أثر الدرس القانوني على التصنيف في علم أصول الفقه

إعداد:

د/ أحمد علي صالح ضبش

مدرس الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم – جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث:

إذا كان التصنيف في علم أصول الفقه مستقرًا من حيث الشكل والموضوع، وكان اختلاط العلوم وتجاورها يحدث بينها تأثيرًا وتأثرًا، وقد أفادت العلوم القانونية ولا شك من الفقه الإسلامي وأصوله، كما أثبتت كثير من الدراسات السابقة، ولكن هل كان لتدريس علم أصول الفقه في كليات الحقوق، وعناية بعض القانونيين به أثر في بنية هذا العلم أو شكله أو طرق التصنيف فيه؟ وهل يمكن لعلم أصول الفقه أن يفيد من الدرس القانوني سواء من حيث الترتيب أو تيسير طريقة العرض في صورة التنظير أو التمثيل أو المقارنة؟ يحاول هذا البحث بعنوان: "أثر الدرس القانوني على التصنيف في علم أصول الفقه" أن يجيب عن هذه الأسئلة من خلال المنهج الوصفي التحليلي، وقد جاء البحث في مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة وفهرس مراجع: بينت المقدمة: إشكالية البحث، ومنهجه، وأهميته، وأسباب اختيار موضوعه، وعرضت الدراسات السابقة وبينت الفرق بينها وبين هذا البحث.

والتمهيد بعنوان: أهمية أصول الفقه لرجال القانون وطلاب الحقوق.

المبحث الأول: أثر الدرس القانوني في تيسير عرض علم الأصول، وقد شمل نماذج من الدراسة القانونية لعلم أصول الفقه ووصف لجهود علماء أجلاء كالشيخ الخضري وأحمد إبراهيم وغيرهم.

المبحث الثاني: التخطيط المأمول لمباحث علم الأصول، وقد بين اعتماد أصول القانون في أبوابه الثلاثة: إيجاد القانون، وإنفاذه، وإلغاؤه على قواعد علم أصول الفقه.

المبحث الثالث: أثر الدرس القانوني في التمثيل والتنظير، وقد أبرز مجموعة من جهود القانونيين في مجال التنظير الأصولي كالأستاذ السنهوري وغيره كما في نظرية الأهلية، ونظرية العرف، ونظرية الباعث.

ثم الخاتمة التي احتوت على أهم النتائج ومنها: أهمية دراسة علم أصول الفقه للقانونيين، ونجاح الدرس القانوني في تجديد بعض النماذج والتطبيقات الأصولية، وإمكانية الإفادة من جهود القانونيين في التنظير الأصولي. وعلى أهم التوصيات ومنها: ضرورة إبراز أهمية علم الأصول لطلاب الحقوق، ودمجه في الدرس القانوني بوصفه قانون تفسير النصوص القانونية.

وأخيرًا: فهرس المراجع.

الكلمات المفتاحية:

أصول الفقه، تاريخ علم الأصول، التنظير الأصولي، تفسير القوانين، أصول القانون

Abstract:

As many previous studies have proven, legal studies have benefited from Islamic law, jurisprudence, and its principles, however they did not show how the teaching of the principles of Islamic Jurisprudence in the faculties of Law has affected the structure of this course, its structure, or its methods of authorship. This research tried to answer

the question of, Can the principles of jurisprudence benefit from legal studies in respect of arrangement, or facilitating the method of presentation in form of theorizing, illustration, or comparison? This research, entitled “The Impact of Legal Studies on the authorship of the principles of Jurisprudence” tried to address those questions through a descriptive analytical methodology, this research consists of an introduction, Preface, Three chapters, and Conclusion as follows: The introduction showed the issues that this research dealt with, its methodology, its importance, , and presented the previous studies and showed the difference between them and this research. The preface is entitled “The Importance of Principles of Jurisprudence for Jurists and Law Students”. Chapter One: legal study’s Impact on facilitating the principles of jurisprudence. This chapter included the legal studies of the science of the principles of jurisprudence, as well as a description of the efforts of distinguished scholars such as Sheikh Al-Khudari, Ahmed Ibrahim and others.Chapter Two: The suggested curriculum for the principles of jurisprudence. Chapter Three: The impact of Legal studies on illustration and theorizing. Conclusion: shows the most important results and recommendations.

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم إلى يوم الدين، وبعد.. فقد اشتهرت طرق التأليف في علم أصول الفقه الإسلامي بأنها ثلاث: طريقة الحنفية، وطريقة المتكلمين، وطريقة الجمع بين الحنفية والمتكلمين، ومن العلماء من أضاف لهم طريقة رابعة سميت بطريقة المقاصد، وخامسة سميت بطريقة تخريج الفروع على الأصول[١]، ومثلوا للأولى بأصول الكرخي (ت: ٣٤٠هـ)، وفصول الجصاص (ت:٣٧٠هـ)، وتقويم أصول الفقه للدبوسي (ت: ٤٣٠هـ) وغيرهم، ومثلوا للثانية برسالة الإمام الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، والبرهان للجويني (ت: ٤٧٨هـ)، والمستصفى للغزالي (ت:٥٠٥هـ)، وغيرهم كثير، ومثلوا للثالثة بكتاب بديع النظام لمظفر الدين بن الساعاتي (ت: ٦٩٤هـ)، وتنقيح الأصول لصدر الشريعة (ت: ٧٤٧هـ)، والتحرير لابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، أما طريقة المقاصد فعمدتها كتاب الموافقات للشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)[٢]، إلا أن ثمة عوامل أدت في هذا العصر إلى ظهور طريقة في تأليف كتب الأصول، اتسمت بسمات منهجية مخصوصة دعت إليها ضرورة تغيير منهج التأليف من حيث الترتيب والتمثيل وغيره ليصبح على نحو مغاير للمصنفات المعتادة، وقد أدت إلى ذلك متطلبات جديدة دُرس من أجلها العلم، وأجواء جديدة نما فيها، حيث نشأت كليات الحقوق، وبالتحديد مدرسة الحقوق الخديوية (١٨٨٦م)

---

[١] انظر: أصول الفقه، الشيخ محمد الخضري بك، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط٦، (١٩٦٩م)، (ص: ٩)، وأصول الفقه، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت)، (١٨-٢٤) والوجيز في أصول الفقه، للدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، (٢٠١١م)، (ص: ١٨)،

[٢] المراجع السابقة، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، (١٩٩٩م)، (١/٥٩-٦٥).

التي أصبحت واحدة من كليات الجامعة المصرية فيما بعد سنة (١٩٢٥م)، وكانت تدرس فيها مقررات القانون المدني، والجنائي، والشريعة الإسلامية[١]، ودُرس فيها علم أصول الفقه، واتخذ نبراسًا لتفسير النصوص القانونية على أيدي علماء أجلاء، كالشيخ أحمد إبراهيم بك، والشيخ عبد الوهاب خلاف – رحمهما الله.

وعلم أصول الفقه فضلا عن كونه من أشرف العلوم، كما قال الغزالي –رحمه الله: "أشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع، واصطحب فيه الرأي والشرع، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد"[٢]، فيحتاج إليه المجتهد والمقلد، والفقيه والمفتي، وكل مشتغل بنصوص الشرع الحنيف. وقال علاء الدين البخاري عن منزلة علم أصول الفقه بين العلوم أنه: "أصعبها مدارك، وأدقها مسالك، وأعمقها عوائد، وأتمها فوائد، لولاه لبقيت لطائف علوم الدين كامنة الآثار، ونجوم سماء الفقه والحكمة مطموسة الأنوار، لا تدخل ميامنه تحت الإحصاء، ولا تدرك محاسنه بالاستقصاء"[٣].

وكذلك كل مشتغل بالنصوص الوضعية القانونية أو العقدية يحتاج قواعد علم الأصول لفهم عباراتها وإشاراتها؛ لذا اعتنت كليات القانون والحقوق بتدريس هذا العلم؛ لأن "المعنيَّ بالقوانين الوضعية، من محام، أو قاض، أو مدرس يحتاج هو

---

(١) انظر أثر مدرسة الحقوق الخديوية في تطوير الدراسات الفقهية، د. محمد إبراهيم طاجن، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط١، (٢٠٢٠)، (ص: ١٣٨) وما بعدها.

[٢] المستصفى، أبو حامد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٣هـ – ١٩٩٣م)، (١/٤).

[٣] كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، علاء الدين البخاري (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط)، (١/ ٣).

الآخر إلى هذا العلم؛ لأن القواعد والأصول التي قررها علم الأصول، مثل: القياس وأصوله، والقواعد الأصولية لتفسير النصوص، وطرق دلالة الألفاظ والعبارات على معانيها، ووجوه هذه الدلالة، وقواعد الترجيح بين الأدلة؛ كل ذلك وغيره تلزم الإحاطة به من قِبَل من يتصدى للقوانين الوضعية، ويريد الوصول إلى تفسيرها، ومعرفة ما انطوت عليه من أحكام، ولهذا فقد اعتنت كليات الشريعة، والحقوق في العراق والشام ومصر وغيرها – قديما، وحديثا – بتدريس هذا العلم لطلابها"[١]. بالإضافة إلى ما يشكله هذا العلم من دور في "تكوين شخصية طالب الحقوق، وتمكينه من تنمية كفاءاته وقدراته العلمية، والعقلية، والنفسية، واكتساب ملكات التكوين والإسهام في الوصول إلى الحكم"[٢].

وبهذا يتبين أن تدريس علم أصول الفقه في كليات الحقوق ليس مجرد فضلة من بقايا العرف القانوني الإسلامي الذي ساد أكثر من أربعة عشر قرنا، وما يزال في الدول العربية، ولكنه يدرس بوصفه علما معياريا ضابطا يضرب في جذور الأنظمة القانونية لهذه الدول بمبادئه وقواعده الأساسية، وكثير من مصطلحاته الفنية. فعلم أصول الفقه يضبط التفكير الفقهي والقانوني، ومن لزمه استنباط الأحكام فليس له عن هذا العلم غنى، وقد بينت القوانين الأساسية في أكثر البلاد الإسلامية أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الرئيس، والمصدر الأساسي للتشريعات العامة والخاصة، وبينت القوانين المدنية في البلاد المذكورة أن الأحكام الشرعية مصادر احتياطية لقضاتها وأحكامها٣. ومن أراد أن يستنبط حكما شرعيا

---

[١] الوجيز في أصول الفقه، الدكتور عبد الكريم زيدان، (ص: ١٣).

[٢] أهمية تدريس علمي الفقه وأصول الفقه في كليات الحقوق، د. الديب جمال، حوليات جامعة الجزائر، العدد ٣٣، ج١، مارس ٢٠١٩م، (ص:٤٧٣).

[٣] انظر على سبيل المثال: المادة الثانية من الدستور المصري ٢٠١٤، والفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، والمادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م.

لمسألة مستجدة ليس فيها تقنين ولا عرف فعليه بهذا العلم، حيث أرشد القانون المدني القضاة أن يستنبطوا أحكام تلك القضايا المستجدة – غير المنصوص عليها في التشريع – من الأدلة الشرعية. والأحكام والأدلة الشرعية لا تعرف من غير هذا العلم، فهما موضوعه. ثم كيف يستنبط الحكم من الدليل؟ إن ذلك لا يكون إلا بمعرفة القواعد الأصولية التي هي طرق الاستنباط التي لا تدرس في مقرر آخر من مقررات كلية الحقوق سوى مقرر علم أصول الفقه. وتعتبر هذه الثلاثة التي ذكرناها، أعني: الأحكام، والأدلة، وطرق الاستنباط مع باب الاجتهاد هي أبواب أو أركان هذا العلم الأساسية.

فالقانوني لا يستغنى عن استقصاء هذا الفن واستيعابه بأجنحته الثلاث: الأدلة، والأحكام، وطرق الاستنباط. يقول الدكتور زكي الدين شعبان: "علم الأصول فيه البيان الوافي لتفسير النصوص، وطرق دلالة الألفاظ والعبارات على معانيها، ووجوه هذه الدلالة، وقواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة، والقياس وشروطه، والمصلحة التي يصح الاعتماد عليها في التشريع والتي لا يصح، والأساس الذي يقوم عليه تشريع الأحكام الاستثنائية من القواعد العامة، ومتى يصح القياس فيها، ومتى لا يصح... وغير ذلك من المباحث الأصولية التي يلزم الإحاطة بها من كل من يتصدى للقوانين الوضعية، ويريد الوصول إلى تفسيرها، ومعرفة ما اشتملت عليه من أحكام، حتى يأمن على نفسه الزلل، أو السير على غير هدى. فهذا العلم كما يحتاج إليه الفقيه لفهم الشريعة على وجهها الصحيح يحتاج إليه كذلك دارس القوانين على اختلاف أنواعها ليفهم هذه القوانين، ويطبقها تطبيقا صحيحا"[1].

إن هذا ما حدا بعض العلماء الذين أسسوا لطريقة القانونيين للتأليف في أصول الفقه أن تتسم طريقتهم بما يتناسب مع حاجة رجال القانون من هذا العلم، كالشيخ أحمد إبراهيم، والشيخ عبد الوهاب خلاف، وجاءت بعدهم محاولات أخرى كمحاولة

١ أصول الفقه الإسلامي، الأستاذ الدكتور/ زكي الدين شعبان، مكتبة الإرشاد (ص١٢).

الدكتور محمد زكي عبد البر أن يصب قواعد العلم في قالب من المواد القانونية المرتبة المرقمة في كتابه تقنين أصول الفقه، وجاءت محاولات أخرى، لكن في بلاد سوى مصر، كالعراق مثل: الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان، وأصول الفقه في ثوبه الجديد لمصطفى الزلمة، الذي يقول: "علم لا يستغني عنه رجال الفقه والقانون، والقضاة ممن يرومون تحاشي السطحية في فهم وتفسير النصوص، وتكييف الوقائع، واستنباط الأحكام"[١]. فهل كان لهذه المحاولات أثرٌ في بنية علم الأصول؟

إشكالية البحث:

من المعلوم أن العلوم إذا اختلطت ببعضها أثرت، وتأثرت، إلا أن علمًا ناضجًا كعلم أصول الفقه له مناهجه البحثية المستقرة، وطرقه المشهورة في التأليف، فهل يمكن أن يتأثر كنتيجة لاختلاطه بعلوم القانون المختلفة، وهل يقال إن علم الأصول قد تطور شكلاً أو موضوعًا متأثرًا بالأهداف الجديدة التي درس لتحقيقها؟ أو تأثر بالأجواء الجديدة التي دُرّس فيها؟ وما مظاهر هذا التأثر؟ وما مداه؟

أهمية البحث:

١. إبراز جهود أساتذة الشريعة الذين درسوا علم أصول الفقه في كليات الحقوق.
٢. بيان محاسن طريقة هؤلاء الأساتذة في تدريس العلم، وتوضيح الخطوط العامة التي ساروا عليها.
٣. متابعة مسارهم وتطويره.
٤. بيان أثر الفكر القانوني في تيسير علم أصول الفقه، ونشأة التنظير، وتطوير التمثيل.

---

[١] أصول الفقه في نسيجه الجديد، د مصطفى إبراهيم الزلمي، دار إحسان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، (ص: ٤).

