

نظام الحكم
في الشريعة الإسلامية
والقوانين الموضعية

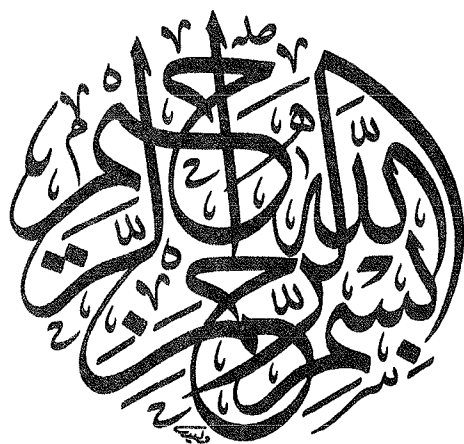
عبد الكريم زبير

مؤسسة الرسالة ناشرون

نُظَرُ الْمَسْئَلَةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْقَوَانِينِ الْمَوْضُوعِيَّةِ

عَبْدُ اللَّهِ زَيْلَان

مُؤَسَّسَةُ الرِّسَالَةِ نَاشِرُونَ



نظرات
في الشريعة الإسلامية
والقوانين الوضعية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انتشار بالوان الطيف

مؤسسة الرسالة ناشرون

جميع الحقوق محفوظة للناسخ

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

ISBN 978-9933-446-39-0

هاتف: ١١٢٢١١٩٧٥ (٩٦٣)

صرب: 30597

بيروت - لبنان

هاتف: ٥٤٦٧٣٠ - ٥٤٦٧٣١

فاكس: ٥٤٦٧٣٣ (٩٦١) ١

صرب: ١١٧٤٦٠

**Resalah
Publishers**

Damascus - Syria
Tel: (963) 11 2211975

Tel: 546720 - 546721

Fax: (961) 1 546722

P.O.Box: 117460

Beirut - Lebanon

E-mail:

resalah@resalah.com

Web site:

Http://www.resalah.com

حقوق الطبع محفوظة © ٢٠٠٥ م لا يُسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام ميكانيكي أو إلكتروني يمكن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه. ولا يُسمح باقتباس أي جزء من الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

باسم الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فهذه هي الطبعة الجديدة المنقحة لكتابي «نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية» وقد جاءت هذه الطبعة منقحة وخالية إن شاء الله تعالى من الأخطاء الهامة والبسيطة، والله أسأل أن ينفع بهذا الكتاب من يطلع عليه، إنه سميع للدعاء مجيب.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم والحمد لله رب العالمين.

د. عبد الكريم زيدان

المؤلف

صنعاء في ٢٧ شعبان ١٤٢٥هـ

الموافق ١١ / ١٠ / ٢٠٠٤م

الباب الأول

النظرية العامة للقانون والتعريف بالشريعة الإسلامية

الفصل الأول

تمهيد عام

٣ - المجتمع ضروري للإنسان:

الاجتماع الإنساني ضروري للإنسان كما ذكر العلامة ابن خلدون في مقدمته، وهو ما يعبر عنه البعض بقولهم: الانسان مدني بالطبع، أي لا بد له من العيش في مجتمع، وهو ما يؤيده الواقع فالإنسان يولد في المجتمع ويعيش فيه، وتصور إنسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقة له في الخارج^(١).

٤ - المجتمع البشري الأول:

وقد كان المجتمع البشري الأول في الأرض هو مجتمع آدم (عليه السلام) وزوجه حواء، فقد أهبتهما الله تعالى من الجنة إلى الأرض فكوّنا أول مجتمع بشري، قال تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ﴾^(٢) فَأَزَلَهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتْنَعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾^(٣) وعن طريق آدم وحواء نشأت الذرية وتكاثر النسل وزاد عدد البشر.

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ١.

(٢) سورة البقرة، الآيتان ٣٥ - ٣٦.

٥ - نشوء العلاقات الإجتماعية:

وبنشوء المجتمع نشأت علاقات متنوعة بين أفرادها لأن من طبيعة ولوازم هذا العيش المشترك بين البشر نشوء علاقات وروابط فيما بينهم، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات لأطراف هذه العلاقة، وأولى هذه الروابط التي نشأت هي رابطة الزوجية التي قامت على أساس اختصاص الرجل بالمرأة كما صرحت الآية التي ذكرت بها بإهبات آدم وزوجه إلى الأرض. وعلى هذا فليس صحيحاً ما يدعيه البعض من الأصل في علاقة المرأة بالرجل في المجتمع البشري الأول كانت علاقة الشيوخ، أي شيوخ المرأة لأكثر من رجل، لا علاقة اختصاص للمرأة برجل واحد في وقت واحد. ولم تقتصر روابط الأفراد في المجتمع على رابطة الزوجية وما ترتب عليها من حقوق وواجبات، لكل من الزوجين، وما تولد عن هذه الرابطة من الأولاد ورابطة بينهم وبين أبويهم، وإنما نشأت روابط أخرى ذات صبغة مالية نتيجة معاملاتهم وتبادلهم السلع والخدمات وما ترتب عليها من حقوق والتزامات لأطراف هذه المعاملات.

