والوزراء والأمراء والمحاسب والعمال والأعوان⁽⁴⁰⁾ .

3 - علاقة الحكومة المركزية بالإدارات المحلية : إن كلام الفقهاء عن الإمارات يستخلص منه أن التنظيم الإداري الإسلامي قد يأخذ بنظام الدولة الواحدة حيث تتساوى كل أقاليمها بالنظر إلى علاقاتها ووضعها في الدولة الإسلامية ، وهذا يكون في إمارة الاستكفاء بعقد اختيار فضلاً عن الإمارة الخاصة .

وقد يكون هناك امتياز لبعض أقاليم الدولة الإسلامية ونوع من الاستقلال بالنسبة للإدارة المركزية ، وهذا يكون في إمارة الاستيلاء حيث يتحقق لها نوع من الاستقلال والإدارة الذاتية التي تقتضيها الظروف . وهذا النوع من الإمارة ، وإن كان الأصل فيه الاستيلاء عن اضطرار ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون مرجعه اعتبارات أخرى من جغرافية أو قومية أو غيرها⁽⁴¹⁾ .

4 - إختيار الولاة والموظفين ومحاسبتهم : تفضي القاعدة الإسلامية العامة في إختيار الرؤساء والولاة والعمال (الموظفين) على اختلاف درجاتهم باختيار الأصلح والأجود الذي تتوافر فيه صفتا القوة والأمانة ، كما تنهى هذه القاعدة عن طلب الوظيفة أو المنصب ، وتمنع إسنادها إلى من يطلبها . وقد تشدد الخلفاء الراشدون في مراقبة الولاة والعمال حتى يطمئنوا إلى قيامهم بما وكل إليهم من أعمال خير قيام ، وأنهم لم يخرجوا على حدود السلطات المخولة

(38) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 118 وما بعدها .

(39) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 140 - 145 وسيأتي ذكر ذلك عند الكلام عن قانون العمل الإسلامي .

(40) كتابنا : نظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 46 - 61 .

(41) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 100 - 101 ؛ الاستاذ فتحي عثمان : الفكر القانوني الإسلامي

لهم في تصريف الأمور وإنفاق الأموال . وفي سبيل تحقيق ذلك ، استخدموا طرق اختبار الولاة ، وإحصاء أموالهم قبل تولي الولاية وبعدها لمعرفة الفارق بينها⁽⁴²⁾ . وعملاً بهذا النهج ، كان عمر بن الخطاب إذا بعث عاملاً ، يكتب ماله لأجل محاسبته . وكان يختم كتابه إليه أحياناً بعبارة : « حاسب نفسك في الرخاء قبل حساب الشدة » . وهذا الحساب عند الفاروق لم يكن يسيراً . فهو واضع قاعدة : « من أين لك هذا ؟ » . فقد طبقها على عماله ، من دون هوادة ولا محاباة⁽⁴³⁾ .

من ذلك كتابه الى عامله في البحرين ، أبي هريرة ، حيث جاء فيه : « لقد وليتك البحرين وليس لك نعلان ، فمن أين لك هذا ؟ أسرقت مال الله ، فمن أين لك عشرة آلاف درهم ؟ » فأجابه بأن خيله تناسلت ، وتلاحقت الهدايا إليه . فقال له عمر : « أي عدو الله ، هلا قعدت في بيتك ، فيُنظر أيهدى لك أم لا » . وهو تساؤل كان صدر عن النبي ﷺ في مثل هذه المسألة ، حيث كان يقول : « ما بال العامل نبعثه ، فيجيء فيقول : هذا لكم وهذا أهدي لي ، ألا جلس في بيت أمه أو أبيه فينظر أيهدى له أم لا »⁽⁴⁴⁾ .

ومن أشباه ذلك أيضاً سؤال الفاروق عامله في مصر ، عمرو بن العاص ، عن ثروته الجديدة ، بقوله : « لم تكن لك حين وليت مصر ، فمن أين لك هذا ؟ » . ولما أجابه ابن العاص أنه اكتسب ثروته من الزراعة والتجارة ، قال له : « لا يحل لوالٍ أن يتجر في سلطانه » .

وقد أرسل الفاروق في تلك القضايا وأشباهها من حاسب الولاة والعمال ، وصادر أموالهم أو شاطرهم إياها .

وقبل أربعة عشر قرناً من الزمان ، وقبل أن تصدر قوانين الموظفين والخدمة المدنية المعاصرة ، عُرِفَت الوظيفة العامة في الدولة الإسلامية بأنها خدمة عامة⁽⁴⁵⁾ . فقد خطب الفاروق عمر بن الخطاب في الناس قائلاً : « إنني لم أبعث إليكم الولاة ليضربوا أبشاركم ، ويأخذوا أموالكم ، ولكن ليعلموكم ، ويخدموكم » .

5 - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة⁽⁴⁶⁾ : وقد أناط النظام القضائي الإسلامي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بقضاء أو ولاية المظالم⁽⁴⁷⁾ . ومن المعروف أن تخصيص

(42) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 224 و 265 .

(43) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 150 - 151 .

(44) الدكتور صبحي محمصاني : ذات المرجع ص 150 .

(45) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 266 .

(46) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 103 - 105 ؛ كتابنا : نظرية الدولة ص 107 - 108 .

(47) يُراجع بشأن ديوان أو قضاء المظالم : الدكتور حمدي عبد المنعم : ديوان المظالم ، الناشر دار الشروق ؛ الدكتور =

فضاء للنظر في مظالم الإدارة يُعتبر حديث عهد في العصر الحديث ، فلم تأخذ به الدول التي أنشأته كفرنسا ومصر ولبنان إلّا في العصور الحديثة .

وأساس قضاء المظالم في الإسلام نشر العدل ورفع الظلم .

وقد عرّف الفقه ولاية المظالم بأنها قود المتظالمين الى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبية ، ولذلك جعلوا من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، ظاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج الى سطوة الحماة وثبات القضاة .

وتكلم الفقهاء فيمن يكون والياً على المظالم ، وتشكيل مجلس النظر في المظالم واختصاص والي المظالم⁽⁴⁸⁾ .

وولاية المظالم ليست إلّا نوعاً من المحاكم الإدارية ، وإن امتد سلطانها لأمر لا تدخل في المنازعات الإدارية بوضعها الحديث كالنظر في العبادات الظاهرة ، وتنفيذ الأحكام القضائية ، وما عجز عنه والي الحسبة ، ورد الغصب إذا كانت من ذي شوكة ، ومشاركة الأوقاف الخاصة ، والنظر بين المتشاجرين ، إذ أن هذا الأمر الأخير يدخل في صميم اختصاص القضاء العادي .

ومع ذلك ، فإنه يدخل في اختصاص والي المظالم النظر في النزاع الذي له طابع إداري ، ومنع التجاوز في السلطة والتعسف في استعمالها ، ورد الأمور في هذا السبيل الى نصائها إما عيناً أو بطريق التعويض على حسب الأحوال ، وبذلك يكون له إلغاء عمل الإدارة أو سحبه أو تعديله . وهذا الاختصاص يغطي اختصاص المحاكم الإدارية بمعناها الحالي ، بل ويزيد عليه في منح السلطة لوالي المظالم لإحقاق الحق ومنع ظلم الحكام والولاة والموظفين . وأظهر ما في اختصاص والي المظالم مما يدخل في صميم اختصاص القضاء الإداري النظر في تعدي الولاة والحكام على الرعية ، وفي جور جبابة الضرائب ، وفيما وكل لكتاب الدواوين وفي تظلم المسترزقة (الموظفين) من نقص رواتبهم أو تأخرها عنهم ، ويزيد النظام الإسلامي أن الاختصاص معقود لوالي المظالم من غير حاجة لمظلم في كثير من هذه الحالات لرفع الظلم⁽⁴⁹⁾ .

وكان أول من جلس للمظالم من الخلفاء المسلمين الإمام علي بن أبي طالب ، وأول

= رضوان السيد : قضاء المظالم ، مجلة دراسات ، المجلد 14 العدد 10 لعام 1987 .

(48) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 100 وما بعدها .

(49) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 105 .

من خصص يوماً للمظالم عبد الملك بن مروان ، وكان قضاء المظالم يُعقد أولاً في المساجد كغيره من المحاكم ، ثم بنى بعض الملوك له ديواناً ، ومنهم من خصص له بناء مستقلاً وسماه « دار العدل »⁽⁵⁰⁾ .

د - القانون المالي الإسلامي :

إن للإسلام نظاماً مالياً تتوافر فيه سائر الأركان التي تتوافر للنظم المالية الوضعية الحديثة ، وقد زاول وظيفته في المجتمع الإسلامي كما تزاوَل النظم المالية الحديثة في مجتمعاتها ، وقد كان هذا النظام محكماً منضبطاً ساعد على ازدهار الإسلام وترسيخ مبادئه وحقق توازن المجتمع الإسلامي وكفل قدسية المال العام وحرمة ونشر الرخاء في ربوعه⁽⁵¹⁾ .

وقد تكلم الفقهاء المسلمون في مسائل القانون المالي وأوضحوا قواعده ، وهي قديمة قدم هذا الشرع⁽⁵²⁾ . فقد كتب الإمام أبو يوسف رسالة في « الخراج » بين فيها موارد الدولة على ما جاء به الشرع ، وحدد أوجه المصروفات العامة وجعلها في أرزاق القضاة والولاة والعمال وأعطيات الجنود (وهذا يقابل باب الرواتب والأجور والتعويضات في الميزانيات الحديثة) . وقد ذكر الطريقة الفضلى في الجباية والواجبات التي تلزم بيت المال مما أغفل بعض الولاة القيام به . وقد وضعت كتب أخرى في الخراج ليحيى بن آدم القرشي ، والاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي .

وتكلم الإمام الماوردي كذلك بتفصيل في كتابه الأحكام السلطانية عن ولاية الصدقات وقسم الفيء والغنيمة ، ووضع الجزية والخراج وعطاء الجندي بالكفاية ، وما يختص ببيت المال من دخل وخرج⁽⁵³⁾ .

وتجدر الإشارة الى أن القانون المالي الإسلامي نشأ داخل نظام معين هو الإسلام بنواحيه الدينية والاجتماعية والاقتصادية ، فلا بد أن يعكس الإسلام أثره على هذا القانون وفي ذات الوقت يتعين على هذا القانون أن يعمل على دعم رسالة الإسلام في النواحي الدينية والاجتماعية والاقتصادية .

ويتميز القانون المالي الإسلامي بالخصائص الآتية :⁽⁵⁴⁾

-
- (50) كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 105 - 106 .
(51) الاستاذ قطب ابراهيم محمد : النظم المالية في الإسلام ص 6 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1980 .
(52) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 107 - 108 .
(53) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 145 - 198 و 256 - 257 و 266 - 272 .
(54) الاستاذ قطب ابراهيم محمد : المرجع السابق ص 15 - 28 ؛ قارن أيضاً الدكتور محمد فاروق البهان : الاتجاه =

1 - النظام المالي الإسلامي له جانب معنوي : يحيط الإسلام المالية العامة بسياج من المعنويات . فهو يهدف بجانب سلامتها الى تحقيق الأخلاق الفاضلة للشعوب ، إذ أن المدنيات الراقية تبنى على أساس المال والأخلاق .

فالتجارة مثلاً لا تلهي التجار عن ذكر الله ، يقول تعالى : ﴿ رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة يخافون يوماً تتقلب فيه القلوب والأبصار ﴾ (النور : 37) .

وزراعة الأرض لا يُثاب الزارع عنها بالمحصول وتحقيق الأرباح فقط ، وإنما له المثوبة من عند الله تعالى . فقد روى البخاري في صحيحه حديث رسول الله ﷺ : « ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة » .

والثروة كما تنمى بالعمل والاستثمار تنمى بالإحسان . يقول تعالى : ﴿ من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة ﴾ (البقرة : 245) .

وليس الهدف من الضرائب تحقيق أكبر موارد للدولة الإسلامية ، وإنما تحديد أوجه للنفقات لبعضها غايات معينة هي كفالة الفقراء والمساكين . يقول تعالى : ﴿ إنما النفقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ﴾ (التوبة : 60) .

فتعمل الزكاة بذلك على دعم المصالح الاجتماعية بكفالة المحتاجين من الفقراء والمساكين وحتى الغارمين العاجزين عن سداد ديونهم .

2 - خلو التنظيم المالي الإسلامي من المعاملات الربوية : جاء الإسلام بالحكم القاطع في تحريم الربا في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا . . . ﴾ (البقرة : 278) . فالمالية الإسلامية لا تقر المعاملات الربوية ، ولا تسمح بقيام المنشآت التي تتعامل فيها ، لما في ذلك من ظلم الأغنياء للفقراء والمعسرين ، ولما ينتج عنها من آثار ليس على المعاملات بين الأفراد فقط بل تمتد الى المعاملات بين الدول . وقد أوضح الاقتصاديون الوضعيون أثر التجاء الدول الى الاقتراض بفوائد لتغطية عجز موازنتها ، بأن القروض تحسب عليها فوائد ، والفوائد تؤدي الى زيادة أعباء الدين العام وإرهاق موازنات الدول المقترضة . كما أن المشروعات والإنشاءات التي توظف فيها هذه

= الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ص 260 - 402 ؛ وكذلك أبحاث في الاقتصاد الإسلامي ص 107 - 108 .

القروض تزداد تكاليفها ، نتيجة عبء الفائدة خصوصاً إذا كانت مرتفعة⁽⁵⁵⁾ .

3 - تعدد موارد الدولة الإسلامية : لا يكفي التنظيم المالي الإسلامي بمورد واحد ولا بضريبة واحدة ، بل يجمع بين الضرائب وغيرها من الموارد ، كما تتعدد أنواع الضرائب التي تمول بيت المال في الدولة الإسلامية . ف بجانب ضريبة الزكاة المفروضة على الأشخاص ، فُرضت ضريبة الخراج على الأراضي وضريبة العشور على أموال التجارة وضريبة الجزية على أشخاص أهل الذمة ، وبجانب نظام الضرائب المطبق أخذت المالية الإسلامية بمورد الفيء⁽⁵⁶⁾ وهو ما يقابل إيرادات الملك العام في العصر الحديث . كما أن هناك مورداً هاماً ساند المالية الإسلامية في أوائل العهد بالمجتمع الإسلامي وهو مال الغنيمة .

4 - إنضباطية المالية الإسلامية : تمتاز المالية الإسلامية بأنها مالية منضبطة ، ولعل مرجع ذلك الى اهتمام الإسلام بتهذيب النفس وتربية الضمير ، فضلاً عن حرص الرسول ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدين على صيانة المال العام . فقد كان الرسول ﷺ يراقب من يستعملهم من الولاة والعمال ويكشف عملهم وقد مرّ سابقاً قصة العامل الذي يقول : « هذا لكم وهذا أهدي الي » وجواب الرسول عليه . كما أن الخليفة أبا بكر وقف موقف الشدة والحزم من مانعي الزكاة ، قائلاً : « والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونها الى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها » .

وإذا كانت الدول الحديثة تعمل على ترشيد الإنفاق العام ، فإن القرآن الكريم قد سبقها في ذلك في قوله تعالى : ﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً ﴾ (الفرقان : 67) . فالآية الكريمة منعت الإسراف في المال العام وإنفاقه دون مبرر ومنعت التقدير ، لأن التقدير في المال يؤدي الى سوء أداء الخدمات العامة بسبب حاجتها الى الأموال⁽⁵⁷⁾ .

5 - مرونة النظام المالي الإسلامي : جاء الإسلام ببعض القواعد مجملة وأجملها قصداً ، إذ لو أتى بها مفصلة لتوجب إلزام الأجيال بها في كل عصر وزمان ، ومن هذه القواعد قواعد المالية العامة الإسلامية . وبذلك يتوفر للمالية الإسلامية عنصر المرونة الذي يجعلها ملائمة لظروف وأحوال كل عصر .

(55) الأستاذ قطب ابراهيم محمد : النظم المالية في الإسلام ص 15 - 17 .

(56) الفيء يُطلق على الأموال التي تعود الى المسلمين من الكفار عفواً بدون قتال .

(57) الأستاذ قطب ابراهيم محمد : المرجع السابق ص 19 .

من ذلك مثلاً ضريبة الجزية التي كانت تؤخذ من أهل الكتاب ، فقد جاء النص القرآني عليها مجملًا « حتى يعطوا الجزية » فطبق الرسول ﷺ النص حسب ظروف كل حالة ، فأخذت الجزية في بعض الأحيان ذهباً ، وفي أحيان أخرى ثياباً وإبلاً وأخشاباً ونحو ذلك . وكانت تنقرر على القرية تارة ، وعلى الأشخاص تارة أخرى ، وتزيد وتنقص بحسب حاجة المسلمين واحتمال قدرة من تؤخذ منهم .

وحدث أن طلب نصارى العرب من عمر بن الخطاب أن يطبق عليهم ضريبة الزكاة بدلاً من الجزية ، وأن يضاعف عليهم القدر المعين للزكاة على المسلمين ، لأن الجزية تجعلهم يشعرون أنهم في منزلة أقل من المسلمين . وهم جميعاً أبناء وطن واحد ، فأجابهم عمر الى ذلك ، ثم أخذ يخطط لهذا الأمر ، وينسق بين الزكاة المفروضة شرعاً والزكاة التي يطلب دفعها النصارى⁽⁵⁸⁾ .

6 - النظام المالي الإسلامي ذو اتجاه اجتماعي⁽⁵⁹⁾ : لقد تنبّهت الدول الوضعية أخيراً إلى أهمية النشاط الاجتماعي في تحقيق توازن المجتمع ، ورصدت لذلك في موازاناتها الاعتمادات اللازمة للنشاط الاجتماعي ، سواء لتحقيق نظام التأمينات الاجتماعية أو نظام الضمان الاجتماعي ، أو لتمويل وجوه البر والخير والإحسان . ومن يدرس النظام المالي الإسلامي يجد أنه يحقق هذه الاتجاهات الاجتماعية . فالزكاة مثلاً ، وهي ركن هام من أركان الإسلام ، تهدف الى جانب غرضها المالي الى هدف اجتماعي . فقد خصص القرآن المستحقين لها ، وهم الفقراء والمساكين . . . والغارمون (وهم الذين استغرق الدين ثرواتهم) وفي سبيل الله (كتهجير المجاهدين وعلاج المرضى) وابن السبيل (وهو المنقطع عن ماله الذي لا يجد ما ينفق منه كالمهجرين من الحروب) .

وقد كان على الحكومة الإسلامية أن تدفع كل دين ثابت بعقد صحيح ، عجز المدين عن سداذه⁽⁶⁰⁾ .

7 - النظام المالي في الإسلام مقنن : فالموارد المالية الإسلامية فُرضت بالقرآن ، كالزكاة والجزية وقسمة الغنائم . والخراج قرره عمر بن الخطاب استنتاجاً من آيات القرآن ، وبعد أن جمع الناس وعرض عليهم وجهة نظره فأقروه عليها . والعشور تقررت طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل بعدما فرضت في أراضي أجنبية على التجار المسلمين . ولم يقتصر الأمر على الموارد ، بل إن بعض أوجه الإنفاق كان يؤخذ فيها رأي الصحابة وأولي الأمر ،

(58) الأستاذ قطب إبراهيم محمد : المرجع السابق ص 23 .

(59) يراجع أيضاً ما سبق رقم 64 .

(60) الأستاذ قطب إبراهيم محمد : المرجع السابق ص 23 - 24 .

وفي ذلك تطبيق لمبدأ اعتماد النفقة قبل صرفها . فمثلاً لم يكن لأمر المؤمنين عمر حين آلت إليه الخلافة حق معلوم من مال المسلمين ، فجمع الصحابة وشاورهم في التفرغ لأمر المسلمين وأن يفرضوا له من بيت المال ما يكفيه وأهله فاجتمعوا وفرضوا له في السنة ستة آلاف درهم . وكان قد سبق تطبيق هذا المبدأ وبذات الطريقة بالنسبة للخليفة أبي بكر .

وعلى الرغم من أن النظم المالية في العصور الوسطى لم تكن تفصل بين مالية الحكام ومالية الدولة ، فإن النظام المالي الإسلامي الذي قام في تلك العصور في القرن السابع الميلادي لم يجعل للمالية الحاكم صلة بمالية الدولة . فمثلاً الزكاة كان الرسول ﷺ يوزعها برأيه واجتهاده ، ومع مراعاة العدالة في التوزيع ، فلم يرض ذلك المنافقين فعابوه في التوزيع . وعندئذ أعفاه الله من ذلك ، ونزلت آية تقسيم الصدقات : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين . . . » فاستراح الرسول وقال : « إن الله تعالى لم يرض في قسمة الأموال بملك مقرّب ولا بنبي مرسل حتى تولى قسمتها بنفسه » . وكان للرسول وحكام المسلمين مخصصات حددت على أسس معينة وبأوضاع معينة ، فمثلاً مخصصات الرسول في الغنائم حددها القرآن ، ومخصصات الحكام حددها المسلمون على النحو السابق إيضاحه بشأن الخليفين أبي بكر وعمر⁽⁶¹⁾ .

8 - النظام المالي الإسلامي وصلاحيته للبقاء : يقوم النظام المالي الإسلامي على أساس الملاءمة والتوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، وبذلك يختلف عن النظام المالي الرأسمالي الذي يجعل مصلحة الفرد هدفه الأول . وأن رعاية مصلحة الفرد في الإسلام تحقق بطريقة غير مباشرة مصلحة المجتمع ، وبذلك يختلف النظام المالي الإسلامي عن الاتجاه المالي الاجتماعي الذي يجعل مصلحة الجماعة هي هدفه الأول ويقدمها على مصلحة الفرد . فالنظام المالي الإسلامي نظام متميز له أهداف مختلفة عن النظم الرأسمالية والاشتراكية ، وهو إن اتفق أو تداخل أحياناً مع غيره من النظم ، فهو تداخل عارض لا يذهب باستقلال النظام المالي الإسلامي .

والنظام المالي الإسلامي لا يعبر عن مرحلة تاريخية معينة ، فهو وإن ارتبط بأصول مالية معينة سواء من ناحية الموارد العامة أو أوجه إنفاقها وتحقيق التكافل والتضامن الاجتماعي ، إلا أن كل مجتمع يمكن أن يتبع أسلوب التطبيق الذي يراه متفقاً ومصالحه حسب ظروفه المتغيرة ، ما دام أسلوب التطبيق منبثقاً من آيات القرآن والسنة النبوية . ويكون الخلاف بين النماذج والتطبيقات الإسلامية بمثابة اختلاف الفروع والتفاصيل ، لا اختلاف المبادئ والأصول⁽⁶²⁾ .

(61) الاستاذ قطب ابراهيم محمد : المرجع السابق ص 26 - 27 .

(62) الاستاذ قطب ابراهيم محمد : المرجع السابق ص 27 - 28 .

9 - النظام المالي الإسلامي إلهي المصدر وإجتهادي من حيث التطبيق : إن المبادئ والأصول المالية التي وردت بنصوص القرآن والسنة النبوية هي مبادئ عامة ومجملّة ، ومن ثم يمكن الاجتهاد بالرأي في تطبيقها بما لا يخالف القرآن والسنة كما يجوز العمل على ملاءمة تطبيقها باختلاف الزمان والمكان . فعمل المجتهد في النظام المالي الإسلامي ، شأن أي مجتهد في كافة المجالات الإسلامية ، هو تطبيقي لا إنشائي ، لأنه لا ينشئ قاعدة من عنده وإنما هو يُظهر ويكشف حكم الله في المسألة المطروحة⁽⁶³⁾ .

هـ - القانون الجزائي الإسلامي بفرعيه الموضوعي والإجرائي :

لم يخصص الفقهاء المسلمون لقانون العقوبات الإسلامي الموضوعي عنواناً مستقلاً ، وإنما عرضوا له في أبواب الجنايات والحدود والقصاص والديات والتعزير . كما أنهم لم يفردوا فرعاً مستقلاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية ، وإنما عرضوا لموضوعاته في الأبواب السابقة فضلاً عن أبواب الدعوى والشهادة والإقرار والقضاء وآداب القاضي وغير ذلك .

1 - قانون العقوبات الإسلامي⁽⁶⁴⁾ :

يقصد بقانون العقوبات الإسلامي فرع الفقه الإسلامي الذي يبحث في الجرائم والعقوبات ، إذ أن للفقه الإسلامي فروعاً مختلفة فهناك فقه العبادات وفقه المعاملات وفقه العقوبات وهو المقصود بقانون العقوبات الإسلامي . ودراسة فقه العقوبات الإسلامي لم تنشط إلا في السنوات الأخيرة عقب إنتشار الدراسة المقارنة التي تنبأها بعض الأساتذة المحدثين والمعاهد العلمية الإسلامية التي عنت مؤخراً بدراسة الشرع الإسلامي⁽⁶⁵⁾ .

وهذا الفرع من فروع الفقه الإسلامي ، الذي يمكن تسميته بقانون العقوبات

(63) الاستاذ قطب إبراهيم محمد : المرجع السابق ص 28 .

(64) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 50 ص 110 - 111 ؛ الدكتور صبحي محمصاني : الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ص 430 - 444 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص 333 - 345 ؛ الشيخ : محمد أبو زهرة : الجريمة في الفقه الإسلامي والعقوبة في الفقه الإسلامي ، الناشر دار الفكر العربي بالقاهرة ؛ الاستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي جزءان ، الناشر مؤسسة الرسالة ببيروت ؛ الدكتورة صفية محمد صفوت : الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية ، الناشر دار مكتبة الهلال ببيروت ؛ الاستاذ هاشم معروف الحسني : المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري : الناشر المطبعة الحديثة في صور ؛ الدكتور أحمد فتحي بهنسي : مدخل الفقه الجنائي الإسلامي ، والجرائم في الفقه الإسلامي ، والعقوبة في الفقه الإسلامي ، والمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، والقصاص في الفقه الإسلامي ، والدية في الشريعة الإسلامية ، وموقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي ، الناشر دار الشروق ببيروت الطبعة الثالثة ؛ أبحاث الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية - المشاكل المعاصرة للجريمة والعقاب 8 - 9 مايو 1976 ، المجلة الجنائية القومية المصرية المجلد 19 العدد 1 و2 .

(65) الدكتور أحمد فتحي بهنسي : مدخل الفقه الجنائي الإسلامي ص 18 - 19 .

الإسلامي ، يُعتبر في الاصطلاح القانوني من فروع القانون العام لا الخاص وهو كذلك في القانون الإسلامي المقارن مع الوضعي . ولا يغير من هذا التصنيف كون عقوبة القصاص في الشرع الإسلامي جُعِلت في القتل المقصود من حق أولياء المجني عليه ، لأن القصاص وإن كان من حق الفرد إلا أن فيه حق الله أي حق المجتمع ؛ ولهذا قرر بعض الفقهاء أن أولياء المقتول إذا عفوا عن القاتل وتنازلوا عن حقهم في القصاص ، فإن الدولة لها أن تعاقبه بالحبس ونحوه . وهذا مما يدل على أن قواعد قانون العقوبات الإسلامي تنظم علاقة الأفراد بالدولة من جهة الأفعال المنهي عنها والعقوبات المقدرة لها . وهذا لا يمنع من أن يكون حق الفرد - في بعض الجرائم - هو الغالب ، وفي البعض الآخر حق الله - أي حق المجتمع - هو الغالب ، وللدولة في الحالتين أن تعاقب الجاني⁽⁶⁶⁾ . وهذا الرأي هو الراجح في الفقه الوضعي ، كما ورد الكلام سابقاً .

ويعرف الفقهاء المسلمون الجريمة بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير⁽⁶⁷⁾ . والمقصود بالمحظورات الأمور الممنوعة ، ويشترط فيها أن تكون ممنوعة من قبل الشرع الإسلامي ، فإن لم تكن محظورة من قبل الشرع الإسلامي لا تكون جرائم كما أن المحظورات الشرعية يجب أن يكون لها عقاب في هذا الشرع حتى تعتبر جرائم شرعية . وعرفها البعض بأنها : « فعل أو ترك نص الشرع الإسلامي على تجريمه والعقاب عليه »⁽⁶⁸⁾ .

وقد قسّم الفقهاء الجرائم الى جرائم حددت عقوباتها مقدماً وهي جرائم الحدود والقصاص ، وجرائم لم تحدد عقوباتها مقدماً وهي جرائم التعزير وجرائم الحدود⁽⁶⁹⁾ هي الجرائم التي ورد بها نص في القرآن أو السنة وحددت عقوباتها حقاً لله تعالى ، فهي محددة النوع والمقدار ولا يمكن المساس بها بأي حال من الأحوال ، ومنها مثلاً جريمة الزنا فقد تقررت في نص قرآني يقول تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ (سورة الإسراء آية 32) ﴿ والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ (سورة النور آية 2) . فهنا قد حدد النص القرآني نوع الجريمة ومقدار العقاب عليها . ومنها أيضاً مثلاً جريمة السرقة ، يقول تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله ﴾ (سورة المائدة آية 38) . فهذا النص القرآني يحرم السرقة ويحدد عقوبتها . وجرائم القصاص⁽⁷⁰⁾ هي

(66) الدكتور عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية رقم 471 ص 333 .

(67) الإمام الماوردي : الأحكام السلطانية ص 273 .

(68) الدكتور عبد الكريم زيدان : ذات المرجع رقم 472 ص 334 .

(69) وهي : الزنا ، القذف ، شرب الخمر ، السرقة الحراية أو قطع الطريق ، الردة عن الإسلام .

(70) جرائم القصاص والديات هي جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها أي جرائم القتل ، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الأطراف .

جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها أي جرائم القتل ، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الأطراف ، وعقوبة هذه الجرائم القصاص أو الدية . وقد ثبت القصاص في القتل المقصود في قوله تعالى : ﴿ . . . كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ (سورة البقرة آية 178) ، وثبت القصاص فيما دون النفس بالقرآن والسنة .

ويقصد بجرائم التعزير تلك الأفعال التي لم ينص المشرع الإسلامي على عقوبة معينة لإتيانها أو تركها بحد أو قصاص ، مع ثبوت النهي عنها إما بنص تفصيلي مثل النهي عن الربا والنهي عن الميسر والنهي عن خيانة الأمانة والتزوير والاعتداء على مال الغير بالباطل ، أو بدخولها تحت قواعد فقهية عامة كقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وقاعدة دفع المفسدة مقدم على جلب المنفعة وغيرها . وقد ترك المشرع لولي الأمر تقدير عقوبتها وفقاً لظروف كل عصر وكل بلد . وتعتبر كل جريمة حد أو قصاص شرع فيها ولم تكتمل أركانها جريمة تعزير . وليست سلطة ولي الأمر مطلقة في هذا الخصوص ، بل ان المشرع بين قائمة العقوبات الشرعية ، وهو يختار منها أنسبها .

وبناء على تحديد الشرع الإسلامي للجرائم والعقوبات في نصوص شرعية ، يكون أول نظام قانوني قرر مبدأ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص وهو ما يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . وقد طبق الشرع هذا المبدأ تطبيقاً جامداً في مجال جرائم الحدود والقصاص والعقاب عليها ، غير أنه في مجال جرائم التعزير اتبع بشأنها نوعاً من التطبيق المرن الذي يحقق سياسة عقابية عادلة تتفق مع مبادئ الشرع ومصالحه المعتمدة . والسبب في هذا الأسلوب أن الجرائم التي حُددت عقوباتها مقدماً تمس صميم نظام المجتمع الإسلامي وتهدد مصالحه الأساسية ، ولذلك لم يترك للقاضي أي دور في جرائم الحدود إلا مطابقة النص الشرعي على الواقعة الجرمية . فليس للقاضي حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها أو الانقاص من قدر عقوبتها أو استبدال عقوبة بغيرها أو وقف تنفيذها . ولم يقرر المشرع الإسلامي لهذا النوع من الجرائم أي أضرار أو ظروف مخففة ، ولم يجعل لشخصية الجاني أي أثر في تحديد العقوبة أو تطبيقها . وجرائم القصاص خضعت هي الأخرى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لجهة النص عليها وعلى عقوباتها ، مع فارق واحد يتمثل في جواز العفو عن القصاص من جانب أولياء المقتول أو من جانب المجني عليه نفسه في غير القتل⁽⁷¹⁾ .