٥. بيان أهمية علم أصول الفقه لطلاب الحقوق، وبيان فائدة دراستهم لهذا العلم.
٦. إفادة الشرعيين مما طوره القانونيون في طريقة عرض علم الأصول.

أسباب اختيار الموضوع:

١. على الرغم من كثرة البحوث المقارنة بين الفقه والقانون، وبين أصول الفقه وأصول القانون فإن هذه الدراسات لم تبين مدى تأثير أي من القانون في الفقه أو في أصوله، لا من حيث الشكل، ولا المضمون.
٢. إدماج علم أصول الفقه الإسلامي في إطار النظام القانوني، ومحاولة وضع خطة لتيسيره، وتطوير طرق تدريسه.
٣. تحسين محتوى المقرر؛ ليتناسب مع أهدافه ومخرجات التعلم المتعلقة بحاجات سوق العمل القانوني.
٤. على كثرة ما أورده العلماء والمصنفون من أمثلة قانونية على قواعد أصول الفقه إلا أني استخرجت من خلال اهتمامي بدراسة أصول الفقه في ضوء القوانين مجموعة أخرى من الأمثلة أردت عرضها في البحث.

الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات تناولت المقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، منها: مقال للدكتور محمد زكي عبد البر، بعنوان: "علم أصول الفقه وعلم أصول القانون"، يقع المقال في (١٦) صفحة، وقد قسمه إلى ثلاثة أقسام: استعرض في القسم الأول: موضوعات علم أصول الفقه، وفي الثاني: موضوعات علم أصول القانون، ثم قارن بينهما في القسم الثالث، ليخلص إلى أن ثمة خلافا في الصياغة، ونقصا في جانب أصول القانون، وتميزا واضحا في جانب أصول الفقه، إلا أنه عاد في النهاية ليثبت تفوقا ما لعلم أصول القانون، داعيا علماء الشريعة للإفادة منه، فقال: "ورغم ما تقدم

فإنا نود لو أفاد علماء أصول الفقه من علم أصول القانون في بحث ما لم يبحث – على وجه الكفاية – في علم أصول الفقه، مثل: المال موضوع التصرف، والشخص المعنوي، والحقوق المعنوية كحق المؤلف... تطبيق الحكم الشرعي من حيث المكان والزمان والتنازع بينهما".

ومنها: كتاب الدكتور ماهر عبد المجيد عبود: "المدخل لدراسة علم أصول القانون وأصول الفقه: دراسة مقارنة": الذي وقع في (٢٤٠) صفحة، وقسم إلى ثلاثة أقسام: الأول في مفهوم القانون، والثاني في مصادره، والثالث في تطبيقه وتفسيره وإلغائه، وهو في كل قسم يربط ما جاء في القانون بما جاء في الفقه الإسلامي وأصوله، من الأحكام، والأدلة، وطرق الاستنباط بالترتيب، مبينا أوجه الاتفاق والاختلاف.

وكتاب الدكتور محمد عبد الجواد بعنوان: "أصول القانون مقارنة بأصول الفقه": يقع في (٢٢٠) صفحة، ويتناول مفهوم القانون، وتقسيماته وما يقابلها في المعاملات الإسلامية، ويناقش أصول القانون بترتيبها المعتاد: إيجاد القانون، وتطبيقه وتفسيره، وإلغاؤه. مقارنا ذلك كله بما يقابله في الفقه الإسلامي[١].

والحقيقة أن أكثر الدراسات التي تناولت المقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون لم تكن واضحة الأهداف سوى في جانب بيان الفاضل والمفضول، يقول الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال حول تفوق علم أصول الفقه الإسلامي على محاولات التنظير والتأصيل الأجنبي لعلم القانون: "ويكفي في هذا المقام أن نذكر بأن الصياغة الإسلامية تتفوق على مثيلتها الأوروبية في كثير من أبواب النظرية العامة للقانون، كما هو الحال في تحليل القاعدة القانونية، وبيان ما تتألف منه من أحكام الوضع والتكليف، وفي أساس القوة الملزمة للقانون، وتحديد أهدافه

[١] انظر: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية (١٩٩١م). (ص: ١٧).

ومقاصده، وفي مدى لزوم العلم بالتكليف لتطبيقه، وفي قواعد التفسير"[1]. على حين ينبغي أن يكون المقصد في هذا الجانب دراسة المفاهيم والمصطلحات الأصولية المتشابهة مع المصطلحات القانونية لإظهار الاختلاف، ولدرء الالتباس، ولرد كل موضوع إلى بابه، فالعلاقة بين أصول القانون وأصول الفقه ليست توازي العناصر، ولكن تداخل تلك العناصر، فالقياس الذي نجده في مصادر الفقه، نجده في تفسير النصوص القانونية، والنسخ الذي نجده بعد الحديث عن القرآن نجده في إلغاء النصوص القانونية، وهكذا. ولا يوجد بين مصطلحات الأصلين تطابق، ولكن يوجد تشابه، فعند دراسة القياس مثلا يبين معناه شرعا وقانونا، وكذلك العرف، والمصلحة، وغيرها من المسائل المشتركة، والمصطلحات المتشابهة.

وهناك دراسات تناولت موضوع تدريس علم أصول الفقه في كليات الحقوق، سواء من حيث الأهمية، أو من حيث طرق التدريس، منها: مقال للدكتور الديب جمال بعنوان: "أهمية تدريس علمي الفقه وأصول الفقه في كليات الحقوق": يقع المقال في (١٨) صفحة، ونشرته حوليات جامعة الجزائر في مارس ٢٠١٩م، وقد تناول تعريف الفقه، وتعريف الأصول، وأهميتهما عمومًا، أما أهمية علم الأصول لرجال القانون تحديدا فقد خصص لهما صفحتين، وهو يختلف عن موضوع بحثنا هذا حيث يتناول بشكل أساسي موضوعا أوسع، يتمثل في الطريقة المتبعة في تأليف علم الأصول بكليات الحقوق، ومدى تأثرها بالعلوم القانونية.

ومنها: مقال: الأستاذ عارف عز الدين حسونة: "ربط مهارات التفكير في تدريس علم أصول الفقه الإسلامي لطلبة القانون": يقع المقال في (١٦) صفحة، نشرته المجلة التربوية الدولية المتخصصة، فهو بحث تربوي يتناول بشكل أساسي طرق تدريس (pedagogue) علم الأصول، فيتناول المهارات التي يحاول المدرس

[1] تجديد النظرية العامة للقانون، الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، (٢٠٠٢م)، (ص: ٢٨٩) حاشية (١).

إكسابها للطالب، كمهارة النقد، وحل المشكلات، وإدراك الأخطاء، وغير ذلك، ولا يتناول محتويات المقرر (curriculum)، أو تأثر منهجية التأليف العلمي في الأصول بالفكر القانوني؛ ولذلك يختلف هذا البحث.

منهج البحث:

اعتمدت المنهج الوصفي التحليلي منهجا لهذا البحث.

خطة البحث:

تمهيد: أهمية أصول الفقه لطلاب الحقوق

المبحث الأول: أثر الدرس القانوني في تيسير عرض علم الأصول

المطلب الأول: تدريس أصول الفقه في مدرسة القضاء الشرعي

المطلب الثاني: تدريس أصول الفقه في مدرسة الحقوق الخديوية

المطلب الثالث: نماذج أخرى من التصنيف القانوني لعلم الأصول

المبحث الثاني: التخطيط المأمول لمباحث علم الأصول

المطلب الأول: إيجاد القانون

المطلب الثاني: إنفاذ القانون

المطلب الثالث: إلغاء القانون

المبحث الثالث: أثر الدرس القانوني في التمثيل والتنظير

المطلب الأول: أثر الدرس القانوني في التمثيل

المطلب الثاني: أثر الدرس القانوني في التنظير

الخاتمة، وبها أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المراجع.

تمهيد

أهمية أصول الفقه لطلاب الحقوق ورجال القانون

يرتبط القانون المصري بالشريعة الإسلامية ارتباطا وثيقا، حيث نص الدستور المصري في المادة الثانية على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع". وبهذا أوجب الدستور على المشرع ضرورة العودة إلى الشريعة الإسلامية في وضع القوانين، كما أوجب القانون المدني على القاضي حال خلو القانون من حكم المسألة أن يعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث حرص قانوننا المدني على أن يجعلها من بين مصادره الرسمية التي يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد نصًا تشريعيًا يمكن تطبيقه، وقد اعتمد المشرع المدني في مصادر القانون على أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ استمد منها كثيرا من نظرياتها العامة، وكثيرا من أحكامها التفصيلية، بالإضافة إلى أن أكثرَ المظاهر القانونية والقضائية في مصر والعالم الإسلامي هي امتداد للعرف القانوني الإسلامي الذي استمر في المنطقة زهاء اثني عشر قرنًا؛ ولذلك يؤكد الكثيرون على أهمية الرجوع في تشريع الأحكام القانونية إلى الشريعة والفقه الإسلامي؛ لارتباط الأعراف المصرية والعربية بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أكده العلامة السنهوري بقوله: "إن القانون هو نبت البيئة، وغرس الأجيال المتعاقبة، يتطور من مرحلة إلى مرحلة، فإذا أريد وضع قانون لبلد ما فلابد أن يكون وفقًا لحاجة الشعوب ووفقًا لواقع الحال، ولا شك أن الشريعة هي تراث هذا المجتمع، وهذا هو ما يطلق عليه المعيار الفني الذي يحتم العناية بالشريعة"[1].

[1] وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد ٦، العدد ١، (ص: ١١٨).

ولما كان علم أصول الفقه هو العلم بقواعد فهم النصوص الشرعية، واستنباط الأحكام الفقهية؛ كان الإلمام به ضرورة حتمتها أهمية الشريعة الإسلامية في القانون المصري والقوانين والأنظمة العربية من حيثيتين، نبينهما فيما يأتي:

أولا: أهمية أصول الشريعة الإسلامية من حيث المبادئ القانونية الكلية:

وتتجلى هذه المبادئ الكلية في مواد قانونية معينة، تحيل المشرع والقاضي والمشتغل بالقانون إلى استمداد الأحكام من الشريعة الإسلامية تارة بمعنى الأحكام الثابتة الدائمة التي لا تتغير، ولا خلاف عليها، وتارة بمعنى الأحكام الفقهية المتغيرة التي يقبل فيها الخلاف. ونكتفي بأهم هذه التجليات في الدستور المصري، والقانون المدني، وقانون العقوبات.

١-الدستور المصري ٢٠١٤:

نصت المادة الثانية من الدستور على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". وقد جاء في ديباجة الدستور: "نكتب دستورا يؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، كما جاء في الأحكام المطردة للمحكمة الدستورية العليا". والمحكمة الدستورية العليا هي المنوط بها تفسير ألفاظ الدستور ومواده، وقد عرفت مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية بأنها "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها"[١]. وهو تعريف يشبه تعريف السنهوري بأنها: "كلياتها التي هي ليست محل خلاف بين الفقهاء".

[١] حكم المحكمة الدستورية رقم (٢٩٦) لسنة (٢٥) قضائية.

إن هذين التعريفين يحتويان مصطلحات لا تفهم إلا من خلال دراسة علم أصول الفقه، وأهمها مصطلح الأحكام، والقطعية، والثبوت، والدلالة، وليفرق بين المبادئ والأحكام، وكذلك ليعرف ما ليس محل خلاف بين الفقهاء، وهو تعبير عن مصدر تشريعي يسمى الإجماع، وهو من أدلة أصول الفقه، وبالتالي كانت دراسة أصول الفقه من أهم ما ينبغي لطالب الحقوق ورجل القانون أن يعتني به؛ لاتصاله المباشر بدستور البلاد، وخطة التشريع فيها، حيث يجب على المشرع ألا يسن من القوانين ما قد يطعن عليه بمخالفة مبادئ الشريعة، وهي ما ليس محل خلاف، أو بعبارة أخرى: ما هو موضع إجماع، فلزمه أن يعرف الإجماع، ماهيته، ومسائله.

٢-القانون المدني ١٩٤٨:

نصت المادة الأولى (مدني) على أنه: ١/١ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها، أو في فحواها. ٢/١ فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد؛ فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة.

إن مبادئ الشريعة الإسلامية التي أحال عليها القانون المدني لا يمكن إدراكها إلا من خلال الإلمام بأصول الشريعة وقواعدها، كما أنه لا يمكن استنباط الأحكام ومعرفتها من غير اتباع الخطة التي وضعها علماء أصول الفقه، وقد بين المشرع المدني أن على القاضي حال فقدان النص التشريعي، والعرف المعمول به في المسألة، أو ما يسمى بالفراغ التشريعي- أن يتجه إلى ما تقتضيه مبادئ الشريعة الإسلامية؛ ولذلك يجب عليه أن يدرك هذه المبادئ، ويلتزم خطة استنباط الأحكام

منها، وبالمقارنة بين هذا النص وكل من القانون المدني الكويتي الذي نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكَم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عُرف اجتهد القاضي رأيه مستهديًا بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقًا مع واقع البلاد ومصالحها"، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة في المادة الأولى منه: "فإذا لم يَجد القاضي نصًّا في هذا القانون حكَم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يُراعيَ تخيُّرَ أنسبِ الحلول من مذهبَي الإمام مالكٍ والإمام أحمدَ بن حنبل، فإذا لم يجد فمِن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبَما تقتضيه المصلحة" – يتضح لنا أن مبادئ الشريعة في القانون المصري، حل محلها أحكام الفقه الإسلامي في القانون الكويتي، وأحكام مذهب مالك وأحمد في القانون الإماراتي، بينما التشريعات الأجنبية تحل إشكالية الفراغ التشريعي بأن توجه القاضي إلى أن يضع نفسه موضع المشرع، كما جاء في القانون السويسري في مادته الأولى: "في حالة عدم وجود نصٍ يمكن تطبيقُه يَحكم القاضي وفقًا للعُرف، وفي حالة عدم وجود عُرف فإنه يَحكم وفقًا للقواعد التي كان لِيَضعَها لو كان عليه أن يقوم بعملٍ من أعمال المشرِّع"[١].

٣-قانون العقوبات ١٩٣٧:

أرشدت بعض مواد قانون العقوبات القاضي الجنائي إلى مراعاة الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية: ١-فجاءت المادة (٧) لتنص على أنه: "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة

[١] محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، أ.د محمد جبر الألفي، من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، الإمارات العربية المتحدة، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م)، (١/١١٩).

الغراء". ٢-والمادة (٦٠): "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة". وهذه الحقوق مثل حق الوالد في التأديب بشرط السلامة، ورخصة الطبيب في عمل جراحة، أو إزالة ورم بشروط ذلك.

والخلاصة أنه لا يمكن تطبيق هذه النصوص القانونية دون الاطلاع على مبادئ الشريعة الإسلامية، والأخذ بحظ وافر من أصولها، وقواعدها، وفلسفتها، ومعرفة تطور علومها ومدارسها.

ثانيًا: أهمية أصول الشريعة الإسلامية من حيث الأحكام التفصيلية:

هناك عدة قوانين مستمدة مباشرة من أحكام مذاهب الفقه الإسلامي: وتلك القوانين هي: قوانين الأحوال الشخصية، ومنها: قانون بأحكام النفقة، وبعض مسائل الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. وقانون القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م، المسمى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ويقع في ٧٩ مادة. وقانون الميراث وهو قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م ويقع في ٤٨ مادة. وقانون الوصية هو قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م. ويقع في ٨٢ مادة. بالإضافة إلى ما اقتبسه القانون المدني من مسائل جزئية وفروع أخذها من أحكام الفقه الإسلامي، مثل:

١- عقد البيع (أحكام مجلس العقد، البيع بالصفة، تبعة الهلاك في البيع، نظرية تحمل التبعة، حق الحبس، الغبن في بيع القاصر، ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق).