٦ - مدى تمتع الفرد بالحرية في المجتمع:

والإنسان وهو يعيش في المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية مطلقة في مزاولته نشاطه الذي يهواه لأنه إن أراد ذلك أو فعله اصطدم بحريات الآخرين الذين يريدون مثل ما يريد من تمتع بحرية مطلقة في مزاولته نشاطهم وأعمالهم، وفي ذلك دوام الصدام والخصام الذي ينتج عنه فناء المجتمع.

٧ - ضرورة القانون للمجتمع:

وبناء على ما ذكرناه من نشوء العلاقات والروابط فيما بين أفراد المجتمع وما يترتب عليها من حقوق والتزامات واستحالة تمتع الأفراد بحرية مطلقة كما يتمتع بها الحيوان في الغابات، أقول: ترتب على ذلك اضطرار أفراد المجتمع إلى الخضوع

إلى نوع من الضوابط والقواعد التي تنظّم علاقاتهم وروابطهم فيما بينهم وما يترتب على تلك الروابط والعلاقات، كما تحدد حرياتهم التي يمكنهم التمتع بها، وبهذا تنهياً للمجتمع فرصة العيش المشترك بسلام وهدوء، وهذه القواعد هي جوهر القانون، فالقانون ضروري للمجتمع، كما أن المجتمع ضروري للإنسان، ولا يتصور وجود مجتمع بدون قانون على أي نحو يكون عليه هذا القانون وبغض النظر عن صلاحه وفساده ومصدره.

٨ - القوانين الوضعية والشرائع الإلهية:

وحيث أن القانون ضروري للمجتمع كما قلنا، فلم يخل أي مجتمع قط من القانون، سواء كان هذا القانون على شكل عادات وتقاليد وأعراف يخضع لها الجميع، أو كان هذا القانون على شكل أوامر ونواهي يصدرها شخص مطاع كرئيس قبيلة، أو كان هذا القانون على شكل قواعد وأوامر ونواهي تصدرها هيئة خوّلها حق إصدار القانون كمجلس الأمة، وهذا القانون بمختلف أنواعه وأشكاله مصدره البشر أي من صنع الإنسان، ولكن المجتمعات البشرية عرفت قوانين ليست من صنع الإنسان وإنما هي من صنع الله خالق البشر، وهذه هي الشرائع الإلهية.

٩ - المقصود بالقوانين الوضعية والشرائع الإلهية:

يقصد بعبارة (القانون الوضعي) بصفة عامة: القانون الناشئ من الإرادة البشرية غير أن صفة (الوضعية وإن كانت لا تزال تحتفظ أساساً بمعناها القديم وهو كون القانون الوضعي ناشئاً من الإرادة البشرية إلا أنها قد تغيرت اليوم فأصبح يعلم منها شيء آخر لم تعد تعدل عليه هذه الكلمة (الوضعية) إذ أصبح يقصد اليوم بعبارة (القانون الوضعي) القانون النافذ بالفعل، أو القانون وكفى^(١).

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبد الحي حجازي ج ١ ص ١٢٣.

ومهما يكن من أمر فالذي نريده، في بحثنا، من قولنا (القوانين الوضعية) القوانين التي نشأت وتنشأ من إرادة الإنسان، وهذا هو المعنى الأساس لكلمة (الوضعية) عند إضافتها إلى كلمة (القوانين)، وعلى هذا الأساس قلنا أن البشر عرف النوعين من القوانين: القوانين التي هي من صنع البشر ونسميها (القوانين الوضعية). وقوانين من صنع الله ونسميها: ... الشرائع الإلهية). فالشرائع الإلهية قوانين (أحكام) شرعها الله تعالى وأنزلها على رسله لتبلغها إلى الناس لتنظيم علاقاتهم فيما بينهم إضافة إلى تنظيم علاقاتهم مع ربهم تعالى.

١٠ - تبرير إنزال الشرائع الإلهية:

والأساس في تبرير إنزال الشرائع الإلهية يقوم على أساس عقيدة التوحيد في الإسلام، وأعني بها توحيد الربوبية وتوحيد الألوهية، فالله تعالى هو رب العالمين لا رب سواه. والله تعالى، وهو رب العالمين هو المعبود الحق لا معبود بحق سواه. وإذا كان الأمر كما ذكرنا فهذا يقتضي إنزال الشرائع الإلهية على رسله ليبلغوها للناس، إذ أن هذا الإنزال - إنزال ما شرّعه الله لعباده - هو مقتضى ربوبية وألوهيته وتفرّده بهما. وبيان ذلك إن هذا الكون بكل ما فيه ومن فيه مخلوق لخالق عظيم تفرّد بالخلق وهو الله جلّ جلاله قال تعالى: ﴿هَلْ مِنْ خَلْقٍ غَيْرِ اللَّهِ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿اللَّهُ خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ﴾^(٢) وتفرّد الله بالخلق هو ما آمن به المشركون فضلاً عن المؤمنين قال تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَسَخَّرَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ لَيَقُولُنَّ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولَنَّ اللَّهُ﴾^(٤) وما دام الله جلّ جلاله هو الخالق لا خالق غيره فهو رب الناس جميعاً بل ورب العالمين، قال تعالى:

(١) سورة فاطر، الآية ٣.