وشمل مبدأ الشرعية جرائم التعزير أيضاً ، فلا جريمة ولا عقوبة في التعزير من غير

(71) الدكتور سولوى بكير : مبدأ الشرعية - تقريره وتطبيقه في الشريعة الإسلامية والقانون ، المجلة الجنائية القومية المصرية المجلد 19 العدد 1 و 2 ص 178 - 179 .

نص . غير أن سلطة القاضي في هذه الجرائم تمتد الى نوع العقاب وقدره تبعاً للجريمة وظروف ارتكابها ، وتبعاً للمجرم والمجني عليه ، فللقاضي ألا يوقع عقوبة إذا رأى في ذلك مصلحة شرعية ، ففي الحديث النبوي : « أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود » ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة . وكل ما هو مطلوب منه أن يفرض العقوبة التعزيرية المناسبة من بين عقوبات التعزير ، فإذا كان الفعل المعاقب عليه من جنس جرائم الحدود ، فيجب ألا يجاوز القاضي عقوبة الحد⁽⁷²⁾ .

وعلى هذا الأساس تعتبر نصوص قوانين العقوبات في الدول العربية غير متعارضة مع أحكام القرآن ، فهي تطبق في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق الحدود ويرى فيها القاضي ضرورة تعزير المجرم .

وفي ذلك تقول المذكرة التفسيرية لقانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1961 بقولها أنه :

« ليس هناك أي تعارض بين قانون الجزاء الذي يصدر اليوم في الكويت وأحكام الفقه الإسلامي . . . ذلك أن الفقه الإسلامي ، فيما عدا الحدود ، فتح باب التعزير واسعاً للقاضي يدخل منه الى تحديد الأعمال المعاقب عليها والى تقرير العقوبة في كل عمل . فإذا جاء ولي الأمر ورسم للقاضي حدوداً واضحة لهذه الأعمال وتقديراً مرناً لهذه العقوبات ، فإنه لا يخرج على المبادئ المسلم بها في الفقه الإسلامي ، ويكون هذا من باب تخصيص القضاء ، والقضاء يتخصص بالمكان والزمان وبالموضوع وبالأشخاص كما هو معروف عند الفقهاء » . وجاء في ذيل هذه المذكرة ما يأتي : « كل الجرائم الواردة في هذا القانون إنما هي من ضروب التعزير ، خصص ولي الأمر فيها القضاء من حيث الموضوع فأوجب عليه أن يحكم في هذه الجرائم دون غيرها ، وأن يحكم بعقوبات عين له حدودها القصوى فلا يجاوزها ، ولكن يجوز له أن ينزل عنها الى الحد الذي يراه ، ناظراً في ذلك الى ظروف كل قضية وما يحيط بالجاني من ملابسات شخصية . وليس في كل ذلك إلا مساهمة للمبادئ المقررة في باب التعزير ، كما دونها فقهاء الشريعة » .

هذا ويمكن أن يستخلص إقرار الشرع الإسلامي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من قواعده الأساسية ومن آيات القرآن الكريم .

فمن القواعد الأساسية في الشرع الإسلامي القواعد التالية :

(72) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 50 ص 111 ؛ الدكتور سلاوى بكير : المرجع السابق ص

أولاً - أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال الشخص المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها جرائم ما دام لم يرد نص بتجريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها . فإذا ورد النص الشرعي وجب امتثاله .

ثانياً - أن « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة شرعاً » بمعنى أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً وشرعاً بالإباحة الأصلية ، فما لم يرد نص شرعي بتجريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه .

ثالثاً - أنه « لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف ، أهلاً لما كلف به ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف ، معلوم له علماً يحمله على امتثاله » .

وهذه القاعدة ، علاوة على أنها تقرر الشروط الواجب توافرها في المكلف ، فإنها تقرر كون الفعل معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الامتثال . والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي بالضرورة أن تكون القواعد الشرعية معلومة وذلك بنشرها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهي لا يمكن أن يحاسب على مخالفته ، وهذا يعني صراحة بالنسبة للجرائم والعقوبات أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ينشر على الناس كافة .

رابعاً - أنه « لا عقوبة إلا بنص شرعي » يقول الله تعالى : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً ﴾ (سورة الإسراء آية 15) . ويقول : ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا ﴾ (سورة القصص آية 59) . ويقول تعالى أيضاً : ﴿ وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ذكرى وما كنا ظالمين ﴾ (سورة الشعراء آية 208) . ويقول : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً ﴾ (سورة النساء آية 16) .

فهذه الآيات الكريمة قاطعة في أنه لا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسول .

والشرع الإسلامي حدّد أيضاً شروط المسؤولية الجزائية وقواعدها ، فبحث الفقهاء المسلمون الأهلية اللازمة لمحاسبة مرتكب الجريمة ، ثم في موانع مسؤوليته والأعذار التي تخفف أو تعفي من المسؤولية⁽⁷³⁾ .

والغرض من تجريم الأفعال في الإسلام هو الحفاظ على القيم الأساسية للمجتمع

(73) الدكتور أحمد فتحي هبني : المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الشروق بيروت ؛ الدكتور حسين توفيق رضا : المسؤولية الجنائية بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية ، المجلة الجنائية القومية المصرية المجلد 19 العدد 1 و 2 ص 97 وما بعدها .

الإسلامي وكفالة الأمن والنظام فيه بصيانة قيمه ومصالحه من كل عدوان أو خطر عدوان عليها سداً للذرائع⁽⁷⁴⁾ .

وأهداف العقاب في الإسلام هي ردع الجاني حتى لا يعود الى ارتكاب الجريمة ولزجر غيره حتى لا يقتدي به ، كما شرع العقاب لتهديد ومنع الكافة من الإقدام على فعلها قبل وقوعها . وقد يكون الغرض منه الردع والتهديد أو تقويم المتهم وإصلاحه وإعادة بنائه اجتماعياً ونفسياً في عقوبات التعزير ، مع الإبقاء على فكرة الألم والعقاب ، لأن الألم في العقاب له تأثير منعي بالنسبة للمجرم فهو مفسدة أي أذى يراد به دفع مضرة وجلب منفعة⁽⁷⁵⁾ .

والمسؤولية الجزائية والعقوبة في الإسلام شخصية ، فلا توقع العقوبة على غير مقترف الفعل الاجرامي . وقد ورد في ذلك آيات عديدة في القرآن منها قوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (سورة الأنعام آية 164) وقد قال الرسول ﷺ : « ولا يؤخذ الرجل بجريمة أبيه ولا بجريمة أخيه »⁽⁷⁶⁾ .

2 - قانون أصول المحاكمات الجزائية الإسلامي⁽⁷⁷⁾ :

كان المسلمون في صدر الإسلام قليلي العدد ، أتقياء ورعين ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر . وكان الواحد منهم إذا ارتكب جرماً جاء الى النبي بنفسه يطلبه بإنزال العقاب به . وقصة الزانين ماعز والغامدية مشهورة ، فقد اعترف أمام النبي ﷺ بالزنا وألحا بإقامة العقاب عليها ، وتجاه إصرارهما أمر الرسول برجمهما . ثم لما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية ، اضطر الخلفاء الى تعيين قضاة يتفرغون للنظر في خصومات الناس ومنها الجرائم ، ومع الزمن زاد عدد المحاكم وتنوعت .

ومن أنواع المحاكم الجزائية الإسلامية ، المحاكم التالية :

أولاً - قضاء المخالفات أو الحسبة : الحسبة وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين ، يُعين لذلك من يراه أهلاً له .

(74) الدكتور محمد محي الدين عوض : نحو توحيد القوانين الجنائية في البلاد العربية ، المجلة الجنائية القومية المصرية المجلد 19 العدد 1 و 2 ص 51 .

(75) الدكتور محمد محي الدين عوض : ذات المرجع والمكان ص 83 .

(76) هذا الحديث مذكور عند الدكتور أحمد فتحي بهنسي : العقوبة في الفقه الإسلامي ص 48 .

(77) الدكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ص 8 - 11 ؛ كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 100 - 105 ؛ الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر والدول العربية ص 34 - 39 .

وجمهور الفقهاء يرون وجوب الحسبة على كل مسلم ، والبعض يرى أن مجرد النصح بالحسنى هو واجب على كل مسلم (ويسمى المتطوع) . وأما ما زاد عن ذلك من أعمال الحسبة مما يقتضي المقاومة والضببط والبحث والتقديم الى القضاء ، فينبغي أن يكون عن طريق والي الحسبة المعين من قبل الحاكم . ولا مانع لأي مسلم أن يبلغ والي الحسبة عن أي مكروه .

وللمحتسب أن يتخذ له أعواناً ، وله أن يتقاضى أجراً من بيت المال . وهو ممنوع من التجسس على الناس ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ ، وعليه أن ينتظر ظهور المنكر حتى يحق له التدخل .

وكان المحتسب يقوم بأعمال عديدة : منها ما هو ذو طبيعة إدارية يتعلق بأعمال الشرطة لضبط الأوزان وأسعار السلع ، والتفتيش على الأسواق والبضائع ، وإتلاف الفاسد من المأكولات والمشروبات . ومنها ما هو ذو طبيعة قضائية ، كالنظر في بعض الدعاوى البسيطة العائدة للأفراد والتي قد ترفع اليه أو تصل إلى علمه . وهذه الدعاوى تتعلق بالغش والخداع في البيع والشراء ، ومخالفات الأوزان وأسعار السلع ، وكل ما يتصل بالحقوق المعترف بها والتي لا يحتاج البت بها الى سماع بينة أو تحقيق شهادة . ولذلك اعتبرت الحسبة نوعاً من أنواع المحاكم ، وكانت في كثير من الدول الإسلامية مثلاً للعيدين بمصر والمغرب ، والأمويين بالأندلس ، مما يدخل في ولاية القاضي .

ثانياً - قضاء الجرح أو الجراح : ذكر الكندي⁽⁷⁸⁾ : « أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى القاضي سليم بن عتر يأمره : بالنظر في الجراح . . . وكان سليم أول قاض نظر في الجراح وحكم فيها . فكان الرجل إذا أصيب فجرح ، أتى الى القاضي وأحضر بينته على الذي جرحه ، فيكتب القاضي بذلك الجرح قصته على عاقلة - قبيلة - الجراح . . . فإذا حضر العطاء اقتص من أعطيات عشيرة الجراح ما وجب للمجروح ، وينجم ذلك في ثلاث سنين ، فكان الأمر على ذلك » .

وهذا النوع من القضاء شبيه بقضاء الجرح في أيامنا هذه⁽⁷⁹⁾ .

ثالثاً - قضاء الجرائم والأحداث الكبرى : ذكر القاضي وكيع⁽⁸⁰⁾ أنه : « لما استُخلف عثمان ، أقر أبا موسى الأشعري على قضاء البصرة وأحداثها » ، وذكر أيضاً⁽⁸¹⁾

(78) كتابه : الولاة والقضاة ص 309 .

(79) الاستاذ ظافر القاسمي : السلطة القضائية في الشريعة والتاريخ الإسلامي ص 256 .

(80) في كتابه أخبار القضاة جـ 1 ص 283 .

(81) أخبار القضاة جـ 3 ص 154 .

نه قد : « ولي المهدي شريكاً مع القضاء صلاة الكوفة وأحداثها ، فولى على شرطته سحاق بن الصباح » .

ويقول البعض أن المقصود بالأحداث « الجرائم الكبرى » وفقاً للمعنى اللغوي للفظ ، ولأن الفقرة الأخيرة من جملة القاضي وكيع تؤكد أيضاً ذلك . ولا أدل على ذلك من أن الخليفة ترك للقاضي اختيار رئيس الشرطة ، ليتعقب فاعلي هذه الجرائم الكبرى⁽⁸²⁾ .

ولعل الخليفة عمر بن الخطاب هو أول من أحدث هذا النوع من المحاكم . فقد ورد عند المؤرخ الطبري ، حين التحدث عن عمال عمر : « وأما الكوفة ، فإن عامله عليها كان عمار بن ياسر ، وكان إليه الأحداث » .

وهذا القضاء شبيه بمحاكم الجنايات التي تنظر بأشد الجرائم جسامة وهي الجنايات الواقعة على الأشخاص والأموال .

رابعاً - قضاء نقيب الأشراف : أنشئ هذا القضاء لمحاكمة الأشراف : « ذوي الأنساب الشريفة ، ممن لا يكافئهم في النسب ولا يساويهم في الشرف أحد » ولكن لا يمتد الى غيرهم من الناس .

واختصاص نقيب الأشراف يتحدد في نوع ولايته ، فإن كانت عامة دخل في اختصاصه إقامة الحدود على الأشراف ، وإن كانت خاصة اقتصر عمله على أعمال النقابة وحدها⁽⁸³⁾ .

وهذا القضاء شبيه بالمجلس الخاص بمحاكمة رئيس الدولة والوزراء في أيامنا هذه .

الادعاء العام ومراحل الدعوى الجزائية : لم تكن النيابة العامة كهيئة قضائية موجودة لتقوم بمهمة الادعاء العام نيابة عن المجتمع أو الملاحقة الجزائية . والراجح أن القاضي كان يضع يده على جرائم الحدود التي تدخل في حقوق الله أي حقوق المجتمع ، وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة لتقديم شكوى من أحد . أما جرائم الحدود التي يوجد للفرد حق فيها بجانب حق الله ، كجريمة السرقة ، فالقاضي لا يستطيع أن ينظر فيها بدون شكوى من المتضرر (وهذا هو مذهب الحنابلة) . أما الأمام أبو حنيفة ، فإنه يشترط تقديم شكوى من المتضرر ، حتى في حقوق الله⁽⁸⁴⁾ .

(82) الاستاذ ظافر القاسمي : ذات المرجع ص 256 و 257 .

(83) الدكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ص 9 .

(84) الدكتور عبد الوهاب حومد : الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ص 9 .

ومرحلة التحقيق الابتدائي لم تكن موجودة في التنظيم الإسلامي ، فالدعوى الجزائية تحال مباشرة على القاضي وهو الذي يقوم بالتحقيق فيها . ومن الإجراءات التي يتخذها القاضي توقيف المدعى عليه احتياطياً ، وذلك إذا كان قد اشتهر عنه الإجرام ، أو على الأقل كان مجهول السيرة .

وكان إجراء التوقيف ينفذ في صدر الإسلام على وجه يراعى فيه إحترام الإنسان ، فكان لا ينفذ في مكان ضيق يعوق الحركة ، وكان يلزم أن يكون صالحاً للوضوء والصلاة بحيث لا يتمكن فيه أحد المسجونين من الاطلاع على عورة آخر ، وأن يتوافر فيه الدفء في الشتاء والهواء في الصيف . وفي الجملة لا يقصد به تعذيب وإغما مجرد تعويق ، ولذلك كثيراً ما كان ينفذ في المساجد تحت رقابة الحراس . وقد تعددت آراء الفقهاء حول مدة التوقيف ، فقليل أنها لا تزيد عن شهر وقيل أنه يترك تقديرها للقاضي⁽⁸⁵⁾ .

وتبدأ إجراءات الدعوى الجزائية أمام القاضي بسؤال المدعى عليه عن الجريمة والشهادة والقرائن والدلائل .

فيبدأ القاضي بسؤال المدعى عليه عن التهمة ، فإذا أن يعترف وإما أن ينكر . فإذا اعترف ، فإن القاضي يحكم بإدانته بناء على اعترافه . ولكن يشترط لصحة الأخذ بالاعتراف الشروط التالية :

1 - أن يكون الإقرار صادراً من شخص عاقل حر الاختيار . 2 - أن يقتنع القاضي بصحته ، فلا يكون هزلياً ولا يُقصد به تخليص المجرم الحقيقي . فكثيراً ما كان يحصل أن يقر الخادم على نفسه بجريمة قتل إرتكبها سيده ، فلا يؤخذ بمثل هذا الإقرار . والإقرار حجة على المقر وحده ، فلا يترتب عليه أثره بالنسبة لما ورد فيه عن الغير .

والراجع لدى فقهاء الشرع أن المدعى عليه لا يُحلف يمين الشاهد قبل سؤاله ، حتى لا يوضع في حرج بين مصلحته والحث بيمين الله ، فإن حُلف كان ذلك مبطلاً لإقراره . ويلتقي هنا الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي .

أما إذا أنكر المدعى عليه ما نُسب إليه ، فإن القاضي يلجأ إلى وسائل الإثبات الأخرى وأهمها شهادة الشهود .

وأما القرائن ، فالرأي متفق على الأخذ بالقرائن القاطعة . أما القرائن غير القاطعة أو الدلائل ، كمشاهدة شخص يحمل سكيناً ملوثاً بالدماء خارجاً من منزل قتل فيه إنسان

(85) الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر والدول العربية ص 35 وما بعدها .

ذبحاً ، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها دليلاً . والراجح لديهم هو أنها لا تُعد دليلاً كاملاً ، وإنما يصح الاسترشاد بها كما يُسترشد بشهادة الصغير .

هذا وينسب الفقه الجزائي الوضعي لنفسه الفضل في إرساء قواعد الإثبات في القانون الجزائي ، وأغفل أو أسقط أصولها التاريخية الثابتة في الشرع الإسلامي بطريقة أكثر دقة وأكثر رحابة وحجج أكثر إقناعاً ، مما جعلها تصلح لكل زمان ومكان ، وهذا ما يبرز من القواعد الآتية⁽⁸⁶⁾ :

أ- الأصل في المدعى عليه البراءة : فيقع عبء الإثبات على المدعي ، أو على سلطة الإدعاء العام ، فعليه أن تقيم الدليل على ارتكاب المدعى عليه الجريمة ، فإذا دافع المدعى عليه بأوجه دفاعه يصبح مدعياً ويلزم بإثبات دفاعه . فالأصل في المدعى عليه البراءة حتى يصدر حكم مبرم بإدانته .

وهذه القاعدة مقررة في الشرع الإسلامي تحت الأصول الآتية : 1 - مبدأ الاستصحاب ، أي استصحاب البراءة . فالبراءة الأصلية تكون ثابتة حتى يقوم دليل ينقض هذه البراءة . وذلك عملاً بقوله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ ، ويقول تعالى : ﴿ وما كنا معذيين حتى نبعث رسولاً ﴾ . 2 - قول الرسول ﷺ : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » .

ب - الشك يفسر لمصلحة المدعى عليه : حيث أن الأصل في المدعى عليه البراءة ، فإن كل شك في ثبوت الجريمة يجب أن يفسر لمصلحته .

وفي الشرع الإسلامي نجد هذا المبدأ مقرراً في الأحاديث النبوية⁽⁸⁷⁾ : « إدروا الحدود بالشبهات » ، « إدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » .

وأما عن الإثبات في الجرائم الواردة في القرآن⁽⁸⁸⁾ ، فإنه لم ينص إلا على عدد قليل من الجرائم حددت لها عقوبات معينة ، من حدود وقصاص ، تحديداً ثابتاً ، ذا حد واحد . فمتى ثبت للقاضي أن المدعى عليه ارتكب جريمة من هذه الجرائم ، فعليه أن يقضي بعقوبتها دون تخفيف أو تشديد . كما أن العفو في جرائم الحدود لا يجوز . أما في

(86) الدكتور عادل غانم : أدلة الإثبات بين القانون الجنائي والشرعية الإسلامية ، المجلة الجنائية القومية المصرية المجلد 19 العدد 1 و2 ص 283 وما بعدها .

(87) الدكتور صبحي محمصاني : الدعائم الخلقية ص 438 - 439 .

(88) الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر والدول العربية ص 37 - 39 ؛ كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 103 - 105 .

جرائم القصاص ، فإن عفو المجني عليه جائز ، والسبب في ذلك أن جرائم الحدود تتعلق بالمصلحة العامة والحق العام ، بينما تتعلق جرائم القصاص بمصلحة الأفراد أو الحق الشخصي . ويقابل هذا التشديد في جرائم الحدود أن الشرع الإسلامي وضع لكل جريمة من هذه الجرائم شروطاً تؤدي الى تضييق نطاقها . كما أنه تشدد في الإثبات فحصره في طرق معينة . وفضلاً عن ذلك ، فإنه يجعل كل شبهة في مصلحة المدعى عليه كما مر سابقاً .

ففي جريمة السرقة لا يقضى بالحد ، وهو قطع اليد ، إلا بشروط ، وهي أن يكون السارق مكرراً⁽⁸⁹⁾ ، وإلا تقل قيمة المسروق عن نصاب معين ، وأن يكون محفوظاً في حرز ، وأن يكون مملوكاً ملكية خاصة لمن سرق منه ، وألا يكون المسروق من الأموال سريعة التلف ، وأخيراً ألا يوقع الحد إلا إذا تمت السرقة كاملة .

وفي الزنى ، لا يقضى بالحدود وهي مائة جلدة ، إلا إذا كان الزاني متزوجاً ، ويشترط لإثبات الزنى شهادة أربعة ، ليس فيها شهادة امرأة أو شهادة سماعية ، فإذا كان الدليل هو الإقرار ، فيجب أن يتكرر أربع مرات في مجالس مختلفة أسوة بالشهادة .

أما درء الحدود بالشبهات أو بالشك ، فقد جعل فقهاء الشرع يتشددون في الإثبات الذي يؤدي الى إقامة الحد . فاشتراطوا شهود رؤيا للركن المادي في الجريمة في مكانها وزمانها ، وأن تتفق شهاداتهم وألا يعدل أحدهم عن شهادته ، وألا تكون هناك شهادة تنفيها . واشتراطوا للأخذ باعتراف المدعى عليه ألا يعدل عنه .

ومن ثم كان تطبيق الحدود نادر الحصول عملاً ، ولا زال كذلك في دولتين عربيتين تتمسكا بتطبيق أحكام القرآن ، وهما المملكة العربية السعودية واليمن .

وليس معنى إمتناع تطبيق الحد ألا توقع عقوبة على المدعى عليه ، وإنما إذا اقتنع القاضي بارتكابه الجريمة ، دون أن تتوافر الشروط السابقة المتعلقة بأركان الجريمة أو بأدلة الإثبات ، فإنه يوقع عقوبة تعزيرية يقدرها هو حسب ظروف المجرم . وعلى هذا الأساس تعتبر نصوص قوانين العقوبات في الدول العربية غير متعارضة مع قواعد القرآن ، فهي تطبق في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق الحدود .

وأما عن الحكم الذي يصدره القاضي بعد الانتهاء من النظر في القضية ، فالأصل في القضاء الإسلامي أن يصدر فور انتهاء المحاكمة دون أي تأخير مبرر ، ولم يكن له أي صيغة معينة ، وكل ما يشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي أن يبنى على اليقين وليس على

(89) فنص القرآن ورد على السارق وليس على السرقة ، والسارق هو من اعتاد على السرقة .

مجرد الظن أو الاحتمال⁽⁹⁰⁾ .

85 - (ثانياً) - معالم القانون الخاص الإسلامي وفروعه :

تطرق الشرع الإسلامي أيضاً لقواعد القانون الخاص فأحكم الكلام فيه ، وتعرض في هذا المجال ، شأنه في غيره ، بالبيان لحكم كل واقعة أو مسألة من المسائل التي تدخل في هذا القسم من أقسام القانون وفروعه المختلفة⁽⁹¹⁾ .

ونتكلم فيما يلي عن كل فرع من فروع القانون الخاص الإسلامي

أ - القانون المدني الاسلامي⁽⁹²⁾ :

تستعمل كلمة « المعاملات » في الفقه الإسلامي أحياناً بمعنى واسع ، يعم جميع أبواب الفقه التي لا تدخل في قسمي العبادات والأخلاق . وكذلك استعملت الكلمة ، على الأغلب ، بمعنى إصطلاحي أضيق وهو يشمل الأحوال المالية جميعاً من أموال وحقوق والتزامات ، لا سيما مسائل العقود والضمان وما يتفرع عنها⁽⁹³⁾ .

وبعبارة أخرى ، تشمل « المعاملات » بهذا المعنى ما يدخل اليوم في القانون المدني الوضعي . وجدير بالذكر هنا أن الشرع الإسلامي أدخل في فقه المعاملات المدنية ما يتعلق بالأحوال الشخصية . وعلى هذا النهج يسير كثير من القوانين الوضعية ، وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي . وغني عن البيان القول بأن موضوعات الأحوال الشخصية قد حظيت في الشرع الإسلامي بمقام كبير ، لأنها تتعلق بالأسرة التي هي خلية المجتمع . ومن هذه المسائل ، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد من نسب ورضاع وحضانة ونفقة وأهلية وولاية . وقد عني الشرع أيضاً بالمواريث والوصايا بوضع نظام فريد في توزيع التركات توزيعاً عادلاً⁽⁹⁴⁾ .

والفقهاء المسلمون لم يفرّدوا للقانون المدني ، شأنهم في غيره ، عنواناً مستقلاً . ولم يعالجوا مسائله في عناوين خاصة بالأشياء والأموال ، وإنما تطرقوا الى موضوعاته في أبواب وفقرات متنوعة ، كأحكام البيوع والإجارة والهبة والإعارة والوديعة والكفالة والضمان وغير

(90) الدكتور محمود محمود مصطفى : تطور قانون الإجراءات الجنائية ص 37 .

(91) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 56 ص 123 .

(92) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 57 ص 123 - 127 ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر

الحق في الفقه الإسلامي ، مجلدان في 6 أجزاء ، الناشر المجمع العلمي العربي الإسلامي ببيروت ؛ الدكتور

صبيح محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، جزآن ، الناشر دار العلم

للملايين ببيروت .

(93) تراجع المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية العشانية .

(94) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهديه ص 177 .

ذلك (95) .

وإذا كان القانون المدني الوضعي يشتمل على نوعين من الحقوق المالية ، النوع الأول ويتضمن الحقوق الشخصية أو الإلزامات أو الموجبات ، والنوع الثاني يتضمن الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، فإن الفقه الإسلامي المدني قد تناول بالكلام والمعالجة هذه الحقوق الشخصية والعينية ، لكن بتسميات وعبارات خاصة به .

فالحق الشخصي أو الإلزام أو الموجب (96) المعروف في القانون الوضعي لا يرد بهذه التسمية في الفقه الإسلامي ، وإنما يستعمل الفقهاء المسلمون في بعض الحالات لفظ « الحق » ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ؛ فيقولون حق الله وحق العبد . ويستعملون لفظ « الحقوق » ويريدون به في حالات حقوق الارتفاق العقارية ، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الإلزام الذي يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن . ويستعملون أحياناً لفظ « الإلزام » ، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادراً الإلزامات التي تنشأ عن العقد . أما الإلزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية ، أي الإلزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام ، تقصيرية كانت أم عقدية ، فتسمى بالضمانات .

والتعبير الفقهي الذي يقابل لفظ « الإلزام » بالمعنى المعروف في القانون الوضعي ، يتمثل في لفظين اثنين : الإلزام والضمان (97) .

أما الحق العيني (98) المعروف في القانون الوضعي ، ففكرته في الفقه الإسلامي أوضح من فكرة الحق الشخصي . وصحيح أن الفقهاء المسلمين لم يستعملوا لفظ « الحق العيني » ، ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها في مكان واحد ، ويفرعوها على حق الملك . بل كثير منهم يسمونها بالحقوق العينية جرياً على اصطلاح الفقه الوضعي . ثم إن الحقوق العينية الأصلية هي والحقوق التبعية تنتظمها فكرة واحدة هي أنها

(95) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 128 ؛ قارن الدكتور صبحي حمصاني : الدعائم الخلقية ص 475 .

(96) الحق الشخصي أو الإلزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

(97) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 1 ص 14 .

(98) الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون الشخصي على عين بالذات .

« حق في العين » ، أو « حق ثابت في المال » .

ويمكن في الفقه الإسلامي ، كما هو حال الفقه الوضعي ، أن تقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فإنها تذكر على سبيل الحصر ، لا تجوز الزيادة فيها بإنشاء حق عيني جديد⁽⁹⁹⁾ .

ونحن ، بعد هذه الكلمة العامة عن المصطلحات ، سوف لن نتعرض إلا لمصادر الحق الشخصي أو مصادر الموجبات ، باعتبارها الأساس في دراسة القانون المدني .

ومصادر الموجبات أو الحقوق أو الإلزامات المعروفة في القانون الوضعي هي القانون والكسب غير المشروع والأعمال غير المباحة والأعمال القانونية من عقود وإرادة منفردة .

أما مصادر الموجبات في الفقه الإسلامي ، فإنها لم تجمع ولم تحصر على الوجه الوارد في القانون الوضعي ، وقد وردت متفرقة في أبواب الفقه وبتسميات مختلفة .

فالموجبات التي تنشأ عن القانون تستمد منه مباشرة دون سواء ، كالموجبات الكائنة بين ملاك متجاورين ، أو كديون النفقة التي يوجبها القانون على بعض الأقرباء والأنساب (المادة 120 موجبات) . فهذا النوع يُطلق عليه في الإصطلاح الفقهي الإسلامي عبارة « الفرض أو الواجب الشرعي » .

والكسب غير المشروع هو كل كسب أو إثراء حققه الشخص بلا سبب شرعي ، وهو من مصادر الموجبات في الفقه الإسلامي .

والأعمال غير المباحة في القانون هي الجرائم أو أشباه الجرائم المدنية التي يرتكبها شخص ويلتزم بضمان نتائجها كإتلاف مال الغير أو غصبه .

أما الأعمال القانونية ، فهي التي تتم لإحداث أثر قانوني معين ، كالعقود والإرادة المنفردة .

وقد جمع الفقهاء المسلمون الأعمال القانونية وغير المباحة ، أي ما يتعلق بالعقود والإرادة المنفردة والجرائم وأشباهها ، في عنوان واحد هو « التصرفات الشرعية » . فالتصرف في إصطلاحهم هو كل عمل يشيء الإلتزام وينتج أثراً شرعياً . والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل العقود جميعاً ، والتصرفات الأخرى الشبيهة كالوقف والنذر وعمل الفضولي والإبراء من الدين (وهذا القسم أدخل في الإرادة المنفردة منه في العقد) . والتصرفات الفعلية هي الأفعال التي تكون سبباً للضمان أو

(99) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 1 ص 30 .

التعويض ، كإتلاف مال الغير أو غصبه⁽¹⁾ .

إذن مصادر الموجبات أو الإلتزامات في القانون الوضعي هي - بترتيب آخر - العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المباح والكسب غير المشروع والقانون .

ونتحرى تبعاً هذه المصادر في الفقه الإسلامي ، وذلك على النحو الآتي :

1 - العقد في الفقه الإسلامي⁽²⁾ :

العقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامي ويستغرق من بحوثه حيزاً كبيراً . وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الإلتزام ، سواء التزاماً بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد⁽³⁾ ، بل تناولوا العقود المسماة عقداً بعقد ، وبحثوا كل عقد في أركانه وقواعده . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ومن القواعد التي قرروها في هذا الصدد يمكن للباحث استخلاص القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعاً ، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد . وهذا ما فعله الفقهاء المسلمون المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة .

وفي صدد رضائية العقد ، فقد قرر الفقهاء قاعدة أساسية تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد . وهذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الروماني على عراقته الى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره .

وفي الفقه الإسلامي ، كما في القانون الوضعي ، القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه ، إلا ما إتفق عليه المتعاقدان ولا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضا المتعاقدين جميعاً ، ومع ذلك يعرف الفقه الإسلامي نظرية في فسخ العقد للعذر⁽⁴⁾ ، قريبة من نظرية الظروف

(1) الدكتور صبحي محمضاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة جـ 1 ص 31 - 34 .

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص 40 - 41 ؛ قارن الدكتور أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة ص 125 وما بعدها .

(3) ولعل السبب في ذلك أن الشرع الإسلامي ظهر بوصفه شرعاً متكاملأً قبل نشوء الفقه ، لأن مصادره الأساسية قد اشتملت على المبادئ الكلية في شؤون الدين والدنيا على سبيل الإلزام ، فلم يتبق للفقه والاجتهاد - بعد القرآن والسنة - إلا وظيفة محددة هي استنباط القواعد الشرعية من أدلتها التفصيلية .

(4) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق جـ 6 ص 50 .

الطارئة التي يأخذ بها بعض القوانين⁽⁵⁾ .

وتستند مشروعية العقد في الفقه الإسلامي عادة الى القرآن والسنة النبوية ، قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴾ ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً ﴾⁽⁶⁾ ، وقال النبي ﷺ : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له »⁽⁷⁾ ، وقال أيضاً : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »⁽⁸⁾ .