٢ – عقد الإيجار (إيجار الأراضي الزراعية، غرس الأشجار في العين المؤجرة، هلاك الزرع في العين المؤجرة، المزارعة، انقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر، إيجار الوقف).

٣ – حقوق الارتفاق: (حق العلو والسفل، الحائط المشترك).

٤ – أحكام عقد الهبة . شكلا، وموضوعا (تكوين العقد، محل العقد، الرجوع في الهبة).

٥ – تصرف المريض مرض الموت.

٦ – أحكام متفرقة (مدة التقادم، الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده).

وأحال القانون المدني إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجموعة المسائل الفقهية المتعلقة بالمفقود والغائب. حيث نصت المادة ٣٢ مدني على أنه: "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم يوجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

أما المبادئ والنظريات التي اقتبسها القانون المدني من الفقه الإسلامي فإننا نكتفي بالإشارة إليها دون تفصيل: مثل: النزعة الموضوعية، والأهلية، ومسئولية عديم التمييز، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، وحوالة الدين، ومبدأ أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون[١].

(١) انظر الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤، (د.ت)، (٤/ ٣٢٢٥).

بالإضافة إلى ما أكدته دراسة حديثة قارنت بين أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي أن أكثر من ٩٦% من أحكام القانون المدني متوافقة مع الشريعة الإسلامية[١].

[١] مصدرية الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري ١٩٤٩م، د. محمد إبراهيم طاجن، رسالة دكتوراه، بإشراف الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج، كلية دار العلوم، قاعة البحوث والرسائل، ٢٠١٩م، (ص: ٦٧١).

المبحث الأول

أثر الدرس القانوني في تيسير عرض علم الأصول

إن تدريس علم الأصول في كليات الحقوق والقانون الأصل فيه مراعاة أهداف تدريس المقرر في تلك الكليات، لذا نجد أن الكتب المؤلفة لتدريس العلم قد اتسمت بخصائص معينة، منها تيسير المحتوى، والتمثيل بالمواد القانونية والأحكام القضائية، وسنعرض في هذا المبحث إلى مجموعة من أبرز كتب الأصول التي ألفت فيه، بوصفه أداة شرعية وقانونية، وقام بتدريسها ثلة من علماء الشريعة الإجلاء في عدة معاهد منها مدرسة القضاء الشرعي، ومدرسة الحقوق الخديوية، وغيرها، وأهمها: كتاب الشيخ الخضري، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والشيخ أحمد إبراهيم، والشيخ محمد شاكر الحنبلي، والدكتور محمد زكي عبد البر.

المطلب الأول : تدريس أصول الفقه في مدرسة القضاء الشرعي

جمع الشيخ الخضري في كتابه "أصول الفقه" مجموعة المحاضرات النافعة التي ألقاها على طلاب مدرسة القضاء الشرعي، وكان قد بدأ تدريس هذا العلم في العقد الأول من القرن العشرين لطلاب سيتخرجون قضاة لمحاكم السودان خارج القطر المصري، ثم للطلاب المصريين من خريجي الأزهر في مدرسة القضاء الشرعي، وقد ذكر في المقدمة أن هؤلاء الطلاب كانوا متمكنين في العلم؛ لذا استفزوه علميًا، ودفعوه للتحقيق والتدقيق في المسائل الخلافية، ولعل ذلك هو السبب في كون الكتاب قد غلبت في طريقة تناوله للمسائل المناقشات المنطقية، والسير على طريقة العلماء المتقدمين من ذكر مبادئ الفن العشرة، وشرح مفردات التعاريف، والإسهاب في إخراج المحترزات، وذكر الاعتراضات والأجوبة، كما لم يخل من ذكر مسائل كلامية، كالتحسين والتقبيح، وخلاف الأشاعرة والمعتزلة، مما لا نجده في كتاب العلامة أحمد إبراهيم بك، وهو بخلاف كتاب الأخير قد خلا عن التطبيقات القانونية.

ويقول الشيخ الخضري: "هناك فريق من طلاب الأحكام الشرعية لم يصلوا إلى درجة المجتهدين، ولم ينحطوا إلى درجة العامة، وهؤلاء يكتفون بتلقي الأحكام عن الأئمة، لكن ليس من درجتهم أن يأخذوا قضية مسلمة، بل يحبون أن يعرفوا من أين أخذ الأئمة هذه الأحكام، وكيف وصلوا إلى استنباطها، وهؤلاء يلزمهم أن يكونوا على علم من أصول الفقه؛ حتى يمكنهم أن يعلموا مآخذ المجتهدين ومداركهم "[1]، فهذه من فوائد علم الأصول التي لا تكاد تجد ذكرها عند غيره من أهل طبقته. وقد ذكر الشيخ الخضري بك: قواعد في دلالات الألفاظ هي من أشد ما يحتاج إليه في تفسير النصوص، لكنه لم يشر فيها إلى أي تطبيق قانوني، برغم من أن المحاضرات مؤلفة لطلاب القضاء الشرعي، ولعله ذكرها لطلابه في المحاضرات، ولكن لم يوردها في الكتاب، والله أعلم.

من ذلك ذكره لأنواع المخصصات، وتعقيب الجمل بالاستثناء، والتخصيص بالعرف، وحمل المطلق على المقيد[2]، كما فصل في بيان المقاصد الشرعية، وهي من محاسن الكتاب، حيث اعتمد على الشاطبي ممتثلا نصيحة الإمام محمد عبده كما أشار، لا سيما ومعرفة هذه المقاصد الشرعية ضرورية للمجتهد، والمفتي، والقاضي، كما أن تفسير النصوص القانونية لابد أن يكون في ضوء هذه المقاصد.

المطلب الثاني: تدريس أصول الفقه في مدرس الحقوق الخديوية

أولاً: كتاب أصول الفقه للشيخ أحمد إبراهيم بك كتب الشيخ أحمد إبراهيم، الذي تخرج في دار العلوم أولا، ثم عمل فيها مدرسًا، قبل أن ينتقل للعمل بمدرسة الحقوق الخديوية، ويدرس فيها علم أصول الفقه سنة (١٩٣٨م) مذكرة موجزة لطلاب الفرقة النهائية بكلية الحقوق جامعة فؤاد (جامعة القاهرة حاليًا)، وقال إنه سلك فيها طريقة مبتكرة رجاء انتفاع الطلاب. وقد ربط في تمهيد الكتاب بين النصوص الشرعية

[1] أصول الفقه، الشيخ محمد الخضري بك، دار المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (ص: ١٩).

[2] انظر (ص: ١٧٨، ١٨٠، ١٨٥، ١٩٢).

والنصوص الوضعية، مبينا أن النصوص الشرعية تتناول ما تتناوله القوانين الوضعية من الأعمال المدنية، والقضائية، والجنائية، والعلاقات الدولية، كما تشمل أحكام تصرفات الإنسان بالنسبة للآخرة.

أول ملاحظة أوردها الشيخ في الكتاب ص (٢٠) بعد أن تحدث عن تقسيم النصوص الشرعية إلى قطعي الثبوت، وظنيّه، ذكر أن هذا التقسيم غير موجود بالنسبة للقوانين الوضعية؛ لأن كلها قطعية الثبوت؛ لذا لا يحتاج القانونيون إلى النظر في سند النص؛ لأن المتن ثابت قطعا، ومدون، ومنشور تحت عين الدولة وسمعها. ثم أشار إلى أن النظر في فهم المراد من النصوص الشرعية والنصوص القانونية "يصح بناؤه على قواعد واحدة؛ لأن الكل تشريع مكتوب بلغة من اللغات"، ثم قال: "راعيت بقدر المستطاع في الأمثلة التي أذكرها أن أذكر أمثلة من النصوص الشرعية، وأمثلة أخرى من النصوص القانونية؛ ليعرف طالب القانون أن القواعد التي وضعت لفهم المراد من نصوص القانون الشرعي يمكن استخدامها لفهم المراد من نصوص القانون الوضعي، خصوصا بالنسبة لمصر؛ لأن قوانينها مكتوبة باللغة العربية".

ويبين أحمد بك لاحقا أن مستفيد الأحكام لا غنى له عن معرفة معاني المفردات اللغوية، واستعملاتها، وعلم النحو، والصرف، والمعاني، والبيان، وقواعد علم الأصول، ويذكر أن فهم النصوص يعتمد على معرفة الظاهر والخفي، والعام والخاص، والمطلق والمقيد، والمنطوق والمفهوم، والأمر والنهي، والناسخ والمنسوخ، والحكم عند التعارض...إلخ. "وبهذا يستفيد طلاب القوانين فائدة عملية عظمى من معرفة علم الأصول وقواعده المعينة على فهم المراد من النص بما يكون هو الصواب، أو الأقرب إلى الصواب"، ويقول: "وبهذا يكون طالب القانون والناظر في نصوصه بمنجاة من الخلط والخبط في فهم نصوصه، ويكون تعبيره في شرحه للنص تعبيرا منضبطا دقيقا، (أو فنيا كما يقول بعضهم) وتصويره تصويرا جميلا، وبناء عبارته متينا"[١].

[١] أصول الفقه الإسلامي ويليه تاريخ التشريع الشيخ أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، (١٩٣٩م)، (ص: ٢١).

ويبين الشيخ أحمد إبراهيم منزلة السنة من القرآن فيقول: "كل ما جاء به الرسول –صلى الله عليه وسلم– واجب علينا الأخذ به؛ لأنه شرع، كالذي جاء به القرآن... وليس هو كالمذكرات الإيضاحية لمشروعات القوانين، ولا كأحكام المحاكم، ولا كأقوال الشراح، بل هو جزء متمم لقانون الشرع الإسلامي الأصلي، وهو القرآن الكريم"[1].

وقد سلك الشيخ طريق تقريب المعلومة للطالب في مواضع، كما جاء في ص ٢٥، "فأقضية الصحابة وفتاواهم وكذا كبار التابعين أشبه شيء بها عندنا الآن **أحكام محكمة النقض، والدوائر المجتمعة، وأقوال الشراح المعتبرين**، ليس شيء من ذلك في قوة نص القانون، ولكن له قوة الترجيح بعد إنعام النظر".

ويستمر الشيخ أحمد إبراهيم في سلوك سبيل التقريب بين أصول الفقه وأصول القانون، فهو يبدأ في صفحة ٢٧ بالإشارة إلى مجموعة من مفاهيم أصول القانون صرح بأنه اقتبس بعضها من كتاب أصول القوانين لكامل بك مرسي، وكتاب أصول القانون للأستاذ السنهوري، ومن ثم يكرر عدة مرات قوله: يقول علماء القانون... أو يقول فقهاء القانون... ليردف ذلك بقوله: "ونحن نقول..." ويربط بين الفكرة القانونية والمفهوم الشرعي القريب منه. ومن ذلك قوله ممهدا للحديث عن استنباط الأحكام من النصوص: "يقول علماء القانون: يجب أن يرجع القاضي إلى الألفاظ والعبارات التي استعملها المشرع للتوصل إلى معرفة قصده الحقيقي مع الرجوع إلى مجموع القانون كله؛ لأن كله من عمل الشارع نفسه، وذلك لاستنباط المعنى الحقيقي؛ إذ القانون كله متعلق بعضه ببعض ويفسر بعضه بعضا، وبالبحث في مجموع النصوص قد يوفق المفسر إلى كلمة، أو عبارة، أو أي شيء آخر ينوره ويرشده إلى الصواب. أقول: ونحن نقول هذه المقالة بعينها بالنسبة للقانون الشرعي الإسلامي المؤلف من مجموعتي نصوص الكتاب والسنة..."[2]، ثم يفصل بيان ذلك. ثم يعود ليقول: "ويقول

[1] (ص: ٢٢).
[2] (ص: ٢٨).

فقهاء القانون: إنه يستعان أيضا على معرفة ما قصده الشارع بالأعمال التحضيرية والمستندات الرسمية ..." ويربط بين هذه الأعمال، والمناقشات التي حصلت والمذكرات الإيضاحية وبين أسباب نزول الآيات، وأسباب ورود الحديث. كما يربط بين رجوع القاضي عند القانونيين في البحث عن أغراض القانون إلى الاعتبارات الاجتماعية والأدبية، وبين رجوع القاضي عند الشرعيين إلى الظروف التي ورد فيها النص وارتباط النصوص بتلك الظروف.

ويتميز كتاب أحمد إبراهيم بك بهذا الربط الواضح المستمر بين أصول القانون وأصول الفقه، فمن ذلك نقله لقول علماء القانون إن المشرع "إذا وضع نصا مراعيا فيه عادة كانت في عصره وقت أن وضع النص، فإذا تغيرت العادة بعادة أخرى فإن النص يطبق على الحالة الجديدة ملاحظا فيه ما قصده المشرع"، ثم قال: "عند فقهاء الشريعة ما هو نظير هذا"، ثم ضرب مثالا بما يقال عنه اختلاف العصر والأوان لا اختلاف الحجة والبرهان. وقد توسع الشيخ في هذا الربط، فخرج أحيانا عن إطار الأصول إلى الفروع، فقارن مثلا بين قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبين قاعدة درأ الشبهات. وتطرق إلى مفهوم قواعد العدالة، وبين بعض النماذج التطبيقية في أحكام الصحابة –رضي الله عنهم. والشيخ أحمد إبراهيم برغم كونه من كبار الشرعيين لم يجد غضاضة في أن ينطلق في مقارنته منطلقا قانونيا فيبدأ من كتب القانون، ويذكر النظير من الفقه الإسلامي، وهذه جرأة لم تعد معهودة، فكثير من طلاب الشريعة يرون مثل هذا فعلا تبريريا.

وبعد هذه المقارنة – أسميتها ربطا – التي امتدت من ص (٢٧ إلى ٤٧) يوضح أحمد بك إبراهيم فائدتها، حيث قال: "وإني أكتفي بما قدمته من هذه المقارنة القانونية الشرعية في هذا الموجز، ومنها يرى العاقل المنصف أن القسم الشرعي للشئون الدنيوية – وهو المقابل للقوانين الوضعية – يلتقي مع تلك القوانين بأصوله وقواعده الكلية". ثم شرع في بيان كيفية فهم النصوص من الكتاب والسنة، وبيان دلالتها على الأحكام، وهو لا يهمل في هذا الموضع أن يضرب بعض الأمثلة

القانونية أيضا، ففي حديثه عن القياس الأولوي يذكر المادة (٢٥٣) من قانون العقوبات، ويبين أن المالك إذا أحرق ماله عمدا وأعفي من العقوبة فإنه من باب أولى إذا كان حرقه خطأ لا عمدا. وعند حديثه عن مفهوم المخالفة[١] ضرب مثلا لمفهوم الصفة بما جاء في القانون المدني القديم المادة (٢٦٤) "بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل"، وقال إن المفهوم أن البيع لا يكون باطلا إذا كان الشيء غير معين أو كان مملوكا للبائع. وفي مفهوم الشرط ذكر من الأمثلة القانونية المادة (٦٢) عقوبات، ونصها: "لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل، إما لجنون..... أو لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة... إذا أخذها قهرا عنه"، وقال إن المفهوم أنه يعاقب إذا كان أخذها مختارا[٢]، وكذا فعل في مفهوم العدد ومفهوم اللقب.