(٢) سورة الزمر، الآية ٦٢.

(٣) سورة العنكبوت، الآية ٦١.

(٤) سورة الزخرف، الآية ٨٧.

﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ أَعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٢) أي رب جميع ما سواه من المخلوقين. قال الإمام ابن عطية: العالمين جمع عالم وهو كل موجود سوى الله عز وجل - والرب في اللغة: المعبود، والسيد والمالك، والقائم بالأمر، والمصلح لما يفسد منها^(٣) كما أن كلمة (الرب) تعني التربية وهي إنشاء الشيء حالاً فحالاً إلى حد التمام، يقال: ربه ورباه وربيه. فالرب مصدر مستعار للفاعل. ولا يقال الرب مطلقاً إلا الله تعالى المتكفل بمصلحة الموجودات نحو قوله تعالى: ﴿بَلَدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبُّ غَفُورٌ﴾^(٤) ومن هذا أيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَتَّخِذُوا الْمَلَائِكَةَ وَالنَّبِيِّينَ أَرْبَابًا﴾^(٥) أي آلهة تزعمون أنهم المتولون لمصالح العباد. ولكن يجوز استعمال كلمة (رب) بالإضافة، إلى الله وإلى ما سوى الله تعالى: فيقال بالإضافة له تعالى: ﴿رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٦) ﴿رَبُّكُمْ وَرَبُّ آبَائِكُمُ الْأَوَّلِينَ﴾^(٧) ويقال: رب الدار، ورب الفرس، لصاحبيهما، وعلى ذلك قوله تعالى: ﴿أَذْكُرْنِي عِنْدَ رَبِّكَ فَأَنْسَنهُ الشَّيْطَانُ ذِكْرَ رَبِّي﴾^(٨) وقوله تعالى حكاية عما قاله يوسف عليه السلام وهو في السجن لرسول الملك ﴿أَرْجِعْ إِلَى رَبِّكَ﴾^(٩). هذا ومن لوازم ربوبيته تعالى وألوهيته قيامه عز وجل بتدبير شؤون خلقه والتكفل بمصالحهم وبيان ما يصلح لهم ويصلحون به والتصرف فيهم بالأمر والنهي. ولا شك أن الإنسان لا يحتاج فقط إلى ما يحفظ له بدنه من غذاء ونحوه وإنما هو بحاجة إلى ما يفي بحاجة روحه التي امتاز بها عن غيره، وبحاجة إلى ما يوصله إلى الكمال اللائق به والمقدور عليه، وإلى ما يسعده في دنياه

(١) سورة البقرة، الآية ٢١.

(٢) تفسير ابن عطية ج ١ ص ١٠٢.

(٣) سورة سبأ، الآية ١٥.

(٤) سورة آل عمران، الآية ٨٠.

(٥) سورة الشعراء، الآية ٢٦.

(٦) سورة يوسف، الآية ٤٢.

(٧) سورة يوسف، الآية ٥٠ / معجم مفردات القرآن للراغب الأصفهاني ص ١٨٩.

وآخرته وإلى تعريفه بمناهج السلوك في الحياة وما ينظم به علاقاته مع غيره من أبناء مجتمعه، وإلى كيفية الحفاظ على حقوقه، وهذا بالإضافة إلى تعريفه بكيفية عبادته لربه. ولهذا فهو - أي الإنسان - بحاجة مؤكدة بل وضرورية إلى هداية لما ذكرناه، إذ لا يمكنه أن يعرف ذلك بنفسه من دون تعريف له بذلك من ربه سبحانه وتعالى، وحكمة الرب ورحمته بعباده، ومقتضيات ربوبيته وألوهيته تأبى أن يترك الإنسان هملًا بدون بيان ولا هداية إلى ما ذكرناه قال تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ أي لا يؤمر ولا ينهى من قبل ربه تعالى كما قال الشافعي وغيره^(١) وما الأمر والنهي إلا بيان لمناهج السلوك وقواعد تنظيم شؤون الإنسان في علاقاته مع الآخرين وهذا هو القانون.

١١ - إنكار الشرائع الإلهية جهل بقدر الله وعظمته:

وإنكار الشرائع الإلهية يعني جهل المنكر بقدر الله وعظمته لأنه يذكر ما هو من لوازم ربوبية الله لخلقه. قال تعالى: ﴿وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ إِذْ قَالُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى بَشَرٍ مِّن شَيْءٍ قُلْ مَنْ أَنْزَلَ الْكِتَابَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مُوسَى نُورًا وَهُدًى لِلنَّاسِ﴾^(٢) والمعنى: أي أن الذين قالوا هذه المقالة - وهي إنكارهم بعثة الرسل والوحي إليهم - ما قدرُوا الله حق قدره أي ما عظموه حق عظمته ولا عرفوه حق معرفته إذ لو عرفوه لما قالوا هذه المقالة التي تنكر بعثة الرسل وهي من مظاهر رحمته ولطفه بعباده وأجل نعمه إليهم، وهي من لوازم ربوبيته وألوهية للناس، ولما كان اليهود هم الذين قالوا هذه المقالة قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ أَنْزَلَ الْكِتَابَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مُوسَى نُورًا وَهُدًى لِلنَّاسِ﴾ لأن اليهود يؤمنون بموسى وبالتوراة التي أنزلها الله عليه، فكيف يقولون هذه المقالة وينكرون إنزال الشريعة الإسلامية على محمد ﷺ^(٣).