2 - الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي⁽⁹⁾ :

للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح تنتج فيه آثاراً قانونية متنوعة . فهناك تصرفات هي عقود في القانون الوضعي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة ، وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وهناك آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الإلتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها شأن القانون الوضعي .

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الإلتزام ومن حيث انتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي . بل هي في الفقه الإسلامي تزيد عنه . وفوق ذلك ، فإن مذهب الإمام مالك - وقد وصل في هذا الى مستوى الفقه الجرمانى - قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للإلتزام .

ونقصر كلامنا هنا على التصرفات التي تتم بإرادة منفردة في المفهوم الوضعي .

وهذه التصرفات التي تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي هي : الإلتزام والوعد والنذر . فالإلتزام يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للإلتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال المطلوبات المترتبة على الإلتزام ، أي الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة . فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه ، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي التزم بإعطائه ؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل التبرع ، والتبرع غير ملزم عندهم . أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو

(5) لم يأخذ القانون اللبناني بنظرية الظروف الطارئة في النطاق المدني ، غير أن القضاء الإداري في لبنان يأخذ بها في ميدان المنازعات الإدارية .

(6) على التوالي : سورة المائدة رقم 1 ؛ سورة الإسراء آية رقم 34 ؛ سورة النحل آية رقم 91 .

(7) مذكور عند د . السنهوري : مصادر الحق جـ 1 ص 41 .

(8) التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول جـ 2 ص 202 وبالهامش رقم 2 .

(9) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص 41 - 46 .

يفلس ، ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الإلتزام ، فلا يجب شيء للملتزم له ، لا في التركة ولا في التفليسة .

ويميز الفقهاء المسلمون بين الإلتزام والوعد . فالإلتزام هو ما تقدم . أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة الى المستقبل لا على سبيل الإلتزام في الحال . وقد يقع الوعد على عقد أو عمل ، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه داراً . وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاءً . ولكن المالكية اختلفوا فيه على أربعة أقوال ، منها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس .

وإلى جانب الإلتزام والوعد يوجد النذر⁽¹⁰⁾ ، وهو التزام فيه تقرب الى الله بصيغة تدل على ذلك . وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به ، ولكنه يسقط بموت الناذر . وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا عُلق على مرغوب فيه ، والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا عُلق على غير مرغوب فيه .

3 - العمل غير المباح في الفقه الإسلامي⁽¹¹⁾ :

في العمل غير المباح (أو غير المشروع) ، كما في العقد والإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الاسلامي تجعله مصدراً للإلتزام بوجه عام . غير أن الفقهاء المسلمين بحثوا في هذا الموضوع على النحو العملي الذي اتبعوه في العقود . فقواعد العمل غير المباح المقابلة للجرم المدني هي مبعثرة في أبواب مختلفة من الفقه ، أهمها الجنايات والحدود والغصب والإتلاف⁽¹²⁾ .

وأكثر الأعمال غير المباحة التي تصيب الجسم أو المال تستوجب الضمان أو التعويض ، وهي بذلك مصدر للإلتزام المدني⁽¹³⁾ .

وقد تكلم الفقهاء عن الضمان وهو التعويض المدني المحض . والضمان بنظرهم نوعان : ضمان العقد ويقابل المسؤولية العقدية ، وضمان الفعل ويقابل المسؤولية التقصيرية في خصوص المال . ولا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تقضي بأن كل عمل غير مباح يلحق ضرراً بمال الغير يوجب التعويض فيكون مصدر الإلتزام ، ولكن الفقهاء نصوا على

(10) أما الجمالة ونفقة الضالة فلا تقومان على الإرادة المنفردة ، وإنما على مبدأ الكسب غير المشروع (د السنهاوري) : مصادر الحق جـ 1 ص 45 بالهامش رقم 1 .

(11) الدكتور عبد الرزاق السنهاوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 1 ص 46 - 57 .

(12) الدكتور صبيح محمضاني : النظرية العامة للموجبات في الشريعة جـ 1 ص 115 .

(13) الدكتور عبد الرزاق السنهاوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ص 52 .

الأحوال التي يجب فيها الضمان وقد بينوا أسباب الضمان⁽¹⁴⁾ وشروط تحققه ، وتكلموا عن الفعل الموجب للضمان والمباشرة في الإلتلاف كالطبيب إذا أخطأ بتجاوزه المعتاد ، والتسبب فيه وما يجب هنا لتحقيق الضمان من وجود التعدي وتحقيق السببية ولو غالباً ، وذكروا أن الضرر يجب أن يكون ناجماً عن التعدي دون توسط سبب أجنبي عن الفاعل ، وقالوا إن السبب قد يكون إيجابياً كمن يحفر بئراً في أرض الغير دون إذن منه فيقع فيه آخر . وقد يكون سلبياً كمن يقصر فيما يجب عليه شرعاً أو عقلاً إذا ترتب على ذلك تلف نفس أو مال ، ومن هذا القبيل ترك الأم طفلها يقع في النار ، أو ترك تخلص ما يهلك من نفس أو مال مع القدرة على ذلك فإن التارك يضمن . وهذه القاعدة الأخيرة يندرج تحتها تضمين كل ضرر يحدث بالتسبب الناشئ عن اتخاذ موقف سلبى ترتب عليه وقوع الضرر .

كما تكلم الفقهاء عن مقدار التعويض ، الى غير ذلك مما يدخل في مجال المسؤولية المدنية بمفهومها الحديث⁽¹⁵⁾ . ولهم في ذلك مؤلفات جليلة ، منها كتاب « مجمع الضمانات » لأبي محمد بن غانم البغدادي⁽¹⁶⁾ .

4 - الكسب غير المشروع :

لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تجعل الكسب غير المشروع (أو الإثراء بلا سبب) مصدراً للإلتزام بوجه عام ، ولكن هناك تطبيقات عدة تشير الى الأخذ بفكرته وفكرة الفضالة ، مما يمكن معه القول أن الفقه الإسلامي عرف جوهر فكرة الكسب غير المشروع كمصدر من مصادر الإلتزام⁽¹⁷⁾ . ففي فعل الصحابي الذي اشترى وباع وبيع للنبي ﷺ دون توكيل منه ما يثبت أخذ الإسلام بهذا المصدر ، لأن الرسول ﷺ أقر فعل هذا الصحابي ودعا له ، وكان ﷺ أعطاه درهماً ليشتري به شاة فاشتراها وباعها بدرهمين ورد الدرهم للنبي واشترى بالآخر شاة⁽¹⁸⁾ .

وتوجد تطبيقات كثيرة لفكرة الكسب غير المشروع عند بعض الفقهاء المسلمين كالإمام ابن القيم في كتابه « إعلام الموقعين عن رب العالمين » ، وفي كل هذه التطبيقات

(14) وهي بعض الجنايات كالسرقة وقطع الطريق ، والإكراه ، والتغريب ، والغصب ، والإتلاف (د . السنهوري : ذات المرجع ص 52 - 57) .

(15) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 124 - 125 .

(16) من طباعته : طبعة المطبعة الخيرية بمصر 1308 هـ ؛ يراجع أيضاً محمد فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، مكتبة التراث الإسلامي بالكويت .

(17) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 125 - 127 ؛ قارن : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر

الحق ج 1 ص 57 - 61 ؛ الدكتور صبحي محمضاني : النظرية العامة للموجبات ج 1 ص 93 وما بعدها .

(18) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 125 .

يكون للشخص القيام بالفعل النافع للغير ، فإذا تسبب عنه افتقاره وإثراء من كان الفعل لمصلحته فإن له الرجوع عليه بمقدار ما كسب وأثرى به بسبب الفعل ، وهذا هو جوهر فكرة الكسب غير المشروع كمصدر من مصادر الالتزام في القانون الوضعي .

والفقه الإسلامي لم يقف عند تكريس هذا المصدر ، بل أحاطه بقواعد مثالية يتطلع الى تحقيقها رجال القانون الوضعي ، ويعتبرونها أملاً بعيد المنال . ذلك أن جوهر فكرة هذا المصدر في الفقه الإسلامي ، يجعل على الشخص واجباً دينياً بالقيام بالفعل النافع للغير ، وإن كان ذلك ليس ملزماً له قانوناً وقضاء⁽¹⁹⁾ .

وفي مذهب الإمام مالك لهذه الجهة ما يدعو الى الفخر ، ويدل على قوة فكرة التكافل الاجتماعي بين المسلمين ، باعتبار أن المجتمع الإسلامي وحدة متماسكة يتأثر فيه كل فرد بما يلحق غيره من ضرر ، ويفرح لكل ما يجنيه من نفع . فكل فرد في المجتمع عليه أن يحافظ على نفس الغير وماله وعرضه ، ويصل هذا الإهتمام والغيرة على مصلحة الغير في المجتمع ليكون أمراً واجباً تحميه قوة الشرع وأحكام المحاكم .

فكل التطبيقات التي أوردها فقهاء المالكية تفيد أن واجب القيام بالعمل النافع حفظاً للغير ونفسه وعرضه هو واجب قضائي قانوني ، وليس فقط من قبيل الواجب الديني . وعلى ذلك ، فإذا لم يقم الشخص بهذا الواجب إذا تعين عليه فيعوض من وقع به الضرر ما ناله بسبب امتناعه بما يجبر هذا الضرر⁽²⁰⁾ . ومن تطبيقات ذلك : أن الصيد إذا عاقه السهم أو الباز أو الكلب فمر به شخص تصح ذكاته فتركه حتى مات ، وهو قادر على ذكاته فلم يذكه ، فإنه يضمن قيمته لصائده ، لأن حفظ مال الغير واجب عليه . وهذا هو حكم الامتناع عن تخليص ما يتعرض لهلاك من نفس أو مال مع القدرة على التخليص ، ومن ذلك أيضاً الامتناع عن عمل نافع للغير كعمل خشب لحائط يميل .

وإذا قام الشخص بما يجب عليه من عمل نافع للغير ، فإن له طبعاً الرجوع على المستفيد بما تحمّله في سبيل ذلك من نفقات ومصاريف⁽²¹⁾ .

(19) الإمام ابن القيم : إعلام الموقعين ج 2 وفيه أن من دفع مالاً لتخليص أسير له أن يسترده من الأسير، ومن وجد السيل قد جرف دار جاره فليكر العمال ويكسر الأبواب وليخرج المتاع ثم يطالب صاحب الدار بما أنفقه ، ومن رأى دار جاره تخرق فله أن يسرع ليطفئ الحريق ويشترى المياه اللازمة ثم يطالب صاحب الدار بمقدار ما أنفق ، ومن وجد شاة جاره تموت فليذبحها ولا شيء عليه في هذا وإن أجر سكيناً دفع له صاحبها أجر السكين (نقلاً عن الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 126 بالهامش) .

(20) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 126 - 127 .

(21) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 127 .

5 - القانون كمصدر للإلتزام في الفقه الإسلامي :

وهناك موجبات أو التزامات في الفقه الإسلامي مصدرها المباشر هو الشرع الإسلامي ، كالألتزام بالنفقة . فنفقة الزوجة مثلاً واجبة على الزوج ، بمقتضى الشرع وحده من دون أي مصدر آخر⁽²²⁾ .

وأحكام الموجبات أو التزامات حظيت كذلك بنصيب وافر في الفقه الإسلامي ، فقد تكلم الفقهاء عن التنفيذ الاختياري والجبري إذ قالوا ببيع مال المدين جبراً عنه . كما تحدثوا عن التضامن وحوالة الحق والدين والمقاصة واتحاد الذمة والوفاء بمقابل ، وغير ذلك من طرق انقضاء الإلتزام⁽²³⁾ .

ب - القانون التجاري الإسلامي⁽²⁴⁾ :

لم يفرد الفقه الإسلامي موضوعات القانون التجاري بباب أو أبواب خاصة ، ذلك أن فكرة الفصل بين المعاملات المدنية والتجارية لم تظهر على نطاق واسع في هذا الفقه ، وإن كان هناك بعض الفروق بين النوعين في مسائل منها ما يتعلق بحرية الاثبات التجاري . ولكن هذه الفروق لا تفصل بين النوعين في الشرع الإسلامي ، بل إن قواعدهما في الجملة واحدة يشملها فقه المعاملات .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي قد أولى عناية كبيرة لكثير من المسائل الداخلة في القانون التجاري بمعناه الحديث ، نظراً لأهمية التجارة في البلاد الإسلامية وانتشارها واتساع نطاقها⁽²⁵⁾ .

فقد كان للعرب منذ الجاهلية شغف بالتجارة حيث كانت قوافلهم تذهب بصورة خاصة الى الشام ومصر لتبادل البضائع⁽²⁶⁾ ، كما ثبت بالنص في القرآن الكريم أنهم كانوا

(22) الدكتور صبحي محمضي : النظرية العلمية للموجبات ج 1 ص 31 ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق ج 1 ص 61 .

(23) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 127 .

(24) كتابنا : الوجيز في القانون التجاري ص 27 - 29 ؛ ونظرية الدولة وآدابها في الإسلام ص 176 - 177 ؛ الدكتور طالب موسى : مبادئ القانون التجاري ص 22 - 25 (بغداد 1974) ؛ الدكتور أكثم الخولي : قانون التجارة اللبناني المقارن ج 1 ص 19 - 20 ؛ الدكتور صبحي محمضي : فلسفة التشريع في الإسلام ص 28 والقانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 156 - 157 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 128 - 129 .

(25) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 128 - 129 .

(26) الدكتور حسن إبراهيم حسن : تاريخ الإسلام ج 1 ص 62 ؛ الدكتور طالب موسى : المرجع السابق ص 22 - 25 .

يقومون برحلتين في العام رحلة الشتاء الى اليمن ورحلة الصيف الى الشام . فقد جاء في سورة قريش : ﴿ لإيلاف قريش ، إيلافهم رحلة الشتاء والصيف ، فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف ﴾ (آية 2) .

وقد كان للمسلمين دور كبير في بناء القانون التجاري ، إذ ساهموا ابتداء من القرنين السابع والثامن الميلادي في تطور قواعده كما تشهد بذلك المصطلحات التجارية الأجنبية ذات الأصل العربي والتي ما زالت مستعملة حتى اليوم . من ذلك مثلاً كلمة (Chèque) وأصلها صك ، وكلمة (aval) وأصلها حوالة ، وكلمة (magasin) وأصلها مخزن ، وكلمة (quirat) وأصلها قيراط .

ومن يرجع الى كتب الفقه الإسلامي يجدها زاخرة بالتحليل والتأصيل لبعض مسائل القانون التجاري الحديث ، كالكمبيالة أو سند السحب وتسمى عندهم « السُفْتَجَة » وحوالة الدين . فقد تبين أن السفتجة والحوالة ، اللتين لم تعرفا في أوروبا قبل القرن الثاني عشر الميلادي ، كانتا معروفتين في كتب الفقه الإسلامي - وخاصة كتب المذهب الحنفي - وقد نقلتا الى أوروبا عن طريق إيطاليا إبان الحروب الصليبية ، وعن طريق الأندلس عندما كانت بلداً إسلامياً⁽²⁷⁾ .

وقد عرف المسلمون الشركات⁽²⁸⁾ ، وتكلم الفقهاء عن كيفية تكوينها والشروط الخاصة بها . وهي على أربعة أنواع : شركة أموال ، وشركة أعمال ، وشركة الوجوه⁽²⁹⁾ ، وشركة المضاربة أو القراض⁽³⁰⁾ .

وتقابل شركة المضاربة أو القراض ما يُسمى الآن (بشركة التوصية) ، ذلك أن المال يقدم فيها من رجل والعمل يقدم من آخر ، فالأول يشارك بماله والثاني بعمله ، فسميت (مضاربة) لأن من يشترك بعمله يضرب في الأرض ابتغاء الربح ، وسميت (قراضاً أو مضاربة) باعتبار أن من يقدم رأس المال يُعتبر كأنه أقرض هذا المال للشركة⁽³¹⁾ .

(27) الدكتور صبحي محمصاني : فلسفة التشريع ص 281 والقانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 156 -

157 ؛ والدكتور أكثم الخولي : ذات المرجع ص 19 وبالهامش رقم 1 .

(28) يراجع بالتفصيل : الدكتور عبد العزيز الحياط : الشركات في الشريعة الإسلامية جزءان ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الثالثة 1988 .

(29) شركة الوجوه تقوم على أساس وجهة الشريكين وثقة التجار فيهما (د . عبد العزيز الحياط : الشركات في الشريعة الإسلامية ج 2 ص 46) .

(30) الدكتور عبد العزيز الحياط : الشركات في الشريعة ج 2 ص 21 وما بعدها .

(31) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 129 ؛ قارن الدكتور عبد العزيز الحياط : الشركات في الشريعة

ج 2 ص 50 - 67 .

وعني الفقهاء كذلك بالتفليس وقواعده، وبالاثبات التجاري بدفاتر التجار⁽³²⁾ الى غير ذلك من مسائل الاثبات في باب القضاء ، كما أنهم تكلموا عن عمليات الصرف .

وقد تعرض الشرع الإسلامي لموضوع التجارة كباب مهم من أبواب الكسب والمعاش⁽³³⁾ . فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (النساء : 29) . وجاءت السنة النبوية تحت الناس على طلب الرزق الحلال والسعي وراء التجارة . فقد روي عن الإمام علي بن أبي طالب أنه سمع الرسول ﷺ يقول : « إن الرزق عشرة أجزاء تسعة في التجارة وواحد في غيرها » ، وروي عن الإمام علي أنه قال : التجارة تزيد في العقل ، تجروا بارك الله لكم⁽³⁴⁾ .

والمبادئ والقواعد التي جاء بها الشرع الإسلامي في موضوع التجارة تتمثل بالآتي⁽³⁵⁾ :

1 - أخذه بحرية التجارة⁽³⁶⁾ : لكنه حذر ونهى عن الاحتكار والغش والاستغلال . فقد جاء في الحديث النبوي : « التاجر فاجر والفاجر في النار ، إلا من أخذ الحق وأعطى الحق » ، « لا يحتكر الطعام إلا خاطيء » ، « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » .

2 - تقريره حرية الاثبات في المسائل التجارية : فقد جاء في القرآن الكريم : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الى أجل مسمى فاكتبوه . . . إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ﴾ (سورة البقرة آية 281) .

وبذلك يكون الشرع الإسلامي قد عرف منذ أربعة عشر قرناً قاعدة حرية الاثبات

(32) يقول الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه « المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص 119 » أن بعض الفقهاء يذكرون عرضاً بدفاتر التجار والاحتجاج بها ، دون أن يجد من ذكر شيئاً من هذا أصالة وقصداً . ولا يتعجب من ذلك ، على اعتبار أن الأصل في الاثبات الإسلامي هو البينة أي شهادة الشهود ، ولذلك اعتنى الفقهاء عامة بباب الشهادة . وقد أشار الى المراجع التالية : ابن عابدين (في باب القضاء ، ج 4 ص 367 - 368 ؛ في الكلام عن دفتر التاجر (الوجيز للشافعي ج 1 ص 170 وما بعدها) ، المغني لابن قدامة (ج 9 ص 308 وما بعدها) .

(33) يراجع : كتاب « الإشارة الى محاسن التجارة » للشيخ أبي الفضل جعفر بن علي الدمشقي ، والموضوع في القرن الخامس الهجري . وفيه أبحاث في معنى النقد والسلع والمال الصامت والأعراض وأثنان الأشياء (أشار الى ذلك الاستاذ جرجي زيدان : تاريخ التمدن الإسلامي ج 5 ص 47) . ويراجع أيضاً كتاب : التبصرة بالتجارة للجاحظ ، الناشر المجمع العلمي بدمشق .

(34) و(35) الدكتور طالب موسى : المرجع السابق ص 23 وما بعدها .

(36) لكن الدولة الإسلامية تحقيقاً وضماناً للعدالة الاجتماعية يمكنها أن تمنع مزاوله تجارة معينة أو تخضعها لتنظيم خاص متى رأت مصلحة المجتمع في ذلك ، كما أنه بإمكان ولي الأمر تحديد سعر السلع ومنع البيع بثمن أكبر .

التجاري المعمول بها حالياً في القانون الوضعي .

3 - إعماله الطابع الرضائي في التعامل : فقد ساهم ذلك في إضعاف النزعة الشكلية التي كانت قائمة على التعامل التجاري عقب سقوط الامبراطورية الرومانية⁽³⁷⁾ .

4 - تحريمه للربا : فقد حرم الشرع الإسلامي الربا إيماناً منه بقدسية العمل ، فالمال وحده لا يمكن أن ينتج المال . يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ﴾ (البقرة : 278) ويقول أيضاً : ﴿ ولا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة ، أحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (آل عمران : 130) .

5 - الحظ على الإقراض المجاني : بحث الشرع الإسلامي على فتح باب الإقراض بدون ربا على مصراعيه ببيان ما في القرض من ثواب . يقول الله تعالى : ﴿ من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له ﴾ (البقرة : 245) .

ج - القانون البحري الإسلامي⁽³⁸⁾ :

وعلى غرار ما سار عليه الفقهاء المسلمون لجهة عدم إفرادهم فرعاً لكل فرع من فروع فقه المعاملات القانونية ، لم يخصوا القانون البحري بقواعد منفردة ، كما أنه لا يوجد مؤلف مخصص لهذا الفرع من فروع القانون . وقد تعرض الفقهاء المسلمون لقواعد القانون البحري في طيات مؤلفاتهم ، وبالتالي يخضع القانون البحري الإسلامي للقواعد العامة في الفقه الإسلامي ، وأنه فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية والتي ترجع لظروف الملاحاة البحرية ، تنطبق القواعد التجارية الواردة بشأن عقد النقل البري . وتكلم الفقهاء المسلمون عن إيجار السفن وعقد النقل البحري في الباب المخصص للإجارة ، والتصادم البحري في باب الضمان ، والمساعدة والانقاذ في باب اللقطة ، والعواريات العامة في باب الإجارة ، وتحديد مسؤولية مالك السفينة في الباب المخصص لعقد المضاربة أو المقارضة⁽³⁹⁾ .

ومن المسلم به في الفقه الوضعي أن القانون البحري المعاصر اشتق قواعده من ثلاثة مجموعات قانونية ظهرت في العصور الوسطى . وهذه المجموعات هي : القانون البحري الرودييني ، وقواعد أوليرون ، وقنصلية البحر . ولم يعرف من قام بوضعها ولا تاريخ

(37) الدكتور أكرم الخولي : المرجع السابق ص 19 - 20 .

(38) يراجع بشأنه بالتفصيل : الدكتور مصطفى محمد رجب : القانون البحري الإسلامي ، رسالة دكتوراه في القانون مقدمة الى جامعة اكس - مرسيليا بفرنسا ، وقد ترجمت الى العربية ونشرها المكتب العربي الحديث بالاسكندرية .

(39) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 17 .

صدورها ، لذلك فقد وضع المؤرخون عدة افتراضات لتحديد مصادر هذه المجموعات .

هذا وقد تبين لبعض الباحثين أن واضعي هذه المجموعات استوحوا معظم قواعدها من الشرع الإسلامي ، والذي كان مطبقاً في حوض البحر الأبيض المتوسط خلال الفترة الأولى من العصور الوسطى .

فمن جهة أولى ، تتضمن هذه المجموعات قواعد قانونية مماثلة لقواعد الشرع الإسلامي التي كانت مطبقة منذ القرن الثامن الميلادي في العالم الإسلامي والذي امتد من الهند لأسبانيا .

ومن جهة ثانية ، فقد تأكد للمؤرخين بأن هذه المجموعات دُونت في الأقاليم التي كانت خاضعة للتنفيذ العربي الإسلامي ، والأقاليم التي انتقلت عن طريقها معالم الحضارة الإسلامية لأوروبا عبر جنوب إيطاليا وسوريا وإسبانيا⁽⁴⁰⁾ .

ويظهر أيضاً التأثير الحضاري الإسلامي في ميدان القانون البحري الأوروبي من خلال المصطلحات البحرية الأجنبية ذات الأصل العربي ، والتي تتضمنها القواميس الأجنبية المتخصصة في البحث عن أصل الكلمات . من ذلك مثلاً بالفرنسية :

(كلمة Amiral وأصلها أمير البحر) ، (وكلمة Avarie وأصلها عوارية)⁽⁴¹⁾ ، (وكلمة Felouque وأصلها فلك أو فلوكة) ، (وكلمة Magasin وأصلها مخزن) ، (وكلمة Mahaunne وأصلها ماعون) ، (وكلمة Récif وأصلها رصيف) ، (وكلمة Réis وأصلها رئيس) ، (وكلمة Tarif وأصلها تعرفه) ، (وكلمة Cable وأصلها حبل)⁽⁴²⁾ .

وفي اللغة الانكليزية نجد المصطلحات البحرية ذات الأصل العربي ، وهي التالية : (كلمة Admiral وأصلها أمير البحر) و(كلمة Alcaide وأصلها القائد) ، و(كلمة Arsenal وأصلها دار الصناعة) و(كلمة Atlas وأصلها أطلس أي قماش ناعم الملمس) ، و(كلمة Balcony وأصلها بالاة) و(كلمة Barque وأصلها بارجة) و(كلمة Calible وأصلها قالب) و(كلمة Coffe وأصلها قهوة) و(كلمة Minaret وأصلها منارة) و(كلمة Safari وأصلها سافر) و(كلمة Sugar وأصلها سكر) و(كلمة Zero وأصلها صفر)⁽⁴³⁾ .

(40) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 19 .

(41) العوارية : الخسارة أو التلف .

(42) Devic: Dictionnaire étymologique des mots d'origine orientale.

(43) الاستاذ مونتجومري وات : فضل الإسلام على الحضارة الغربية ص 115 - 125 ، نقله الى العربية الاستاذ

حسين أحمد أمين ، دار الشروق بيروت 1986 .

ويشار هنا إلى أن أول من ركب البحر من المسلمين هو العلاء بن الحضرمي ، وكان والياً على البحرين في خلافة عمر بن الخطاب فرغب أن يفتح سواحل فارس فلم يفلح . وكانت أول غزوة غزاها المسلمون في البحر كانت في خلافة عثمان بن عفان عندما أذن لمعاوية بذلك فركب البحر ووصل الى قبرص سنة 28 هجرية وعقد أهلها صلحاً معه . وهي أول غزوة غزاها المسلمون في البحر ، وراقهم النصر فازدادوا رغبة في غزوه ، وجعلوا ذلك في أوقات معينة من الصيف والشاء .

ولم يكن للعرب معرفة في الملاحة ، فاستخدموا أولاً من كان في حوزتهم من الروم ، ومنهم أهل الصناعة والنواتية ، فأنشأوا لهم السفن ، وشحنوها بالرجال والعتاد . وسموا مجموع السفن أسطولاً ، وجعلوا مقر أساطيلهم بحر الروم خاصة ، واشترك في ملاحة البحر منهم أهل الشام وأفريقيا والأندلس . وكان للأساطيل الإسلامية تأثير كبير في توسيع رقعة الدولة الإسلامية ، لأنهم فتحوا بها أشهر جزر الروم ، ومنها : سردينيا ، وصقلية ، ومالطة ، وأقريطش (كريت) ، وقبرص وغيرها . وفتحوا كثيراً من شواطئ هذا البحر ، وسارت أساطيلهم في مياهه في حرية كاملة ، فتوقع بملوك الإفرنج ، وتحكم المسلمون في سائر أنحاء بحر الروم بأساطيلهم ، وصاروا سلاطين البحر ، كما كانوا سلاطين البر ، إلى أن أدرك الدولة العبيدية بمصر والأموية في الأندلس الفشل⁽⁴⁴⁾ .

هذا وقد عُرفت التفرقة بين إيجار السفينة وعقد النقل البحري بسند شحن منذ عهد الخلفاء الراشدين . فقد عالج الفقهاء المسلمون كلاً من إيجار السفينة وعقد النقل بسند شحن على حدة . ويلاحظ بأن القواعد التي قال بها الفقهاء المسلمون مماثلة لقواعد القانون البحري الحديث . فلا يلتزم المؤجر إلا بوضع سفينة محددة بعينها تحت تصرف المستأجر . في حين أن الناقل البحري حر في اختيار السفينة التي ينقل عليها البضائع ، ولكنه ضامن لوصول البضائع للمكان المتفق عليه .

كما أن مشكلة التحديد القانوني لطبيعة عقد إيجار السفينة وعقد نقل البضائع ، والتي لم تحل إلا منذ صدور القانون الفرنسي لعام 1966 ، قد شغلت تفكير الفقهاء المسلمين ، فنظراً لتشعب عناصر عقد إيجار السفينة ، فقد اعتبره الفقهاء خليط من الإجارة والجعل .

هذا وقد رأى الفقهاء المسلمون أن الناقل البحري يُعفى من المسؤولية عن الفقد أو التلف الناتج عن حالة من حالات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي . ويلاحظ بأن الحالات التي قال بها الفقهاء المسلمون بعدم مسئولية الناقل ، هي مماثلة لما تنص عليه معاهدة بروكسل لعام 1924 الخاصة بالنقل البحري⁽⁴⁵⁾ .

(44) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 242 - 243 .

(45) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 62 وما بعدها و303 .

ويذكر أن الفقهاء الشافعية قالوا بمسؤولية قائد السفينة عن الأضرار الناتجة عن فعل السفينة فيما يتعلق بالتصادم البحري ، وقد نص الأمر البحري الفرنسي الصادر عام 1681 على قاعدة مماثلة . في حين أن فقهاء المذاهب الأخرى قالوا بعدم مسؤولية قائد السفينة إلاّ بثبوت خطئه ، الذي أدى للتصادم . وهذه القاعدة الأخيرة مطابقة لما نصت عليه معاهدة بروكسل لعام 1910 والقوانين التي تبنت قواعدها .

وتكلم الفقهاء المسلمون أيضاً على المساعدة والانقاذ البحري ، وهي الخدمات التي يؤديها الغير للمحافظة على سفينة في حالة خطر ويُنشئ عليها من الغرق ، أو انتشار حطام معرض للضياع .

وتُعتبر مؤلفات الفقه الإسلامي أقدم الوثائق التي تفرض الإلتزام بالمساعدة والإنقاذ ، إذ مساعدة الغير في الإسلام هي واجب على كل مسلم . في حين أن القانون البحري المعاصر يسمح لقائد السفينة التي تقدم مساعدة لسفينة معرضة للخطر بأن يطالب بمكافأة باهظة ، مما جعل قادة السفن لا يطلبون مساعدة السفن الأخرى ، إلاّ بعد استفادهم لكل المحاولات ، وبالتالي يؤدي هذا الوضع في كثير من الحالات الى كوارث مفعجة⁽⁴⁶⁾ .

هذا ويلاحظ وجود تشابه بين قواعد القانون البحري في العصور الوسطى والقواعد التي قال بها الفقهاء المسلمون بشأن الانقاذ والمساعدة . ونظراً لأن القوانين والعادات في أوروبا كانت تنص على حق الأفراد والحكام في الاستيلاء على أموال الغرقى ، فليس من المعقول أن تنسب قواعد الإنقاذ والمساعدة للنظم الأوروبية في ذلك الوقت ، وإنما يحتم المنطق القول بأنها اقتبست من مؤلفات الفقه الإسلامي الموضوعة في تلك الحقبة⁽⁴⁷⁾ .

ولم يقبل الفقهاء المسلمون بفكرة التأمين البحري على النحو المعروف حالياً ، لكن نظراً لظروف التجارة البحرية التي تتطلب حماية المشتغلين بها من الأخطار المحدقة بها ، فقد قالوا بضرورة إصلاح الأضرار التي تلحق بالرحلة البحرية أو ما يُعرف في الفقه بـ « عوار البحر » . وكلمة عوار هي أصل المصطلح الأجنبي (Avarie) الذي انتقل الى اللغة الإيطالية في العصور الوسطى عن طريق المعاملات التجارية ، ومن ثم أدخل في اللغات الأوروبية الأخرى⁽⁴⁸⁾ .

وتعني كلمة « عوار » التلف أو الخسارة التي تلحق بالبضاعة المحمولة على السفينة برميها أو طرحها في البحر كلها أو جزء منها ، في حال تعرض السفينة أو حمولتها للخطر ،

(46) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 119 وما بعدها و303 و304 .