وأشار عند الحديث عن التأويل إلى مثال قانوني مشهور، هو تأويل لفظ "ليلا" الوارد في قانون العقوبات المادة ٣١٣، و٣٥٦ بالظلام. وفي مبحث خفي الدلالة بعد أن يذكر المثال المشهور في كتب الفقهاء حول خفاء معنى السارق في الطرار والنباش، فإنه يحيل على كتاب شرح القانون التجاري لمحمد صالح بك لإجابة عن سؤال هل السند الإذني إذا كان موقع عليه من غير التجار يعتبر من الأعمال التجارية. ويمثل للمشكل بألفاظ وردت في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مثل كلمة "المواد الشرعية"، ويحيل فيها على كتب المرافعات مثل: عبد الحميد بك أبو هيف، وعبد الفتاح بك السيد. وفي باب العام والخاص يضرب مثلا بالمادة (٧) عقوبات التي خصصت عموم ما جاء من النصوص في تأديب الوالد لولده، والزوج لزوجته، والمعلم لتلميذه التأديب المأذون فيه شرعا. وفي باب التخصيص بالعرف يقول: "وكم للعرف التجاري من تأثير في تأويل نصوص القانون والإلجاء إلى أن يكون الحكم بمقتضاه".

---

[١] ص ٥٢.

[٢] ص ٥٣.

وكذا فعل في باب حمل المطلق على المقيد[١]. وقد بين في الحديث عن النسخ أنه مقابل للإلغاء في نصوص القانون ما لا يقبل الإلغاء، وليست القوانين كلها في مستوى واحد من القوة، بل لها نظام معلوم في نسخ بعضها بعضا[٢].

ومن الجدير بالذكر أن أحمد بك إبراهيم لم يتطرق إلى حجية القرآن والسنة والأدلة الأخرى كما هو المعتاد في كتب الأصول، وذكر حجية الإجماع، ليسأل سؤالا متعلقا بالمقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، فقال: "الإجماع حجة عند علماء الشريعة ... فهل الإجماع كذلك عند علماء القوانين؟"[٣].

ويبدو أنه ترك هذا الحديث قليل الفائدة للقانونين ليدخل في صلب الموضوع، مبينا قواعد دلالات الألفاظ، وأصول الاستنباط، ودلف إلى المقصود ببيان النماذج والأمثلة القانونية لتلك القواعد والأصول؛ فلله دره، وتجده حين تحدث عن القياس ضاربا أمثلة له بأحكام عديدة أكثرها في النكاح، والفرق، والميراث، والوصية، والوقف، ثم يضيف أمثلة من القانون المدني وقانون العقوبات[٤]. ولا تجد في الكتاب أمثلة من أبواب العبادات إلا في القليل النادر. وأشار فيه لقاعدة الاستصحاب، ولا شك أن الاستصحاب من الأدلة العقلية التي تكثر تطبيقاتها في القوانين.

وحين تحدث أحمد بك إبراهيم عن الاجتهاد أتى بما هو مفيد كعادته، فذكر الحد الأدنى من شروط الاجتهاد، وهذا مهم لكل قاض يريد الاستنباط من الشرع الشريف، ويحتاج إلى النظر في أدلته، فذكر العلم بالكتاب، والعلم بالسنة، ومعرفة وجوه القياس، وأشار إلى يسر العلم بهما في زمانه؛ لتوافر المصنفات القيمة من التفاسير، والشروح،

---

[١] ص ٧١.

[٢] ص ٨٢.

[٣] ص ٨٧، وقد أجاب بكلام ثمين، فقال: إنه لا يتصور الإجماع أصل من أصول التشريع مع وجود الهيئة التي بيدها التشريع، فهي المرجع في وضع القوانين، وأما تأويل النصوص القانونية ولو اتفقت عليه المحاكم في عصر واحد، أو أقرته الدوائر المجتمعة، أو قضت به محكمة النقض والإبرام فلا ينتهض شيء من ذلك حجة.

[٤] انظر (ص ٩٦).

والموسوعات، والمعاجم، بما ييسر الاجتهاد؛ "لتكامل عدته تكاملا أكثر مما كان عليه الحال من قبل لمن شمله الله –تعالى– بهدايته وتوفيقه، فجعل عمله خالصا لله، ومحضه للنفع العام"[1]. وختم بمسائل، منها مسألة مهمة لأهل القضاء والقانون، هي مسألة تجزؤ الاجتهاد، فبين أن الفقيه قد يتفرغ لمعرفة أحكام باب من أبواب الفقه، كالمواريث، أو مسائل الزواج والطلاق، ويتقنه، ويفتي فيه، ويحيط بكل مسائله، "ونظير هذا من يتفرغ لدراسة القانون المدني، أو الجنائي، أو المرافعات مثلا، فهذا مجتهد جزئي"[2].

وأخيرا تحدث عن المحكوم فيه فذكر فيه أنواع الحق، وعن المحكوم عليه، وذكر فيه الأهلية وعوارضها. وفيه أحال على مجلة الالتزامات التونسية عند الحديث عن سن البلوغ.

والخلاصة أن كتاب الشيخ أحمد بك إبراهيم يقدم نموذجًا متقدمًا فذًا سابقًا لزمانه، ورغم كون الكتاب مؤلفا منذ أكثر من ثمانين عاما فإنه يصلح للتدريس في كليات الحقوق اليوم، ولا ينقصه سوى تعديل بعض النماذج القانونية التي ألغيت، وإبدالها نماذج جديدة.

ثانيًا: كتاب أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف:

أما الشيخ عبد الوهاب خلاف فكتابه أصول الفقه أشهر من أن نعرف به، وقد بدأ الكتاب بمقدمه عرف فيها الفقه، وأصول الفقه، وفرق بينهما، ثم قسم كتابه إلى أربعة أقسام: قسم في الأدلة الشرعية، كالكتاب، والسنة، والإجماع إلى آخره، وفيه أضاف دليل العرف على غير مثال سبقه، ثم قسْم في الأحكام الشرعية تحدث فيه عن الحاكم، والحكم وأقسامه، والمحكوم فيه، والمحكوم عليه، وقسم في القواعد الأصولية

[1] (ص: ١٠٨).

[2] (ص: ١٠٩).

اللغوية مثل: قواعد الدلالة، والواضح وغيره، والمشترك، والعام والخاص، وقواعد أصولية تشريعية، مثل قاعدة المصالح، ثم قواعد الحق، والاجتهاد، والنسخ، والتعارض والترجيح. وقد كتب لهذا الكتاب الشهرة والقبول.

المطلب الثالث: نماذج أخرى من التصنيف القانوني لعلم الأصول

أولاً: كتابا الأستاذ محمد شاكر الحنبلي وأبي اليسر عابدين: لكتاب الأستاذ شاكر الحنبلي أهمية خاصة في الناحية الأصولية القانونية؛ حيث أحالت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ومن مصادر الكتاب: أصول الفقه الإسلامي للشيخ محمد الخضري بك، وإفادته عدة مواضع منه لا تخفى، وعبد الوهاب خلاف، وكتاب المحاضرات في أصول الفقه الإسلامي للطبيب أبي اليسر عابدين، وكتاب تلخيص أصول الفقه للأستاذ محمود أسعد أفندي.

ويبين الأستاذ شاكر في بداية كتابه فضل علم الأصول وفوائده، ويشير إلى أن أصول الفقه علم يفهم به كلام الناس وعقودهم، فبعد أن نقل كلام الشيخ الخضري في فائدة علم الأصول قال: "فائدة علم أصول الفقه غير قاصرة على المجتهدين ومن دونهم من الفقهاء، بل تتناول القضاة، والمفتين، والحكام، والموظفين، وكل من له صلة بالقضاء والإدارة، ولا سيما رجال التشريع، كالنواب، والوزراء، وأعضاء الشورى؛ ذلك لأن أصو الفقه ليست ميزانا للاشتراع فحسب، بل هي ميزان لأفعال المكلفين، وأقوالهم، وعقودهم، فكل ما يصدر عنهم من قول أو عمل أو عقد يزنه القاضي، والمفتي، والحاكم الإداري بميزان هذه القواعد، ويحكم عليه صحة، أو فسادا، أو إلزاما، أو تخييرا، كما أنه يعين القضاة والموظفين على فهم نصوص القوانين والأنظمة..."[١].

وكتاب شاكر نموذج فريد في الجمع بين قواعد أصول الفقه والمواد القانونية، ويشبه أن يكون كتابًا في تخريج الفروع على الأصول، فهو يذكر القاعدة الأصولية، ثم يذكر بعض الفروع المبنية عليها مع الإحالة في تلك الفروع على مجلة الأحكام

[١] أصول الفقه الإسلامي: كتاب يبحث في مصادر التشريع الإسلامي، وطرق استنباط الأحكام، شاكر الحنبلي، مطبعة الجامعة السورية، ط١، (١٣٦٨هـ – ١٩٤٨م)، (ص: ٣٧).

العدلية غالبًا، كتلك الأمثلة التي أوردها في باب الخاص ص ٥٤، والمأمور به ص ٦٨، والتراخي والفور ص ٦٩، وأنواع الأداء ص ٧٤، والحسن لغيره ص ٨٢، ٨٣، والقدرة كشرط للتكليف ص ٨٤، والأوامر الصادرة إلى الغير ص ٩٠، وانتفاء الكراهة عن المأمور به ص٩١، والقبيح لعينه وبطلانه ص ٩٤...إلخ، وهو في كل ذلك يحيل على بنود مجلة الأحكام العدلية، وهي القانون في دياره الشامية آنذاك، ولا يكتفي بتخريج الفرع الواحد بل يذكر الفرعين والثلاثة تمثيلا لفروع القاعدة الواحدة كما في الصفحات: ٨٢، ٨٤، ١٠٠، ١٠٤، ٢٢٧، ٣٧٠... إلخ، وهو في هذا الشأن نموذج قل نظيره، بل لا يوجد من كتب أصول الفقه في يومنا هذا من يخرج فروع القانون على القواعد الأصولية ومسائل علم الأصول بهذه الصورة.

بالإضافة إلى التمثيل ببعض ألفاظ المجلة عند الحديث عن المطلق والمقيد، والعام وأنواعه، والمجمل، والمجاز[١]، وغير ذلك، وهو مستوى آخر من الربط بين علم الأصول والقانون يختلف وينزل عن تخريج المادة القانونية على القاعدة الأصولية. ولا تتوقف علاقة الكتاب بمجلة الأحكام عند هذين المستويين فقط؛ فأحيانا تكون مجلة الأحكام مصدر القاعدة الأصولية المذكورة، بحيث يعزو المؤلف إلى المجلة مباشرة، كما جاء في قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله التي ذكرها المؤلف ص ١٧٠، وهي المادة رقم ٦٠ من مجلة الأحكام العدلية، وقاعدة: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"، وهي المادة رقم ١٣ من المجلة[٢].

وأحيانا كثيرة يبين ابتناء بعض القواعد القانونية في غير مجلة الأحكام العدلية على رأي أصولي اختاره القانون، كما في ص ٦٦، حيث بين أن القوانين الجزائية قد أخذت بانتفاء التكرار في صيغة الأمر، وفي أنواع القدرة مثل بالمادة ٢٧٤ من قانون المحاكمات الحقوقية. ويربط الأستاذ شاكر بين كون الأعداد من باب الخاص والمهل

---

[١] (ص: ١٥٤، ١٦٥).

[٢] ص: ١٧٧).

القانونية، فيقول: "إن أسماء الأعداد من الخاص لا تحتمل الزيادة أو النقصان، فقولنا: "ستين" لا تحتمل أن تكون واحدا وستين، أو تسعة وخمسين؛ ولذلك لم يدخل يوم تبليغ الأحكام للمحكوم عليه في المحاكم القضائية، ولا يوم الاستدعاء في المدة المعينة للاعتراض والاستئناف"[١].

والغالب على التمثيل في الكتاب كله نماذج المعاملات دون العبادات إلا في النادر. ويذكر المسائل الفقهية، ثم يشير إلى بعض النظائر القانونية، فيقول مثلاً: "وفي القوانين المدنية نظائر لذا الانتفاء، مثال ذلك..."[٢]. وبشكل عام يحيل الكاتب على بعض كتب القانون، كشرح أصول المحاكمات الحقوقية لسليم باز، وبعض القوانين، كقانون الصلح لسنة (١٣٣١هـ)، وقرار حقوق العائلة، ويمثل بألفاظ عامة في قانون الجزاء، ويحيل على بعض القرارات الحكومية كقرار تعديل المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية[٣].

وقد أفرد مواضع لبيان مسائل متعلقة بالنصوص القانونية، كما في ص ١١٨، ١١٩ حيث أفرد فصلا بعنوان: تعارض العام والخاص في القوانين الوضعية. وتجدر الإشارة إلى بدء الكتاب بالكلام عن مقاصد الشريعة، وفي هذا لفتة لا تجدها عند غيره، وهي أهمية العناية بالمقاصد الشرعية، وضرورة النظر في مآلات الأحكام والفقه التنزيلي والمصالح، وقد فصل في ذكر الحقوق وتقسيمها ما لم يذكره الخضري، فقسمها إلى حقوق العباد التي فيها إلزام، والتي ليس فيها إلزام، والتي فيها إلزام من وجه دون وجه[٤]، وتقسيم الحقوق من الأهمية بمكان لطالب الحقوق حيث تدور دراسة القانون حول نظرية الحق.

---

[١] ص: ٥٥).

[٢] (ص: ٦٢).

[٣] ص: ٥٦).

[٤] ص: ٢٥٩ -٢٦١).

وقد أشار الشيخ شاكر الحنبلي إلى كتاب الطبيب أبي اليسر عابدين الذي درس في المعهد الحقوقي بدمشق، وله كتاب المحاضرات في أصول الفقه الإسلامي متوافر منه على الشبكة الجزء الأول، وقد اطلعت عليه فألفيت فيه التمثيل قليلًا عمومًا، وقد بدأ الكتاب بالتمثيل بمواد قانونية من مجلة الأحكام العدلية، ولكنه لم يكمل على المنوال نفسه، ويبدو أن هذا قد أثر في شاكر الحنبلي الذي صرح بالإفادة من هذا الكتاب، لكنه فاقه في الواقع؛ لأنه اتخذ التمثيل وتخريج فروع المجلة على القواعد الأصولية منهجًا مطردًا في بحثه كله. وقد اهتم بأبواب يمكن الإفادة منها كمعاني الحروف. مثل: معنى بل، و أو، وغيرهما، وهو مفيد في التأويل، معين للقاضي على التفسير لكلام الناس، وعقودهم، وإطلاقاتهم.