(١) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٤٥٢ والآية في سورة القيامة رقمها ٣٦.

(٢) سورة الأنعام، الآية ٩١.

(٣) تفسير الزمخشري ج ٢ ص ٤٢، تفسير ج ٤ ص ١٩١، تفسير المنار ج ٧ ص ٦١١.

١٢ - ختم الشرائع الإلهية بالشرعية الإسلامية:

وقد ختمت الشرائع الإلهية بالشرعية الإسلامية التي أنزلها الله على رسوله محمد ﷺ وأمره بتبليغها إلى الناس، وقد بلغها ﷺ فعلاً، وجاءت أحكامها شاملة لجميع شؤون الحياة ومنظمة لجميع علاقات البشر سواء كانت هذه العلاقات بين الفرد وربّه، أو بين الفرد والفرد، أو بين الفرد والجماعة أو بين الجماعة والجماعة. فهي بحق دين ودولة^(١).

١٣ - تبرير ختم الشرائع الإلهية بالشرعية الإسلامية:

وإنما ختمت الشرائع الإلهية بالشرعية الإسلامية لكمال هذه الشريعة وتاممها ووفائها بجميع حاجات البشر في كل مكان وزمان، ومع هذا الكمال والتمام والوفاء لم تعد هناك حاجة لتنزل المزيد من الشرائع الإلهية ولهذا قال تعالى: ﴿أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(٢) وكان هذا الكمال للشرعية الإسلامية وجعلها عامة لكل البشر من أعظم نعم الله للبشر بل هي أعظم نعمة أنعمها الله عليهم، ولهذا جعل الله تعالى إرسال محمد ﷺ رسولاً لعامة البشر رحمة عامة لهم قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣). وقال تعالى: ﴿قُلْ يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾^(٤).

١٤ - السيادة القانونية المطلقة للشرعية الإسلامية:

ولما كانت الشريعة الإسلامية، شريعة إلهية، وعامة لجميع البشر فمن حقها وواجب البشر نحوها جعل القانونية المطلقة لها دون غيرها. . وهكذا كانت بالفعل

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٥.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣.

(٣) سورة الأنبياء، الآية ١٠٧.

(٤) سورة الأعراف، الآية ١٨٥.

في البلاد التي حكمها المسلمون حيث أقاموا دولتهم على أساسها، ونظموا مختلف شؤونها على مقتضى قواعدها وأحكامها وتحددت علاقات الأفراد وحقوقهم فيما بينهم على أساس هذه القواعد والأحكام، ووجدوا في هذا التنظيم الخير والعدل وحفظ حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ثم أصاب الشريعة الإسلامية انكماش في التطبيق شيئاً فشيئاً وهجرها المسلمون هجراً غير جميل وعزلوها عن واقع الحياة في معظم البلاد الإسلامية إن لم نقل في جميعها على اختلاف في درجات العزل والهجر والإبعاد، وحضورها في دائرة الأسرة أو ما يسمونه بمسائل (الأحوال الشخصية) مع محاولات وسعي غير حميد لإخراج بعض هذه المسائل وإخضاعها لتنظيم القوانين الوضعية ولا شك أن هذا المآل الذي آلت إليه الشريعة الإسلامية يرجع إلى عوامل وأسباب كثيرة تعاونت فأدت إلى هذه النتيجة وليس هنا محل تفصيلها.

١٥ - المستقبل للشريعة الإسلامية:

ومع هذا المآل الذي صارت إليه الشريعة الإسلامية، فإن المستقبل لها وإن السيادة القانونية المطلقة ستعود إليها في يوم قريب غير بعيد، وذلك للأسباب التالية: (١)

أولاً - إن تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر بحق في نظر المسلمين من الدين وجزء من عقيدتهم ولهذا فهم يسعون إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ويدعون إلى ذلك على ألسنة كتابهم وعلمائهم وقد أخذ في المشاركة في هذه الدعوة بعض أولي الرأي وبعض المعنيين بدراسة القانون وتدرسه، وأكبر الظن أن الحكومات في البلاد الإسلامية ستلبي هذه الدعوة المشروعة وتحقق هذه الرغبة لدى المسلمين.

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٧ - ٨.

ثانياً - إن القانون في كل أمة يعتبر جزء من ضميرها وكيانها وتاريخها ومرآة لعقيدها ومثلها العليا في الحياة، وضماناً لمصالحها، ومستقراً لآمالها وأفكارها في الحياة وما تتطلع إليه وتريده في المستقبل، والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الأمة هو الذي تتحقق فيه هذه المعاني ونحوها. ولا شك أن الشريعة الإسلامية هي التي تتحقق فيها هذه المعاني في البلاد الإسلامية، ولهذا فمن الطبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الأمور ومصصلحة الأمة ومن باب وضع الأمور في نصابها وفي مواقعها الصحيحة أن تكون الشريعة الإسلامية هي قانون هذه البلاد والأساس الوحيد لكل تقنين فيها.