(47) الدكتور مصطفى رجب : ذات المرجع ص 119 وما بعدها و303 - 304 .

(48) Dozy et Engelmann: Glossaire des mots espagnols et portugais dérivés de l'arabe, 2 e éd. Paris 1869.

وذلك إنقاذاً للسفينة أو للبضائع الأخرى التي لم يضحَ بها . ويعرف هذا الموضوع في القانون البحري المعاصر بنظام الخسائر البحرية المشتركة ، والذي يقضي بالالتزام صاحب السفينة وأصحاب البضائع الناجية بالمشاركة في تحمل الخسائر والأضرار اللاحقة بمال الغير .

وقد تناول الفقهاء المسلمون بالمعالجة موضوع هذه الخسائر ، وكان لهم فيها رأيان : الأول ، وهو رأي الشافعية والحنابلة ويقضي بوجود المشاركة في الأضرار الناتجة عن الرمي في البحر ، في حال وجود اتفاق صريح بين أصحاب المصلحة لحظة حدوث الخطر . والثاني ، وهو رأي المالكية ويقضي بالالتزام أصحاب المصلحة في الرحلة البحرية ، مالك السفينة وأصحاب البضائع الناجية ، بالمشاركة في تحمل الأضرار الناتجة عن رمي بضاعة الغير إنقاذاً للرحلة⁽⁴⁹⁾ .

ويمكن القول بأن الحلول التي طرحها الفقهاء المسلمون في صدد « العوار البحري » هي الشكل الأول لفكرة التأمين البحري⁽⁵⁰⁾ .

هذا ويُعتبر عقد المضاربة الذي قال به الفقهاء المسلمون مصدر نظرية المسؤولية المحدودة لملاك السفن . فقد عالجوا غالبية المسائل المتعلقة بالمسؤولية الناجمة عن استئجار السفن في نطاق عقد المضاربة أو القراض . وقد نصت قنصلية البحر صراحة على اعتبار قائد السفينة بمثابة المضارب .

وقد لعب عقد المضاربة دوراً هاماً في مجال التجارة والقانون البحري أثناء العصور الوسطى . ففي الوقت الذي لم يكن التأمين البحري قد عرف بعد ، سمح هذا العقد بتقسيم الخسائر بين أصحاب المصلحة في الرحلة البحرية ، إذ لم يكن المشاركين في الرحلة البحرية معرضين إلا لفقد نصيبهم في رأس المال . أي أن عقد المضاربة سمح لملاك السفن بتحديد مسؤوليتهم بقيمة السفينة .

ونظراً للأهمية التي خصت بها مجموعة قواعد قنصلية البحر لعقد المضاربة ، وكون هذا العقد معروفاً من قبل في الفقه الإسلامي ، فلا يستبعد أن تكون تلك القواعد ترجمة لأحد المؤلفات الفقهية⁽⁵¹⁾ .

هذا وقد حل أخيراً محل التحديد العيني للمسؤولية في القانون البحري المعاصر نظام جديد ، حددت فيه مسؤولية ملاك السفن بمبلغ جزافي .

وإذا كان علماء القانون البحري الوضعي يتحدثون عن أصالته واستقراره وعالميته ،

(49) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 189 - 204 .

(50) الدكتور مصطفى رجب : ذات المرجع ص 304 .

(51) الدكتور مصطفى رجب : القانون البحري الإسلامي ص 257 .

فإن هذه الخصائص متوفرة في القانون البحري الإسلامي بصورة أوضح وأجلى⁽⁵²⁾ .

وأخيراً لا بد من الإشارة الى أنه لا تعارض بين قواعد الاتفاقيات الدولية الحديثة الخاصة بالبحار ، كمعاهدة جنيف لعامي 1958 و 1960 ، والتي لم يساهم الفقهاء المسلمون المعاصرون في وضعها ، وبين قواعد وأصول الفقه الإسلامي القائمة على مبادئ العدالة والمساواة والمعاملة بالمثل والأخلاق الإسلامية . وبالتالي ليس ما يمنع من ارتباط الدول الإسلامية بمثل هذه الاتفاقيات⁽⁵³⁾ .

د - القانون الجوي الإسلامي :

غني عن القول أن هذا الفرع من فروع القانون الخاص الوضعي لم يلقَ عناية من جانب الفقهاء المسلمين القدامى ، كونه حديث النشأة لم تتكون قواعده إلا في مطلع القرن العشرين وعقب الحرب العالمية الأولى ، بعد أن أصبح الفضاء مجالاً للانتقال عبره بواسطة الطائرات .

غير أن هذا الأمر لا يحول دون الفقهاء المسلمين المحدثين واستنباطهم للقواعد الخاصة بالطائرات ، والروابط الناشئة عن استعمالها ومسؤولية الناقل الجوي ، وعوارض الرحلة الجوية مثل الاصطدام وواجب المساعدة في حالة الخطر ، كما فعلوا بصدد القواعد الخاصة بالقانون البحري ، وذلك على هدى المبادئ والأصول الكلية الواردة في الشرع الإسلامي ، كمبادئ العدالة والمساواة والمعاملة بالمثل ومراعاة الأخلاق الإسلامية .

وبالتالي لا مانع يمنع الدول الإسلامية من الارتباط بالمعاهدات الجوية الدولية المبرمة حديثاً ، شرط عدم مخالفتها لروح الشرع الإسلامي ومبادئها في مجموعها .

هـ - قانون العمل والضمان الاجتماعي الإسلامي⁽⁵⁴⁾ :

جاء الإسلام في موضوع العمل والضمان الاجتماعي بأفكار ومفاهيم اجتماعية واقتصادية راقية ما عرفها العالم من قبل ، وهي تضاهي الآن ما قدمته القوانين العمالية الوضعية ، التي وإن كانت قد حققت للعمال مكاسب مهمة ، فهي برأي الأجانب بعض ما جاء به الإسلام .

يقول الاستاذ « لوبليه » في كتابه « عمال الشرق » : « لقد صان المسلمون أنفسهم عن مثل خطايا الغرب فيما يمس رفاهية طبقات العمال . ويحافظ المسلمون بإخلاص على

(52) يراجع بشأن هذه الخصائص والمميزات : الدكتور مصطفى رجب : ذات المرجع ص 305 وما بعدها .

(53) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 244 .

(54) يراجع كتابنا : نظرية الدولة وأدائها في الإسلام رقم 29 ص 140 - 149 .

تلك النظم الباهرة التي يسود بها السلام بين الغني والفقير والسيد والأجير .

لقد كانت الطبقة العاملة في العصور الإسلامية الزاهرة تتمتع بحقوقها الكاملة ، ولم تعرف أوروبا هذه الحقوق إلّا في النظرية فقط ، من غير أن تتمكن من تطبيقها عملياً حتى في هذا العصر ، وأما الإسلام فقد جعل من هذه الحقوق حقيقة ملموسة تسود في المجتمع الإسلامي نظرياً وعملياً⁽⁵⁵⁾ .

ويقوم التنظيم العمالي في الإسلام على المبادئ التالية :⁽⁵⁶⁾ .

(1) - عناية الشرع الإسلامي بالعمل : لقد عني القرآن الكريم بالعمل والتشجيع عليه في قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ . . . لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (سورة الجمعة الآية 10) . إنها دعوة للمسلم إذا انتهى من صلاته أن يعمل ويجدّ لطلب الرزق ، لأن العمل سبب للفلاح .

وقد نوّه القرآن بشأن كثير من الأعمال والصناعات : كصناعة الحديد (سورة الحديد الآية 25) ، وصناعة الدروع (سورة الأنبياء الآية 80 ، وسورة سبأ الآيتان 10 - 11) ، وصناعة الكساء (سورة النحل الآية 80) ، وصناعة الجلود (سورة النحل الآية 80) . وصناعة المساكن (سورة الأعراف الآية 74) ، وصناعة المراكب (سورة هود الآية 37 ، وسورة فاطر الآية 12) وغير ذلك .

وقد أبان النبي ﷺ أن العمل من أشرف وسائل الكسب فقد رُوي عنه الأحاديث النبوية التالية : « خير الكسب كسب العامل إذا نصح » « وما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده » « مَنْ أَمْسَى كَالْأَمْسَى مِنْ عَمَلٍ يَدُهُ أَمْسَى مَغْفُوراً لَهُ » .

(55) نقلاً عن مقدمة كتاب العمل والعمال في الفكر الإسلامي : للاستاذ ابراهيم النعمة ص 8 ، الدار السعودية للنشر بجدة 1985 .

(56) لمزيد من التفصيل ، يراجع : الاستاذ ابراهيم النعمة : العمل والعمال في الفكر الإسلامي ، المرجع السابق ؛ الاستاذ محمد شقفة : أحكام العمل وحقوق العمال في الإسلام ، دار الارشاد ببيروت 1378 هـ ؛ الدكتور صبحي محمصاني : أركان حقوق الانسان ، المرجع السابق ؛ الاستاذ سميح عاطف الزين : الإسلام وثقافة الانسان ، دار الكتاب اللبناني ط 5 ؛ الاستاذ لييب السعيد : دراسة إسلامية في العمل والعمال ، سلسلة المكتبة الثقافية 240 ، القاهرة 1970 ؛ الاستاذ باقر شريف القرشي : العمل وحقوق العمال في الإسلام ، مطبعة الآداب بالنجف ، الاستاذ عطية صقر : العمل والعمال في نظر الإسلام ، القاهرة 1377 هـ ؛ الاستاذ جمال الدين عياد : نظم العمل في الإسلام ، دار الكتاب العربي بالقاهرة ؛ الاستاذ منيف الزعبي : حول مفهوم العمل في الإسلام ، بحث لدبلوم الدراسات المعمقة في معهد العلوم الاجتماعية اللبنانية ، بيروت 1987 ؛ الدكتور صبحي الصالح : معالم الشريعة الإسلامية ص 316 - 320 ؛ الدكتور عبد الغني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 306 - 307 .

ويسمو النبي ﷺ بالعمل حتى يجعله بمنزلة الجهاد في سبيل الله ، فيقول : « إن كان خرج (الرجل) يسعى على ولده صغاراً . . . أو على أبوين شيخين كبيرين . . . وعلى نفسه يعقها فهو في سبيل الله » « الساعي على الأرملة والمسكين ، كالمجاهد في سبيل الله » .

ووصف الرسول ﷺ العمل بأنه عبادة وطاعة ، فقد أثنى الصحابة يوماً على رجل بكثرة العبادة ، ولما سأله عن يعوله قالوا : كلنا نعوله ، عندئذ أفهمهم الرسول أن كل واحد منهم أعبد منه .

وكان النبي ﷺ راعياً للغنم في صباه⁽⁵⁷⁾ ، ثم تعاطى التجارة بصدق واستقامة ، وكان يعمل بيديه فيرفع ثوبه ويصلح نعله . وكان يرغب في العمل اليدوي ويحضر عليه ويساعد العمال في أعمالهم ويلطفهم . وقد كان أكثر أصحابه من الحدادين والخياطين والتجارين والحزارين ، مما حدا بالمشركون إلى أن يعيبوا عليه كون إتياعه من العمال والحرفيين .

وقد اعتبر الفقهاء العمل من فروض الكفاية التي إن قام بها البعض قياماً يسد حاجة المجتمع سقط الإثم عن غير العاملين ، وإلا أثمت الأمة كلها ، وتحول فرض كفاية العمل إلى فرض عين واجب على كل قادر عليه قياساً على الجهاد .

كما أن الكثير من الفقهاء قد مارس العمل اليدوي أو نسب إلى ما كان يقوم به والده ، فلا زلنا نقرأ أسماء : الغزالي ، والماوردي ، والجصاص ، والخياط ، والبرزاز ، والباقلاني ، والقطان ، والدقاق ، والسراج ، والخصاف الذي كان يشتغل بخصف النعال ، والثعالبي الذي كان يشتغل بخياطة جلود الثعالب إلخ . . .

وقد روي عن الإمام أحمد بن حنبل ، أنه كان مع علمه الجمل ومكانته المرموقة في المجتمع ، كان لا يجد غضاضة من أي عمل كان ، فقد لجأ إلى العمل للإكتساب عندما نفدت منه النفقة ورفض الدراهم التي كانت تعرض عليه⁽⁵⁸⁾ .

(2) - وجوب تأمين العمل للعامل : وقد غني الإسلام بمسألة إيجاد العمل للعامل عن طريق الدولة ، التي يجب عليها القيام بذلك محاربة للفقر وآثاره الخطرة على المجتمع . وقد فعل ذلك الرسول ﷺ بنفسه حين جاءه شاب يسأل ، فرآه قادراً على العمل فأمره

(57) كان الأنبياء السابقون يقومون بالأعمال التالية : آدم مزارع ، ونوح وزكريا نجار ، وإدريس خياط ، وداود زراد (يصنع الزرد والدروع) ، وموسى راع (الاستاذ إبراهيم النعمة : المرجع السابق ص 15) .

(58) الاستاذ إبراهيم النعمة : المرجع السابق ص 11 - 22 .

بشراء قدوم (فأس) وأمره بأن يحتطب⁽⁵⁹⁾ .

(3) - تقرير حرية العمل : لقد عانى العمال كثيراً من الإضطهاد في العصور القديمة ، سواء في نظام الطبقات حيث كانوا في أدناه ، أو التبعية للمالك الأرض وصاحب العمل ومهنة الوالد .

أما في النظام الإسلامي ، فقد تكونت الطبقة العاملة فيه من جميع أصناف الناس وأجناسهم من دون أي تمايز أو تفريق بين العربي وغير العربي ، ولا بين المسلم وغير المسلم ولا بين الأحرار والخدم .

وقد ترك النبي ﷺ أهل الكتاب من اليهود يمارسون أعمالهم السابقة ، فكانوا يمارسون الدباغة والصياغة والحداذة وصناعة الحرير والزجاج . كما ترك لسائر الناس أن يختاروا العمل الذي يريدونه إحتراماً لكرامة الإنسان وآدميته⁽⁶⁰⁾ .

(4) - الحق في الأجر وضماناته : لقد أحاطت الشريعة الإسلامية أجر العامل بكثير من الضمانات ، وأفسحت له أكبر المجال ، وخصت القائمين به بأوفر الحظوظ والحقوق⁽⁶¹⁾ . وهو في نظر الفقهاء على نوعين : عمل عام يستحق القائم به الأجر تبعاً لمقدار عمله . وعمل خاص لا يستحق فيه الأجر إلا بمقدار إستمراره ، وقرروا أن أجور العمال تُقدَّر بقيمتها أو بالمدة الزمنية التي قضاها العامل لإتمامها ، وأن تكليف العمال لا يجوز إلا في نطاق طاقتهم البشرية ، إذ لا تكليف بالعمل إلا بالمستطاع ، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (سورة البقرة ، الآية الأخيرة فيها) ، وعملاً بقول النبي ﷺ : « لا تكلفوهم من الأعمال ما لا يطيقون . فإن كلفتهم فأعينوهم » . وفي ضوء الحديث الأخير تقف الشريعة اليوم مع التقليل من ساعات العمل ، لكيلا يُكلف العمال فوق طاقتهم ، وتسلك في باب الإعانة كل تعويض إضافي عن ساعات العمل الإضافية .

وفي باب البيوع لدى الحديث عن الإجرة - أي أجر العامل على عمله - الذي خصصه الإمام البخاري في صحيحه ، تستخلص مجموعة من الأحاديث تؤكد صيانة أجور العمال ، وتعجيل دفعها ، وتأمين نفقات العمال ، وضمان راحتهم ، وحماية المجتمع لهم . وقد نقل الاستاذ « بلتييه Peltier » إلى الفرنسية أحاديث هذا الباب برمتها ، وعلق

(59) الدكتور عبد الله الخالدي : شذرات من النظم الإسلامية ص 97 .

(60) الاستاذ ابراهيم النعمة : المرجع السابق ص 25-30 .

(61) الشيخ الدكتور صبحي الصالح : معالم الشريعة ص 319-321 ؛ الاستاذ ابراهيم النعمة : المرجع السابق ص 33-54 .

عليها⁽⁶²⁾ . وتُظهر قراءة هذه الأحاديث أنها تنطوي على أحدث الضمانات لحقوق العمال ، بتعبيرها الاجتماعي الشامل ، وصياغتها الاقتصادية الدقيقة . ومنها على سبيل المثال قول النبي ﷺ عن ربه : « قال الله عز وجل : ﴿ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ﴾ : (منهم) « رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعْطه أجره » « أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه » .

والحق في الأجر يستلزم تأمين كل ما يحتاج إليه العمال من النفقات العائلية والاجتماعية والسكنية عملاً بحديث النبي ﷺ : « من وُلِّي لنا عملاً وليس له منزل فليتخذ منزلاً ، أو ليست له زوجة فليتزوج ، أو ليس له دابة (واسطة نقل) فليتخذ دابة » . وهذا الحديث ، وإن كان وارداً أصلاً في شأن الوظائف العامة ، يمكن اعتباره مبدأ شاملاً للجميع⁽⁶³⁾ .

وقد ذهب الفقهاء إلى أن للدولة الإسلامية أن تتدخل في تحديد الأجور وتعديلها وفقاً لمؤشرات غلاء المعيشة كما يحصل الآن ، بل إن منهم من قال إلى أن عقود المضاربة (أي عقود الشركات) لا تُعد صحيحة إلا إذا نُصِّصَ فيها على نصيب في الربح للعامل بالإضافة إلى أجره⁽⁶⁴⁾ ، وهذا ما أخذته بعض النظم عن الإسلام .

(5) - الحق في الإجازات : إنَّ من حق العامل أن يتمتع بالراحة وإجازته الإسبوعية فقد قال النبي ﷺ : « إنَّ لنفسك عليك حقاً ، وإنَّ لجسدك عليك حقاً . . . وإنَّ لعينك حقاً »⁽⁶⁵⁾ . فيتدخل في معنى الحديث « الراحة اليومية » أي تحديد عدد ساعات العمل الفعلية للعامل بما يبقى على الراحة اللازمة لإستمراره بحياته وعمله .

ومن حق العامل كذلك أن يتمتع بإجازته الإسبوعية والسنوية المعترف بها . قد قرر الفقهاء المسلمون أنه : لو استخدم رجل عاملاً يهودياً شهراً كاملاً كانت أيام السبت مستثناة من هذا العمل ، وكذلك لو استخدم المسلم مسيحياً ، فإن أيام الأحد مستثناة أيضاً ، وهكذا الأمر بالنسبة إلى استخدام المسلم للمسلم⁽⁶⁶⁾ .

يتضح مما سبق ، إنَّ الشريعة الإسلامية تحمل في قواعدها كل خير ومكاسب وضمانات تحقق للعمال عملاً مؤمناً ، مستقراً ، مضموناً ، مثالياً ، فالعبرة في الإسلام

(62) Peltier: Œuvres Diverses De Bukhari, chap. 15, livre des ventes, Paris

(63) الدكتور الشيخ صبحي الصالح : معالم الشريعة الإسلامية ص 319 - 321 .

(64) الاستاذ علي علي منصور : المدخل ص 71 .

(65) رواه الشيخان بألفاظ متقاربة .

(66) الاستاذ ابراهيم النعمة : المرجع السابق ص 107 .

بجوهر مبادئه لا بالمظاهر والأشكال التي قد لا يُلم بها البعض⁽⁶⁷⁾ .

وهناك إنجاز حضاري آخر من مفاخر الإسلام وسمو مبادئه على الأنظمة القانونية الوضعية ، فقد أرسى الإسلام أسس التضامن الاجتماعي⁽⁶⁸⁾ وعَمَلَ على تحقيق تقديراته في مجتمعه ، وتوفير الحياة الكريمة لكل إنسان يعيش في دار الإسلام ، مسلماً كان أم غير مسلم .

وينطلق هذا الحق للمحتاج والواجب على الدولة من قول النبي ﷺ : « من تَرَكَ مَالاً فلورثته ، ومن تَرَكَ ضياعاً (أي ورثة) أو كلاً (أي ورثة فقراء) فليأتني فأنا مولاه » وروى في شرح الحديث أن الرسول ﷺ جعل للورثة والذرية في مال الدولة حقاً ضمنه لهم ، وإن هذا الحق مستفاد أيضاً من الآيات القرآنية القائلة : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ والذين في أموالهم حق معلوم ، للسائل والمحروم .

ومجالات التضامن الاجتماعي في الإسلام واسعة الحدود ومتشعبة الأنواع ، وتتضمن الشريعة الإسلامية توضيح حدودها ، ويبحث الشرع على القيام بهذا الواجب المترتب للفرد في ذمة المجتمع .

فتجهيز الميت ودفنه - الذي لم يترك مალًا ولا موسراً - واجب على المجتمع ، وهو فرض كفاية . وبيت المال ضامن للتعويض لمصلحة الورثة إذا قُتل مورثهم دون أن يُعرف الجاني⁽⁶⁹⁾ ، إذ القاعدة في الإسلام ألا يطلّ دم في الإسلام (أي لا يذهب هدراً) .

ومن منطلقات التضامن الاجتماعي وتحقيقاً له ، فرض الإسلام نفقات معينة على الموسرين لأقربائهم المحتاجين من آباء وأبناء وإخوة وأعمام وأخوال وسائر ذوي الأرحام . وتشمل هذه النفقة المأكل والملبس والسكن والتعليم والتزويج والقيام بالخدمة أو تكليف من يقوم بها لمصلحة العاجز منهم والمريض⁽⁷⁰⁾ .

ومن أجل ذلك إجتهد بعض أصحاب المذاهب في فرض الوصية للأقربين غير الوارثين بمقدار الثلث . وبهذا أخذت مصر وسورية حين أقرتا مبدأ الوصية للحفدة

(67) الشيخ الدكتور صبحي الصالح : معالم الشريعة الإسلامية ص 321 - 322 .

(68) يُراجع في ذلك : الشيخ الدكتور صبحي الصالح : الإسلام ومستقبل الحضارة ص 116 - 118 ، دار الشورى بيروت 1982 ؛ الدكتور صبحي محمصي : تراث الخلفاء الراشدين ص 113 - 116 ؛ الاستاذ علي علي منصور : المدخل ص 71 - 73 ؛ الدكتور عد الغني عبد الله : نظرية الدولة في الإسلام ص 103 - 105 ؛

الدكتور عبد الله الخالدي : النظم الإسلامية ص 92 - 99 .

(69) قارن الدكتور عبد الله الخالدي : المرجع السابق ص 97 .

(70) الشيخ الدكتور صبحي الصالح : الإسلام ومستقبل الحضارة ص 116 .

المحرومين من الإرث ، وهم الذين مات أبوهم في حياة جدهم . واستندوا في ذلك إلى مضمون قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ، حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (سورة البقرة ، الآية 180) .

ومن ذات المنطلق ومنعاً للحقد بين الأقارب ، ألزم الإسلام موزعي تركة الميت أن يُعطوا حاضري القسمة من التركة وهم في الأساس ممن لا حق لهم فيها ، وذلك عملاً بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (سورة النساء ، الآية 8) .

وقد وسَّع الخلفاء الراشدون دائرة التضامن الإجتماعي ، فأَمَرُوا بمساعدة الفقراء والعجزة والأطفال ، وإن كان الأمر يقتضي الزيادة على ضريبة الزكاة .

فبخصوص الفقراء ، إذا لم تكفِ الفروض الشرعية لسد حاجة المحتاجين وعَوَز المعوزين ، إنتقل حق هؤلاء إلى أموال الأغنياء جميعاً ، فقد رُوي عن الخليفة عمر بن الخطاب قوله : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لأخذت فضول أموال الأغنياء ، فقسَّمتها على فقراء المهاجرين » ، ثم أوصى قبل وفاته أن يُؤخذ من أموال الأغنياء فيُعطى للفقراء .

وقال الإمام علي : « إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَرَضَ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ فِي أَمْوَالِهِمْ مَا يَكْفِي الْفُقَرَاءَ . فَإِنْ جَاعُوا أَوْ عَرُّوا أَوْ جَهِدُوا ، فَيَمْنَعُ الْأَغْنِيَاءُ . وَحَقٌّ عَلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنْ يَحْسِبَهُمْ وَيُعَذِّبَهُمْ »⁽⁷¹⁾ . ولقول النبي ﷺ : « لَمْ يُؤْمِنْ بِي مَنْ بَاتَ شَبَعَانِ وَجَارَهُ جَائِعٌ وَهُوَ يَعْلَمُ » .

وقد وسَّع الخلفاء من مفهوم الفقراء فاعتبروا منهم المدينيين ، فقد رُوي أن بيت مال المسلمين في شِمال أفريقيا قد فاض منه الكثير . فكتب الوالي إلى الخليفة عمر بن عبد العزيز يسأله أين ينفقه ؟ فقال له : أدِّ عن الغارمين ، أي سدّد دين المدينيين . فكتب الوالي يقول للخليفة : إِنَّا لَنَجِدُ لِلرَّجُلِ دَارًا وَفِرَاشًا وَفِرْسًا فَهَلْ هُوَ غَارِمٌ ؟ فَرَدَّ الْخَلِيفَةُ : لَا بَدَّ لِكُلِّ مُسْلِمٍ مِنْ دَارٍ تَوْوِيهِ ، وَفِرَاشٍ يَأْوِي إِلَيْهِ ، وَفِرْسٍ يَغْزُو عَلَيْهِ . فَهُوَ غَارِمٌ فَأَدَّاهُ عَنْهُ⁽⁷²⁾ .

ورُوي عن زمان عمر بن عبد العزيز ، أن الرجل كان يخرج بركة ماله ، فيبحث عَمَّنْ يَسْتَحِقُّهَا فَلَا يَجِدُ ، فِيرْجِعُ بِهَا ثَانِيَةً إِلَى بَيْتِهِ⁽⁷³⁾ .

(71) الدكتور صبحي محمصاني : تراث الخلفاء الراشدين ص 114 .

(72) الاستاذ علي علي منصور : المدخل ص 72 - 73 .

(73) الدكتور عبد الغني عبد الله : نظرية الدولة في الاسلام ص 104 .

وأما العجزة ، فقد اعتنى الإسلام بهم أيضاً . فقد أمر الخليفة عمر بن الخطاب بيت المال بالإنفاق على الشيخ الكبير العاجز والمريض ، الذي لا مال له ، ولا مُعِيل له من الأقرباء⁽⁷⁴⁾ .

ولقد طبق الخليفة عمر بن الخطاب المساواة في العدالة الاجتماعية ، من دون تمييز بين المسلم وغير المسلم . فقد رأى هذا الخليفة مرة شيخاً ضريراً البصر يسأل الناس إحساناً ، فسأله عمر : من أي أهل الكتاب أنت ؟ فقال الشيخ : يهودي ، فيقول عمر : فما الجأك إلى ما أرى ؟ فيخبره اليهودي بأنه يسأل الناس للحاجة وللجزية وللسن ، فيأخذ عمر بيده ، ويذهب به حيث أعطاه ما يحتاج ، ثم يُرسل إلى خازن بيت المال يطلب منه أن يجعل للشيخ إعانة مستمرة ، وقال له : أنظر : فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » ، ثم أعفى عمر هذا اليهودي من ضريبة الجزية التي تؤخذ من أهل الكتاب وأسقطها عن أمثاله⁽⁷⁵⁾ . وروى عن الخليفة الثاني أيضاً أنه كان يخرج في الليل يوماً إلى بيت امرأة عجوز عمياء مقعدة ، ليعلمها ويوفر لها ما كانت تحتاج إليه .

وأما الأطفال والصغار ، فقد اهتم عمر بن الخطاب بأمرهم إهتماماً خاصاً . ففرض لكل فطيم منهم نفقة . ثم لما رأى أن الأمهات كُنَّ يُعَجِّلن بقطاع أطفالهن طمعاً بتلك النفقة ، قرّر لكل مولود منذ ولادته راتباً يُدفع له من بيت المال ، قبل الفطام وبعده .

ومن عناية الخليفة عمر بن الخطاب بالأطفال أنه خرج مرة بالليل كعادته يتفقد الحال . فإذا به يجد بيتاً فيه ضوء . فدنا منه ، فوجد امرأة ومعها صبيان أمام قدر منصوبة على النار . ولما سأها عما بها ، قالت أني أهي أولادي عن الجوع بهذا القدر المملوء ماء حتى يناموا . فتأثر عمر لذلك ، وإنطلق إلى دار الدقيق . فأخرج عدلاً ملائناً ، وحمله بنفسه ، وأتى بيت المرأة ، ثم ساعدها على طبخ الدقيق للأولاد . وكان ينفخ النار تحت القدر حتى نضج الطبخ ، فأكل الأولاد وناموا ، وهم سعداء .

وكذلك ، خرج عمر مرة إلى السوق ، فلحقته امرأة شابة وأخبرته أن زوجها توفي ، وترك صبية صغاراً ، ولم يترك لهم مالاً . فانصرف وأحضر بغيراً حمّله طعاماً وثياباً ونفقة ، وسلمها البعير ، وقال لها : « إقتاديه ، فلن يفنى هذا حتى يأتيكم الله بخير »⁽⁷⁶⁾ .

ولم يقتصر تطبيق التضامن الاجتماعي على الدولة الإسلامية متمثلة برئيسها ، بل تمثل

(74) الدكتور عبد الله الخالدي : شذرات من النظم الإسلامية ص 97 .

(75) الإمام أبو يوسف : الخراج ص 126 من كتاب الخراج ، طبعة دار المعرفة ببيروت .

(76) الدكتور صبحي محمضاني : تراث الراشدين ص 115 - 116 .

بها المسلمون الأوائل في حياتهم فأخذوا يَقفون أموالهم على الأوقاف الخيرية التي يُهدف من ورائها إلى المساهمة في شيء من التضامن الإجتماعي مع المحتاجين .

فبعض الأوقاف الخيرية لم يقتصر على عمارة المساجد والمدارس والمكتبات وإصلاح الطرقات والجسور والقناطر بل كان مخصصاً للإنفاق على الفنادق للمسافرين ، وإقراض التجار بدون مقابل ، وإعانة العميان والمقعدين والمعاقين ومشوهي الحروب ، ولإيواء اليتامى واللقطاء ، ولتزويج البنات الفقيرات⁽⁷⁷⁾ وحتى تطيب الحيوان⁽⁷⁸⁾ .

ومن الطريف ، أن وقف المرج الأخضر بدمشق كان وقفاً للحيوانات المريضة العاجزة تظلّ ترعى فيه حتى تموت . كان وقف القطط في سوق ساروجة خاصاً بإيواء الحيوانات الأليفة في البيوت .

وأكثر طرافة ، ما رُوي عن وقف « نقطة الحليب » الذي وقفه في قلعة دمشق الملك صلاح الدين الأيوبي ، وقد خُصص لإمداد الأمهات بالحليب والسكر لتغذية أطفالهن ، وذلك أنه جعل في أحد أبواب القلعة المذكورة مكاناً يسيل منه الحليب ، وآخر يسيل منه ماء مُذاب بالسكر ، وقد عيّن للأمهات يومين في الأسبوع ليأخذن خلاصتهما من الوقت حاجتهن من السكر والحليب .

وقد خصصت كذلك أوقاف لسقاية العطشان ، ولإطعام الفقير الصائم ساعة الغروب في رمضان ، ووُقيت حدائق بجميع أشجارها المثمرة ليأكل منها كل عابر سبيل⁽⁷⁹⁾ .

ومن الفقهاء ، كالقرطبي وأبي سعيد الخدري ومجاهد ، ما يذهب إلى أنه إذا حان وقت الحصاد وجني الثمار ولم يجد بعض الناس ما يدفعونه ثمناً لتذوّقه ، فلهم أن يأكلوا منه بالمعروف⁽⁸⁰⁾ .

فهل أرقى وأجمل من هذه الصور والتطبيقات الإسلامية لمبدأ التضامن الإجتماعي في دولة الإسلام الذي لم يترك كبيرة ولا صغيرة إلاّ واهتم بتأمين احتياجاتها ؟ وهل نجد ما هو قريب منها في أي نظام تضامن إجتماعي وضعي ؟

(77) الدكتور عبد الله الخالدي : شذرات في مادة النظم الإسلامية ص 102 .

(78) الشيخ الدكتور صبحي الصالح : الإسلام ومستقبل الحضارة ص 117 .

(79) الشيخ الدكتور صبحي الصالح : الإسلام ومستقبل الحضارة ص 117 .

(80) هذا ما جاء عند الاستاذ علي علي منصور ص 72 .