ثانيًا: كتاب تقنين أصول الفقه للدكتور محمد زكي عبد البر:

طبع هذا الكتاب سنة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م، وقد صاغه لأول مرة – كما كتب على غلافه – لتيسير الإلمام بعلم أصول الفقه، وليكون مقدمة لتقنينات إسلامية مرجوة، ويقول في مقدمته: "هناك فائدة عظيمة أخرى لتقنين أصول الفقه، وهي صيرورة هذا التقنين – في الحدود المناسبة – المقدمة لتقنين الفقه كما نجد في القانون الوضعي: أن القانون المدني المصري يفتتح بباب تمهيد، يتناول – على وجه العموم – بعض ما يتناوله أصول الفقه من أسس وعمومات"، ويمكن أن نلخص منهجه في الكتاب في النقاط الآتية:

١. بدأ الكتاب بمقدمة، تلاها ببيان معاني بعض المصطلحات، كالعلم، والفرض، والواجب، والحسن والقبح، الركن والشرط... إلخ.
٢. قسم الكتاب إلى أبواب في الحكم الشرعي، وأدلته، وكيفية تعلق الأحكام بالخطاب، والقواعد الأصولية اللغوية، ثم الاجتهاد، والأشخاص، والأعيان.

٣. قدم لكل باب من الأبواب بمدخل يسميه مذكرة إيضاحية، يبين فيها موضوع الباب، وتقسيمه، وترتيبه، ويجمل فيه الكلام عنه.
٤. قسم كل باب إلى مواد قانونية، وصل عددها إلى (١٨٨) مادة، تقع في (٢٥٥) صفحة، ومن أمثلة تلك المواد القانونية: المادة (١٥): الخبر المشهور يوجب علم طمأنينة. المادة (١٠٣): المقتضى لا عموم له. المادة (١٣٢): المشترك يعم في موضع النفي دون الإثبات.
٥. اعتمد في صياغة هذه المواد القانونية على الأحكام الأصولية عند علماء الحنفية، لكنه بين آراء المذاهب الأخرى في تعليقه على المواد، وسمى هذه التعليقات مذكرات إيضاحية أيضًا.
٦. ختم الكتاب بتراجم الأعلام، وثبت المراجع.

يقول الدكتور زكي عبد البر (ص: ٩): "وهذا العمل "تقنين أصول الفقه" بالصورة المعهودة في التقنين الوضعي عمل جديد لم يسبق عمله، ولا التفكير فيه – فيما نعلم، رغم كثرة ما كتب في أصول الفقه من متون، وشروح، وتقريرات".

والحقيقة أن هذا العمل من الدكتور عبد البر يعتبر عملا رائدًا من حيث الشكل، والقالب، ولم يكن ينقصه سوى أن يرتب هذه المواد على ترتيب أصول القانون، لا أن يحافظ على الترتيب المتبع في كتب أصول الفقه، وهذه هي الفكرة الأساسية التي حدانا بيانها لعقد المبحث التالي.

الخلاصة:

لقد أثر هذا الدرس القانوني في طريقة عرض علم الأصول، وذلك على ثلاثة مستويات: تيسير العلم، وتطوير طريقة عرضه، تطوير المبادئ في صورة نظريات، الأمثلة المستخدمة كتطبيقات لشرح القواعد.

المبحث الثاني

التخطيط المأمول لمباحث علم الأصول

إن خريطة التأليف في علم أصول الفقه تختلف عن خريطة التأليف في أصول القانون، فعلى حين ينقسم علم أصول الفقه إلى أبواب أربعة، هي: الأحكام الشرعية، والأدلة، وطرق الاستنباط، والاجتهاد؛ وفقًا لتعريفه بأنه: "العلم بالقواعد الكلية التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية"[١]، أو ما سماه السيوطي في كوكبه الساطع: أدلة الفقه، وطرق الاستفادة، والمستفيد– كان الترتيب المعروف وفقا لأصول القانون غالبا هو إيجاد القانون، ثم إنفاذه، ثم إلغاؤه[٢]: فإيجاد القانون يشمل صياغة القانون ومصادره، وتطبيقه الذي أسميته إنفاذ القانون يشمل تطبيقه وتفسيره، وإلغاء القانون ينقسم إلى: إلغاء صريح، وإلغاء ضمني. وكل من أبوابه الثلاثة يشمل مفاهيم وتقسيمات تندرج تحته[٣]. وبالتالي فتقسيم أصول الفقه يختلف عما يحتاجه القاضي والمحامي، فهو عندما يواجه تعارضا بين نصين قانونيين يحتاج للنظر في باب واحد على ترتيب أصول القانون هو الباب المتعلق بتعارض النصوص ليجد جميع مسائل هذا الباب، لا أن يضطر للنظر في ثلاثة أو أربعة أبواب على ترتيب أصول الفقه، فيبحث عن النسخ مثلا، فيجده في باب الأدلة، وعن تخصيص العام، فيجده في دلالات الألفاظ، وعن الترجيح فيجده في باب الاجتهاد؛ لذا فما نقترحه هنا أن يكون

---

[١] الوجيز في أصول الفقه الإسلامي (١/ ٢٧).

[٢] انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، (١٩٥٠م)، (ص: ٢٩٤–٢٩٥)، وتجديد النظرية العامة للقانون، د. مصطفى محمد الجمال، (ص: ٤٣٧–٤٣٨). وأصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد محمد، (ص: ٢٣٤–٢٣٧).

[٣] انظر: تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، إلمر دريدجر، ترجمة أستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج، وأحمد علي ضبش، مركز نهوض للطباعة والنشر، الكويت، ط١، ٢٠٢١م، (ص: ٣٢٩).

تخطيط المقرر وفقا لترتيب علم أصول القانون بحيث توضع موضوعات علم أصول الفقه في قالب أصول القانون، وتصب مسائلُه في هذا القالب العصري المتعلق بالحاجة القانونية صبًا مفيدًا للطالب، ييسر عليه الوصول لما يحتاج وفقا للترتيب المعهود لديه.

فيجد في إيجاد القانون: التشريع، ثم العرف، ثم الطرق الأخرى التي يمكن له أن يستخدمها في إيجاد الحكم، كالقياس، والاستحسان، والمصلحة، وغيره، فالقياس مثلا الذي يعتبر في علم الأصول دليلاً ومصدرًا من مصادر التشريع لا يستخدم في القانون كمصدر، بل كوسيلة وطريقة من طرق استنباط الأحكام، وآلية للكشف عن معنى النص، ويستعمل أحيانًا في تفسير النصوص، والاستحسان في حقيقته عبارة عن استثناء لدفع المشقة، وتحقيق مصلحة، أو درء مفسدة، والنسخ الذي يدرس مع الإلغاء وكطريقة لحل إشكالية التعارض بين النصوص نجده في علم الأصول موضوعا يتناول في باب الأدلة، لكن الأولى به عند دراسته في أصول الفقه للقانونيين أن يتناول تحت باب إلغاء القانون وتعديله.

المطلب الأول: إيجاد القانون

إن إيجاد القانون أو سنه وصياغته إنما يعتمد أولا على الحكم القانوني المراد الإفصاح عنه، وأهم عناصر الحكم القانوني هي مصادره، وقد نصت المادة الثانية من الدستور المصري على أن: "مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع" مما يعنى كون المشرع ملزما بمراعاة الثوابت الشرعية حال تشريعه للقوانين، وأنه حال استمداد الأحكام القانونية من أي قانون من القوانين الحديثة الأوروبية أو غيرها بطريق القانون المقارن فإنه ينبغي أن تعرض هذه الأحكام الجديدة على قطعيات الشريعة الإسلامية كما أوضحه حكم المحكمة الدستورية تفسيرا للمادة الثانية من الدستور: "لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله [أي:

هذا الدستور] أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها معا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها؛ لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا"[١]. وكذلك الحال في العديد من الدول العربية والإسلامية؛ فقد نص نظام الحكم بالمملكة العربية السعودية: في المادة الأولى على أن: "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة؛ دينها الإسلام ودستورها كتاب الله –تعالى، وسنة رسوله، ولغتها هي اللغة العربية. وعاصمتها مدينة الرياض، والمادة (٢٢٧) من الدستور الباكستاني تلزم السلطة التشريعية بعدم مخالفة الكتاب والسنة[٢]، وتنص ديباجة الدستور الإيراني على أنه: "يتم التشريع في ضوء القرآن والسنة"[٣].

أما القانون المدني فيجعل الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون، بحيث إذا افتقد القاضي النص التشريعي، ولم يجد في التقنين المدني نصًا يمكن تطبيقه فعليه أن يحكم بالعرف، ثم بمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك في القانون المصري والعراقي، أما في القانون السوري والليبي فتأتي الشريعة في المرتبة الثانية مباشرة بعد النصوص التشريعية، وقبل العرف[٤].

والحقيقة التي قد تبدو واضحة لكنها أيضا غائبة أن العرف الذي يُلزم به القانونُ القاضيَ ليس بعيدا عن الشريعة الإسلامية إذا أخذنا بعين الاعتبار أن العرف السائد في الدول العربية الإسلامية كمصر، والعراق لا يمكن أن يحيد كثيرًا عن الشريعة الإسلامية بوصفها العرف القانوني المستقر والمستمر في هذه الدول لما يزيد عن أربعة عشر قرنا. وهذا عين ما قالته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ

---

[١] انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٢٩٦) لسنة (٢٥) قضائية.

[٢] انظر أصول النظام القانوني الإسلامي، (ص: ٢٧٤).

[٣] دستور إيران الصادر عام ١٩٧٩م، (المعدل ١٩٨٩م) (ص: ٤).

[٤] انظر: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، دكتور محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، (١٩٩١م)، (ص: ١٥)

في آخر تقريرها، حيث ذهبت إلى أن الاستمداد من الشريعة الإسلامية يحقق مقصد الاستقرار ورأت في ذلك: "تمكينا لأسباب الاستقرار عن طريق تقصي التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد مئات السنين"[1].

وقد أزيد من الشعر بيتا إذا قلت إن النصوص التشريعية للقانون وهي المصدر الرسمي الأول كذلك ليست بعيدة عن الشريعة، بل هي في الأصل اختيارات فقهية، اختارها المشرع من التراث الفقهي الإسلامي الضخم بحيث تناسب الظروف، والأحوال، والمصالح الزمنية، يقول الأستاذ الدكتور نبيل سعد متحدثا عن الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالقانون: "فجعلها مصدرا عاما يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكما في التشريع أو العرف، وجعلها مصدرا خاصا لطائفة لا يستهان بها من أحكامه [أي: أحكام القانون]. **فقد أخذ المشروع عن الشريعة الإسلامية الأحكام الخاصة** بنظرية التعسف في استعمال الحق، وحوالة الدين، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة. كما أن المشروع نقل أيضا عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية، يكفي أن يشار في صددها إلى ما تعلق بمجلس العقد، وإيجار الوقف، والحكر، وإيجار الأراضي الزراعية، وهلاك الزرع في العين المؤجرة، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر، وفسخه بعذر؛ هذا إلى جانب ما اقتبسه من التقنين المدني القديم من أحكام، وأبقاها المشروع: كبيع المريض مرض الموت، والغبن، وتبعة الهلاك في البيع، وغرس الأشجار في العين المؤجرة، والعلو والسفل، والحائط المشترك. أما الأهلية، والهبة، والشفعة، والمبدأ الخاص بألا تركة [إلا] بعد سداد الديون **فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية**"[2].

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة (١/ ١٣٢).

[2] ملامح من مقاصد الشريعة في القانون المدني، الأستاذ الدكتور/ نبيل سعد، ضمن مجموعة بحوث مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، ومؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، (٢٠١١م)، (ص ١٤٨).

وكما ضربنا هذا المثال بالقانون المدني، وهو أبو القوانين، فإننا نقول الكلام نفسه عن قوانين الميراث والوصية والأحوال الشخصية والوقف وغيرها: فما القوانين الحالية والتشريعات الكبرى في الأمة إلا اختيارات انبثقت عن أدلة أصول الفقه؛ ففهم القوانين وتطورها لا يكتمل إلا باكتمال التصور الأصولي في عقل القانوني. فالتسلسل التاريخي يبين أن القرآن والسنة كانا أولا، ثم الإجماع والقياس وغيرهم من أدلة الاجتهاد، وقد كونت هذه الأدلة بمجموعها ثلاثة أشياء لا يمكن فصلها عن بعضها: فقد أثرت في العرف والعادة التي تعامل بها المسلمون شرقا وغربا، وشكلت الآراء الفقهية المبثوثة في كتب المذاهب الفقهية، وكونت اجتهادات القضاء الإسلامي في شتى العصور، وأخيرا ظهر التشريع، أعني: تقنين الأحكام، فكان عبارة عن اختيارات فقهية من مجموع تلك الثلاثة؛ يقول الشيخ محمد فرج السنهوري (ت: ١٣٩٨هـ) عن خطة واضعي القوانين في عصره: "ولم يتجاوزوا دائرة التخير من أحكام المذاهب الإسلامية المدونة المتناقلة المعتد بها بين المسلمين، ولكنهم لم يلتزموا أحكام المذاهب الأربعة، ولا أحكام مذهب معين، وأخذوا من كل مذهب ما تبينوا أن الحاجة ماسة إلى الأخذ به، وما رأوا أنه أشد ملاءمة لحالة الأمة وتطورها الاجتماعي"[١].

والخلاصة أن تحديد المصادر الرسمية للقانون بكونها التشريع، ثم العرف، ثم مبادئ الشريعة لا يعنى تقديم شيء على الشريعة، فما العرف إلا عرف إسلامي عاش به الناس مئات العقود، وما التشريع إلا اختيارات عن المذاهب الفقهية إلا أنها صيغت صياغة عصرية؛ لتيسّر على القاضي مهمته، وتعجل من مسار التقاضي، أو هكذا ينبغي أن تكون. وأثر أدلة الأصول في القانون لا يقتصر فقط على مصدريتها للتشريع، بل كذلك في القضاء، فتمتد تلك الأصول من الأدلة النقلية إلى الأدلة العقلية، كسد الذرائع مثلا الذي نجد أصداءه في المبدأ القانون

[١] الأعمال الكاملة للعلامة محمد فرج السنهوري، تصدير أ.د شوقي علام، جمع ودراسة: أ.د محمد كمال إمام، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، ٢٠١٩م، (٣٠٠/٦).

القاضي بإبطال الوسائل، إذا كان الباعث عليها غير مشروع، كما قضت المحكمة الفرنسية بأنه: "إذا وهب خليل لخليلته مالا، فإذا كان الباعث الدافع استبقاء العلاقة غير المشروعة بينهما كانت الهبة باطلة"[1].

المطلب الثاني: إنفاذ القانون

إن تطبيق التشريع على أرض الواقع إنما يتحقق بفهم مدلول النص، وتنزيله على الواقعة؛ لذا يعد أهم عناصر تنفيذ القانون وتطبيقه هو عنصر تفسير النصوص القانونية، فالحال كما يقول أستاذنا الدكتور محمد سراج – وبحق: "إن قانونا سيئًا مع تطبيق معايير راقية في التفسير قد يكون أصلح من قانون جيد يعمل بآليات تفسير ركيكة. إن التفسير السليم يأخذ القانون في الاتجاه الصحيح، على العكس من التفسير الفاسد الذي يضعفه". ويقول: "لأن القوانين تظل بكماء لا أثر لها، أو عمياء لا تدرك اتجاهاتها، إذا لم تتسلح بأدوات منضبطة لتفسيرها". وتفسير النصوص من أهم أدوار علم أصول الفقه، إن لم يكن أهم أدواره على الإطلاق، وهو غالبا مقصد تدريسه الأساس أو الأوحد في كليات القانون والحقوق، فالأنظمة القانونية الأجنبية إنما تشفي غلتها في تفسير القوانين من خلال تشريع قوانين تضطلع أحكامها بهذه المهمة، فيفسرون القوانين بتطبيق قواعد تلك القوانين ورد النصوص إلى تعريفاتها وتقاسيمها[2].