ثالثاً - إن الشريعة الإسلامية بذاتها صالحة لكل زمان ومكان لأن في معانيها ومبادئها وأحكامها ما يجعلها صالحة لهذا العموم المكاني والزماني، وقد تنبّه لهذه الحقيقة المعنيون بدراسة القانون وأعلنتها مؤتمراتهم، فمن ذلك، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي المقارن المنعقد في سنة ١٩٣٨ حيث أعلن المجتمعون من علماء القانون في الدول الغربية أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً من مصادر التشريع العام، وأنها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وأنها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها^(١) كما أعلن مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨، قرارهم التالي: (اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة وماله من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها). ونحن إذ نذكر هذه الشهادة من علماء القانون في الغرب لا يعني أننا في شك من صلاح شريعتنا، وإنما نذكره لنبيّن أن صلاحها أمر ظاهر يعترف به من لا يؤمنون بها، لأن صلاح القانون يعرف من ذاته وطبيعة أحكامه وليس من مدح المادحين.. ومما يعجل ما نتوقعه ونأمله من عودة الشريعة الإسلامية إلى سابقه

(١) ويلاحظ هنا أن أصول الشريعة وأحكامها القطعية لا تتغير ولا تتطور لأنها ليست بحاجة إلى التغير والتطور، وإنما يتناول التطور الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف والمصالح المرسله.

سيادتها القانونية قيام نهضة فقهية لدراسة الشريعة وبيان مبادئها وقواعدها وأحكامها وأهدافها ووفائها بحاجات الناس بأسلوب واضح بسيط ونهج جديد ولغة مستساغة، ونحن نلمح تبشير هذه النهضة تلوح في الأفق وتتسع يوماً بعد يوم، ومن مظاهرها هذا الإقبال على دراسة الشريعة وهذا الإنتاج الوافر الذي يقدمه علماء الشريعة من أبحاث في الشريعة وبيان لأحكامها ومعانيها وأهدافها مع مقارنة لها مع غيرها من الشرائع والقوانين.

١٦ - تحذير وتنبيه:

ومن المفيد تنبيه طلابنا وغيرهم من المطلعين على هذا الكتاب الذي سميته (نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) أنبههم وأحذرهم جميعاً بأن هذه الدراسة لا تعني أبداً تنزيل الشريعة الإسلامية منزلة القوانين الوضعية من جهة جواز الأخذ ببعضها وترك البعض الآخر، وجواز التعقيب عليها بالتصحيح والإبطال والزيادة والنقصان كما يفعله المعنيون بدراسة القوانين الوضعية، لسبب بسيط هو أن الشريعة الإسلامية من صنع الله وتشريعه، ولا تعقيب على ما يشرعه الله لعباده قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(١) فواجب المسلم أن يفهم ما شرعه الله وأنزله على رسوله محمد ﷺ ليعمل به لا ليناقش فيه أو يعقب عليه أو ينصب نفسه حكماً عليه فيزيد عليه أو ينقص منه. نعم هناك ما يسمى بـ (الفقه الإسلامي) القائم على الاجتهاد، ففي الفقه الإسلامي دائرة من الاجتهاد السائع، وفي هذه الدائرة يجوز النقاش والتعقيب عليه والأخذ منه والرد عليه في ضوء الدليل والبرهان وقواعد الاجتهاد.

(١) سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

الفصل الثاني

التعريف بالقانون وخصائص القاعدة القانونية

المبحث الأول

تعريف القانون

١٧ - تعريف القانون

قلنا إن المجتمع ضروري للإنسان، وإن القانون ضروري للمجتمع، ولذلك لم يوجد مجتمع قط إلا ووجد فيه قانون ينظم علاقات أفرادهِ فيما بينهم ويحدد حرياتهم حتى يمكنهم جميعاً من العيش المشترك بأمن واطمئنان ونجوة من حياة الفوضى والاضطراب والهرج والمرج وحياة الحيوان في الغابات التي لا يكون من ورائها إلا هلاك الجميع، وفي ضوء ما ذكرناه يمكن تعريف القانون الذي هو محل دراستنا بأنه (مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية والتي يجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء)^(١) فالقاعدة القانونية، إذن، هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون، مما يجعل تحديد معنى أو خصائص القاعدة القانونية تحديداً لمعنى القانون أو خصائصه^(٢).

١٨ - وظيفة القانون أو غايته

القانون ينشأ بنشوء المجتمع ويوجد بوجوده كما قلنا حتى لا تعم الفوضى ويمكن للجميع العيش بسلام.

(١) مبادئ القانون للدكتور عبد المنعم البدر اوي ص ٩.
(٢) المدخل لدراسة القانون للدكتور جميل الشرقاوي ص ١٢.