86 - (ثالثاً) - معالم القانون المختلط الإسلامي وفرعيه :

أ - قانون أصول المحاكمات المدنية الإسلامي :

لم يفصل الفقهاء المسلمون قواعد المحاكمات والإجراءات عن مسائل الموضوع ، وإنما جمعوا قواعدهما في مختلف الأبواب الفقهية . وما كان عندهم كثير من المصطلحات المعروفة في زماننا كأصول المحاكمات أو الإجراءات والتنظيم القضائي والإختصاص ، وقد عالجوا المسائل المتعلقة بهذه الموضوعات في أبواب الدعوى والشهادة والإقرار والبيئة والقضاء وآداب القاضي⁽⁸¹⁾ .

وإذا كان الفقه الوضعي يُدخل في نطاق هذا الفرع من فروع القانون المختلط موضوعات ثلاثة هي : تنظيم السلطة القضائية ، واختصاص المحاكم ، والأصول والإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحاكم ، فإننا نستقصي معالم هذه الموضوعات في الفقه الإسلامي ، وذلك على النحو الآتي :

1 - تنظيم السلطة القضائية في الإسلام :

تتولّى السلطة القضائية في الأصل الفصل في المنازعات التي تُرفع إليها من الخصوم ، وتطبيق حكم القانون عليها ، إقامة لميزان العدالة على وجه الأرض وإحقاقاً للحق بين المتقاضين .

ويرتكز التنظيم القضائي الوضعي على عدد من المبادئ العامة الأساسية التي من شأنها تحقيق عدالة فُضلى . وتقوم هذه المبادئ على اعتبارين رئيسيين : الأول ، أن القضاء هو إحدى السلطات الثلاث في الدولة ، بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية . والثاني ، أنه مرفق عام يستهدف توطيد أسس العدل بين أفراد المجتمع .

وتتمثل أسس التنظيم القضائي الحديث بالمبادئ التالية : 1 - إستقلال السلطة القضائية . 2 - المساواة أمام القضاء . 3 - التفريق بين إختصاص المحاكم . 4 - التقاضي على أكثر من درجة . 5 - تعدد القضاة والقاضي الفرد . 6 - إستقرار المحاكم في مراكزها وإستمرار العمل القضائي . 7 - واجب القاضي في إصدار الحكم وتعليله . 8 - وجود معاونين للقضاء . 9 - علانية المحاكمة . 10 - كفاءة القاضي ونزاهته⁽⁸²⁾ .

وفي دراستنا للسلطة القضائية في الإسلام ، سوف نتحرّى عن هذه المبادئ لنرى

(81) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية ص 117-178 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 127 - 128 .

(82) يُراجع في عرض هذه المبادئ : الدكتور إدوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات جزء 2 (1978) ص 22 وما بعدها ، بيروت .

مدى الأخذ بها في الإسلام⁽⁸³⁾ ، ومدى سموها فيه على الرغم من أن أسس القضاء الإسلامي وضعت منذ أربعة عشر قرناً ونيف .

تجدر الإشارة بدايةً إلى أن موضوع القضاء في الإسلام من أهم الموضوعات التي حوتها كتب الفقه والتاريخ الإسلامي ، وأنه كان موضع إهتمام الفقهاء في كل العصور الإسلامية فكتبوا عنه كثيراً في مؤلفاتهم الفقهية العامة ، ومنهم من اهتم به أكثر فخصّص له مؤلفاً خاصاً به⁽⁸⁴⁾ .

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، التقليدي والحديث ، إلى أن القضاء في الإسلام مؤسسة إسلامية عربية خالصة لم يشبها شيء مما كان عند الأمم الأخرى ، وأن الشريعة الإسلامية هي التي وضعت ، بما جاء في القرآن والسنة النبوية ، قواعد هذه المؤسسة ونظامها . وأن المسلمين قد طبقوا نظام القضاء تطبيقاً إسلامياً خالصاً ، دون أي نقل أو اقتباس أو تقليد⁽⁸⁵⁾ .

وفي خصوص التحري عن المبادئ السابقة التي يأخذ بها القضاء الوضعي ، نجد الحال في القضاء الإسلامي على النحو الآتي :

1 - إستقلال السلطة القضائية في الإسلام⁽⁸⁶⁾ : لقد تحقق إستقلال السلطة القضائية الإسلامية عن السلطات الأخرى منذ أربعة عشر قرناً بعمل قضاة السلف وبأقوال أئمة المذاهب .

ويشهد على ذلك خضوع الخلفاء في خصوماتهم لصلاحيية القضاء ، إذ لم يكن للخليفة أو الإمام أن يقضي لنفسه ، كما لا يجوز له أن يشهد لنفسه . لذلك لجأ الخلفاء في خصوماتهم إلى سلطة القاضي ، وكانوا لا يرون أي نقيصة أو غضاضة في ذلك . بل كان ذلك يصممهم بالعدالة والنزاهة ، ويضمن للرعية المساواة بهم .

ومن الأمثلة الرائعة على ذلك قضية للخليفة عمر رضي الله عنه مفادها : أنه أخذ فرساً من أعرابي لتجربته قبل شرائه ، فحمل عليه عمر وعطب الفرس . ولما خاصمه الأعرابي ، مطالباً إياه بالثمن ، إتفقا على تحكيم القاضي شريح . وحكم هذا ، بعد سماع الطرفين ، على الخليفة بدفع الثمن ، قائلاً له : « أخذته صحيحاً سالماً ، فأنت له ضامن »

(83) لمزيد من التفصيل ، يراجع : كتابنا « القضاء والعرف في الإسلام » ، مؤسسة مجد بيروت 1986 ، الفصل الأول ص 11 - 140 .

(84) يُراجع كتابنا « القضاء والعرف في الإسلام » ص 12 المتن والهامش ، المرجع السابق .

(85) مؤلفنا السابق ص 42 - 43 .

(86) يُراجع في مبدأ فصل السلطة القضائية عن السلطات الأخرى المباحث اللاحقة رقم 11 نبذة 20 ورقم 20 نبذة 2 .

حتى تردّه سالماً» والعبرة من هذه القضية أن خليفة المسلمين رَضَخَ لحكم القضاء الذي لم يتأثر إلا بحكم القانون .

وكذلك ، فقد رُوي أن الإمام عليّاً رضي الله عنه ، لما رجع من قتال معاوية ، وجد درعه المفقودة بيد رجل يهودي كان يسعى لبيعها ، ولما أصرّ هذا على أن الدرع له ، إختصم الإثنين أمام القاضي شُريح . فطلب هذا القاضي من الإمام علي أن يُثبت دعواه . فأتى بخادمه قبر وإبنه الحسن شاهدين . فرفض القاضي شهادة الابن لوالده ؛ فقال علي : « سبحان الله ، رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته . سمعت رسول الله يقول : الحسن والحسين سيّدا شباب أهل الجنة » . ولما أصرّ القاضي على موقفه ، طلب الإمام علي من اليهودي أن يأخذ الدرع ، لأنه لم يكن له شهود غير من ذُكر . فما كان من المدعى عليه إلا أن تأثر بهذا العدل ، وباحترام الإمام علي لإستقلال القضاء . فقال : « أشهد أن الدرع لك ، وأن دينكم هو الحق . قاضي المسلمين يحكم على أمير المؤمنين ويرضى . أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً رسول الله » . فسرّ الإمام علي بإسلام اليهودي ، ودفع إليه الدرع تبرعاً ، ثم توجه هذا مع علي ، يُقاتل معه في النهروان حتى استشهد .

ويروي قاضي القضاة أبو يوسف عن نفسه أنه جاءه رجل يدّعي على الخليفة أن له بستاناً في يد الخليفة ، فأحضر الخليفة إلى مجلس القضاء ، وطلب من المدعي البينة على دعواه فقال : غَصَبه المهدي مني ولا بينة لديّ وَلِيَحْلِف الخليفة ، فقال الخليفة البستان لي إشتراه لي المهدي ولم أجد به عقداً . فوجه القاضي أبو يوسف إلى الخليفة اليمين ثلاث مرّات ، فلمّا لم يُحْلِف قضى بالبستان للرجل المدعي .

ورُوي أيضاً أن قاضي المدينة محمد بن عمران ، عندما أقام الحمالون الدعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور ، سأله المُنَادِي في المحاكمة بأي شيء أنادي : أبألخليفة أم بإسمه ؟ قال القاضي : بإسمه . فناداه فتقدّم إليه ، فقضى عليه .

2 - المساواة أمام القضاء الإسلامي : ⁽⁸⁷⁾ على القاضي أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالخصوم أثناء المحاكمة . ومعنى ذلك في الفقه الإسلامي التسوية بين الخصوم في المدخل واللحظ واللفظ والمجلس ، ومن دون تمييز بين الشريف والمشروف ، والحرّ والعبد ، والمسلم وغير المسلم . فقد رُوي عن الخليفة عمر أنه تقاضى وأبى بن كعب إلى القاضي زيد بن ثابت ، في قضية بينهما . فقصداه في داره ، فقال زيد لعمر : « لو أرسلت إليّ لجئتكَ » . فقال عمر : « في بيته يُؤْتَى الحكم » . فأخذ القاضي زيد وسادته

(87) يُراجع في ذلك كتابنا في القضاء في الإسلام ، السابق ذكره ، ص 60 - 61 .

ليجلس عليها الخليفة عمر ، فقال عمر : « هذا أول جورك ، سو بيننا في المجلس » ، فجلسنا بين يديه وسارت المحاكمة على أساس المساواة في المعاملة بين الخصمين . وهذا يؤيد ما جاء في كتاب الخليفة عمر إلى قاضيه أبي موسى الأشعري حيث ورد فيه : « واس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يئأس ضعيف من عدلك » .

وشبيه بما ذكر أن رجلاً إدعى على الإمام علي رضي الله عنه ، إذ كان في مجلس عمر ، فالتفت عمر إلى الإمام علي وقال له : « قُم يا أبا الحسن ، فاجلس مع خصمك » . فقام علي ، فجلس معه ، وتناظرا . ثم انصرف المدعي ، ورجع الإمام علي إلى محله ، وهو ممقع اللون . ولما سأله عمر عما به ، أجاب : « كنتني بحضرة خصمي . هلاً قلت : قم يا علي ، فاجلس مع خصمك » . فاعتق عمر علياً ، وقبل وجهه ، وهو يقول : « بأبي أنتم ، بكم هدانا الله ، وبكم أخرجنا من الظلمة إلى النور » .

فهل أبلغ من هذه الأمثلة دليلاً على سمو عدالة القضاء في الإسلام ، حيث يقف فيه رئيس الدولة الإسلامية في المحاكمة جنباً إلى جنب مع أحد أفراد الرعية إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القضاء .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة 1799 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أن : « القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين . بناء عليه يلزم أن يُراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلال الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس »⁽⁸⁸⁾ .

3 - التفريق بين إختصاص المحاكم الإسلامية⁽⁸⁹⁾ :

سيأتي الكلام لاحقاً عن إختصاص المحاكم الإسلامية وأنواعه ، فلا لزوم هنا للتكرار .

4 - التقاضي على أكثر من درجة : الأصل في الأحكام القضائية أن تكون حاسمة للنزاع في درجة المحاكمة التي صدرت فيها . غير أنه لما كان هناك احتمال خطأ القاضي في حكمه ، جاز لقاضي القضاة أو من يستخلفه عنه أن ينظر في درجة ثانية في أحكام قضاة الدرجة الأولى ، فيبطل منها ما يحتاج إلى إبطال ، ويُعدّل ما يحتاج إلى تعديل ، ويُصدّق منها ما كان صحيحاً .

(88) يُراجع في ذلك كتابنا السابق ص 112 - 113 .

(89) يُراجع كتابنا السابق ص 98 - 108 .

وَيُروى أن الإمام علي عُرِضَتْ عليه قضية في اليمن ، فقال : « أَقْضِي بَيْنَكُمْ ، فَإِنْ رَضِيتُمْ فَهُوَ الْقَضَاءُ ، وَإِلَّا حُجِزَتْ بَعْضُكُمْ عَنْ بَعْضٍ حَتَّى تَأْتُوا رَسُولَ اللَّهِ لِيَقْضِي بَيْنَكُمْ » . فَلَمَّا قَضَى الْإِمَامُ عَلِيٌّ بَيْنَهُمْ أَبَوْا أَنْ يَتَرَاخَوْا وَأَتَوْا الرَّسُولَ أَيَّامَ الْحُجِّ وَعَرَضُوا عَلَيْهِ خُصُومَتَهُمْ وَكَيْفَ قَضَى عَلِيٌّ فِيهَا ، وَأَنَّ هَذَا الْحُكْمَ غَيْرُ سَلِيمٍ فِي نَظَرِهِمْ . وَبَعْدَ أَنْ سَمِعَ الرَّسُولَ مِنْهُمْ مَقَالَتَهُمْ أَجَازَ قَضَاءَ عَلِيٍّ ، وَقَالَ : « هُوَ مَا قَضَى بَيْنَكُمْ » .

ففي هذه القضية دليل على أن التقاضي في الإسلام عرف أكثر من درجة من درجات المحاكمة ، إذ ما جرى إنما هو أشبه بإستئناف الحكم الصادر عن درجة أولى أمام درجة محاكمة أعلى .

ومن قبيل ذلك ما رُوي أن القاضي عبيد الله بن الحسن قضى على عبد المجيد مولى بن قُشَيْرٍ في قضية - وكان جلدأ قاسي الكلام - فتظلم إلى أمير المؤمنين ، فكتب إلى عامل البصرة أن يجمع له الفقهاء ، لينظروا في قضيته ، فإن كانت صواباً أمضوها ، فنظروا فأروها صواباً ، وهذا بمثابة التظلم في الدعوى أمام درجة أعلى متعددة القضاة من نظر فيها أمام الدرجة الأولى .

وقد قال ابن فرحون في تبصرة الحكام : « ينبغي للإمام ولقاضي الجماعة تفقد أحوال القضاة وتصفح أقضيتهم فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه »⁽⁹⁰⁾ .

5 - تعدد القضاة والقاضي الفرد : الأصل في القضاء الإسلامي أن يكون قضاء قاض فرد . غير أن الفقه الإسلامي عرف وأجاز إشترك أكثر من قاض واحد في نظر بعض القضايا ، لأن القاضي نائب ووكيل عن ولي الأمر . ولما كان للموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالإنفراد ، فكذا في القضاء يصح إنابة ثلاثة قضاة مثلاً ليشتركوا مجتمعين في نظر بعض الدعاوى التي يجعل لهم ولي الأمر حق النظر فيها وعندئذ لا يصح لواحد منهم أن ينفرد بإستماع الدعوى أو الفصل فيها ، وإذا فعل أحدهم شيئاً من ذلك فلا اعتبار لما فعل ، لأن مجموعهم في هذه الحالة إنما هو عبارة عن الفرد الواحد إذ عقد الإنابة يُفيد أن كل واحد منهم يُعتبر معزولاً عن القضاء بمفرده لأنه لم يُنصب لذلك مستقلاً بل مشتركاً مع الآخرين ، وهذا مما يمكن فيه الإشترك .

وجاء في الفتاوى الهندية : « وإن قلّد السلطان قضاء ناحية إلى رجلين فقضى أحدهما لا يجوز كالوكيلين » .

والواقع أن كتب الفقه الإسلامي نقلت خلافاً حول تقليد قاضيين أو أكثر عملاً

(90) يُراجع في ذلك كتابنا السابق ص 136 - 139 .

واحداً في مكان واحد ، فبينما يميز ذلك الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية ، يعارضهم المالكية وبعض الشافعية⁽⁹¹⁾ .

6 - إستقرار المحاكم من حيث مكان القضاء وميعاده : عرف القضاء الإسلامي فكرة تخصيص مكان معين في البلد ، كالمسجد أو بيت القاضي أو سوق البلدة ، يجلس فيه القاضي للحكم بين الناس وتقام الدعوى لديه بحيث لا يتعداه إلى غيره .

ومن مقتضيات العدالة الإسلامية جلوس القاضي في مكان يسهل على المتقاضين الوصول إليه . لذا ، أنكر الخليفة عمر على أبي موسى الأشعري القضاء في داره ، وأمر بإضرامها عليه .

وقد كان الخلفاء الراشدون يجلسون للقضاء في المسجد ، لكنهم منعوا تنفيذ العقوبات فيه . وقد كان الإمام علي يقضي في مسجد الكوفة . وكذلك قضى الخليفة عثمان بن عفان بين سقائين في المسجد ثم اتخذ داراً خاصة للقضاء بين الناس . ولكن رُوي أيضاً أن عمر بن الخطاب كتب إلى قاضي الكوفة القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد ، لئلا يدخله الرعاع وغير الطاهرين .

وقد رُوي عن معظم قضاة السلف أنهم كانوا يقضون في المسجد . وكان شريح لا يقضي في بيته إلا في عيد الفطر أو في يوم ممطر . وقد ذكر أن القاضي إياس بن معاوية كان يقضي في سوق البصرة ، وأن القاضي يحيى بن عمر شوهد يقضي في السوق راكباً ، وأن عبد الله بن بريدة كان على حمار يطوف القرى يقضي بين الناس .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية : « ولو قلّد الحكم فيمن ورد إليه في داره أو في مسجده صحّ ، ولم يجز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده ، لأنه جعل ولايته مقصورة على من ورد إلى داره أو مسجده ، فلذلك صار حكمه فيهما شرطاً » .

وكذلك فقد عرف التنظيم الإسلامي فكرة تحديد ميعاد معين للقضاء ، يلتزم به القضاة للنظر في القضايا في أيام معينة من الأسبوع .

ويقول الماوردي في الأحكام السلطانية : « ولو قال قلّدتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز ، وكان مقصور النظر فيه ، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته لبقائها على أمثاله من الأيام » .

ويقول في أدب القاضي عند بحثه عن واجبات القاضي بعد دخوله البلد وقراءة

(91) يُراجع كتابنا السابق 97 - 98 .

مرسوم تعيينه أنه عليه أن يُقرر أمرين : أحدهما مكان القضاء . والثاني ، أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ، ليتأهبوا - أي المتقاضون - فيه للتحاكم إليه .

« فإن كثرت المحاكمات ، ولم يتسع لها بعض الأيام ، لزمه النظر في كل يوم . ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ، ليكون باقيه مخصوصاً في أمور نفسه وراحته ودعته » .

ويقول في موضع آخر : « يجعل - القاضي - يوم جلوسه للحكم العام معروف الزمان والمكان ، ولا يخلّ بيوم في كل أسبوع . فإن وردت فيما عداه أحكام خاصة لم يؤخرها إنْ أضرّت ، وكان فيها بين أن يستخلف من ينوب عنه في النظر فيها بنفسه ، بعد أن يستكمل الراحة والدعة ، لئلا يُسرّع إليه ملل ولا ضجر »⁽⁹²⁾ .

7 - واجب إصدار الحكم وتعليقه : الأصل في القضاء الإسلامي أنه متى أصبحت الدعوى جاهزة للحكم ، وجب على القاضي أن يحكم فوراً دون تأخير ، وإلا فإنه يكون أثماً ، بل ويستحق العزل ، لما يترتب على تأخير الحكم من الإضرار بالناس ، وتعطيل مصالحهم ، وضياع حقوقهم .

ولم يكن للحكم صيغة معينة ، وكل ما يُشترط فيه أن يكون قاطعاً لا تردد فيه ، أي يجب أن يُبنى على اليقين وليس على مجرد الظن والإحتمال .

ومن واجب القاضي كذلك أن يجتهد رأيه وصولاً إلى إحقاق الحق ، وأن يحكم وفقاً لقناعته الذاتية .

وقد تنبّه القضاة في عهد الأمويين إلى ضرورة تسجيل الأحكام ، وكان أول حكم قضائي سُجِّل ، هو الذي أصدره قاضي مصر سليم بن عتر ، في خلافة معاوية ، في قضية ميراث تخاصم إليه الورثة ثم تناكروا الحكم الصادر واختلفوا ، فعادوا إليه فحكم بينهم وسجّل الحكم⁽⁹³⁾ .

8 - وجود معاونين للقضاء : وقد عرف القضاء الإسلامي نظام مساعدي ومعاوني القضاء . وكان هؤلاء المساعدون يتألفون من الأشخاص التالية : كاتب الجلسة ، والمُنَادِي ، والحاجب ، والوكيل بالخصومة ، والقسّام أو خبير القسمة ، والحارس القضائي ، والكاتب بالعدل⁽⁹⁴⁾ .

(92) يُراجع في ذلك : كتابنا السابق ص 95 - 97 .

(93) يُراجع : كتابنا السابق ص 131 و133 و134 .

(94) يُراجع في تفصيل ذلك : كتابنا السابق ص 85 - 94 .

9 - علانية المحاكمة الإسلامية : إنَّ الذي كان عليه قضاء النبي محمد ﷺ والخلفاء من بعده ، هو العلانية في المسجد أو في مكان عام كالسوق ، أو مكان القضاء بحيث لا يُمنع أحد من دخوله . فالأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية حتى تكون الدعوى معلومة فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى إليه ، إلا إذا رأى القاضي نظر الخصومة بعد ذلك في جلسة خاصة تقتضي ذلك .

وكان القاضي شُرَّيْح إذا جلس للقضاء ، يُنادي منادٍ من جانبه : يا معشر القوم ، إعلموا أن المظلوم ينتظر النصر ، وأن الظالم ينتظر العقوبة ، فتقدموا يرحمكم الله (95) .

10 - كفاءة ونزاهة القاضي في الإسلام : ينظر الناس إلى القضاء والقاضي ، في كل المجتمعات والأزمان ، بعين الإحترام والتقدير .

وقد وضع البعض القاضي بعد النبي ، ووضعه البعض الآخر فوق الوزارة .

وقد أظهر الخلفاء الإحترام الكبير لمنصب القاضي ، وحَفَّوه بكثير من الإجلال والإحترام حتى قيل أن الخليفة كان حين يُلقَى خطبته يُوجِّه رأسه نحو القاضي ليعلم الناس بأهميته .

وإنَّ أقدم نص مدوّن يتضمن الصفات المطلوبة في القاضي هو الذي كتبه الإمام علي رضي الله عنه حوالي عام 40 هي / 660 ميلادي إلى القاضي الأشتر النخعي ، حين ولّاه على مصر ، وقد جاء فيه بخصوص صفات القاضي : « إختَرُ للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ، ممن لا تُضيق به الأمور ، ولا تُمَحِّكه الخصوم (96) ، ولا يتسأدى في الزَّلَّة ، ولا يُحْصَر من الفيء (97) إلى الحق إذا عَرَفَه ، ولا تُشرف نفسه على طمع ، ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه ، وأوقفهم في الشبهات ، وأخذهم بالحجج ، وأقلهم تبرماً بمراجعة الخصم ، وأصبرهم على تكشف الأمور ، وأصرمهم عن إتضاع الحكم ، ممن لا يزدهيه إطرأ ، ولا يستميله إغراء وأولئك قليل » .

ثم يُشير إلى ضرورة كفايته وإعلاء قدره : « ثُمَّ أَكْثَرُ تَعَاهُدُ قَضَائِهِ (98) ، وافسخ له في البذل ما يُزيل علته ، وتقلَّ معه حاجته إلى الناس ، وأعطِهِ من المنزلة لديك ، ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك » .

(95) يُراجع كتابا السابق ص 110 و 111 .

(96) لا تُمَحِّكه الخصوم : أي لا تجعله لجوجاً في الخصومة .

(97) أي لا يَمَلَّ من الرجوع .

(98) أي تَطَّلَع على أحكامه وأقضيته .

وأما ما يشترطه الفقه الإسلامي من صفات في القاضي فيتلخص بالآتي :

أولاً - أن يكون بالغاً ، فلا يصح تعيين الصبي في القضاء ، وأن يكون رجلاً فلا يصح تعيين المرأة في القضاء عند الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد . وقد خالف في ذلك أبو حنيفة ، وقال أنه يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها عنده تصح في كل شيء إلا في القضايا الجزائية . وأما ابن جرير الطبري فقد أجاز للمرأة القضاء في كل شيء للرجل أن يقضي فيه دون استثناء شيء ، وقاس ذلك على جواز إفتائها ، إذ تجوز منها الفتوى في كل المسائل الفقهية .

هذا ولم تتطلب مجلة الأحكام العدلية العثمانية في القاضي كونه رجلاً ، على الرغم من مشاركة كبار العلماء المسلمين في وضع هذه المجلة

ثانياً - العقل ، إذ ينبغي أن يكون القاضي صحيح التمييز ، جيد الفطنة ، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل .

ثالثاً - أن يكون مسلماً ، لأن الإسلام شرط في جواز الشهادة على المسلم . وقد أجاز الحنفية تعيين غير المسلم في القضاء على غير المسلمين ، لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة وغير المسلم أهل للشهادة على أبناء طائفته .

ويقول البعض أنه طالما أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الطلاق وما يتعلق بها ، وما دام أن القضاء أساسه الشهادة عند الأحناف ، فإنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز عليه شهادته . وأنه يمكن بالتالي فهم السياسة القضائية التي تتبعها بعض الدول العربية والإسلامية من حيث جواز تولية القضاء لمواطنيها بصرف النظر عن ديانتهم ، وشمول ولاية القاضي جميع المواطنين من مسلمين وغيرهم .

ويبدو أن الرأي الأخير هو ما انتهت إليه اللجنة العلمية الإسلامية التي وضعت مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، فلم تشترط في المادة 1794 الخاصة بصفات القاضي كونه مسلماً ، كما أن المادة 1705 الخاصة بالشهادة فسّرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات دون اشتراط الإسلام لصحتها .

هذا كله بالنسبة إلى قضاء غير المسلم على المسلم ، أي مدى جواز الحكم عليه بالفعل . أما من ناحية صلاحية غير المسلم لتولي القضاء ، فإن المفتي به أنه أهل للتولية ، ولذا فإن عين ولي الأمر غير المسلم في القضاء ، ثم أسلم وقضى بين المسلمين صح قضاؤه دون حاجة إلى تولية جديدة .

رابعاً - العدالة بأن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، مأموناً في الرضا والغضب .

خامساً - أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية . والعلم بالأحكام الشرعية يتطلب العلم بأصول الشريعة وفروعها .

سادساً - السلامة في السمع والبصر والنطق ، لأن الأخرس لا يُمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته ، والأصم لا يسمع قول الخصمين ، والأعمى لا يتكشّف الخصوم . أما سلامة الأعضاء فغير مُعتبرة فيه ، فيجوز أن يقضي القاضي وإن كان مُقعداً ، وإن كانت السلامة من العاهات أهيب له⁽⁹⁹⁾ .

ولقد أوجب العلماء التحقيق عن المرشّح لمنصب القضاء قبل تعيينه ، وربما أضافوا إلى التحقيق « الإختبار » في بعض الأحوال .

وقد جاء في شرح أحكام المادة 1792 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، أنه لما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء ويُنبّوه ، وقد ورد عن النبي ﷺ قوله : « مَنْ قَلَدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مِنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ » .

وجاء أيضاً في شرح المادة 1793 من ذات المجلة ، أنه ابتداءً من سنة 1331 هجرية مُنِعَ توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء ، لأنه ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم غير العدل⁽¹⁾ .

وأما عن حَيَدة ونزاهة القاضي في الإسلام ، فالأمثلة عليها كثيرة وقد كان القاضي يرفض تدخّل الولاة وشهادة قادتهم ، كما أنه كان يرفض الشفاعة في القضاء ، وكان لا يقبل كتاباً إلّا في مجلس القضاء .

وكان القاضي في آدابه الخاصة بحياته لا يبيع ولا يبتاع بنفسه ، ولا يذهب إلى ضيافة أحد الخصمين ، كما أنه لا يُدخل أحد الخصمين إلى بيته ، ولا يُبدي رأيه فيما يُنظر أمامه⁽²⁾ .

وكان يمتنع عن قبول الهدايا : وقد رُوِيَ عن النبي أنه استعمل رجلاً من بني الأسد

(99) يُراجع في كل ذلك كتابنا السابق ص 42 - 48 .

(1) يُراجع في ذلك : كتابنا السابق ص 54 - 55 .

(2) يُراجع : كتابنا السابق ص 62 - 69 .

على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا أهدي لي . فقام النبي ﷺ على المنبر وقال : ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول : هذا لكم ، وهذا أهدي لي ؟ ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة .

وقد عقد البعض فصلاً خاصاً سَمَّاه « مهادة قضاة الأحكام » جاء فيه : « وأما قضاة الأحكام ، فالهدايا في حقهم أغلظ مأثماً ، وأشدَّ تحريماً ، لأنهم مندوبون لحفظ الحقوق على أهلها دون أخذها . . . وقد رُوِيَ عن النبي أنه قال : « لَعَنَ الله الراشي والمرتشي في الحكم » « فخصَّ الحكم بالذكر لإختصاصه بالتغليظ »⁽³⁾ .

2 - إختصاص المحاكم الإسلامية وأنواعه⁽⁴⁾ :

في بادئ الأمر كان القاضي الإسلامي يتولى النظر في جميع القضايا التي تعرض عليه ، سواء أكان النزاع مدنياً ، أو جزائياً ، أو إدارياً ، أو يتعلق بالأحوال الشخصية ، أو غير ذلك مما يمكن أن ينظر فيه القضاة .

غير أنه لما اتسعت مساحة الدولة الإسلامية ، وتكاثر عدد سكانها ، وازدادت الخلافات ، وتشتَّعت القضايا ، دعا ذلك ولاية الأمر الى تخصيص بعض القضاة ، بنوع معين من القضايا .

ولقد كانت إختصاصات المحاكم الإسلامية على النحو الآتي : أولاً - الإختصاص النوعي . ثانياً - الإختصاص حسب قيمة الدعوى . ثالثاً - الإختصاص الشخصي للمحاكم . رابعاً : الإختصاص المكاني للمحاكم .

أولاً - الأختصاص النوعي للمحاكم الإسلامية : ويقصد بذلك إختصاص القاضي بنوع واحد من القضايا ، ويمكن تصنيف هذه الإختصاصات ، مقارناً مع القانون الوضعي ، على النحو الآتي : القضاء المدني ، والقضاء المستعجل ، وقضاء الأحوال الشخصية والموارث ، والقضاء الجزائي ، والقضاء الإداري أو قضاء المظالم .

وقد تكلمنا عن القضاء الجزائي والقضاء الإداري عند الكلام عن القانون الجزائي الإسلامي والقانون الإداري الإسلامي . ويبقى أن نتكلم بإيجاز عن الأنواع الأخرى .

أ - القضاء المدني : ويختص بالنظر في القضايا المدنية ، ومنها : فصل المنازعات

(3) يُراجع في ذلك كتابنا السابق ص 67 - 68 .

(4) يُراجع كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 98 - 108 .

وتثبتت الحقوق عند التناكر من ديون في الذمم وأعيان في اليد ، واستيفاء الحقوق بعد تثبيتها من مطل بها وإيصالها الى مستحقها أي بتسليم الأعيان أو حبس المحكوم عليه لإخراج ما كان في ذمته ، والنظر في العقود من بيع وغيره للفصل في صحتها أو فسادها ، وفصل التشاجر في حقوق الأملاك من الشفعة والمياه والحدود والاستطراق أي حق المرور ، وكذلك النظر في مخارج الأبنية والأجنحة الى الطرقات إذا جاء فيها متظلم أو إذا استوجبت إجهاداً ، وإلا دخلت في اختصاص المحتسب أو قضاء المخالفات .

ب - القضاء المستعجل : من خلال فكرتين وردتا في كتاب أدب القاضي للماوردي ، يمكن القول أن هذا الإمام القاضي والفقيه قد تصور وجود قضاء مستعجل في الإسلام ، هذا القضاء الذي يقوم في القانون الوضعي على عنصر العجلة في القضية وضرورة السرعة في البت فيها ، منعاً للضرر .

فقد قال الماوردي في الجزء الأول من كتابه⁽⁵⁾ في معرض بحث زمان القضاء : « فإن تجدد في غير يوم النظر ما لم يكن تأخير فيه ، نظر فيه ولم يؤخره » . وقال في الجزء الثاني⁽⁶⁾ : « فإن وردت فيها عداة أحكام خاصة ، لم يؤخرها إن أضرّت ، وكان فيها بين أن يستخلف من ينوب عنه في النظر ، ويبين أن ينظر فيها بنفسه » .