أما الأنظمة العربية فكما جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي"، وجاء في قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م:

---

[1] مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٩٥٤م)، (٤/ ٣٠).

[2] انظر: تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، إلمر دريدجر (ص: ٤١٥).

"يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي"، وجاء في المادة الثالثة من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي" وتأتي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة بكلام ثمين أنقله بنصه: "أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية، ويوجد كثير من الكتب الحديثة في هذا العلم للأساتذة شاكر الحنبلي، والخضري، وعبد الوهاب خلاف؛ خصوصًا أن حكومة الانتداب البريطاني كان لها قانون، يسمى قانون تفسير القوانين يعتمد في نصوصه على قواعد أصول الفقه الاسلامي وقد صدر ذلك القانون قبل سنة ١٩٣٩م، ثم عدل تعديلات أبعدته عن ذلك المقصود، وأن المشروع بين المرجع في فهم النص، وتفسيره، وتأويله، ودلالته على الأحكام، فأحال على علم أصول الفقه أخذًا بيد القضاة، وجمعًا لهم على مرجع واحد، فيكون ذلك أحرى بقدر الإمكان بإبعاد أسباب الخلاف فضلا عن التوجيه والإرشاد. **وقد سد المشروع بذلك نقصا موجودًا في التقنينات العربية الحالية؛ إذ لم يورد أيها نصا في ذلك، تاركًا الأمر للسليقة، أو لما يرد في كتب أصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل،بل تتلاشى أمام مفخرة العقل الإسلامي، وهو علم أصول الفقه** بما تضمن من قواعد وضوابط، وكان لهذا الإهمال أثره في بُعد القضاة عن علم الأصول، ففقدوا بذلك معينًا لا ينضب في استنباط الأحكام على أسس ثابتة تسدد خطاهم، وتقرب بين مناحهم وتصل بهم إلى سواء السبيل"[١].

وأود الإشارة هنا إلى أن أشهر الكتب في مجال تفسير النصوص وهو كتاب الدكتور محمد أديب صالح لم يتأثر التأثر الكافي بالدرس القانوني في هذا المجال، رغم محاولته ذكر بعض الأمثلة إلا أنها جاءت قليلة جدا، واستغرق الكتاب في

[١] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ص: ٣٧) المادة الثالثة.

تقسيمات الحنفية والمقارنات وغيرها، مما كان يتوقع لمثله أن يتجاوزه، مع كون الكتاب جهدًا مشكورًا لا يستغنى عنه، ولكن ينبغي لأساتذة الشريعة ألا يقتصروا عليه، بل يفيدوا عند تدريس هذا المقرر من بحوث وكتب أخرى، كبحث الشيخ عبد الوهاب خلاف بعنوان: "تفسير النصوص القانونية وتأويلها"، وكتاب: "نظرية تفسير النصوص المدنية: دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي" للدكتور محمد شريف أحمد رئيس منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كوردستان، وقد نشر الكتاب مركز تفسير للنشر والإعلان، وكتاب تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي، ومحاضرات الأستاذ بدر المنياوي بعنوان: علامات على طريق فهم النصوص التشريعية في ضوء أصول الفقه الإسلامي[1]. وسيتبين من خلال مطالعة بعض هذه المراجع أن دليلا كالقياس يكاد لا يوجد في مجال إيجاد القوانين، ولكنه في الواقع أداة من أدوات التفسير، كما يقول أستاذنا الدكتور سراج: "المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، كالعدل، والمساواة، ورفع الضرر، والتيسير، والمسئولية... فإن إعمال القياس مقدم على اللجوء لهذه المبادئ بحكم اقترابه من النص نفسه، وإعماله له، مما يجعله مجرد تفسير للنص"[2].

وقد ورد في أول القانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م مجموعة من القواعد التفسيرية، مثل: الأمور بمقاصدها، ولا ينسب لساكت قول. وكذلك تعد قواعدَ تفسيرية بعضُ المواد الواردة في القانون المدني المصري، كمواد الإلغاء وتنازع القوانين. فقد استغنت أكثر الأنظمة القانونية العربية بمباحث الألفاظ في أصول الفقه عن وضع قوانين متعلقة بتفسير النصوص القانونية. وذلك باعتبار هذه النصوص القانونية قد كتبت باللغة العربية، فهي تشبه من هذه الناحية

[1] انظر: في أصول النظام القانوني الإسلامي، (ص: ٥٤٥، ٥٤٦)

[2] السابق (ص: ٤١٣).

النصوص الشرعية التي يعتني بالاستنباط منها علم أصول الفقه؛ ففيها الأمر، وفيها النهي، وفيها العام والخاص، والمطلق والمقيد وبعضها قد يكون واضح الدلالة على مراد المشرع، وبعضها قد يكون مبهما أو غامضا، ثم هي لا تخلو من التعارض بين فقراتها، والتنازع بين نصوصها؛ الأمر الذي يجعل المطبق لتلك النصوص مضطرا إلى الترجيح بين النصوص المتعارضة[١]، إلا أن السودان أصدر قانونًا سنة ١٩٧٤م يسمى قانون تفسير القوانين والنصوص العامة، ويقع في ثلاث وعشرين مادة تناولت مواضيع إجراءات سن التشريعات، والتفسير، والإلغاء، وتفويض السلطة التشريعية. ومن أهم ما ورد في قانون تفسير القوانين السوداني المادة السادسة التي تنص على:

١) تفسر نصوص أي قانون بما يحقق الغرض الذي شرع من أجله، ويفضل في جميع الحالات التفسير الذي يحقق هذا الغرض على سواه.

٢) إذا تعارض أي نص في أي قانون مع أي حكم من أحكام الدستور تسود أحكام الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض.

٣) تسود أحكام القانون اللاحق على القانون السابق بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما .

٤) يعتبر أي قانون خاص، أو أي حكم خاص بأي مسألة في أي قانون استثناءً من أي قانون عام، أو نصوص عامة في أي قانون يحكم تلك المسألة .

أما النظام القانوني المصري في ظل التراث الأصولي الهائل للمذاهب الفقهية المختلفة فلم يحتج إلى وضع مثل هذه القوانين التفسيرية، بل اكتفى بما اختص به علم أصول الفقه، ولا يستغني عنه فقيه، ولا قاض، ولا مشرع، ومنه ما يأتي[٢]:

---

[١] انظر: أصول الفقه الإسلامي، الأستاذ الدكتور/ زكي الدين شعبان، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د.ت)، (ص١٢).

[٢] انظر: أصول الفقه في ثوبه الجديد، د. مصطفى الزلمى (ص: ٣٢-٣٤).

التفرقة بين النصوص العامة والنصوص الخاصة وأثر كل منها، وكذلك النصوص المطلقة والمقيدة، وكيفية تخصيص العام، وتقييد المطلق، وبيان المجمل. وتتناول القواعد الأصولية كيفية رفع التعارض، والجمع المقدم على الترجيح، ثم الترجيح، ويبين المرجحات المختلفة، ومنها النسخ وغيره. ويعتني علم الأصول بدلالات النص، الصريحة والضمنية، ودلالة المنطوق والمفهوم، ويميز بين تقسيماته إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، والآثار المترتبة على الحكم المأخوذ بكل طريق من هذه الطرق. التفرقة بين الركن والشرط، وغيرهما من عناصر التصرف القانوني، وما ينبني على تخلف أحد هذه العناصر؛ لذا أرى ضرورة أن يكون المنطلق في تدريس علم أصول الفقه في كليات القانون والحقوق: بيان أن النظام القانوني المصري هو نظام مختلط يتكون من عنصر قانوني فرنسي، وعنصر قانوني إسلامي (شريعة إسلامية)، وبيان أن التعليم القانوني قد اكتفى بتدريس علم أصول الفقه بديلا عن تدريس مقرر خاص بالتفسير القانوني، وخيرا فعلوا ذلك؛ فإن التراث الإسلامي الذاخر يمنح المشرع والقاضي ورجل القانون قدرة أعظم على تحقيق أغراض القانون ومراميه. كما أن المحكمة الدستورية العليا لما وضحت أن المقصود بمبادئ الشريعة: الأحكام قطعية الثبوت والدلالة بينت ضرورة الرجوع لعلم أصول الفقه؛ فإن تعريف الحكم، والقطعية، والثبوت، والدلالة لا يعرف إلا من خلال دراسة أصول الفقه، ولا يرجع في المعاني الشرعية، والمسائل التي اعتمدت الشريعة أساسا لها إلا إلى الكتب الشرعية وكتب الفقه والأصول التي تناولت هذه المسائل بالشرح وبيان المقيدات والاستثناءات، ولذلك لا يجوز اعتبار الفقه الإسلامي مصدرا تاريخيا لهذه الأحكام؛ كأحكام الشفعة، والغبن في بيع القاصر، وتبعة الهلاك في البيع، ونظرية التعسف في استعمال الحق، وحوالة الدين، ونظرية الظروف الطارئة؛ بمعنى: انفصال هذه الأحكام واستقلالها عن مصدرها، وأن القاضي لا يلزمه تفسيرات الفقهاء الإسلاميين لهذه الأحكام؛ فلا نسلم بأن: "ما

أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه في القوانين، كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامي."[١].

فإن هذه الدعوى لا تثبت أمام حقيقة عدم جواز خروج القانون عن الأحكام قطعية الثبوت والدلالة التي منها الإجماع، فإن الخروج عن آراء كافة الفقهاء المسلمين في مسألة من المسائل يعد خروجا على الإجماع؛ لأنهم أجمعوا إجماعا ضمنيا على أن هذه المسألة ليس فيها قول غير الأقوال المروية في المسألة، والخروج على الإجماع يعد خروجا على مبادئ الشريعة بتفسير المحكمة الدستورية، وبالتالي يعد مخالفة للقانون.

وأما القانون الفرنسي فلا بأس من اعتباره مصدرا تاريخيا بهذا المعنى؛ لأنه لا مادة في القانون المصري تمنع من مخالفة القانون الفرنسي، كما هو الحال بخصوص الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: إلغاء القانون

هذا هو الباب الثالث من أبواب أصول القانون، فإن القانون بعد سنه وإيجاده، وتفسيره، وتنفيذه، لا يظل حكما أبد الدهر بين الناس، بل تتغير الظروف والأحوال، وتتطور الهيئة الاجتماعية بما يدعو إلى تجديد القانون، فيلغى بالكلية، أو تلغى بعض مواده، وهو ما يسمى بالإلغاء الكلي، والإلغاء الجزئي، وأحيانا يكون الإلغاء صريحا، فينص القانون على إلغاء نص قانوني سابق، أو إلغاء كل ما يعارضه من أحكام، وأحيانا يكون الإلغاء ضمنيا،

ومما ورد في القانون السوداني، المسمى قانون تفسير القوانين متعلقا بمسألة الإلغاء مادة مهمة جدا، هي المادة الحادية عشرة، والتي تنص على: (إذا صدر قانون

[١] **الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية، الصادر بجلسة ١٩٤٦ /٠١ /٣١**

بإلغاء قانون آخر، أو أي جزء منه؛ ثم ألغي ذلك القانون بدوره؛ فلا يترتب على هذا الإلغاء الأخير إعادة العمل بالقانون أو بالأحكام السابق إلغاؤها، إلا بنص خاص بإعادة العمل بذلك القانون أو تلك الأحكام).

والإلغاء في القوانين الوضعية يشبه النسخ في النصوص الشرعية، وتعد أبرز مشكلاته عندما يوجد نصان: أحدهما خاص متقدم، والثاني عام متأخر، فهل يقدم النص الأول على الثاني باعتباره نصًا خاصًا في المسألة المنظورة؛ حيث إن القاعدة الأصولية تنص على أن الخاص مقدم على العام، أم ينسخ الثاني الأول باعتباره نصًا متأخرًا بناء على القاعدة الأصولية التي تنص على أن النص المتأخر ينسخ النص المتقدم، إن مثل هذا يستلزم إلماما بقواعد أصولية لغوية، مثل قاعدة العام والخاص، وقواعد أصولية تشريعية، مثل قاعدة الترجيح[1].

الخلاصة:

أن رغم الجهود التي بذلت في القرن الماضي لتدريس علم أصول الفقه وربطه بالقوانين فإن العلم لم يصب في قالب قانوني حقيقي، بأن ترتب القواعد الأصولية نفس ترتيب أصول القانون الذي يبدأ بتعريف القانون ومصادره وإيجاده، ثم إنفاذه وتطبيقه وتفسيره، ثم إلغاؤه، وهذا ما اقترحناه في هذا المبحث.

[1] انظر: أصول الفقه، الشيخ عبد الوهاب خلاف، (ص: ٢٣٥).

المبحث الثالث

أثر الدرس القانوني في التمثيل والتنظير

سبق أن ذكرنا أن بعض العلماء الشرعيين الذي درسوا علم الأصول في كليات الحقوق قد طوروا من النماذج والتطبيقات المتعلقة بالعلم تيسيرا لقواعد العلم من جهة، وتقريبا لها من القوانين بما يتناسب مع مقاصد تدريس هذا العلم للقانونيين، وذكرنا أن عالمًا شرعيًا أصوليًا كالشيخ عبد الوهاب خلاف قد نقل مجموعة من القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة من مجرد قواعد إلى درجة أعلى هي درجة الدليل أو المصدر التشريعي، مقدما نظرية متكاملة تجاه العرف. في هذا الفصل نعرض إلى بعض مظاهر تأثر التصنيف الأصولي بالدرس القانوني

المطلب الأول: أثر الدرس القانوني في التمثيل وتجديد النماذج

اتسمت النماذج والأمثلة التوضيحية في كتب الأصول بالنمطية، وكثير من أمثلتهم لا تسلم من مناقشة، ويتكرر المثال الواحد على ما فيه من غموض أو إشكال في كتب الأصوليين منذ عهد الغزالي في مستصفاه، مرورا بابن قدامة في الروضة، والطوفي في البلبل، و.... إلى أن نصل لكتب بعض المعاصرين كالشيخ علي حسب الله وغيره، مثل تمثيلهم لدليل القياس بمثال النبيذ والخمر، وقياس الأولى بمثال قياس تحريم الضرب أو الشتم على قول: أف، أو تمثيلهم لدليل الاستحسان بالعارية والاستصناع. ولا يزال صوت أستاذي الدكتور محمد الدسوقي – رحمه الله – يتردد في أذني وهو يدرسنا منذ أكثر من عشر سنين في مرحلة الماجستير داعيًا إلى تجديد علم الأصول – على الأقل – بأن تحتوي الكتب المؤلفة حديثًا تطبيقات وأمثلة توضيحية غير مكرورة وغير نمطية، إلا أننا عندما ننظر في التطبيقات الواردة بالكتب التي اتخذناها في مقدم البحث نبراسا نجد أن الدرس القانوني قد تحرر عن تلك الأمثلة المكرورة، بضربه أمثلة جديدة من واقع النصوص القانونية. والذي أطمح فيه من خلال هذا المطلب أن أضيف إلى ما قدمه هؤلاء العلماء

الأجلاء – كأحمد إبراهيم، وشاكر الحنبلي – نماذج أخرى ليفيد منها الطلاب والمشتغلون بتدريس العلم. وهذه التطبيقات والنماذج التي اعتبرها تجديدية تنقسم إلى نماذج متعلقة بأهم الأحكام التكليفية وهو الواجب، ثم نماذج متعلقة بباقي الأحكام التكليفية، ثم نماذج متعلقة ببعض الأحكام الوضعية، كصورة من صور تجديد العلم، وكوسيلة لربط القوانين بعلم الأصول.