فوظيفة القانون، إذن، هي العمل على أن يعيش الأفراد في المجتمع بسلام في ظل النظام الذي يحققه لهم القانون. ويقصد بالنظام الاجتماعي الذي يحققه لهم القانون تنظيم المجتمع على أسس تضمن بقاء الجماعة وتقدمها وتحقيق العدالة فيها والتوفيق بين مصالحها ومصالح الأفراد، وضمان حرياتهم^(١).

١٩ - وظيفة القانون في المذهب الفردي والاجتماعي^(٢)

قلنا أن وظيفة القانون أو غايته تحقيق النظام الاجتماعي الذي تتحقق به للأفراد التوفيق بين مصالحهم وحرياتهم فيما بينهم ومع المجتمع وبذلك يتيسر لهم العيش بسلام وللمجتمع الأمن والاستقرار والتقدم والازدهار إلا أن هذه الوظيفة للقانون وإن كانت محل اتفاق، من حيث الجملة، بين علماء القانون، إلا أنهم يختلفون في مفهوم هذه الوظيفة وحدودها وما تتحقق به في واقع الحياة، وذلك حسب الأفكار السائدة في المجتمع والتي ينظرون من خلالها إلى هذه الوظيفة، فهناك ما يسمى بـ (المذهب الفردي) وله فلسفته الخاصة فيما يجب أن يقوم عليه القانون وفيما يركز نظره عليه واهتمامه به ورعايته له. كما أن هناك ما يسمى (بالمذهب الاجتماعي) وله فلسفته الخاصة فيما ذكرناه عن المذهب الفردي أي فيما يجب أن يقوم عليه القانون وما يجب أن يركز عليه نظره واهتمامه ورعايته. وفي ضوء ذلك تتحدد وظيفة القانون فلا بد، إذن، من بيان أساس هذين المذهبين ومعالهما وآثارهما في تنظيم الروابط الاجتماعية التي يعني القانون بتنظيمها، ونطاق هذا التنظيم الذي يختلف سعة وضيقاً بناء على تبني أحد هذين المذهبين وبالتالي تتحدد وظيفة هذا القانون أو غايته.

(١) البدراوي، المرجع السابق/ ص ١٠ - ١١ المدخل لدراسة العلوم القانونية ص ١٠٢، ١٠٣.

(٢) البدراوي، المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها، الشراقوي، المرجع السابق ص ٧٦ وما بعدها.

٢٠ - وظيفة القانون في المذهب الفردي

الفرد هو محل نظر هذا المذهب، فهو الغاية من التنظيم القانوني، إذ ما على القانون إلا أن يضع خير القواعد التي تحقق للفرد سعادته وتضمن وتحمي حريته. صحيح أن هذا المذهب لا ينظر إلى الفرد باعتباره إنساناً منعزلاً عن المجتمع، وإنما ينظر إليه باعتباره فرداً يعيش في المجتمع، إلا أنه يراه في المجتمع مركز الدائرة التي يدور حولها القانون فلا يجوز إغفاله ولا إغفال مصالحه الخاصة بحجة رعاية مصالح المجتمع، فالمجتمع وجد لخدمة الفرد وليس العكس، وشعارهم في ذلك مقولتهم: إن الفرد لم يخلق للمجتمع، ولكن المجتمع وجد للفرد، أي لصالحه، فكل ما في المجتمع يجب أن يوجه لخير هذا الفرد وسعادته وخدمته، ووسيلة المجتمع في ذلك هو القانون بما يضعه من قواعد لتحقيق هذه الغاية وبهذا تتحقق مصلحة الفرد. وبهذا الطريق وحده وليس غيره تتحقق أيضاً مصلحة المجتمع لأن مجموع مصالح الأفراد تساوي مصلحة المجتمع. ويقول أنصار هذا المذهب تأكيداً أو توضيحاً لمذهبهم، إن الفرد ولد حرّاً فيجب أن يبقى حرّاً متمتعاً بحريته، ولكن لما كان تمتعه بحريته بصورة مطلقة يصطدم بحريات الآخرين، كان لا بد من السماح للقانون بأن يتدخل ليقيد حريات الأفراد إلى أدنى قدر ممكن حتى يمكن أن يتمتع الجميع بحرياتهم دون تعارض أو تصادم. ويعززون مذهبهم بما يدعونه من وجود (عقد اجتماعي) حصل بين الأفراد في قديم الزمان وخلاصة ما قالوه فيه: إن الأفراد في قديم الزمان كانوا يعيشون في حالة طبيعية لا يقيدهم حاكم ولا سلطان، وفي وقت ما انتهت تلك الحالة التي كانوا عليها إذ أنهم عقدوا (عقداً اجتماعياً) فيما بينهم، بموجبها ينهون تلك الحالة ويوجدون حكومة ويتنازل كل فرد عن جزء من حريته وحقوقه الطبيعية مقابل الاحتفاظ بالجزء الباقي منها وفي مقابل حماية الحكومة أو السلطان له في التمتع بحريته وحقوقه التي احتفظ بها.