ج - قضاء الأحوال الشخصية والموارث : ويشمل النظر في القضايا التالية : الولاية على الأيامي في عقود نكاحهن من أكفأتهن عند عدم وجود أولياء لهم ، والولاية على فاقدية الأهلية من الصغار والمجانين والمحجور عليهم من السفهاء وكذلك حفظ أموال الغائبين ، وتقدير نفقة الزوجة والأقارب والحكم بها ، والنظر في الأوقاف والوصايا ، وتوزيع الموارث .

وقواعد الإرث ضرب من الرياضيات ، لا يمكن إتقانها إلا بعد تمرين وممارسة . ولقد كان الإمام علي بن أبي طالب من أعلم الصحابة بالموارث . ولهذا قال النبي ﷺ عنه : « أقضاكم علي » .

وقد عُرف في بعض فترات التاريخ الإسلامي أن وجد قاض متخصص في الموارث ، فقد ذكر الكندي : « أن أبا الجيش فوّض الى القاضي محمد بن عبده بن حرب مع القضاء النظر في المظالم والموارث »⁽⁷⁾ .

(5) الإمام الماوردي : أدب القاضي ج 1 قم 247 ص 196 .

(6) الإمام الماوردي : أدب القاضي ج 2 رقم 2946 ص 244 .

(7) الكندي : الولاية والقضاء ص 516 .

ثانياً - الاختصاص حسب قيمة الدعوى : عرف التنظيم القضائي الإسلامي كذلك تخصيص القاضي بنوع من القضايا التي تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغاً معيناً ، كما هو معمول به حالياً في القانون الوضعي . فهذا الخليفة عمر بن الخطاب يقول لأحد قضاة حين عينه : « رد عني الناس في الدرهم والدرهمين » .

ويقول الإمام الماوردي في بحث النظر الخاص أو تحديد سلطات القاضي⁽⁸⁾ : « فأما النظر الخاص ، فهو أن يقلد النظر . . . في نصاب مقدر من المال لا يتجاوزه ، فهذا جائز ويكون النظر على ما قلد . قال أبو عبد الله الزبيري : لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في مايتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له » .

وقال أيضاً⁽⁹⁾ : « وإذا قلد النظر في نصاب مقدر بمائتي درهم فنظر فيها بين خصمين ، جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا المقدار ، وثالثة .

ثالثاً - الاختصاص الشخصي للمحاكم الإسلامية : الاختصاص قد يكون محدوداً بالأشخاص كأن يقتصر على بعض أهل البلد : كأن يكون القاضي للعرب أو للعجم فقط دون غيرهم⁽¹⁰⁾ ، أو أن يكون قاض للجنود دون غيرهم .

وقد خصص قضاة للجنود أو العسكر ، فقد ذكر القلقشندي⁽¹¹⁾ : « وإن كان قاضي عسكر ، وصي بنحو ما يوصى به القاضي ، وأن يتخذ معه كاتباً يكتب للناس . وأن يقبل من الجنود من كان ظاهره العدالة . وأن يكون له منزل معروف ، يقصد فيه إذا نصبت الخيام ، وأحسن ما يكون ذلك عند يمين الأعلام السلطانية » ثم أشار إلى بعض اختصاصاته فقال : « وأن يكون مستعداً للأحكام التي يكثُر فصلها في العسكر : كالغنائم ، والشركة ، والقسمة ، والمبيعات ، والرد بالعيب . وأن يسرع في فصل القضاء بين الخصوم ، لئلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب ومقدماته » .

رابعاً - الاختصاص المكاني للمحاكم الإسلامية : يقصد بالاختصاص المكاني للمحكمة أن يتقيد القاضي بالقضاء في بلدة معينة أو منطقة معينة ، فلا يكون له اختصاص على جهة أخرى غيرها .

(8) أدب القاضي ج 1 رقم 156 ص 173 .

(9) الماوردي : أدب القاضي ج 1 رقم 158 ص 174 .

(10) الدكتور صبحي محمدي : المجتهدون في الحق ص 137 .

(11) صبح الأعشى ج 11 ص 96 مذكور عند الاستاذ القاسمي (السلطة القضائية) ص 260 .

فقد جاء في تاريخ قضاة الأندلس⁽¹²⁾ : « المنصوص جواز قاضيين في بلد واحد أو أكثر ، كل مستقل ومختص بناحيته » . وجاء عند الماوردي⁽¹³⁾ : « ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة معينة منه ، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له ، وينظر فيه بين ساكنيه والطارئين إليه » .

والأصل في الاختصاص محكمة مقام المدعى عليه . يقول الماوردي في أدب القاضي : « فإن أراد الطالب (المدعي) أن يستعدي قاضي المطلوب (المدعى عليه) على خصمه ، وجب عليه أن يعديه ، ويحكم بينهما ، في جانبه ، لحصولهما في عمله » ثم أضاف : « فإذا اجتمعا - القاضيان - على سماع الدعوى ، تفرد بالحكم بينهما قاضي المطلوب (أي قاضي المدعى عليه) دون الطالب »⁽¹⁴⁾

3 - الاجراءات والاثبات والحكم⁽¹⁵⁾ :

أولاً - إجراءات المحاكمة الإسلامية : وتتلخص بالتهيء لمجلس القضاء بالصلاة والدعاء ، وارتداء ملابس القاضي ، والجلوس للقضاء بصفاء فكر وسكون قلب ، وإعلام الناس عن الشروع في المحاكمة ، والاحتفاظ بسمت ووقار القاضي ، وتنظيم إدخال الخصوم ، وسقوط سنة السلام والتحية في المحكمة ، وإنصاف الخصوم والعدل والمساواة بينهم في المحاكمة ، وسؤال الخصوم عن الدعوى وعدم تلقين القاضي للخصوم ، وتأمين حق الدفاع ، وسماع الشهود دون تعنيت أو تلقين أحدهم وضرورة كون الشهادة شفوية ، وضبط وقائع المحاكمة كتابة في محضر⁽¹⁶⁾ .

أصول المحاكمة في كتاب الخليفة عمر الى الأشعري⁽¹⁷⁾ : ويأتي ، بعد سنة النبي ﷺ ، على رأس النصوص الخاصة بأصول المحاكمات والقضاء في الإسلام ، الكتاب الذي قيل بأن الخليفة عمر بن الخطاب بعث به الى القاضي أبي موسى الأشعري . وقد قام بعض العلماء بترجمته الى اللغات الأجنبية بالنظر إلى أهميته . وقد اعتبره الفقهاء والمؤرخون من جملة النصوص الهامة ، التي تدل على سياسة القضاء وتنظيم الإجراءات في الإسلام .

(12) النباهي المالقي : تاريخ قضاة الأندلس ص 140 .

(13) الأحكام السلطانية ص 81 .

(14) أدب القاضي ج 1 ص 157 و 162 .

(15) كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 109 - 140 .

(16) يراجع بشأن تفصيل هذه الإجراءات : كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 109 - 116 .

(17) كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 116 - 118 .

وقد تضمن هذا الكتاب النص الآتي : « أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي اليك⁽¹⁸⁾ ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، واس⁽¹⁹⁾ بين الاثنين في مجلسك ووجهك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس وضع من عدلك . الفهم ، الفهم فيما يتلجلج في صدرك ، ويشكل عليك ، ما لم ينزل في الكتاب ، ولم تجر به سنة . واعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور بعضها ببعض ، فانظر أقرها الى الله ، وأشبهها بالحق ، فاتبعه واعمد إليه لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ، راجعت فيه نفسك ، وهديت فيه رشدك ، أن ترجع عنه ، فإن مراجعة الحق خير من التماهي في الباطل . المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلداً واحداً ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو ظنياً في ولاء أو قرابة . واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمداً ينتهي إليه ، أو بينة عادلة ، فإنه أثبت للحجة ، وأبلغ في العذر ، فإن أحضر بينة الى ذلك الأجل أخذ بحقه ، وإلا وجهت عليه القضاء . البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر . إن الله تولى منكم السرائر ، ودرأ عنكم الشبهات . وإياك والغلق⁽²⁰⁾ والضجر ، والتأذي بالناس والتنكر للخصم في مجالس القضاء التي يوجب فيها الله الأجر ، ويحسن فيها الذخر . فإنه من حسنت نيته ، وخلصت فيما بينه وبين الله ، كفاه الله ما بينه وبين الناس . والصلح جائز فيما بين الناس ، إلا ما أحل حراماً ، أو حرّم حلالاً . ومن تزين للناس ، بما يعلم الله منه غير ذلك ، شأنه الله ، فما ظنك بثواب غير الله في عاجل دنيا ، وأجل آخرة ، والسلام » انتهى كتاب الخليفة عمر .

ثانياً - الاثبات أمام القضاء الإسلامي : ⁽²¹⁾ لا بد للقاضي عند إجراء المحاكمة بين المتخاصمين ، وسماع المدعي وأدلته ، وسماع المدعى عليه ودفعه ، من معرفة حقيقة وقائع القضية وذلك بالاسعانة بوسائل الاثبات ، وتسمى البيّنات والبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره .

واستثبات الوقائع بطرق البيّنات أمر لازم لإحقاق الحق ، وتفادي الظلم ، وكشف الإدعاءات الكاذبة . وقد تنبه النبي ﷺ الى ضرورة اشتراط الاثبات منعاً للظلم والتجني على الناس ، فقال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم »⁽²²⁾ . ومن القواعد الكلية في القضاء الإسلامي أن « الأصل براءة الذمة » وأن « البينة على المدعي » لاثبات ما يدعيه عكس هذا الأصل .

(18) أي فاسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده .

(19) أي سؤ بين الاثنين .

(20) الغلق : الغضب .

(21) كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 119 - 130 .

(22) صحيح مسلم 5 / 128 .

وهذه القاعدة ، المعروفة اليوم في القوانين الحديثة ، تُعتبر من المسلمات الفقهية في الإسلام . وتعد من الضمانات القضائية الأساسية ، ومن متفرعات الحرية الشخصية . فبمقتضى هذه القاعدة ، يعتبر الإنسان بريئاً من أي جرم أو ذنٍ أو إلترام ، ومن ثم لا يطاله عقاب ولا يجبر على أداء أي شيء أو عمل ، إلا لسبب مستند الى دليل حاسم يبلغ حد اليقين .

وطرق الاثبات في الاسلام عديدة أهمها : الإقرار ، والبيئة الشخصية أو شهادة الشهود ، واليمين ، والقرائن ، والأدلة الحسية ، وغير ذلك⁽²³⁾ .

وفي صدد علم القاضي ، فمن القواعد الأساسية في المحاكمات والاثبات أن القاضي لا يحكم إلا بالدليل ، فلا يقضي بعلمه مطلقاً . والقول المشهور عن الخلفاء أبي بكر وعمر وعلي ، أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي ، إلا إذا كان معه شاهد آخر يعزز هذا العلم . وكذلك هو مذهب الإمام مالك والمتأخرون من الفقهاء .

والقضاء في الإسلام مبني على البيّنات الظاهرة فهي بصورة عامة ، صحيحة ، على الأقل في الظاهر . وإذا لم تكن كذلك ، فيبقى المحكوم له مسؤولاً ديانة . وهذا معنى الحديث النبوي : « نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » . وهو أيضاً معنى قول عمر : « إنما نأخذكم بما ظهر لنا من أعمالكم » .

ثالثاً - إصدار الحكم وطرق الطعن في الإسلام⁽²⁴⁾ :

الأصل في القضاء الإسلامي وجوب إصدار الحكم فور انتهاء المحاكمة ، غير أنه بإمكان القاضي التريث بإصدار الحكم ، للتوسع في التحقيق أو بسبب التأجيل أو زيادة التدقيق أو أملاً بالصلح .

والأصل كذلك أن الاجتهاد بالرأي والقناعة بالقرار لازمان للحكم ، فضلاً عن استهدافه للحق والعدل . وقد عُرف تسجيل الأحكام في سجل خاص أيام الأمويين

كما أنه توجد أسس لطرق الطعن المختلفة في الفقه الإسلامي ، من اعتراض واستئناف ونقض وإعادة محاكمة . وقد وقع كثير منها في العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة ، وما جد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده ، وإن لم يكن قد عُرف للفقهاء المسلمين القدامى بالشكل الدقيق الحالي ، إلا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تنافيه

(23) يراجع بالتفصيل : كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 120 - 130 .

(24) يراجع بالتفصيل : كتابنا : القضاء والعرف في الإسلام ص 131 - 140 .

بل تتفق معه⁽²⁵⁾ .

ب - القانون الدولي الخاص الإسلامي⁽²⁶⁾ :

كذلك الأمر فيما يخص هذا الفرع من فروع القانون ، فإن الفقهاء المسلمين لم يفصلوا موضوعاته عن موضوعات القانون الدولي العام الإسلامي ، وإنما ذكروها معاً في أبواب السير والمغازي والجهاد والغنائم والأمان وعقد الذمة واختلاف الدين واختلاف الدارين⁽²⁷⁾ .

وإذا كان القانون الدولي الخاص الوضعي يهتم بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي والقانون الذي يحكمها ، وموضوع الجنسية ، ومركز الأجانب ؛ فإن الفقه الإسلامي تناول هذه الموضوعات أيضاً وإن بصياغة مختلفة في الألفاظ والمصطلحات .

ففي الفقه الإسلامي توجد فكرة محددة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي والقانون الذي يحكمها ، وعن الجنسية الإسلامية ، وعن مركز الأجانب في دار الإسلام .

وتتمثل فكرة القانون الدولي الخاص في الفقه الإسلامي في الآتي⁽²⁸⁾ :

يقسّم الفقه الإسلامي العالم الى قسمين كبيرين ، هما : دار الإسلام ، والدار الأجنبية التي قد تسمى دار الحرب إذا لم يكن السلام مستتباً بينها وبين دار الإسلام . ولا يسلم الفقه الإسلامي بتكافؤ الشرع الإسلامي ، وهو شرع سماوي منزل ، مع غيره من الشرائع أو القوانين . لذلك لا يرى الفقهاء المسلمون جواز تطبيق القاضي المسلم لقانون غير إسلامي . ويعني ذلك أن العلاقات ذات العنصر الأجنبي لا تُحكم - بنظر الفقه الإسلامي - بقواعد إسناد تؤدي الى تطبيق قوانين أجنبية ، وإنما قرر الفقهاء المسلمون قواعد موضوعية خاصة لبعض العلاقات بين غير المسلمين تختلف عن القواعد الشرعية العامة ، وذلك كجواز ملكية غير المسلم للخمر والخنزير مع أنه لا يجوز ذلك للمسلم ، وكعدم جواز التعرض لزواج غير المسلمين ولو كان الزواج فاسداً في حكم الشرع الإسلامي .

(25) الدكتور محمد سلام مذكور : القضاء في الإسلام ص 58 .

(26) الدكتور أحمد مسلم : القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ص 18 و 20 - 21 و 37 و 110 و 156 - 157 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 59 ص 130 - 131 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي رقم 172 ص 120 - 122 ؛ الدكتور عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام .

(27) الإمام أبو الأعلى المودودي : نظرية الإسلام وهدية ص 117 .

(28) الدكتور أحمد مسلم : ذات المرجع رقم 12 ص 18 - 21 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : ذات المرجع ص

وفكرة الجنسية في الفقه الإسلامي ليست مبنية على الدين وحده . ذلك أن أهل دار الإسلام فئتان : المسلمون أينما كانوا ، وغير المسلمين الذين يقيمون في دار الإسلام إقامة دائمة ويسمون بالذميين ، فهؤلاء لهم جنسية دار الإسلام ولو أنهم غير مسلمين . أما الأجنبي ، فلا يكون إلا غير مسلم ، فهو من كان من أهل دار الحرب أو من أهل دار أجنبية بينها وبين دار الإسلام معاهدة سلام . فالحريون والمعاهدون هم الأجانب في نظر الفقه الإسلامي .

ويجوز تعامل المسلمين ، وأهل دار الإسلام عموماً ، مع الأجانب وخاصة المعاهدين ، فتكون العلاقات ذات عنصر أجنبي بمفهوم القانون الدولي الخاص الحديث .

بل إنه يجوز دخول الأجنبي غير المسلم دار الإسلام للتجارة أو الزيارة، ويسمى عندئذٍ « مستأماً » وتجوز له الإقامة في دار الإسلام والتعامل فيها ، كما يجوز ذلك للأجانب عن الدولة في القوانين الحالية .

ونتكلم بإيجاز عن كل من الجنسية ومركز الأجانب والقانون الذي يحكمهم في الفقه الإسلامي .

1 - الجنسية في الفقه الإسلامي⁽²⁹⁾ :

الواقع أن الجنسية لم تتكامل لها أهميتها من الناحيتين السياسية والقانونية إلا في العصر الحديث ، وخاصة منذ الثورة الفرنسية . أما في العصور الوسطى في أوروبا ، فقد طمس النظام الاجتماعي الذي كان سائداً إذ ذاك فكرة الجنسية بإلصاقه الأتباع بالمقاطعة أو الأرض ، وبجعله الولاء المباشر للأمير الأقطاعي ، مما أضعف مفهوم الدولة والجنسية معاً .

وأما في الشرق ، فقد ساد الإسلام الذي اعتبر المسلمين « أمة واحدة » على اختلاف أجناسهم وألوانهم وديارهم ، والذي جعل دار الإسلام داراً للمسلمين وغير المسلمين من الذميين الذين يقيمون بها إقامة دائمة . ومفهوم هاتين القاعدتين أن فكرة الأمة في الفقه الإسلامي ليست مجرد فكرة اجتماعية كما هي في الفقه الوضعي ، وإنما هي فكرة قانونية ترتب عليها آثار أهمها أن المسلم لا يُعتبر أجنبياً في أي دولة إسلامية . ثم أن الجنسية الإسلامية من ناحية أخرى تشمل ، فضلاً عن المسلمين - غير المسلمين الذين يقيمون في دار الإسلام إقامة دائمة - والذين يسمون بالذميين ، أي أن الذميين يتمتعون بالجنسية

(29) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 22 ص 36 - 37 ؛ وبالتفصيل الدكتور عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين ص 51 - 56 .

الإسلامية التي لا تقتصر على المسلمين . وبذلك تكون أصالة فكرة الجنسية الإسلامية من حيث أنها شاملة لكل المسلمين على اختلاف ديارهم أو دولهم ، فضلاً عن اتساعها لغير المسلمين بشرط أن تكون إقامتهم في دار الإسلام أو الدولة الإسلامية إقامة دائمة .

على أن المبادئ الإسلامية في فقه دار الإسلام ودار الحرب ، والتي تُعد مصدر فكرة الجنسية الإسلامية قد هُجرت الى الفكرة الأوروبية في الجنسية ، وخاصة بعد إصدار قانون وضعي للجنسية العثمانية سنة 1869 ، ثم إنقسام الأمة العربية والإسلامية الى دول مستقلة ، انتهجت النظم الأوروبية القانونية في معظم نواحي الحياة .

2 - مركز الأجنبي في الفقه الإسلامي⁽³⁰⁾ :

كما يميز القانون الوضعي بين الوطني والأجنبي كذلك يقرر الفقه الإسلامي . ذلك أن العالم بنظره يمكن تقسيمه الى قسمين كبيرين : دار الإسلام ، والدار الأجنبية التي قد تسمى دار الحرب . فدار الإسلام هي البلاد التي يحكمها المسلمون ، ودار الحرب أو الدار الأجنبية هي البلاد التي يكون حكمها لغير المسلمين ، لعدم وجود الإسلام بها . وليست العلاقات التجارية أو السياسية محظورة بين الدارين ، فما دام أنه لا حرب بين الفريقين ، فإن تلك العلاقات ممكنة وجائزة . بل إنه إذا عُقدت معاهدات سلام بينهما سمي أهل الدار الأجنبية المذكورة تخصيصاً « بالمعاهدين » بدلاً من تسمية « الحربيين » .

أما أهل دار الإسلام فهم المسلمون أولاً ، وغير المسلمين الذين يقيمون في دار الإسلام إقامة دائمة ثانياً . ويسمى غير المسلمين الذين يُعتبرون من أهل دار الإسلام « بالذميين » . وهم يُعتبرون متمتعين بالجنسية الإسلامية ولا يُعدون أجنبياً عن الدولة . ودراسة مركز الذميين في دار الإسلام هي من قبيل دراسة مركز الأقليات الوطنية ، لا من قبيل دراسة مركز الأجنب . وكذلك لا يُعتبر أجنبياً في دار الإسلام أي مسلم مهما كان بلده ، فكل مسلم ، ولو كان من دار أجنبية يعامل متى قدم الى دار الإسلام معاملة الوطنيين .

وبذا يُقتصر مدلول الأجنبي في دار الإسلام على رعايا الدار الأجنبية غير المسلمين . وهؤلاء الأجانب لهم أن يدخلوا دار الإسلام بأمان ، ولذلك يسمون عندئذٍ « بالمستأمنين » ، ولهم أن يتعاملوا فيها مع المسلمين أو مع الذميين . بل إن المستأمن إذا تزوج بدمية (وهي وطنية) صار ذمياً مثلها ، إذا استقرت إقامته بذلك في دار الإسلام ،

(30) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 90 ص 110 - 111 ؛ وبالتفصيل الدكتور عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين دار الإسلام ص 55 وما بعدها .

فكان زواج الأجنبي من وطنية كان سبباً للدخول في الجنسية الوطنية حتى بالنسبة للزوج . وكذلك كان يكتسب المستأمن صفة الذمي إذا طالت إقامته في دار الإسلام ولم يخرج منها ، وهو أمر أكثر سهولة من التجنس في القوانين الوضعية . أما في سائر علاقاته مع الوطنيين ، فإن المستأمن كان يعامل ذات الرعاية والمعاملة التي يعامل بها الوطنيون من حماية الدولة والقانون .

3 - القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي⁽³¹⁾ :

الواقع أن القضاة المسلمين كانوا يطبقون قواعد الشرع الإسلامي على العلاقات القانونية الخاصة بالمسلمين ، وهذه هي العلاقات الوطنية في جميع عناصرها ، ولا يهم اختلاف المذهب من حنفي أو مالكي أو شافعي إلخ لأن المذاهب تتحد في الأصل وهو النصوص الشرعية . ومعنى ذلك أن أساس التمييز هو الدين ، إذ الدولة الإسلامية تعتمد في تكوينها على الدين ، فجميع من جمعتهم الوحدة الدينية هم أمة واحدة وإن اختلفوا في اللغة أو الجنس أو الرعية ، فمتى كان طرفا العلاقة مسلمين فالقاضي المسلم هو المختص ، وهو يطبق قواعد الشرع الإسلامي ، وليس يهم بعد ذلك أن يوجد عنصر أجنبي في العلاقة .

وإذا كان أحد الطرفين ذمياً أو مستأمناً ، فمن المقرر أن القاضي المسلم هو المختص بنظر النزاع ، وعليه تطبيق قواعد الشرع الإسلامي لفضه .

وفي حال عدم وجود مصلحة لمسلم مطلقاً في النزاع ، فلا يجب رفعه للقاضي المسلم . لكن إذا ترفع إلى القاضي المسلم الذمي ومن في وضعه في منازعات خاصة بالزواج ، فإن القاضي يحكم بالشرع الإسلامي ؛ وهذا مسلم به بلا خلاف إذا احتكم الطرفان للقاضي المسلم . وإذا رُفِع النزاع من أحدهما فقط فقد تباينت الآراء ، وهناك من قال كالحنفية بتطبيق شرع الذميين في مسائل الزواج ونفي المهر وبيع الخمر والخنزير⁽³²⁾ .

غير أن الذميين بإمكانهم أن يحتكموا للقاضي المسلم ، والإفادة بما أعطوا من خيار للاحتفاظ بمحاكمهم وبأحوالهم الشخصية . وهذا التخيير هو من فروع مبدأ الحرية الدينية ، ومن كون مسائل الزواج وسائر أمور العائلة والأحوال الشخصية تدخل في

(31) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع رقم 59 ص 130 ؛ الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق رقم 129 ص

156 - 157 ؛ وبالتفصيل : الدكتور عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين ص 481 - 511 .

(32) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 130 .

اختصاص الكنيسة وفقاً للدين المسيحي .

ويستند هذا الخيار القضائي إلى الآية القرآنية : ﴿ فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (سورة المائدة آية 42) . فإذا اختار أهل الذمة الرجوع الى محاكمهم وقوانينهم الكنسية، فلهم ذلك وفقاً لقاعدة حرية العقيدة ومبدأ تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية⁽³³⁾ .

وقد ذكر البعض أنه كان للأجانب ممن لا يدينون بالإسلام في الأندلس قاضٍ خاص منهم يُسمى القومس يطبق عليهم قوانينهم الخاصة⁽³⁴⁾ .

وعلى هذا الأساس ، فإن زواج أهل الذمة فيما بينهم يُعتبر صحيحاً إذا كان كذلك وفقاً لمذهبهم وعقيدتهم ، كما أن الطلاق عندهم يتقرر على ضوء هذه القواعد الخاصة بهم .

وكذلك يتعين تطبيق قواعد أهل الذمة الدينية على وصاياهم . وقد أفتى المذهب الحنفي بصحة الوصية المتضمنة عملاً مشروعاً حسب ديانتهم ولو كان ذلك محرماً عند المسلمين ، كما أفتى بطلان الوصية المتضمنة عملاً مشروعاً حسب ديانتهم ولو كان ذلك محرماً عند المسلمين ، كما أفتى بطلان الوصية المتضمنة معصية حسب اعتقادهم ولو كان ذلك تقرباً عند المسلمين . فمثلاً لو أوصى ذمي بأن يجعل داره مسجداً فوصيته باطلة ، أما لو أوصى بأن يجعل داره كنيسة أو مسلخاً لذبح الخنازير ، فالوصية صحيحة⁽³⁵⁾ .

لكن إذا اختار الأجانب من أهل الكتاب الخضوع للقضاء الإسلامي ، فيتعين على هذا القضاء - كما سبق القول - أن يحكم بينهم استناداً الى قواعد الشرع ومبادئ العدل والمساواة .

وهذا التسامح الإسلامي مع غير المسلمين لجهة الرجوع الى محاكمهم وقوانينهم الدينية قد تم الاعتراف به رسمياً في الدول العربية والإسلامية في صورة تعدد الطوائف في المجتمع الواحد ، بحيث يكون لكل طائفة الحق في ممارسة شعائرها وفق منهج عقيدتها .

وقد تثبت هذا الخيار ، الممنوح لأهل الأديان السماوية من حيث حرية اختيار القضاء الخاص بهم ، مع الزمن وانتهى بتكريس نظام المحاكم الطائفية في بعض الدول

(33) الدكتور صبحي حمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 120 - 121 ؛ كتابنا : نظرية الدولة وأدائها في الإسلام ص 158 - 159 .

(34) الاستاذ علي علي منصور : المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ص 188 .

(35) الدكتور صبحي حمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ص 119 .

العربية والإسلامية . ففي لبنان مثلاً ، يوجد اليوم تعدد في المحاكم الشرعية للمسلمين والمذهبية لغيرهم ، وهذا التعدد بتعدد الأديان والطوائف ، يقوم على تطبيق نظام الأحوال الشخصية الخاص بكل طائفة والتي تستقل بقوانينها الدينية في مسائل الأحوال الشخصية .

يستخلص من ذلك أن الشرع الإسلامي يعتنق أساساً مبدأ إقليمية القوانين ، ويطبق مبدأ شخصية القوانين في حدود ضيقة . ومن أمثلة ذلك إخضاع المعاملات المالية للذمين ومن في وضعهم لفقه المعاملات الإسلامية ، باعتباره فقهاً وقانوناً إقليمياً يسري على الجميع بلا تفرقة ، لعدم ارتباطه بالعقيدة . أما فيما يرتبط بعقيدة الذمي فيترك لشرعه ، كإعتبار الخمر والخنزير مالاً متقوماً في يد غير المسلم بينما هو مال غير متقوم في يد المسلم ، وكعدم جواز تعرض القضاء لهم في زواجهم ولو خالفت شروطه وقواعده زواج المسلمين .

والحقيقة أن الفقه الإسلامي لا يعرف قواعد الإسناد أو الإحالة أسلوباً لفض تنازع القوانين ، وخاصة بينه وبين القوانين الوضعية والشرائع الأخرى ، لأنه يعتمد على دين سماوي لا يتساوى بالتشريعات الأخرى . ومتى انعدم التكافؤ بين التشريعات تعذر قيام « تنازع قوانين » على صورة قواعد إسناد أو إحالة الى قانون معين . إلا أن ذلك لا يعني أن العلاقات ذات العنصر الأجنبي غير منظمة في الإسلام ، فهي منظمة - لا بمقتضى قواعد إسناد تلحق هذه العلاقة بقانون معين - وإنما بقواعد موضوعية مباشرة ، ترد في كتب الفقه الإسلامي تحت عناوين معبرة ، كالأحكام الخاصة بغير المسلمين ، واختلاف الدارين ، وزواج غير المسلمين ، وأحكام أهل الذمة والمستأمنين ونحو ذلك . وفي هذه القواعد أحياناً تسليم بما تقرره شرائع غير المسلمين ، واقتباس لبعض القواعد أحياناً أخرى ، وإلزام لغير المسلمين بالقواعد الشرعية الإسلامية فيما لا يمس عقائدهم في الأمور الأخرى⁽³⁶⁾ .

وأخيراً يمكن القول أن ما يسمى بالقانون الدولي الخاص الوضعي ، له ما يقابله في الفقه الإسلامي وإن كان في صورة مختلفة على صعيد الألفاظ والمصطلحات والصياغة التشريعية⁽³⁷⁾ .

(36) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق ص 156 - 157 .

(37) الدكتور أحمد مسلم : المرجع السابق ص 18 - 19 ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : المدخل للفقه ص 122 .

المبحث الثاني القواعد الآمرة والتخيرية أو المكملة في النظامين

87 - تمهيد وتقسيم :

إن قواعد التمانون والشرع ليست نوعاً واحداً من حيث سلطان إرادة الأفراد إزاءها ، فقد تُقيد إرادة الأفراد بالنسبة لبعضها بحيث يتوجب عليهم الإلتزام بها واتباعها بصورة أمرة ، بدون أن يكون لهذه الإرادة القدرة على الخروج عليها ، وهذه هي القواعد الآمرة . وقد تُطلق هذه الإرادة بالنسبة للبعض الآخر ، بحيث يُخَيَّر الأفراد بين الإبقاء على الطابع الإلزامي لتلك القواعد وبين الاتفاق على مخالفة ما جاء فيها ، وهذه القواعد هي القواعد التخيرية أو المفسرة أو المكملة .

وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية والشرعية الى قواعد أمرة وقواعد تخيرية . فحيث ينعدم سلطان الإرادة إزاء القانون والشرع تكون القاعدة أمرة ، وحيث تخير الإرادة إزاءها تكون القاعدة مخيرة أو مفسرة للإرادة أو مكملة لها .

ونتكلم عن القواعد الآمرة والتخيرية في كل من القانون الوضعي والشرع الإسلامي ، وذلك في مطلب على حدة لكل منها .

المطلب الأول

القواعد القانونية الآمرة والتخيرية⁽³⁸⁾ (المكملة)

88 - (أولاً) - القواعد القانونية الآمرة :

القواعد القانونية الآمرة هي كل قاعدة يُجبر الأفراد على احترامها ، ولا يجوز لهم أن يتفقوا على مخالفتها . وكل إتفاق بين الأفراد على مخالفتها يُعتبر إتفاقاً باطلاً لا يعتد به ، لأن

(38) يراجع بشأنها :

Dabin: op. cit. N 68 et s. p. 81 et s; Del Vecchio: op. cit. p. 289- 291; Planiol et Ripert: Tr. pratique de droit civil T. 6 Nos 226- 248.

والدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 43 - 60 ؛ الدكتور توفيق فرج : المدخل ص 69 - 82 ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ص 70 - 82 ؛ الدكتور بدراليعقوب : المرجع السابق ص 51 - 58 ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل ص 26 - 34 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 132 -

هذا النوع من القواعد القانونية يتناول أموراً تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، التي يحرص المشرع على عدم المساس بها حفاظاً على النظام العام ، ولذلك ، فإنه لا يباح للأفراد أن يتخذوا سلوكاً يتعارض مع المبدأ الذي تقرره القواعد الآمرة .