أولا: النماذج متعلقة بالواجب وأنواعه:

يعرف الواجب بأنه: "الذي يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما"[1]، أو هو الخطاب الدال على طلب الفعل طلبًا جازمًا[2]، ومن أمثلته المتكررة: وجوب الصلاة والزكاة؛ لقوله –تعالى: {وَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ}. ومن أمثلته في القوانين المصرية: المادة (١٦٢م) عقوبات: "وفي جميع الأحوال **يجب** الحكم بدفع قيمة الأشياء التي أتلفها المحكوم عليه". فورد بصيغة الفعل: "يجب" التي تدل على التحتيم.

وينقسم الواجب بالنظر إلى عدة اعتبارات، فينقسم الواجب من جهة المقدار المطلوب إلى: واجب محدد، وغير محدد، وينقسم بالنظر لذاته إلى: معين، ومخير، وبالنظر لوقت أدائه إلى: مؤقت، وغير مؤقت.

فالواجب المحدد: ورد تقديره بمقدار ظاهر معلوم، وغير المحدد هو ما طلب فعله من غير تحديد مقدار[3]، ومن أمثلة الواجب المحدد: زكاة النقود التي تساوي ربع العشر= ٢,٥٪، ومن أمثلته في القوانين المصرية: المادة (٨٠/د) من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات،

---

[1] المستصفى (٥٣/١).

[2] روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، موفق الدين أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان، ط٢، (٢٠٠٢م)، (١٠٠/١).

[3] علم أصول الفقه، الشيخ عبد الوهاب خلاف، (ص:١١٠).

وبغرامة لا تقل عن ١٠٠ج ولا تجاوز ٥٠٠ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مصري أذاع عمدا في الخارج أخبار أو بيانات أو....". ومن الأمثلة القانونية للواجب غير المحدد: المادة (١٦ /٢) من القانون ١٠٠لسنة ١٩٨٥م والتي تنص على: "تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرًا أو عسرًا".

والواجب المعين هو: ما طلبه المشرع بعينه من غير تخيير بينه وبين غيره. مثل الصلاة، والصيام، والحج، والزكاة، ونحو ذلك. والمخير هو: الواجب الذي خُيِّر فيه المكلف بين أشياء محصورة. مثل كفارة اليمين، فإنها واجبة، ولكن المكلف مخير بين ثلاثة أشياء: تحرير رقبة، أو إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم[١]. قال –تعالى: **{فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة...}**، ومن أمثلته في القوانين المصرية المادة (١٥٣) مدني: "إذا تعهد شخص أن يجعل الغير يلتزم فلا يلزم الغير بتعهده؛ فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به". والمادة (١٨) عقوبات التي تنص على: "عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه...".

أما من حيث التوقيت فينقسم الواجب إلى: مطلق، ومقيد، فالمطلق عن التوقيت ليس له وقت معين لفعله، ويمكن أداؤه في أي وقت[٢]، بينما الواجب المقيد إذا لم يؤد في الوقت المقيد به ترتب على ذلك جزاءات، كالبطلان، أو فوات المواعيد، وغيره، ومن الأمثلة القانونية على ذلك: المادة (٦٨) مرافعات: "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه..."، والمادة (٧٢) مرافعات: "في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم، أو يحضر عنهم من يوكلونه...".

---

[١] انظر: السابق (١٠٧).

[٢] انظر: علم أصول الفقه، الشيخ عبد الوهاب خلاف (ص١٠٨)

ثانيًا: نماذج لبعض الأحكام التكليفية:

المندوب: هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم[1]، وقد اشتهر في المقارنات بين أصول الفقه وأصول القانون القول بأنه لا يوجد في القوانين مجال للندب والكراهة على أساس أن القوانين مناطها الإلزام، وليس التخيير[2]، إلا أنه إذا تحقق تعريف الندب وحكمه على أي حكم قانوني فإنه يعتبر من تطبيقات المندوب في القوانين، وحكم المندوب هو ما يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه، وهذا الحكم منطبق على المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية: "يجوز للسلطة المختصة منح الموظف علاوة تشجيعية بنسبة ٥% من أجره الوظيفي، وذلك طبقا للشروط الآتية: 1- أن تكون كفاية الموظف قد حُددت بمرتبة كفء على الأقل عن العامين الأخيرين. 2- ألا يمنح الموظف هذه العلاوة أكثر من مرة كل ثلاثة أعوام. 3- ألا يزيد عدد الموظفين الذين يُمنحون هذه العلاوة في سنة واحدة على ١٠%"، فالمكافآت أو العلاوة التشجيعية هي الجزاء أو الثواب الذي يأخذه الموظف إذا قام بما يتحصل به على مرتبة الكفاءة المطلوبة، بينما إذا لم يتحصل على هذه المرتبة فإنه لا يعاقب على ذلك.

المباح: يعرف بأنه: "ما خير الشارع فيه بين الفعل والترك من غير اقتضاء ولا زجر".[3] **ومن أمثلته القانونية:** المادة (٤٣) مدني: (١) يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. والمادة (٩٦) مرافعات: "للنيابة العامة الطعن في الحكم في الأحوال التي يوجب القانون، أو يجيز تدخلها فيها إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام...".

---

[1] السابق.

[2] انظر: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية (١٩٩١م). (ص: ١٠٤).

[3] البرهان في أصول الفقه، للجويني، (١٠٨/١).

المكروه: ما تركه خير من فعله[١]، وحكمه: يثاب تاركه، ولا يعاقب فاعله، ومثاله: "بدل التفرغ للعمل الحكومي لبعض المهن: كالهندسة، والمهن الطبية." وقيمته: ٣٠-٩٠ ج. فمن كان مهندسًا – مثلاً – أو طبيبًا موظفًا بالحكومة ثم اشتغل بمهنته خارج إطار الوظيفة الحكومية؛ فإنه لا يعاقب على فعله، لكنه إن ترك فعل ذلك، وتفرغ لعمله الوظيفي فإنه يثاب على تركه بالبدل المذكور، وبهذا يكون قد تحقق حكم المكروه على ممارسة المهنة خارج إطار الوظيفة الحكومية للطبيب أو المهندس الموظف بالحكومة.

المحرم: أو المحظور الذي يعاقب فاعله، ومن أمثلته القانونية: المادة (٢) مدني: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحةً على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع." المادة (٧٨/ج) عقوبات: "يعاقب بالإعدام كل من سهل دخول العدو في البلاد، أو سلمه مدنا، أو حصونا، أو منشآت، أو مواقع، أو موانئ، أو مخازن، أو ترسانات...."، المادة (٨٨) عقوبات: "يعاقب بالسجن المشدد كل من اختطف وسيلة من وسائل النقل الجوي، أو البري، أو المائي، معرضا سلامة من بها للخطر".

وينقسم المحرم إلى: محرم لذاته، ومحرم لغيره، وتعريف المحرم لذاته: ما حرم ابتداء لاشتماله على مفسدة ومضرة في ذات الفعل، كحرمة القتل، وأكل الميتة، أما المحرم لغيره فهو: ما كان مشروعا في أصله، ولكنه اقترن بأمر آخر يسبب مفسدة أو مضرة، مثل: زواج المحلل، أو البيع بعد نداء الجمعة.[٢] وفائدة هذا التفريق أن المحرم لغيره يباح للحاجة، بينما المحرم لذاته لا يباح إلا للضرورة، ومن تطبيقاته في القانون المصري: المادة (٢٤٩) عقوبات: "حق الدفاع الشرعي عن

[١] روضة الناظر وجنة المناظر، لابن قدامة (١٣٧/١).

[٢] انظر: علم أصول الفقه، الشيخ عبد الوهاب خلاف (ص: ١١٣).

النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية: أولا: فعل يتخوف أن يحدث منه الموت، أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة. ثانيا: إتيان امرأة كرها، أو هتك عرض إنسان بالقوة. ثالثا: اختطاف إنسان".

ثالثًا: الأحكام الوضعية:

السبب: تعريفه: ما كان وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدمه، ومن أمثلته: الجنون سبب للحجر، والقتل سبب للقياس، والسرقة سبب للحد[1]، ومن تطبيقاته القانونية: المادة (١٨) مدني: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا...فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد...هذا ما لم يتفق المتعاقدان ... أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه." فهذه المادة تبين أن اتحاد الموطن سبب لسريان قانون دولة الموطن، واختلاف الموطن سبب سريان قانون دولة العقد، واتفاق المتعاقدان سبب لسريان القانون المتفق عليه. وكذلك المادة (٧٧) عقوبات: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب عمدا فعلا يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد، أو وحدتها، أو سلامة أراضيها".

المانع: هو ما يلزم من وجوده العدم، ومن أمثلته: مانع القتل في الميراث، لقوله – صلى الله عليه وسلم: «**لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ**»[2]، ومن أمثلة المانع القانونية: المادة (١٠٩)

---

[1] انظر: المستصفى (١ /٩٣)، والوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان (ص:٤٤).

٢ **حديث حسن**، أخرجه الإمام أحمد في أول مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حديث رقم (٣٤٦)، ت/ الشيخ أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، (١٩٩٥م)، (٣١١/١)، وأبو داود، في سننه، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، حديث رقم (٤٥٦٤)، ت/ محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، (د.ت)، (١٨٩/٤)، والدار قطني، في سننه، كتاب السير، بقية الفرائض، برقم (٤٢١٢)، ت/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، (٢٠٠٤م)، (٥/ ٢١١).

مدني، التي تنص على: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته، أو يحد منها بحكم القانون". فيكون المانع من أهلية التعاقد أمرين: ١- سلب الأهلية، ٢- الحد من الأهلية. وبهذا نكون قد وقفنا على مجموعة من النماذج التطبيقية لبعض تصورات علم أصول الفقه.

المطلب الثاني: أثر الدرس القانوني في التنظير

تعرف النظرية بأنها المفهوم الكلي أو التصور العام الذي يشمل تعريفات، وأركانا، وقواعد، ومستثنيات، ويجمع مسائل وجزئيات موزعة في أبواب مختلفة من العلم[١]، وللتنظير في الأصول فوائد كفوائد النظريات الفقهية، منها تيسير العرض، وتيسير المقارنة بين النظم القانونية المختلفة، ولا شك أن النظريات الفقهية والأصولية أساسها مبثوث في نصوص الفقهية والأصولية، ولكن الدرس القانوني هو الذي أبرز هذه الأسس، وسلط الضوء على إشارات علماء الشريعة إليها في كتبهم.

أولاً: نظرية الأهلية:

من أشهر النظريات الأصولية نظرية الأهلية التي ألفت وتطورت على أيدي علماء الشريعة الذين درسوا في مدرسة الحقوق الخديوية، كأحمد إبراهيم بك الذي ألف كتابا بعنوان: "الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي"، وكذلك على أيدي القانونيين الذين تخرجوا في هذه المدرسة على أيدي هؤلاء العلماء كالسنهوري باشا الذي كتب في شرحه للقانون المدني نظرية متكاملة للأهلية، كما يقول الدكتور محمد طاجن: "لم يغفل العلامة السنهوري النظرية الأصولية، بل سعى إلى تطويرها تطويرا يتماشى ومتطلبات عصره"[٢]، ويبدأ السنهوري باشا بتعريف الأهلية، فيقول: "يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب

---

[١] انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، (٤/ ٢٨٣٧).

[٢] أثر مدرسة الحقوق الخديوية (ص: ٤٦٧).

الحقوق المشروعة له وعليه..."[1]، ويذكر أحكامها، ثم ينتقل إلى أهلية الأداء ليعرفها، ويبين أحكامها، ويربط بين الأهلية والعقود التي قسمها بناء على الأهلية إلى عقود اغتناء، وعقود إدارة، وعقود تصرف، وعقود تبرع، مما جعل الدكتور محمد طاجن يقول: "نظرية الالتزامات التي كتبها السنهوري ... احتوت واستوعبت العديد من النظريات الفقهية والأصولية التي نظمها في قالب قانوني متناه في الدقة، ولو تتبعت هذه الجزئيات لأمكنني أن أخرج منها رسالة علمية مستقلة"[2].

ثانيًا: نظرية الإجماع:

قدم السنهوري باشا نظرية متكاملة لدليل الإجماع، وله فيه نظرات تجديدية؛ حيث ذهب إلى أن الإجماع يجب أن يصل في تطوره المعاصر إلى مرحلة يجتمع فيها المسلمون، أو نواب عنهم، ويستعرضون المسائل، ويقررون أحكامًا تصبح تشريعا، وبهذا يكون الإجماع – في وجهة نظره – عنصرا من عناصر تطوير الشريعة الإسلامية[3]، حيث اقترح في رسالته للدكتوراه في فقه الخلافة أن تعتبر المجالس النيابية صورة للإجماع في العصر الحديث، يقول: "إن اعتبار إجماع الأمة مصدرا للتشريع الإسلامي هو نواة المبدأ الحديث الذي يجعل إرادة الأمة مصدر السلطات، والذي يعبر عنه بمبدأ سيادة الأمة في النظم العصرية، هذا المبدأ الذي يقوم عليه التشريع الإسلامي، هو نفس المبدأ الذي يقوم عليه النظام النيابي الحديث"[4].

---

[1] الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، (١٩٥٢م)، (١/ ٣٤٢).

[2] أثر مدرسة الحقوق الخديوية (ص: ٤٦٨) بحذف يسير.

[3] وجوب تنقيح القانون المدني، (ص: ١١٥).

[4] فقه الخلافة وتطويرها لتصبح عصبة أمم شرقية، تحقيق: توفيق الشاوي ونادية عبد الرازق، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٨، (ص: ٦٦).

وبغض النظر عن الاتفاق أو الاختلاف مع وجهة نظر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري باشا في رؤيته لتطوير دليل الإجماع؛ حيث إن ما قاله أقرب إلى تعريف الاجتهاد الجماعي منه لدليل الإجماع، مع ذلك تظل هذه محاولة قام بها أحد القانونيين لتطوير موضوع من موضوعات علم أصول الفقه. ولا بأس من الإفادة من هذا التطوير، لا سيما وقد اشتمل على أفكار أخرى، مثل إلغاء الإجماع اللاحق للسابق، حيث يقول: "يختلف الإجماع عن الكتاب والسنة في أن الحكم الذي يتقرر بالإجماع يمكن أن يلغى، أو يعدل بإجماع لاحق، فكل جيل يمكن أن يقرر بالإجماع ما يراه مناسبا له، ولو خالف إجماع الأجيال السابقة، بل إن له أن يعدل عما تقرر بإجماعه في تاريخ سابق"[١]، وهذا القول موافق لبعض الأصوليين الذين يرون إمكان نسخ الإجماع بالإجماع[٢].