٢١ - بعض نتائج المذهب الفردي

السمة الظاهرة في هذا المذهب، وعلامته المميزة عن غيره، والنتيجة الأولى المترتبة على أفكاره وفلسفته: أن الأفراد ولدوا أحراراً ويجب أن يعيشوا أحراراً،

ولتساويهم في صفة هذه الولادة، يجب أن يكونوا متساوين في الحقوق، فالحرية والمساواة هما الحقان الطبيعيان اللذان يجب أن يرعاهما القانون رعاية حقيقية، ويترتب على ذلك أن وظيفة القانون تقتصر على التوفيق بين الحريات والحقوق الفردية المختلفة حتى يضمن وجودها وحمايتها. ووسيلته في ذلك تقييد هذه الحقوق بما فيها حق الحرية، تقييداً تبادلياً يشمل جميع الأفراد، حتى لا يطغى فردٌ على آخر، ولكن دون أن يتجاوز القانون في تقييده الحد الأدنى الضروري لضمان حريات الجميع وحقوقهم. فوظيفة القانون في هذا المذهب - المذهب الفردي - وظيفة محددة في نطاق ضيق جداً.

ويترتب أيضاً على أفكار هذا المذهب نتيجة أخرى وهي إطلاق الحرية (للإرادة) إرادة الفرد في مجال العقود والالتزامات التي يرتبط بها مع غيره، فالعقود لا يجوز أن تخضع في إنشائها وفي آثارها المترتبة عليها إلا لإرادة المتعاقدين، وهذا هو المبدأ المعروف بـ (مبدأ سلطان الإرادة) فهو سلطان مطلق لإرادة الفرد في المجتمع، وقد ساد هذا المبدأ وشاع في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. وتفرعت عنه نتيجتان في مجال التنظيم القانوني:

الأولى: إن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للإنسان. فالعقد مثلاً، وهو أهم مصادر ما يلتزم به الإنسان يقوم على إرادته الحرة، فلا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه بنفسه أو بمن مثله. ونظام الملكية يقوم على أساس حرية الإرادة. والأسرة، وأساسها عقد الزواج وما يترتب عليه من آثار، أساسها الإرادة. بل إن القانون الجنائي بما فيه من تحديد وتعيين الأفعال الممنوعة وتحديد العقاب لكل فعل منها، هذا القانون يقوم على أساس الإرادة لأفراد هذا المجتمع، لأن القانون الجنائي كأى قانون آخر يفترض فيه أنه وليد إرادة الأفراد جميعاً فهم الذين وضعوه، أو صنع معبراً عن إرادتهم، وهم الذين، بالتالي اختاروا الخضوع له بإرادتهم.

الثانية: والنتيجة الثانية التي ترتبت على مبدأ سلطان الإرادة، أن الإرادة

لا تقتصر على إنشاء الالتزامات بل هي أيضاً التي تحدد هذه الالتزامات، فالفرد هو - بإرادته - ينشئ العقد، ويلتزم بآثاره، وما ارتضاه فهو الحق والعدل ولا يجوز التحلل من التزامه بحجة غبن أصابه أو ظلم لحقه، ولذلك كان الشعار في هذا المذهب (العقد شريعة المتعاقدين) فلا يجوز للقانون أن يتدخل بشأن هذه العقود ولا تعديل آثارها مهما تولد منها من أضرار بأحد طرفي العقد ما دام الطرفان بإرادتهما الحرة عقداً هذا العقد ورضياً بآثاره.

ومن نتائج المذهب الفردي في المجال الاقتصادي إطلاق المنافسة الحرة للأفراد باعتبارها المظهر الاقتصادي للحرية الفردية، فلا يجوز للقانون التدخل في هذا التنافس الحر الاقتصادي لأنه يحقق المصلحة العامة للمجتمع بتحقيقه المصلحة الخاصة للمتنافسين وفي هذا يقول آدم سميث وهو من كبار أنصار مذهب الحرية الاقتصادية (إن صاحب رأس المال يبذل دائماً قصارى جهده في البحث عن خير الوجوه التي يوظف فيها رأس ماله بشكل يعود عليه منه أكبر فائدة. وهو إذا كان مدفوعاً في هذا بالرغبة في تحقيق مصلحته الخاصة لا مصلحة المجتمع، إلا أن هذه الرغبة ستقوده بالضرورة إلى أن يستغل ماله فيما يعود على المجتمع بالنفع الكبير).

٢٢ - نقد المذهب الفردي

يؤخذ على هذا المذهب غلوه في تأكيده على المصالح الخاصة وعدم التفاته إلى مصلحة المجتمع حتى كأن الفرد لا يعيش فيه ولا ينتفع بهذا العيش. ويبرر أنصار هذا المذهب هذا الاتجاه بدعوى أن المصلحة العامة تتحقق من تلقاء نفسها بمجرد رعاية المصلحة الخاصة وتحقيقها، وحجتهم في هذه الدعوى أن مجموع مصالح الأفراد تساوي مصلحة المجتمع، ولكن ليس هذا صحيحاً فهناك مصالح عامة للمجتمع لا يفكر الأفراد في القيام بها، وإذا قاموا بها لا يعطونها ما تستحق من رعاية واهتمام كمرفق التعليم ومرفق الإحسان العام، لأن همهم من هذه المرافق - إذا قاموا عليها - هو الربح ولو على حساب متطلبات هذه المرافق.