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل هي قاعدة آمرة يلتزم الأفراد باحترامها ، ولا يوجد هناك طريقة للتهرب من حكمها ، ولو كان ذلك عن طريق إتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر . فمثل هذا الاتفاق لا يعتد به ، ولا يمنع من معاقبة القاتل الذي خالف قاعدة آمرة . وهذا هو الشأن لكل القواعد الأخرى التي تمنع ارتكاب الجرائم ، فلا يصح الاتفاق على مخالفتها ، وكل اتفاق على مخالفة ما جاء فيها يعد باطلاً لا أثر له .

ومن القواعد الآمرة التي لا يصح مخالفتها كذلك القواعد الخاصة بالخدمة العسكرية ، وتحديد حد أقصى لسعر الفائدة القانونية ، وغيرها من القواعد التي لا يصح الاتفاق على مخالفتها .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها آمرة ليس معناه أنها ترد دائماً في صورة أمر ، بل إن القواعد القانونية جميعها ، سواء كانت آمرة أم غير ذلك ، تتضمن الأمر بسلوك معين ، وهذا الأمر قد يقع في صورة أمر أو نهي أو إباحة . وكل ما يقصد بالصفة الآمرة هو أن مخالفتها لا تجوز .

89 - (ثانياً) - القواعد القانونية التخييرية⁽³⁹⁾ (المكملة أو المفسرة)⁽⁴⁰⁾ :

القواعد القانونية المخيرة هي التي تخير الأفراد بين الإبقاء على حكم القاعدة التي وضعها المشرع ، وبين حرثهم في عدم الأخذ بها بالاتفاق على ما يخالفها ، بحيث إذا ما اتفقوا على مخالفتها كان إتفاقهم صحيحاً في نظر القانون . فهي تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف الى ما يخالف ما جاء فيها .

(39) لقد فضلنا استعمال كلمة التخييرية بدلاً من المكملة أو المفسرة ، لأنها أقرب الى الفهم ولا تثير اللبس ، إذ تعبر بوضوح عن أنها تترك الخيار لإرادة الأفراد بين الإبقاء على حكم القاعدة القانونية بالسكوت وعدم الاتفاق على خلافها ، وبين خيارهم في مخالفتها والاتفاق على عكس ما جاء فيها .

(40) وتسمى أيضاً مكملة على أساس أنها تكمل إرادة المتعاقدين لجهة إعمال ما جاء فيها في حال السكوت ، وتسمى كذلك مفسرة على أساس أنه إذا سكت الأفراد على الاتفاق على حكم مخالف لها ، فإن هذا السكوت يفسر على أن نية المتعاقدين أرادت تطبيق حكم القاعدة .

ومن أمثلة هذه القواعد ، القاعدة التي تقضي بأن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم . فهذه القاعدة مخيرة بين إعمال أحكامها في حال سكوت المتعاقدين ، وبين حقهما في الاتفاق على مخالفتها كما لو نصا على أن الثمن لا يدفع وقت تسليم المبيع وإنما في وقت آخر .

ومن الأمثلة عليها كذلك القاعدة القانونية التي تقضي بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ما لم يتفقوا على غير ذلك . إذ أن للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فإن لم يفعلوا ذلك فالنسبة التي قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . وأيضاً القاعدة التي تضع على عاتق المؤجر إجراء الترميمات الكبرى أو الضرورية في العين المؤجرة أثناء الأجرة ، ما لم يقص الاتفاق بغير ذلك . فيكون للطرفين في عقد الإيجار أن يتفقا على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق التزم المؤجر بتلك الترميمات وفقاً للقاعدة الأصلية الواردة في النص .

ويلاحظ أن جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة المخيرة أو المكملة لا يقدح فيما لها من صفة الإلزام الواجب توافرها لكل قاعدة قانونية . ذلك أن الاتفاق على عدم تطبيقها ينحصر أثره على الحالة التي تم الاتفاق من أجلها فقط ، بحيث تبقى القاعدة ملزمة وسارية المفعول في كل مرة لا يستبعد حكمها باتفاق المتعاقدين .

90 - (ثالثاً) - معيار التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والتخيرية (المكملة) :

لا صعوبة في الأمر عندما تكون التفرقة ، واضحة جلية ، بين القواعد الآمرة والمخيرة ، ويكون ذلك عندما تتضمن القاعدة القانونية تصريحاً بصفته الآمرة بالنص مثلاً على بطلان كل اتفاق يخالفها ، أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحاً بصفته غير الآمرة بالنص على جواز الاتفاق على عكسها .

لكن الصعوبة تبرز عندما لا يكون الأمر بهذا الوضوح ، فهنا طرح علماء القانون معيارين ، الأول هو معيار مادي ، والثاني معيار معنوي .

1 - المعيار المادي (اللفظي أو الشكلي)⁽⁴¹⁾ : يقصد بهذا المعيار ، الرجوع الى

(41) الدكتور توفيق فرج : المدخل ص 74 - 76 ؛ الدكتور بدر البعقوب : المرجع السابق ص 54 - 55 ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز ص 28 - 30 .

صياغة نص القاعدة القانونية ، أي الى عبارة النص بما تشمله من ألفاظ استعملها المشرع بقصد بيان نوع القاعدة القانونية . فقد تتضمن عبارة القاعدة ما يشعر بأنها أمرة ، ويعبر المشرع عن ذلك بأي لفظ يؤدي اليه ، إذ يبين مثلاً عدم جواز الاتفاق على مخالفتها ، أو يبين أن الخروج عليها يُعتبر باطلاً ، أو يضع النصوص في صيغة الأمر أو النهي ، كأن ينص على أنه يلزم أو يجب أو يتعين أو لا يصح . . . إلى غير ذلك من العبارات التي تفيد الأمر أو النهي .

وقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يبين أنها تخيرية ، وبالتالي يصح للأفراد أن يخالفوها بالاتفاق على غير ما تقضي به . وكثيراً ما يعبر المشرع في هذا المجال عن أن القاعدة تطبق ما لم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك ، أو يقرر أنه يجوز الاتفاق على خلافها ، أو يضع النص بصورة تنتفي معها فكرة الوجوب أو الأمر ، كأن يقول إنه يجوز أو لا يلزم .

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد أمرة : ما ينص عليه القانون من أن القضاة والمحامين والكتابة القضائية ومعاونهم لا يجوز لهم أن يشتروا الحقوق المتنازع عليها والداخلية في حيز اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها (المادة 380 موجبات لبناني) ، وما ينص عليه أيضاً من أنه لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث ولورضي المورث وإلا كان العمل باطلاً أصلاً . (المادة 188 موجبات لبناني) ، وما ينص عليه كذلك من أن لصاحب حق التصرف في عقار أن يقوم بأي عمل تصرفي كان ما عدا إنشاء الوقف (م 17 ملكية عقارية لبناني) ، وأن كل وقف على أرض أميرية ينشأ بعد نفاذ هذا القانون يعد باطلاً وكأنه لم يكن (المادة 17 من ذات القانون) .

ومن الأمثلة على القواعد التي تدل عبارتها على صفتها التخيرية : ما ينص عليه القانون من أنه يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ما لم يشترط العكس (م 405 موجبات لبناني) ، وما ينص عليه كذلك من أن مصاريف التسليم على البائع إذا لم يكن نص (إتفاق) أو عرف مخالف 412 موجبات لبناني ، وما ينص عليه أيضاً من تحمل المشتري من وقت تمام العقد الضرائب والتكاليف والأعباء المترتبة على المبيع ما لم يكن ثمة نص (إتفاق) مخالف (م 396 موجبات لبناني) ، وما ينص عليه كذلك من أنه يحق للمستأجر أن يؤجر كل المأجور أو جزءاً منه وأن يتنازل عن الأجرة لغيره ما لم يكن قد نص في العقد على منعه من الإيجار أو التنازل (المادة 584 موجبات لبناني) .

2 - المعيار المعنوي⁽⁴²⁾ : إن كثيراً من القواعد القانونية لا يحمل في عبارته بيان صفته الآمرة أو التخيرية ، لذلك كان من اللازم البحث عن معيار آخر هو المعيار المعنوي ، الذي يعتمد على مضمون القاعدة أو النص ، فإذا كان مضمونها وموضوعها متعلقاً بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية المتعلقة بالنظام العام والآداب كانت القاعدة أمرة ، أما إذا كان مضمونها وموضوعها متعلقاً بالمصالح الخاصة للأفراد كانت القاعدة تخيرية يمكن الاتفاق على عكسها⁽⁴³⁾ . وهذا ما يكون عادة في النصوص المتعلقة بالموجبات أو الالتزامات والعقود المختلفة ، حيث يسود فيها سلطان الإرادة ويكون للأفراد أن ينظموا إتفاقهم بالطريقة التي تروق لهم .

غير أن فكري النظام العام والآداب اللتين يعتبران دعامة المعيار المعنوي ليستا إلا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ، فهما مثالان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التي تربط القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان نسبيتين يختلف مضمونها باختلاف المكان والزمان على السواء . فثمة قواعد قانونية لا تعتبر متعلقة بالنظام العام في مجتمع معين ، وتعتبر كذلك في مجتمع آخر أو في ذات المجتمع ولكن في زمان مختلف . لكن من الثابت أنه حيث يسود المذهب الفردي وتطلق الحريات للأفراد ، يتسع سلطان الإرادة في تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاؤون وتضيق فكرة النظام العام في أضيق حدود ، وبالتالي تكثر القواعد التخيرية وتقل القواعد الآمرة المقيدة للأفراد . أما حيث يسود المذهب الاجتماعي ، فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام ، وبالتالي يضعف سلطان الإرادة وتكثر القواعد القانونية الآمرة .

ورغم صعوبة وضع تحديد ثابت لفكري النظام العام والآداب ، يمكن وضع موجه عام يستهدى به في الكشف عن مضمونها ومعرفة ما يدخل فيه من مسائل وما يخرج عنه ، فتكون القواعد الداخلة فيه أمرة والخارجة عنه تخيرية⁽⁴⁴⁾ .

فالنظام العام⁽⁴⁵⁾ هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء

(42) الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص 76 وما بعدها ؛ الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق ص 49 وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم الصدة : أصول القانون ص 76 وما بعدها ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز ص 30 وما بعدها ، الدكتور بدر اليعقوب : المرجع السابق ص 55 وما بعدها .

(43) Friedman (W): Théorie générale du droit p. 448 (Paris 1965)

(44) الدكتور حسن كيرة : المرجع السابق ص 49 - 50 .

(45) Pascanu: La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris 1937; De la Morandière: L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi 1950- 1951; Malaurie: L'ordre public et le contrat T. 1 (1953).

كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية ، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سلباً دون استقراره على تلك المصالح .

ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي حرية أو قدرة على مخالفتها ، حفاظاً على كيان المجتمع من الانهيار في حال السماح بمخالفتها .

وكل ما يتعلق بالنظام والآداب لا يصح الاتفاق على ما يخالفه ، أي لا يجوز للأفراد الخروج عليه باتفاق خاص ويكون باطلاً ، حتى ولو كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصلحة فردية .

وتطبيقاً لهذا المبدأ في نطاق الموجبات والإلتزامات نصت المادة 136 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه : « إذا لم يكن للإلتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

ويختلف مدى تعلق القواعد القانونية بالنظام العام بحسب تقسيمها الى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص .

فبالنسبة الى قواعد القانون العام ، فالأصل أن كل قواعده تتعلق بالنظام العام ، وتعد قواعده أمرة لا يصح الاتفاق على مخالفتها .

وفي طليعة قواعد القانون العام ، قواعد القانون الدستوري المتعلقة بالحقوق والحريات العامة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأي وحرية الانتخاب والترشيح . فيقع باطلاً التعهد بخدمة شخص طوال الحياة ، والتعهد بعدم الكتابة بالصحف ، والتعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم التصويت في الانتخابات أو الترشيح فيها⁽⁴⁶⁾ .

وفي القانون الإداري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالوظيفة العامة وتنظيم المرافق العامة . فمثلاً لا يجوز لموظف أن يتنازل عن وظيفته لشخص آخر . وإذا اتفق شخص مع وسيط على مبلغ من المال يتقاضاه هذا الأخير في مقابل سعيه لحصول الأول على وظيفة أو امتياز لمرفق عام أو مقابلة يقوم بها لحساب الدولة ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً لمخالفته النظام العام⁽⁴⁷⁾ .

(46) الدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 51 .

(47) الدكتور عبد المنعم الصده : أصول القانون ص 79 .

وفي القانون المالي تعتبر القوانين التي تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تُحدد سعراً إلزامياً للعملة الوطنية من النظام العام . فكل إتفاق خاص ينطوي على مساس بالقواعد التي تقررها هذه القوانين يقع باطلاً . فمثلاً إذا أُتفق على أن يتحمل الضريبة شخص لا يلتزم بها قانوناً فإن هذا الاتفاق لا يعفي الشخص الملزم قانوناً بدفع هذه الضريبة . وإذا فرض القانون سعراً إلزامياً للعملة الورقية وقع شرط الدفع بالذهب باطلاً ، لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للمجتمع هي ثبات النقد فيه واستقراره .

وفي قانون العقوبات يكون باطلاً كل إتفاق على إرتكاب أو عدم إرتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجرمية أو العقوبة بدل المجرم الحقيقي .

أما قواعد القانون الخاص والمختلط ، فإنها لا تخلو من بعض القواعد المتعلقة بالنظام العام التي أكثر ما تكون في نطاق القانون العام .

فالأحوال الشخصية ونظام الأسرة تتصل أغلبية قواعدهما بالنظام العام ، لأنه يقصد بهما تحقيق مصلحة عامة . ولهذا يقع باطلاً كل إتفاق بين الأفراد يعدل من حالة الشخص المدنية أو أهليته أو علاقته بأفراد أسرته . فلا يصح الاتفاق بين شخص وآخر على تعديل الجنسية أو تغيير الاسم أو المساس بالنسب في غير الأحوال التي يحددها القانون أو دون إتباع الإجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير . فلا يجوز النزول عن الأهلية أو تعديل قواعدها . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه المنصوص عليها في القانون .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد أمرة ، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽⁴⁸⁾ . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين على الآخر أو واجباته قبله ، ويقع باطلاً كذلك كل إتفاق على التنازل مقدماً عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الآباء والأولاد . ولا يجوز كذلك للزوج المسلم التنازل مقدماً عن حقه في طلاق زوجته أو التزوج عليها ، ولا يجوز له كذلك التنازل عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع . وكل ما يتعلق من الأحوال الشخصية بالنظام العام لا يجوز الصلح فيه (المادة 1037 موجبات لبناني) .

والمعاملات المدنية بغالبية قواعدها لا تتعلق بالنظام العام ، لأنها مخيرة للإرادة، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها. غير أن هناك بعض قواعد المعاملات المدنية تتعلق بالنظام

(48) الدكتور عبد المنعم الصده : أصول القانون ص 80 - 81 ؛ الدكتور حسن كيره : المرجع السابق ص 52 -

العام ، نظراً لاتصالها بالمصالح الأساسية للمجتمع . وهي على وجه الإجمال القواعد التي يراد بها كفالة حق الشخص في التصرف في ملكه واستثماره ، والقواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، والقواعد التي تحقق الحماية للطرف الضعيف في العقد⁽⁴⁹⁾ . فلا يجوز تقييد حق المالك في التصرف بملكه واستثماره على أفضل وجه . فلا يصح الاتفاق مثلاً على بقاء الملك في الشيوع إلا لمدة أقصاها خمس سنوات (م 841 موجبات لبناني) ، ولا الاتفاق على فائدة تجاوز المعدل القانوني أو الحد الأقصى المسموح به قانوناً (م 767 موجبات لبناني) . ولا الاتفاق على ما يخالف القواعد التي تحمي الطرف الضعيف في العقد ، كتلك الواردة بشأن الغبن (المادة 214 / 2 موجبات لبناني) والغلط (م 206 ذات القانون) .

وكذلك يعتبر من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي فيما عدا الاختصاص المكاني العادي . ولذلك لا يجوز في لبنان الاتفاق على الالتجاء الى المحاكم العادية بصدد منازعات تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ النظر في هذه المسائل من اختصاص المحاكم الشرعية للمسلمين أو المحاكم المذهبية للدروز أو المحاكم الروحية للمسيحيين والاسرائيليين ، ولا يجوز كذلك الاتفاق على رفع قضية تدخل في اختصاص محاكم الدرجة الأولى الى محاكم الدرجة الثانية أو الإستئناف مباشرة⁽⁵⁰⁾ .

ويشار هنا إلى أن أمر تحديد ما إذا كانت القاعدة تتعلق بالنظام العام أم لا مسألة قانونية ، يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز (النقض)

وأما عن قواعد الآداب⁽⁵¹⁾ فيقصد بها مجموعة القواعد الخلقية التي يرى المجتمع أنها ضرورية لحفظه من الانحلال ، ولذلك لا يمكن أن تكون هذه القواعد إلا قواعد أمره يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بإرادتهم ، لأن مخالفتها تصدّع كيان المجتمع الأخلاقي⁽⁵²⁾ .

وهذه القواعد تُعتبر الشق الأخلاقي من النظام العام ، غير أنها لا تمثل كل قواعد الأخلاق وإنما الحد الأدنى منها الذي يحرص عليه المجتمع لوجوده وحفظ كيانه .

(49) الدكتور عبد المنعم الصده : أصول القانون ص 80 - 81 .

(50) الدكتور إدوار عيد : موسوعة أصول المحاكمات ج 2 ص 262 - 263 .

Opera: Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, (51) thèse, Paris 1935; Bonnacase: La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant p. 91 et s; Senn: Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Rec. d'études en l'honneur de F. Gény, T. 1 p. 53 et s.

(52) الدكتور حسين كيره : المرجع السابق ص 21 .

وفكرة الآداب ، كفكرة النظام العام ، نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان . فمثلاً لم يكن يُسمح للولد غير الشرعي في فرنسا برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ، أما في الوقت الحاضر، وبعد تطور مفهوم الجماعة لفكرة الآداب ، أصبح مثل هذا الأمر مباحاً . وفي أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة في الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب المجتمعات لا تزال ترى أن إنشاء نوادٍ للعبارة ينطوي على مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الدول الى ذلك واعتبرته مشروعاً .

ومن الأمثلة الهامة على مخالفة الآداب الاتفاقات التي تتعلق بالعلاقات الجنسية وبيوت الدعارة ولعب القمار⁽⁵³⁾ .

فكل إتفاق يراد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يقع باطلاً لمخالفته للآداب . أما إذا تعهد شخص بمال لامرأة على سبيل التعويض مما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية سابقة كانت بينهما ، فإن هذا التعهد يكون جائزاً⁽⁵⁴⁾ .

ويكون باطلاً كل اتفاق يتعلق ببيوت الدعارة أو البغاء ، حتى ولو حصلت هذه البيوت على ترخيص إداري . فيبيع بيت للدعارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، وكل ما يتصل به غير ذلك يقع باطلاً .

والاتفاق الخاص بمقامرة أو رهان يكون باطلاً ، كبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يتصل باستغلاله . وكذلك إقراض المقامر كي يتمكن من المقامرة أو الاستمرار فيها . وقد نص القانون على بطلان كل دين خاص بمقامرة أو رهان (م 1024 موجبات لبناني) ، واستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية⁽⁵⁵⁾ ، وفي هذه الحالة يكون للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، كما استثنى أيضاً ما رخص به قانوناً من أوراق اليانصيب⁽⁵⁶⁾ (م 1025 و 1027 موجبات لبناني) .

وفي الحقيقة أن فكرة الآداب تغني عنها فكرة النظام العام كما حددت سابقاً ، دون حاجة إلى أفرادها بصورة مستقلة ، لأن الأخيرة تستوعبها وتحمل مفهومها ، إلا أن معظم العلماء قد تعودوا على استعمال مصطلحي النظام العام والآداب معاً في مؤلفاتهم ، مما قد يوحي ، على عكس الحقيقة ، بوجود فارق بينهما⁽⁵⁷⁾ .

(53) الدكتور عبد المنعم الصده : أصول القانون ص 82 .

(54) Planiol, Ripert: Tr. pratique de dr. civi. français T.V N 232.

(55) الفصد من ذلك تشجيع التنافس على التفوق في الرياضة .

(56) ما يحقق عن طريقها من إنفاق الحصيلة المتجمعة منها - بعد توزيع الجوائز - في أعمال الخير والمساعدة الاجتماعية

(57) الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق ص 58 .

المطلب الثاني

القواعد الشرعية الآمرة والتخييرية⁽⁵⁸⁾

91 - (أولاً) - التفرقة بين هذه القواعد معروفة في الفقه الإسلامي :

إذا كانت التفرقة بين نوعي القواعد محل البحث أن القواعد الآمرة هي التي ليس لأطراف العلاقة الإتفاق على خلافها ، وأن القواعد التخييرية هي التي يمكن الإتفاق على خلافها ، فإن المجال الحيوي لما يُعتبر من القواعد الشرعية آمراً وما يُعتبر منها تخييرياً هو في نطاق الإتفاقات والعقود حيث يظهر فيها مدى سلطان الإرادة في تعديل قواعد العقود وآثارها .

والقاعدة في الفقه الإسلامي أن الناس أحرار في إنشاء العقود ، أما الآثار فالأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله ، أي أن العقود أسباب جَعَلِيَّة ، وضعها الشارع ليتوصل بها الى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها ، وليست بأسباب طبيعية ، على معنى أنه متى اتجهت الإرادة الى إنشاء العقد نشأ ذلك العقد ، لكن آثاره مرجعها الى صنع الشارع سواء أراد العاقد هذه الآثار أو لم يردها . فالشخص حر أن يبيع أو لا يبيع ، وحر في أن يؤجر أو لا يؤجر، ولكنه إذا أقدم على البيع أو على التأجير، فإن آثار البيع مثل نقل الملكية ودفع الثمن ، وآثار الايجار مثل دفع الأجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، فإنها من جَعَل الشارع وترتيبه سواء أراد العاقد هذه الآثار أم لم يردها⁽⁵⁹⁾ .

والفقهاء المسلمون مختلفون حول سلطة العاقد في تعديل أحكام العقود وآثارها في الشرع الإسلامي ، فمنهم المضيّق ، ومنهم الموسّع ، ومنهم من توسّط⁽⁶⁰⁾ .

فالفريق الأول يتشدد فيحرّم كل شرط لم يقم الدليل من الشارع على صحته ، وهؤلاء هم الظاهرية⁽⁶¹⁾ . والأساس عندهم أن الإلزامات الشرعية إنما تكون بترتيب من

(58) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 137 - 141 ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : دراسة مقارنة ص 99 - 104 ؛ الدكتور عبد الباقي البكري : المرجع السابق ص 765 - 771 ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق ج 1 ص 47 - 50 وج 3 ص 99 - 100 .

(59) الدكتور أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص 186 ، الناشر الدار الجامعية ببيروت 1988 ؛ الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق رقم 65 ص 137 .

(60) الدكتور أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة ص 187 - 189 .

(61) مما استند عليه هذا الفريق حديث : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » ، كما أن الإلزامات الشرعية لا تستمد قوتها من إرادة العاقد ، ولكنها بترتيب الشارع ، وما لم يرد له حكم من الشارع لا يترتب عليه أثر

الشارع ، وأن الشروط التي يُتفق عليها تتضمن حل ما كان محرماً أو ممنوعاً ، أو تحريم ما كان حلالاً أو غير ممنوع . ومعنى هذا أن هؤلاء يوسعون من نطاق القواعد الآمرة ، لأن مقتضى هذا المذهب التضييق من نطاق الاتفاق على ما يخالف القواعد التي رتبها الشارع .

والفريق الثاني يتوسع في التيسير على العاقدین فيجيز لهم كل شرط لم يرد نهي عنه من الشارع ، سواء كان الدليل قد قام على اعتبار هذا الشرط ، أو كان مسكوتاً عنه ، ولو خالفت هذه الشروط مقتضى العقد⁽⁶²⁾ . ومؤدى ذلك أن هذا الفريق يتوسع في إمكان الإتفاق على الشروط على حساب أحكام الشارع التي رتبها على العقود ، فيكون في هذا تضييق من نطاق القواعد الآمرة ، لأن التوسع من نطاق الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد يخرج من حيز القواعد الآمرة ما أجاز الاتفاق على خلافه .

والفريق الثالث توسط في الأمر ، فالأحناف والشافعية يميلون الى أن الأصل في الشروط والعقود الحظر لا الإباحة ، لكن مصادرهم عديدة ، وقد أخذ بعضهم بالقياس والاستحسان والاستصلاح ، والأحناف يعتبرون العرف مصدراً للشرط الصحيح (مع أن الشافعي يرى أن العرف لا يمكن أن يؤثر على قاعدة شرعية) . وهذا الفريق كذلك لا يقف عند ظاهر النص كالظاهرية بل يتعمق في معناه . وكل ما ذكر يترتب عليه تخفيف وطأة اتجاه هذا الفريق نحو الحظر والتضييق ، والاتجاه نحو التوسعة في العقود والشروط .

وزاد المالكية وجمهور الحنابلة في التوسعة على العاقدین في العقود والشروط ، وأساس ذلك هو اعتمادهم على المصلحة كمصدر شرعي .

ومهما كان الأمر ، فإن الثابت أن الشرع الإسلامي يعرف القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ، ولا يؤثر في هذا المجال الإختلاف بين الفقهاء في نطاق القواعد الآمرة وغير الآمرة ، إذ المهم أن التفرقة موجودة عندهم⁽⁶³⁾ .

92 - (ثانياً) - معيار التفرقة بين القواعد الشرعية الآمرة والتخييرية :

لكي يتوصل الى معرفة ما هو أمر من القواعد الشرعية وما هو تخييري ، يمكن الاستعانة بمعياريين ، الأول مادي ، والثاني معنوي .

ولا يعمل به ، بل يبطل العقد ، لأن في إبطال الشرط إبطال للرضا ، ولأنها شروط تتضمن حل ما كان محرماً أو ممنوعاً أو العكس .

(62) مما استند عليه هذا الفريق عموماً قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ، فالأمر في هذه الآية عام يدخل فيه كل عقد أو شرط ما دام لم يرد نهي من الشارع خاص به ، كما أن الرضا لا يتحقق على وجه إلا بتحقيق ما يُشترط في العقد ، كما استند على حديث : « الناس على * وطهم ما وافقت الحق » .

(63) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 139 .

1 - المعيار الشرعي المادي (اللفظي أو الشكلي) : ويعتمد على صياغة وعبرة النص الشرعي بما تشمله من ألفاظ تشعر بأنه نص أمر ، كأن يرد النص بصيغة تدل على التحثيم والإلزام من أمر ونهي أو فرض عقوبة على ترك النص أو منع الاتفاق على خلافه ؛ أو تشعر الألفاظ بأنه نص تحييري ، كأن يرد بصيغة تدل على عدم تحثيمه وأنه للندب لا الإيجاب .

ومن أمثلة النصوص الشرعية التي تدل عبارتها على أنها أمرة : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ، : ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ، : ﴿ ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ، : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ ، ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ، ﴿ ومن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ ، ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ ﴿ ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أصحابها ﴾ وغير ذلك كثير .

ومن أمثلتها في السنة النبوية : قوله عليه السلام ﴿ لا نكاح إلا بشاهدين ﴾ ﴿ ليس للقاتل ميراث ﴾ « لا يُقَاد الوالد في ولده ﴾ وغير ذلك .

ومن أمثلة النصوص الشرعية التي تدل عبارتها على أنها تحييرية : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإن الأمر بكتابة الدين للندب والتخيير لا للإيجاب ، بدليل التصريح الوارد في الآية ذاتها ، وهو قوله تعالى : ﴿ فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته ﴾ ، فإنها تشير إلى أن الدائن له أن يثق بمدينه ويأتمنه من غير كتابه الدين عليه⁽⁶⁴⁾ .

2 - المعيار الشرعي المعنوي⁽⁶⁵⁾ : إذا لم يكن هناك نص شرعي تدل صيغته وعبارته على الصفة الأمرة أو التخيرية ، فإنه يلجأ إلى المعيار المعنوي الذي يعتمد على مضمون القاعدة أو النص الشرعي ، فإذا كان مضمونها وموضوعها متعلقا بحق الله أو المصلحة العامة أو النظام العام الإسلامي والآداب الإسلامية كانت القاعدة الشرعية أمرة . أما إذا كان مضمونها وموضوعها متعلقاً بحق العبد أو المصلحة الفردية الخاصة كانت القاعدة الشرعية تحييرية يمكن الاتفاق على عكسها .

فمن المقرر فقهاً أن القواعد الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس ، والمصالح التي قصد الشرع تحقيقها قد تكون عامة وقد تكون للأفراد ، وقد تكون للطرفين معاً . والقواعد التي شرعت للمصلحة العامة لم تستهدف مصلحة شخص بعينه ، ولذلك نسبت الى الله تعالى ، وأطلق عليها أنها من حق الله تعالى ، ويقابلها القواعد التي شرعت لتحقيق

(64) الدكتور حامد سلطان : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية رقم 76 ص 52 .

(65) قارن : الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 140 - 141 ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر

الحق جـ 1 ص 99 - 100 ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : دراسة مقارنة ص 103 - 104 .

مصلحة فردية ، ولذلك كانت من حق الأفراد .

وما هو من المصلحة العامة أو من حق الله أو حق الله فيه غالب ، تعتبر قواعده أمرة ، إذ ليس للفرد المكلف الخيرة فيه ، وليس له إسقاطه ، وليس له في مجال الاتفاقات التوافق على خلافه . وما كان من المصلحة الفردية الخاصة أو من حق العبد أو غلب فيه هذا الحق ، الأصل فيه أن قواعده مخيرة ، إذ الشارع أثبت بهذا النوع من القواعد الحقوق لأربابها ، فلهم الخيار في استيفاء هذه الحقوق ، وفي إسقاطها ، والنزول عنها ، وفي مجال الاتفاقات الخاصة للأفراد الإتفاق على ما يخالف هذه القواعد⁽⁶⁶⁾ .

وقاعدة حق الله وحق الفرد تغطي جميع نواحي الفقه الإسلامي ، ولا تقتصر على فرع دون فرع ، وهذا لا يمنع أن نطاقها يتسع في البعض دون البعض طبقاً لكون هذه القواعد أو تلك أكثر إتصلاً بمصلحة المجتمع الإسلامي أو أقل إتصلاً .

وعلى هذا الأساس تُعتبر فكرة النظام العام والآداب الوضعية مقابلة لما يدعى في الفقه الإسلامي « حق الله أو حق الشرع » والذي لا يقل في مداه عن الفكرة الوضعية⁽⁶⁷⁾ .

وكثير من الأمثلة التي ذكرت سابقاً عن النظام العام والآداب في القانون الوضعي ، يمكن الأخذ بها دون مشقة في الفقه الإسلامي .

مثلاً لا يجوز لأحد أن ينزل عن حرمة الشخصية في الشرع الإسلامي . ولا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته الإسلامية لشخص آخر . ولا يجوز التهرب من قواعد القانون المالي الإسلامي الخاصة بالضرائب والنظم المالية . ولا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف الإسلامية . ولا يجوز العفو أو الإبراء أو الصلح في العقوبات الشرعية . ويقع باطلاً كل إتفاق يعدل من قواعد الحالة المدنية للشخص أو أهليته أو علاقته بأفراد أسرته . فلا يصح النزول عن البنوة شرعاً ولا الصلح على النسب ، مع الملاحظة بأن التبني غير جائز في الإسلام . ولا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو التعديل فيها . ولا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على أولاده ، ولا حقوق الزوج على زوجته ، ولا حقوق الزوجة على زوجها . ولا يحق للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق ، كما لا يجوز التنازل مقدماً عن الحق في النفقة وإن كان يصح النزول عن النفقة الواجبة بعد تقريرها . ولا يجوز نزول الوارث عن حقه في الميراث قبل موت المورث . ولا يجوز كسب المال عن طريق غير شريف . كما لا يجوز الاتفاق على قيام علاقة جنسية غير مشروعة ، ولا استغلال دور

(66) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 140 .

(67) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق جـ 1 ص 99 ؛ الدكتور عبد المنعم الصده : دراسة مقارنة ص

أعدت للدعارة والبغاء أو المقامرة ، وكل إتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل شرعاً ، لأنه من قبيل الغرر .