ثالثًا: نظرية العرف:

من النظريات الأصولية التي أنتجتها عقول علماء الشريعة تأثرًا بالفكر القانوني نظرية العرف، حيث انتقل العرف على يد الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه أصول الفقه من مجرد قاعدة فقهية (العادة محكمة)، أو (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) إلى دليل من الأدلة الأصولية، ومصدرًا من مصادر التشريع. يقول أستاذنا الدكتور محمد سراج: "**تأثر خلاف في ترقيته العرف إلى أن يكون دليلا مستقلا بالفكر القانوني السائد**"[٣]، وذلك في كتابه أصول الفقه الذي ألف في خلال الفترة التي انعقدت فيها مناقشات اللجنة المسئولة عن صياغة القانون المدني المصري (١٩٤٦م)، حيث جرت حوارات كثيرة بشأن المصادر القضائية وترتيبها، ليستقر

[١] السابق، (ص: ٧٢).

[٢] إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق أحمد عناية، دار الكتاب العربي، ط١، (١٩٩٩م)، (٢٧٧/١).

[٣] في أصول النظام القانوني الإسلامي (ص: ٤٩١).

الأمر على أن يكون الترتيب على النحو الآتي: التشريع (النص القانوني)، ثم العرف، ثم مبادئ الشريعة، ثم مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، وإذا كان العرف المعتبر شرعا وقانونا هو العرف الذي لا يخالف الآداب والنظام العام؛ لأن العادة إذا خالفت الأسس الاجتماعية، أو الأخلاقية، أو السياسية، أو المالية التي يحترمها المجتمع لا تعتبر عرفا مهما طال عليها الزمان، وفي دولنا الإسلامية لا يمكن أن يعتبر عرفا ما يخالف أصلا من أصول الشريعة، أو حكما من أحكامها غير المختلف فيها[1]، كما أن العرف "هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشرا بالجماعة، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات التي يعجز المشرع عن تناولها بسبب تشعبها، أو استعصائها على النص... العرف يعتبر مصدرا تكميليا خصبا، يتناول المسائل التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني، وقانون التجارة، وغيرهما من فروع القانون التي تقبل ذلك بطبيعتها"[2].

إذا كان الأمر كذلك فإن فعل الشيخ عبد الوهاب خلاف كان فعلا عبقريًا، وليس فعلا تبريريًا؛ فقد أبان عن جلالة أصول الفقه وأدلته، وأدخل العرف القانوني تحت مظلة الفقه الإسلامي، حيث جعل مجيء العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع وقبل مبادئ الشريعة يستمد مشروعيته من كون العرف والعادة دليلاً على أحكام الفقه الإسلامي، ومصدرًا من مصادر التشريع الإسلامي. وعلى هذا المنوال يجب أن تتطور أدلة أخرى كالقياس، والاستحسان وغيرهما: فالقياس الذي يعتبر في علم الأصول دليلاً ومصدرًا من مصادر التشريع لا يستخدم في القانون كمصدر تشريعي، بل هو وسيلة وطريقة من طرق استنباط الأحكام، وآلية للكشف عن معنى

---

[1] ما قل ودل: القانون المدني الكويتي مأخوذ من ٢٠ تقنيناً عالمياً فضلاً عن الشريعة الإسلامية المستشار شفيق إمام https://www.aljarida.com/articles/1462172581434916500 Last visited: 29-4-2023

[2] السابق، الصفحة نفسها.

النص، فهو بطبيعته يستعمل في تفسير النصوص، فهو أداة في يد القاضي يستعملها لتوسيع معنى النص لاستنباط الحكم واجب التطبيق في القضية المعروضة أمامه؛ نظرا لأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وإذا كان الشيخ عبد الوهاب خلاف قد أضفى على العرف القانوني مشروعيته ببيان انضوائه تحت لواء الشريعة، فكذلك القياس يمكن بيان أنه قد استمد شرعيته من كونه مبدأ من مبادئ الشريعة، فإذا كان استعمال القضاة له أمرا مقررا لا يستغنى عنه، فمن أين استمدت هذه الوسيلة مشروعيتها؟ إننا حين نقرأ المادة القانونية التي ترشد القاضي إلى ترتيب مصادره: (٢/١ فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه؛ حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد؛ فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) لا نجد القياس مصدرا من المصادر التي نص عليها القانون المدني، والتي يستعملها القاضي إذا لم يجد الحكم منصوصا، إلا لو اعتبرنا القياس داخلا في مبادئ الشريعة، وفي هذه الحالة يكون قد أخذ مشروعيته وقوته من هذا الجانب، ويكون حريا بنا أن نطور مفهوم القياس في ضوء الدرس القانوني لأصول الفقه. ويمكن أن يقال ذلك في الاستحسان، والاستصحاب، والمصالح، وسد الذرائع، وغيرها.

رابعًا: نظرية الباعث:

وهذه النظرية القانونية هي تطوير لمفهوم السبب الذي هو حكم وضعي عرفناه سابقا بأنه: "ما كان وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدمه"، إلا أنه عند صياغته في صورة نظرية على غرار النظريات القانونية كأثر من آثار الدرس القانوني في هذا العلم، لم تقتصر النظرية على تناول مسائل السبب والقواعد الأصولية المرتبطة به، بل امتدت لتربط الأسباب بدليل كسد الذرائع، بوصف الذريعة سببا لفعل الشيء، كما تناولت قواعد مثل الأمور بمقاصدها، وقاعدة

المآلات، وقاعدة الحيل[1]، وغير ذلك، ولا شك أنه لولا التأثر بالفكر القانوني التنظيري لما نشأت مثل هذه النظريات الأصولية حتى لو اعتبرنا أن النظرية ما هي إلا قالب يصب فيه أحكام الفقه، وتصاغ فيه القواعد الأصولية.

الخلاصة:

أن أصول الفقه يمكنه أن يفيد من قوالب النظريات القانونية لصياغة بعض النظريات الأصولية، كما فعل السنهوري باشا في الأهلية، والشيخ خلاف في العرف، وغيرهما، كما يمكن عند تدريس هذا العلم لطلاب القانون أن تستبدل التطبيقات القانونية بالنماذج الفقهية المشهورة والأمثلة التقليدية البعيدة عن الواقع.

والحمد لله رب العالمين.

[1] انظر: نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حليمة آيت حمودي، دار الحداثة، بيروت، ط١، (١٩٨٦م)، (ص: ٢٧٧).

الخاتمة:

عرضنا في هذا البحث إلى التغييرات التي حلت بطريقة عرض علم أصول الفقه كأثر لتدريسه في كليات القانون، واستخدامه كأداة في التشريع والتفسير والترجيح، ومن أهم نتائج هذا البحث وتوصياته ما يأتي:

أولاً: أهم النتائج:

١) تبرز أهمية علم أصول الفقه الإسلامي في القانون المصري وقوانين الدول الإسلامية من حيثية المبادئ الكلية للقانون عند سن التشريعات عمومًا، ومن حيث الأحكام الجزئية في بعض القوانين كالأحوال الشخصية، والقانون المدني؛ خصوصًا.

٢) من أهم المصطلحات المشتركة بين القانون وأصول الفقه مصطلحات مثل: المبادئ، والأحكام، والقطعية، والظنية، والثبوت، والدلالة، وهي مصطلحات لا يكتمل إدراكها إلا من خلال العناية بدراسة علم أصول الفقه.

٣) سبقت محاولات عديدة لعرض أصول الفقه لطلاب الحقوق، إلا أنه لم يسبق أن تم ترتيب عرض موضوعات العلم بترتيب عناصر أصول القانون وهي إيجاد القانون، وإنفاذ القانون، وإلغاء القانون.

٤) من أفضل الكتب التي أعدت لتدريس علم أصول الفقه في كليات الحقوق قديمًا كتابا الشيخ أحمد إبراهيم، والشيخ محمد شاكر الحنبلي، وذلك نظرا لتميز الأول بالربط بين الأصول والقانون والتقريب بينهما، ولتميز الثاني بتخريجه فروع القانون على أصول الفقه الإسلامي.

٥) يعد منهج التفسير المقاصدي أبرز طرق الإفادة من علم مقاصد الشريعة في مجال القوانين، وقد ألمح إليه قانون تفسير القوانين السوداني.

٦) لا يجوز اعتبار الفقه الإسلامي مصدرًا تاريخيًا للأحكام التي استمدت منه بحيث يجوز الخروج عن أحكامه، بخلاف القانون الفرنسي الذي يمكن اعتباره مصدرًا

تاريخيًا بهذا المعنى حيث لا توجد مادة دستورية تمنع مخالفته كما هو الشأن بخصوص الشريعة الإسلامية.

٧) نجح الدرس القانوني في تجديد النماذج والتطبيقات على قواعد ومصطلحات علم أصول الفقه.

٨) الأحكام غير الملزمة كالمندوب والمكروه لها تطبيقات في القوانين – وإن كانت قليلة – بخلاف ما ذكره كثير ممن ألف في المقارنة بين أصول القانون وأصول الفقه.

ثانيًا: أهم التوصيات:

١) إبراز أهمية علم أصول الفقه لطلاب الحقوق ورجال القانون بصورة عملية تربط بين الناحية النظرية والواقع القانوني.

٢) العناية بالمقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في المصطلحات المتشابهة، والموضوعات المتقاربة بهدف أمن اللبس ولكي يضبط الطالب مفاهيم تلك المصطلحات المتفقة في المبنى المختلفة في المعنى.

٣) الربط بين علم أصول الفقه ودراسة القانون والتقريب في طريقة العرض بينهما بحيث يكون ترتيب العلم موافقًا للناحية العملية من دراسة القانون وفقا لعناصر أصول القانون وهي: الإيجاد، والإنفاذ، والإلغاء؛ وعلى أساسها يعاد ترتيب موضوعاته، والتمثيل لمسائله.

٤) يفترض التصور الجديد لخطة المقرر أن يكون تدريسه متعلقا بأصول إيجاد القانون في ظل مقاصد الشريعة، ثم أصول إنفاذ القانون في ظل طرق الاستنباط، ثم أصول إلغاء القانون وتعديله في ظل قواعد تغيير الأحكام.

٥) زيادة عدد الساعات المخصصة للمقرر في كلية الحقوق ليصل إلى ساعتين في ثلاث سنوات دراسية ليقترب من عدد الساعات المخصصة له في كلية الشريعة والقانون، حيث تدرس الأصول على مدار الفرق الأربعة أي أربع أضعاف عدد الساعات.

٦) العناية بكتب الرعيل الأول، والإفادة منها، ومن أهمها: كتابا الشيخ أحمد إبراهيم والشيخ محمد شاكر الحنبلي، والشيخ أبي زهرة، والشيخ عبد الوهاب خلاف.

٧) الإفادة من تجربة هؤلاء القانونيين، ومنهجهم في تطوير مفاهيم علم الأصول وقواعده، والسير على هذا النهج في مستوياته الثلاث: التيسير، والتنظير، والتمثيل.

٨) دراسة المبادئ الشرعية والنظريات الأصولية التي تطورت في الدرس القانوني كنتيجة لتطبيقها على أرض الواقع على أيدي القانونيين من المشرعين والقضاة وشراح القوانين.

٩) العناية بالمقاصد الشريعة، وتطبيقاتها في إيجاد القوانين، وتفسيرها بواسطة التفسير المقاصدي الذي ينبغي إعطاؤه أهمية خاصة.

١٠) ضرورة دمج علم الأصول في الدرس القانوني بوصفه قانون التفسير لا على مستوى دلالات الألفاظ فقط، ولكن على مستوى السياقات، والمقاصد أيضًا.

١١) تخريج فروع بعض القوانين المعاصرة على القواعد الأصولية.

فهرس المراجع

١. أثر مدرسة الحقوق الخديوية في تطوير الدراسات الفقهية، د. محمد إبراهيم طاجن، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط١، (٢٠٢٠).

٢. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق أحمد عناية، دار الكتاب العربي، ط١، (١٩٩٩م).

٣. أصول الفقه الإسلامي ويليه تاريخ التشريع، الشيخ أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، (١٩٣٩م).

٤. أصول الفقه الإسلامي، الأستاذ الدكتور/ زكي الدين شعبان، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د.ت).

٥. أصول الفقه الإسلامي، شاكر الحنبلي، مطبعة الجامعة السورية، ط١، (١٣٦٨هـ – ١٩٤٨م).

٦. أصول الفقه في نسيجه الجديد، د مصطفى إبراهيم الزلمي، دار إحسان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.

٧. أصول الفقه، الشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت).

٨. أصول الفقه، الشيخ محمد الخضري بك، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط٦، (١٩٦٩م).

٩. أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، دكتور محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، (١٩٩١م).

١٠. أصول القانون، الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، (١٩٥٠م).

١١. الأعمال الكاملة للعلامة محمد فرج السنهوري، تصدير أ.د شوقي علام، جمع ودراسة أ.د محمد كمال إمام، دار الإفتاء المصرية، القاهرة، ٢٠١٩م.

١٢. أهمية تدريس علمي الفقه وأصول الفقه في كليات الحقوق، د. الديب جمال، حوليات جامعة الجزائر، العدد ٣٣، ج١، مارس ٢٠١٩م.
١٣. تجديد النظرية العامة للقانون، الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، (٢٠٠٢م).
١٤. تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، إلمر دريدجر، ترجمة أستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج، وأحمد علي ضبش، مركز نهوض للطباعة والنشر، الكويت، ط١، ٢٠٢١م.
١٥. الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، د. محمد زكي عبد البر، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ١، السنة الثامنة عشرة، (١٩٧٤م)
١٦. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، موفق الدين أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان، ط٢، (٢٠٠٢م).
١٧. سنن الدار قطني، علي بن عمر الدارقطني، ت/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، (٢٠٠٤م).
١٨. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، ت/ محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، (د.ت).
١٩. الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤، (د.ت)، (٤/ ٣٢٢٥).
٢٠. فقه الخلافة وتطويرها لتصبح عصبة أمم شرقية، تحقيق: توفيق الشاوي ونادية عبد الرازق، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٨).
٢١. كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، علاء الدين البخاري (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط).
٢٢. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ١٩٤٨م، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة.

٢٣. محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، أ.د محمد جبر الألفي، من أعمال ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، الإمارات العربية المتحدة، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).
٢٤. المستصفى، أبو حامد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، ت: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).
٢٥. المسند، الإمام أحمد بن حنبل، ت/ الشيخ أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، (١٩٩٥م).
٢٦. مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٩٥٤م).
٢٧. مصدرية الشريعة الإسلامية في القانون المدني المصري ١٩٤٩م، د. محمد إبراهيم طاجن، رسالة دكتوراه، بإشراف الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج، كلية دار العلوم، قاعة البحوث والرسائل، ٢٠١٩م.
٢٨. ملامح من مقاصد الشريعة في القانون المدني، الأستاذ الدكتور/ نبيل سعد، ضمن مجموعة بحوث مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، ومؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، (٢٠١١م).
٢٩. المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، (١٩٩٩م).
٣٠. نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حليمة آيت حمودي، دار الحداثة، بيروت، ط١، (١٩٨٦م).
٣١. وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد ٦، العدد ١.
٣٢. الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، (٢٠١١م).

٣٣. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، (١٩٥٢م).