واستناداً الى ذلك تكون قواعد فروع القانون العام الإسلامي والأحوال الشخصية الإسلامية من قبيل القواعد الشرعية الآمرة .

غير أن القواعد الآمرة ليست قاصرة على ما ذكر من قواعد ، بل إنها موجودة كذلك في حيز المعاملات المدنية الإسلامية التي تشمل دائرة أوسع من دائرة القانون الوضعي . والسبب في ذلك أن الفقه الإسلامي لا يعتنق النزعة الفردية البحتة مما وسّع من نطاق الحلال والحرام فيه . فمثلاً إن الشرع الإسلامي يحرم العقود الربوية ، وعقود الغرر⁽⁶⁸⁾ ، بخلاف السائد في القانون الوضعي⁽⁶⁹⁾ .

المبحث الثالث

التدرج في القواعد القانونية والشرعية

المطلب الأول

التدرج في القواعد القانونية

93 - (أولاً) - أنواع القوانين الوضعية وتدرجها بحسب الأهمية⁽⁷⁰⁾ :

ليست القوانين الوضعية في الدولة بمستوى واحد ، بل تختلف أهميتها تبعاً لأهمية المسائل التي تنظمها ، وتبعاً للسلطة التي تصدرها . وهناك ثلاثة أنواع من القوانين ، تتفاوت من حيث الأهمية ، وتقف قواعد الدستور في الصدارة ، ويليهما في الأهمية والقوة القانون العادي ، ثم الأنظمة الإدارية .

فالدستور أو القانون الأساسي هو أسمى القوانين وأعلاها في القوة . إذ أنه يحدد نظام الحكم في الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر ، ويقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق تجاه الدولة . فهو بهذه المثابة

(68) الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا ، كبيع الطير في الهواء والسكك في الماء (د . السنهوري : مصادر الحق ج 3 ص 49) .

(69) الدكتور عبد العزيز عامر : المرجع السابق ص 140 ؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق ج 3 ص 100 ؛ الدكتور عبد المنعم الصدة : دراسة مقارنة ص 104 .

(70) الدكتور عبد المنعم الصدة : أصول القانون ص 94 وما بعدها ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل ص 34 وما بعدها ؛ الدكتور بدر يعقوب : المرجع السابق ص 66 وما بعدها .

يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة . ولذلك يختلف عن القانون العادي سواء من حيث وضعه أو تعديله .

وفي خصوص وضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة⁽⁷¹⁾ . فقد يصدر الدستور منحة⁽⁷²⁾ من صاحب السلطان في الدولة ، وإن كان ذلك لا يحصل عملاً إلا تحت ضغط الشعب الذي يُعتبر صاحب السيادة الأصيل . وقد يصدر في صورة عقد بين الشعب وصاحب السلطان⁽⁷³⁾ . وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . وقد يسنه الشعب نفسه بطريق الاستفتاء .

أما في خصوص تعديل الدستور ، فتنقسم الدساتير بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها الى دساتير مرنة ودساتير جامدة . فالدستور المرن هو الذي يكفي لتعديل قواعده أن يصدر قانون عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية . والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديل قواعده أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية ، ومن الأمثلة عليه الدستور اللبناني .

والقانون العادي هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور . والأصل أن القانون العادي من اقتراح وعمل السلطة التشريعية ، غير أن الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة والحكومة مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة بما تعطيه لها من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق عليها أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها . وهذا هو النهج الذي سلكه الدستور اللبناني .

أما الأنظمة الإدارية أو التشريع الفرعي فهو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور . فهي تسن هذه الأنظمة بما لها من اختصاص أصيل ، وليس على أساس أنها تحل في ذلك محل السلطة التشريعية . ويطلق على هذه الأنظمة في لبنان أنظمة إدارية أو مراسيم تنظيمية أو مراسيم عامة⁽⁷⁴⁾ .

94 - (ثانياً) - نتائج التدرج في ترتيب القوانين الوضعية⁽⁷⁵⁾ :

إن القوانين التي يتألف منها النظام القانوني في الدولة ترتبط ببعضها إرتباطاً

(71) الدكتور ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ص 44 وما بعدها .

(72) من ذلك دستور إمارة موناكو لعام 1911 .

(73) من ذلك دستور الكويت لعام 1962 الذي وضعه مجلس تأسيس وصدقه عليه أمير البلاد .

(74) الدكتور عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون ص 102 .

(75) الدكتور ثروت بدوي : النظم السياسية ج 1 ص 144 - 145 ؛ الدكتور إدوار عيد : الوجيز في المدخل ص

تسلسلياً ، بمعنى أنها ليست جميعاً في مرتبة واحدة من حيث القوة والأهمية ، بل تتدرج فيما بينها مما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر . فيوجد في القمة الدستور الوضعي ، الذي يكون أعلى مرتبة من القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية ، وهذا بدوره أعلى مرتبة من الأنظمة الإدارية التي تصدرها السلطات الإدارية . ويستمر هذا التدرج التنازلي من المرسوم الصادر في مجلس الوزراء الى المرسوم العادي فالقرار الوزاري .

هذا ويعتبر مبدأ « سمو الدستور » من المبادئ الأساسية في الدراسات القانونية⁽⁷⁶⁾ ، بمعنى أن يكون له مكان الصدارة بالنسبة للقوانين والأنظمة التي تصدرها الدولة ، ويعلو كل ما عداه من قوانين وأنظمة وقرارات .

ويترتب على هذا المبدأ ، عدم جواز إلغاء الدستور بالقانون العادي ، لأن الدستور أعلى مكانة منه ، وبالتالي فإن قواعد القانون العادي يجب أن تكون موافقة لقواعد الدستور .

ويترتب عليه أيضاً عدم جواز تعارض القوانين العادية مع قواعد الدستور ، لذلك فإن جميع القوانين يجب أن تصدر موافقة لقواعد الدستور ، وهذا ما يطلق عليه « مبدأ دستورية القوانين » .

المطلب الثاني

التدرج في القواعد الشرعية

95 - (أولاً) - ترتيب القواعد الشرعية بحسب الأهمية :

إن مصادر القواعد الشرعية في الإسلام ثلاثة : كتاب الله ، وسنة رسوله ، والاجتهاد .

وهذه المصادر تتدرج من حيث قوتها الإلزامية ، فيأتي كتاب الله أو القرآن في الصدارة بحيث لا يلجأ إلى غيره من المصادر إلا إذا كان القرآن خالياً من النص . فإن كان خالياً من النص وجب الرجوع الى السنة النبوية . وإن كانت السنة خالية من النص ، وجب استنباط القاعدة الشرعية عن طريق الاجتهاد بوسائله العقلية المختلفة⁽⁷⁷⁾ .

96 - (ثانياً) - نتائج التدرج في القواعد الشرعية :

إن الشرع الإسلامي يعرف أيضاً نظرية التدرج في القواعد القانونية ونتائجها .

(76) الدكتور ثروت بدوي : النظام الدستوري العربي ص 89 وما بعدها .

(77) الدكتور حامد سلطان : المرجع السابق رقم 96 ص 63 .

فالقرآن هو السند الأصلي والأساس الذي تستند إليه سائر النظم الإسلامية . وهو الدستور الذي لا يعلوه أي نظام آخر ، والذي يتعين على سائر النظم القانونية الإسلامية أن تتطابق معه وألا تخالفه وإلا كانت باطلة . فسند الصحة والإلزام لأي نظام قانوني يكون بقدر ملاءمة هذا النظام للقرآن .

وعلى هذا السند الأصلي والنظام الأساسي تستند السنة النبوية التي تفصل مجمل القرآن ، وتبين وجه الحكم في الفروع والحوادث المختلفة بالتطبيق لقواعد القرآن .

والاجتهاد بالرأي مُلْزَمٌ باتباع قواعد القرآن والسنة في كل ما فيه نص فيهما على الترتيب السابق . فإن لم يوجد نص في المصدرين السابقين ، يمكن التماس رأي الجماعة الإسلامية في إتفاقها الإجماعي⁽⁷⁸⁾ .

وهكذا يمكن القول بأن الشرع الإسلامي عرف مبدأ سمو الدستور قبل القوانين الوضعية ورتب عليه نتائج مماثلة لما تأخذ به تلك القوانين .

(78) الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب : الأصول العامة لعلم القانون ص 122 - 123؛ قارن الدكتور محمد فاروق النبهان : نظام الحكم في الإسلام ص 172 - 174 .

أهم المراجع

- 1 - أحمد (الدكتور محمد شريف) : فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، منشورات وزارة الثقافة والإعلام بالعراق 1980 .
- 2 - أسود (الدكتور نقولا) : القانون المدني (المدخل) مطبوعات كلية الحقوق اللبنانية 1985 - 1986 .
- 3 - الأنصاري (الدكتور عبد الحميد) : الشورى وأثرها في الديمقراطية ، منشورات المكتبة العصرية ببيروت .
- 4 - باز (الدكتور جان) : الوسيط في القانون الإداري اللبناني ، جزءان ، بيروت 1974 .
- 5 - باز (الاستاذ سليم) : شرح المجلة ، المطبعة الأدبية بيروت 1923 .
- 6 - بدران (الدكتور بدران أبو العنين) : أصول الفقه ، دار المعارف بالاسكندرية 1965 .
- 7 - بدوي (الدكتور ثروت) : النظام الدستوري العربي ، وأصول الفكر السياسي ، والنظم السياسية جـ 1 ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1964 و 1967 و 1970 .
- 8 - بدوي (الدكتور عبد الرحمن) : مذاهب الإسلاميين ، دار العلم للملايين ببيروت ط 3 لعام 1983 .
- 9 - البكري (الدكتور عبد الباقي) : المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية جـ 1 ، جامعة بغداد 1972 .
- 10 - بهنسي (الدكتور أحمد فتحي) : مدخل الفقه الجنائي الإسلامي ، الجرائم في الفقه الإسلامي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، والقصاص في الفقه الإسلامي ، وموقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي ، دار الشروق ببيروت ط 3 و 5 .

- 11 - الترماني (الدكتور عبد السلام) : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، طبعة 1980 ، لا ذكر لمكان النشر .
- 12 - جعفر (الدكتور علي) : تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات ببيروت 1986 .
- 13 - الجوزية (الإمام ابن القيم) : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، 4 أجزاء ، الناشر دار الجليل ببيروت .
- 14 - حجار (الدكتور حلمي) : القانون القضائي الخاص ، بيروت 1987 .
- 15 - حسني (الدكتور محمود نجيب) : شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام) ، بيروت ط 2 لعام 1975 .
- 16 - حسين (الدكتور أحمد فراج) : تاريخ الفقه الإسلامي والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ببيروت 1988 .
- 17 - حومد (الدكتور عبد الوهاب) : الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ، ط 3 لعام 1982 .
- 18 - خالدي (الدكتور عبد الله) : شذرات من النظم الإسلامية ، دار الإرشاد الإسلامية ببيروت .
- 19 - خلاف (الشيخ عبد الوهاب) : السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ببيروت ط 3 لعام 1987 .
- 20 - خلدون (العلامة ابن خلدون) : مقدمة ابن خلدون ، دار إحياء التراث ببيروت ، الطبعة الثالثة .
- 21 - خياط (الدكتور عبد العزيز) : الشركات في الشريعة الإسلامية ، جزآن ، مؤسسة الرسالة ببيروت 1988 .
- 22 - الدريني (الدكتور فتحي) : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (ط 3 لعام 1984) ، ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (1988) ، مؤسسة الرسالة ببيروت .
- 23 - رباط (الدكتور إدمون) : الوسيط في القانون الدستوري اللبناني ، دار العلم للملايين ببيروت .
- 24 - رجب (الدكتور مصطفى محمد) : القانون البحري الإسلامي ، المكتب العربي الحديث بالاسكندرية 1990 .
- 25 - الزرقا (الاستاذ مصطفى) : المدخل الفقهي العام ، جزآن ، دمشق .
- 26 - الزحيلي (الدكتور وهبة) : جهود تقنين الفقه الإسلامي (1987) ، ونظرية

الضرورة الشرعية (1979) مؤسسة الرسالة بيروت ، وأثار الحرب في الفقه الإسلامي ، دار الفكر بدمشق .

27 - زهرة (الشيخ محمد أبو زهرة) : العقوبة في الفقه الإسلامي ، والجريمة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي بالقاهرة .

28 - زيدان (الدكتور عبد الكريم) : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام ، والوجيز في أصول الفقه ، والمدخل لدراسة الشريعة ، وأحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ، ونظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة بيروت ، 1982 و1987 و1988 و1989 .

29 - السرخسي (الإمام شمس الدين) : المبسوط ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، دار المعرفة بيروت .

30 - سرور (الدكتور أحمد فتحي) : أصول قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1973 .

31 - سلطان (الدكتور حامد) : أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1970 .

32 - السهنوري (الدكتور عبد الرزاق) : مصادر الحق ، 6 أجزاء ، المجمع العلمي العربي الإسلامي بيروت .

33 - السيوطي (الإمام جلال الدين) : الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية بيروت 1983 .

34 - السيد (الدكتور رضوان) : قضاء المظالم ، مجلة دراسات ، المجلد 14 العدد 10 لعام 1987 .

35 - الشاطبي (الإمام أبو اسحق) : الموافقات في الشريعة ، 4 أجزاء ، دار المعرفة بيروت .

36 - الشهرستاني (الإمام أبو الفتح) : الملل والنحل ج 2 ، تحقيق محمد سيد كيلاني ، دار المعرفة بيروت .

37 - شلبي (الشيخ الدكتور محمد مصطفى) : المدخل في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية بيروت 1985 ، وأصول الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية بيروت 1982 .

38 - الصالح (الشيخ الدكتور صبحي) : النظم الإسلامية ومعالم الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين بيروت 1980 و1982 ؛ والإسلام ومستقبل الحضارة ، دار الشورى بيروت 1982 .

- 39 - الصدة (الدكتور عبد المنعم فرج) : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي في المعاملات المالية ج 1 ، معهد البحوث والدراسات العربية 1970 ؛ وأصول القانون ، دار النهضة العربية بيروت 1978 .
- 40 - طه (الدكتور مصطفى) : القانون البحري اللبناني ، دار النهضة العربية بيروت 1968 .
- 41 - الطويل (الدكتور توفيق) : في تراثنا العربي الإسلامي ، عالم المعرفة بالكويت .
- 42 - عابدين (الإمام ابن عابدين) : حاشية ابن عابدين ، دار الفكر ببيروت 2 لعام 1966 .
- 43 - عامر (الدكتور عبد العزيز) : المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي ، المطبعة العالمية بالقاهرة 1969 .
- 44 - عالية (القاضي الدكتور سمير) : القضاء والعرف في الإسلام والوجيز في القانون التجاري ونظرية الدولة وآدابها في الإسلام ، المؤسسة الجامعية للدراسات ببيروت (مجد) ، 1986 و 1987 و 1988 .
- 45 - عبد الحميد (الاستاذ نظام الدين) : مفهوم الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة بيروت 1984 .
- 46 - عبد الله (الدكتور عبد الغني بسيوني) : نظرية الدولة في الإسلام ، الدار الجامعية بيروت 1986 .
- 47 - عد المنعم (الدكتور حمدي) : ديوان المظالم ، دار الشروق 1983 .
- 48 - عبد الوهاب (الدكتور صلاح الدين) : الأصول العامة لعلم القانون ، مكتبة عمان 1968 .
- 49 - عثمان (الاستاذ فتحي) : الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه ، مكتبة وهبة بمصر .
- 50 - العريني (الدكتور محمد فريد) : القانون الجوي ، الدار الجامعية ببيروت 1980 .
- 51 - عواضة (الدكتور حسن) : المالية العامة ، دار النهضة العربية بيروت ، ط 5 لعام 1981 .
- 52 - العوجي (الدكتور مصطفى) : القانون الجنائي العام ج 1 ، مؤسسة نوفل بيروت 1984 .
- 53 - عودة (الاستاذ عبد القادر) : التشريع الجنائي الإسلامي ، جزءان ، مؤسسة الرسالة ببيروت ، ط 5 ، لعام 1984 .
- 54 - عيد (الدكتور إدوار) : الوجيز في المدخل الى علم القانون ، بيروت 1978 ،

وموسوعة أصول المحاكمات بيروت .

- 55 - فرج (الدكتور توفيق) : المدخل للعلوم القانونية ، مكتبة مكاوي بيروت 1975 .
- 56 - فرحات (القاضي ألبر) : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت 1987 .
- 57 - قباني (الدكتور خالد) : اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان ، منشورات عويدات بيروت 1981 .
- 58 - القطان (الاستاذ منّاع) : التشريع والفقه في الإسلام ، مؤسسة الرسالة بيروت 1983 .
- 59 - القيسي (الدكتور عصام) : قانون العمل اللبناني ، منشورات عشتار بيروت 1983 .
- 60 - كنعان (القاضي الشيخ محمد كنعان) : قرّة العينين في تفسير الجلالين ، المكتب الاسلامي بيروت 1984 .
- 61 - كيرة (الدكتور حسن) : المدخل الى القانون ، دار النهضة العربية بيروت 1967 .
- 62 - الماوردي (الإمام أبو الحسن علي) : الأحكام السلطانية ، دار الكتب العلمية بيروت 1985 ، وأدب القاضي ، جزآن ، تحقيق محي سرحان ، مطبعة الإرشاد ببغداد 1971 .
- 63 - محمد (الاستاذ قطب ابراهيم) : النظم المالية في الإسلام ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1980 .
- 64 - حمصاني (الدكتور صبحي) : مقدمة في إحياء علوم الشريعة ، وأركان حقوق الإنسان ، وفلسفة التشريع في الإسلام ، والأوضاع التشريعية في الدول العربية ، والدعائم الخلقية للقوانين الشرعية ، والقانون والعلاقات الدولية في الإسلام ، وتراث الخلفاء الراشدين ، والنظرية العامة للموجبات . دار العلم للملايين بيروت .
- 65 - محيو (الدكتور حسن) : محاضرات في قانون التجارة البحرية اللبناني وقانون الطيران ، بيروت 1983 .
- 66 - مدكور (الدكتور محمد سلام) : القضاء في الإسلام ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1964 ؛ ومناهج الاجتهاد في الإسلام ، جامعة الكويت 1973 .
- 67 - مسلم (الدكتور أحمد) : القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية بيروت 1966 .
- 68 - المصلح (الدكتور عبد الله) : قيود الملكية الخاصة ، مؤسسة الرسالة بيروت 1988 .
- 69 - مصطفى (الدكتور محمود محمود) : تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر والدول

- العربية ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1969 ، وشرح قانون العقوبات (القسم العام) ، جامعة القاهرة ط 9 لعام 1974 .
- 69 مكرر- منصور (الدكتور سامي) : المختصر في القانون الدولي الخاص ، مطبوعات كلية الحقوق اللبنانية (الفرع الأول) 1991 .
- 70 - منصور (الاستاذ علي علي) : المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، دار الفتح بيروت 1966 .
- 71 - المرافي (الاستاذ أحمد) : من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة 1965 .
- 72 - المودودي (الإمام أبو الأعلى) : نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور ، الدار السعودية بجدة 1985 .
- 73 - موسى (الدكتور طالب) : مبادئ القانون التجاري ، بغداد 1974 .
- 74 - موسى (الدكتور محمد موسى) : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي بالقاهرة 1961 ؛ ونظام الحكم في الإسلام ، الناشر العصر الحديث ببيروت 1988 .
- 75 - موسوعة عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة .
- 76 - ناصف (الشيخ منصور علي) : التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول ، المكتبة الإسلامية .
- 77 - الناهي (الدكتور صلاح الدين) : النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف ، بغداد 1968 .
- 78 - التبهان (الدكتور محمد فاروق) : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، ونظام الحكم في الإسلام ، وأبحاث في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ببيروت 1984 و 1988 .
- 79 - الندوي (الاستاذ علي) : القواعد الفقهية ، دار القلم بدمشق 1986 .
- 80 - النعمة (الاستاذ ابراهيم) : العمل والعمال في الفكر الاسلامي ، الدار السعودية بجدة 1985 .
- 81 - النقيب (القاضي الدكتور عاطف) : أصول المحاكمات الجزائية ، منشورات عويدات بيروت .
- 82 - أبو هيف (الدكتور علي صادق) : القانون الدولي العام ، منشأة المعارف بالاسكندرية 1963 .
- 83 - وات (الاستاذ مونجمري) : فضل الإسلام على الحضارة الغربية ، ترجمة حسين أحمد أمين ، دار الشروق ببيروت 1986 .

84 - اليعقوب (الدكتور بدر الجاسم) : أصول الإلتزام في القانون المدني الكويتي ، مطابع دار القبس بالكويت 1981 .

- 85- Bekaert (Herman): Introduction à l'étude du droit (1969)
- 86- Dabin (J): Philosophie de l'ordre juridique positif (1929), Théorie générale du droit (Paris 1969)
- 87- David (R): Les grands systèmes de droits contemporains, Paris 1974.
- 88- De la Gressaye et Laborde-Lacoste: Introduction à l'étude du droit, Sirey 1947.
- 89- Del Vecchio: Philosophie du droit, traduction d'Aynac, Dalloz 1953.
- 90- Du Pasquier (C.): Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit (1969).
- 91- Esmein: La place du droit dans la vie sociale, l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit, T.1 (1951).
- 92- Geny (F.): Science et technique en droit privé positif, 2 Vol. (1927); Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 Vol.
- 93- Ghestin et Goubeaux: Introduction générale (Paris 1974).
- 94- Haesaert: Théorie générale du droit, 1948.
- 95- Marty (G) et Raynaud (P): Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, T. 1 (1972) Sirey.
- 96- May (G): Introduction à l'étude du droit, Paris 1932.
- 97- Mazeaud (H.L. et J.): Leçons de droit civil T.1 (1971).
- 98- Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, 1949.
- 99- Roubier: Théorie générale du droit, Paris 1951.
- 100- Scelle (G.): L'ouvrage collectif à l'étude du droit T. 1 (1951).
- 101- Villey (M.): Une définition du droit, Archives de philosophie du droit (1959).

الفهرس

الموضوع	الصفحة
تصدير الكتاب	7
مقدمة التعريف بأصول القانون وأصول الفقه	9
1 - تمهيد وتقسيم	9
(أ) - التعريف بعلم أصول القانون الوضعي	9
2 - المقصود به وتسمياته . 3 - نشأته . 4 - موضوعاته . 5 - مميزاته .	
6 - أهمية دراسته	9 - 12
(ب) - التعريف بعلم أصول الفقه الإسلامي	13
7 - أهمية كتابة المداخل في الفقه الإسلامي . 8 - المقصود بعلم أصول الفقه	
وتعريفه . 9 - نشأته . 10 - موضوعاته . 11 - سبق المسلمين في اكتشاف	
علم الأصول . 12 - مميزاته وأهمية دراسته .	13 - 21
(ج) - الدراسة المقارنة للعلمين وأهميتها	23
13 - الإسلام دين وقانون والمقارنة معه مفيدة . 14 - أوجه الإتفاق بين	
العلمين . 15 - أوجه الخلاف بينهما .	23 - 29
(د) - منهج الدراسة وأقسامها	
16 - منهج الدراسة . 17 - أقسام الدراسة	30

الفصل الأول

المقصود بالقانون والشرع والفقه

18 - القانون الإلهي والوضعي ضرورة إجتماعية	33
المبحث الأول : تعريف القانون والشرع والفقه	36
19 - نشأة القانون والشرع الإسلامي .	36

- المطلب الأول : مفهوم القانون الوضعي 38
- 20 - (أولاً) - أصل لفظ القانون ومعناه لغة . 21 - (ثانياً) - معناه
إصطلاحاً وتعريفه . 22 - (ثالثاً) - القانون ومصطلحاته وعائلاته 38 - 40
- المطلب الثاني : مفهوم الشرع الإسلامي 46
- 23 - (أولاً) - معنى الشرع الإسلامي . 24 - (ثانياً) - أقسام الشرع
وجزؤه القانوني 25 - (ثالثاً) - مزايا الشرع الإسلامي 46 - 48
- المطلب الثالث : مفهوم الفقه الإسلامي 66
- 26 - (أولاً) - معنى الفقه الإسلامي . 27 - (ثانياً) - صلته بالشرع .
28 - (ثالثاً) - أقسام الفقه الإسلامي وجزؤه القانوني . 29 - (رابعاً) -
مزايا الفقه الإسلامي . 30 - (خامساً) - الفقه والمصطلحات القانونية .. 66 - 77

المبحث الثاني

صفات القانون والشرع

- المطلب الأول : خصائص القواعد القانونية والشرعية 79
- الفرع الأول : خصائص القواعد القانونية 79
- 31 - تعريفها وخصائصها . 32 - (أولاً) - إنها وضعية . 33 - (ثانياً) -
إنها قاعدة سلوك . 34 - (ثالثاً) - إنها تحكم السلوك الخارجي . 35 -
(رابعاً) - إنها خطاب موجه الى الأشخاص في مجتمع . 36 - (خامساً) -
إنها قاعدة عامة ومجردة . 37 - (سادساً) - إنها ملزمة بجزاء وضعي 79 - 84
- الفرع الثاني : خصائص القواعد الشرعية 86
- 38 - تعريفها وخصائصها . 39 - (أولاً) - إنها ذات أصل سماوي . 40 -
(ثانياً) - إنها قاعدة سلوك . 41 - (ثالثاً) - إنها تحكم ظاهر السلوك
وباطنه . 42 - (رابعاً) - إنها خطاب موجه للأشخاص في مجتمع . 43 -
(خامساً) - إنها قاعدة عامة ومجردة . 44 - (سادساً) - إنها ملزمة بجزاء
ديني وأخروي 86 - 96

المطلب الثاني : القانون والشرع والقواعد الاجتماعية الأخرى	100
45 - تمهيد وتقسيم	100
الفرع الأول : التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى	100
46 - (أولاً) - القانون وقواعد المجاملات والعادات . 47 - (ثانياً) - القانون وقواعد الأخلاق . 48 - (ثالثاً) - القانون وقواعد الأديان عامة . 49 - (رابعاً) - القانون وقواعد الشرع الإسلامي . 50 - (خامساً) - القانون وسائر العلوم الاجتماعية الأخرى .	110 - 101
الفرع الثاني : التمييز بين الشرع الإسلامي والقواعد الاجتماعية الأخرى	112
51 - (أولاً) - الشرع الإسلامي وقواعد المجاملات والعادات . 52 - (ثانياً) - الشرع الإسلامي وقواعد الأخلاق . 53 - (ثالثاً) - الشرع الإسلامي والأديان الأخرى . 54 - (رابعاً) - الشرع الإسلامي والعلوم الاجتماعية الأخرى	117 - 112

الفصل الثاني وظيفة وإلزامية القانون والشرع

55 - تقسيم	119
------------	-----

المبحث الأول وظيفة القانون والشرع

المطلب الأول : وظيفة القانون	119
56 - تمهيد وتقسيم . 57 - (أولاً) - وظيفة القانون والنزعة الفردية . 58 - (ثانياً) - وظيفة القانون والنزعة الاجتماعية . 59 - (ثالثاً) - وظيفة القانون والجمع بين الفردية والاجتماعية . 60 - (رابعاً) - موقف القانون اللبناني من الفردية والاجتماعية	126 - 119

- المطلب الثاني : وظيفة الشرع الإسلامي 127
- 61 - تمهيد وتقسيم . 62 - (أولاً) - المقصد العام للشرع . 63 - (ثانياً) -
 نظرة الإسلام الى الفرد وحقوقه . 64 - (ثالثاً) - نظرة الإسلام الى المجتمع
 وحقوقه . 65 - (رابعاً) - موقف الإسلام من النزعتين الفردية والاجتماعية . 127 - 145

المبحث الثاني

إلزامية القانون والشرع

- المطلب الأول : أساس الإلزام في القانون 145
- 66 - تمهيد وتقسيم . 67 - (أولاً) - إرادة الحاكم كأساس (نظرية
 أوستن) . 68 - (ثانياً) - إرادة المشرع كأساس (مدرسة تقديس النص) .
 69 - (ثالثاً) - القانون الطبيعي كأساس للقانون . 70 - (رابعاً) - التطور
 التاريخي للمجتمع كأساس (المدرسة التاريخية) . 71 - الجمع بين المثالية
 والواقعية كجوهر للقانون (نظرية جيني) 145 - 158

- المطلب الثاني : أساس الإلزام في الشرع الإسلامي 159
- 72 - تمهيد وتقسيم . 72 مكرر - (أولاً) - بيان هذا الأساس . 73 -
 (ثانياً) - نظرية أوستن والشرع الإسلامي . 74 - (ثالثاً) - مدرسة تقديس
 النص والشرع الإسلامي . 75 - (رابعاً) - القانون الطبيعي والشرع
 الإسلامي . 76 - (خامساً) - المدرسة التاريخية والشرع الإسلامي . 77 -
 (سادساً) - المثالية والواقعية ونظرية جيني والشرع الإسلامي 159 - 166

الفصل الثالث

أقسام وفروع القانونين الوضعي والإسلامي

- 78 - تمهيد وتقسيم 169

المبحث الأول

القانون العام والخاص في النظامين

- المطلب الأول : القانونان العام والخاص الوضعيان 170
- 79 - أساس التقسيم وأهميته . 80 - (أولاً) - القانون العام الوضعي

وفروعه (القانون الدولي العام ، القانون الدستوري ، والإداري والمالي والجزائي) . 81 - (ثانياً) - القانون الخاص الوضعي وفروعه (القانون المدني ، والتجاري ، والبحري ، والجوي ، وقانون العمل) . 82 - (ثالثاً) - القانون المختلط الوضعي وفرعاه : أصول المحاكمات ، والدولي الخاص) 170 - 208

المطلب الثاني : القانون العام والخاص في الفقه الإسلامي 215
83 - وحدة القانون في الإسلام . 84 - (أولاً) - معالم القانون العام الإسلامي وفروعه (القانون الدولي العام الإسلامي والدستوري الإسلامي والإداري الإسلامي والمالي الإسلامي والجزائي الإسلامي) . 85 - (ثانياً) - معالم القانون الخاص الإسلامي وفروعه (القانون المدني الإسلامي ، والتجاري الإسلامي ، والبحري الإسلامي ، والجوي الإسلامي ، والعمالي الإسلامي) . 86 - (ثالثاً) - معالم القانون المختلط الإسلامي وفرعيه (أصول المحاكمات الإسلامي ، والدولي الخاص الإسلامي) 215 - 313

المبحث الثاني

القواعد الآمرة والتخيرية في النظامين

87 - تمهيد وتقسيم 335

المطلب الأول : القواعد القانونية الآمرة والتخيرية (المكملة) 335
88 - (أولاً) - القواعد القانونية الآمرة . 89 - (ثانياً) - القواعد القانونية التخيرية (المكملة) . 90 - معيار التفرقة بينها (المعيار المادي والمعنوي وفكرة النظام العام والآداب الوضعية) 335 - 337

المطلب الثاني : القواعد الشرعية الآمرة والتخيرية 344
91 - (أولاً) - التفرقة بين هذه القواعد معروفة في الفقه الإسلامي . 92 - (ثانياً) - معيار التفرقة بين القواعد الشرعية الآمرة والتخيرية (المعيار المادي والمعنوي وفكرة النظام العام الإسلامي والآداب الإسلامية) 344 - 345

المبحث الثالث

التدرج في القواعد القانونية والشرعية

- المطلب الأول : التدرج في القواعد القانونية 348
- 93 - (أولاً) - أنواع القوانين الوضعية وتدرجها بحسب الأهمية .
- (ثانياً) - نتائج التدرج في ترتيب القوانين الوضعية 349 - 348
- المطلب الثاني : التدرج في القواعد الشرعية 350
- 95 - (أولاً) - ترتيب القواعد الشرعية بحسب الأهمية . 96 - (ثانياً) -
- نتائج التدرج في القواعد الشرعية 350
- المراجع 353



1. The first part of the paper is a review of the literature on the effects of the 1997 Asian financial crisis on the economies of the Asian countries. The second part of the paper is a review of the literature on the effects of the 1997 Asian financial crisis on the economies of the Asian countries. The third part of the paper is a review of the literature on the effects of the 1997 Asian financial crisis on the economies of the Asian countries.