ويؤخذ على هذا المذهب أيضاً مغالاته في نظريته إلى الحرية الفردية ومنع أي مساس بها وجعلها طليقة من كل قيد إلا قيداً يمنع التعارض مع غيرها من الحريات. وهم يبنون فكرتهم هذه على أساس نظريتهم في الحقوق الطبيعية للإنسان، وخلاصتها عندهم أن الفرد كان يتمتع بحقوق طبيعية ومنها حريته بمقتضى كونه (إنساناً) فهو اكتسبها بهذه الصفة ولم يهبها له القانون، على القانون أن يعترف له بها ويحميها له ولا يتدخل بشأنها إلا بأدنى قدر حتى يمكنه التمتع بها دون تعارض مع حقوق وحريات الآخرين. فتدخل القانون إنما هو لهذا الغرض، والقانون يؤدي واجبه كاملاً بمجرد كفالاته لهذه الحرية. والحقيقة إن نظريتهم في الحقوق الطبيعية مبنية على أن الفرد كان يتمتع بها قبل دخوله في المجتمع، في حين أن الفرد المنعزل الذي يعيش خارج المجتمع لا حقيقة له كما ذكرنا من قبل. كما أن تعزيزهم لما ذهبوا إليه بنظرية (العقد الاجتماعي) هي نظرية افتراضية لم تثبت تاريخاً ولا يدعون هم وقوعها. والفرض لا يصلح أن يبنى عليه ما ذهبوا إليه. هذا وقد أظهر العمل أن إطلاق الحرية للأفراد من شأنه أن يربي الأفراد على الأنانية وإلى تحكم الأثرياء في الضعفاء ثم إن ترك الحرية الاقتصادية ومظهرها المنافسة الحرة الطليقة من شأنها أن تجعل المنتجين الصغار والعمال والصناع والصغار في موقف الضعيف أمام الصناعات الكبرى وأصحابها.

٢٣ - وظيفة القانون في المذهب الاجتماعي^(١)

يقوم المذهب الاجتماعي على أساس نظريته للإنسان، فهو ينظر إليه باعتباره كائناً اجتماعياً مرتبطاً بغيره من الناس داخل المجتمع ومتضامناً معهم في سبيل تحقيق مصلحة الجماعة التي تضمهم. فالجماعة، أو المجتمع، إذن، وليس الفرد، هي محل نظر القانون ورعاية مصلحتها. فلا يصح في نظر أنصار هذا المذهب أن

(١) حسن كيرة، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها. والبدرابي المرجع السابق ص ٣٤ وما بعدها.

ينظر إلى الإنسان كفرد منعزل مستقل عن الجماعة التي يعيش فيها، وإنما هو عنصر من عناصرها. كما أن المجتمع ليس جمعاً من الأفراد المستقلين المنعزلين، ولكنه وحدة متجانسة يجب أن نوجه جهود أفرادها إلى غاية مشتركة هي مصلحة المجموع. فالقانون في هذا المذهب يجب أن يضع مصلحة المجتمع في المقام الأول وأن يسخر الفرد لخدمة المجتمع وتحقيق مصلحته، فيساهم كل فرد منهم بنصيب في تحقيق الصالح العام المشترك، وهم بهذه المساهمة يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه بل كيانه بالجماعة التي هو عضو فيها، فالخير الذي يصيب المجموع يتوزع على أعضائه أي على جميع أفرادها. فنقطة الابتداء وما يراعى أولاً إن كانت عند المذهب الفردي هي الفرد ومصلحته الخاصة، تصبح نقطة الابتداء التي تراعى أولاً عند المذهب الاجتماعي هي الجماعة ومصلحتها، باعتبار أن خيرها يستتبع خير الفرد ومصلحته، فمركز المذهب الاجتماعي أنه يعتبر كل فرد جزء من الجماعة وليس مجرد إنسان مستقل عن غيره من الأفراد. وبكلمة أخرى المذهب الاجتماعي لا ينظر إلى الفرد - كما يفعل المذهب الفردي - باعتباره مجرد إنسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية، وإنما ينظر إليه كائناً اجتماعياً أي فرداً له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره الاجتماعية من الأفراد أعضاء الجماعة، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القدرة الاقتصادية أو مركزه الاجتماعي والدور الذي يقوم به في الحياة الاجتماعية أو بتعبير آخر ينظر إلى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعي.

فالمذهب الاجتماعي لا يقف عند حد التماثل بين الأفراد من جهة كونهم آدميين، وإنما ينظر إليهم من خلال فروقهم الاجتماعية الواقعة فعلاً فيما بينهم بخلاف المذهب الفردي الذي يقف عند حد تساويهم في الآدمية دون اعتبار لفروقهم الاجتماعية. ويترتب على ذلك أن القانون لا يجوز أن يقف موقفاً سلبياً تاركاً العنان للحرية الفردية بل هو يقوم بفعل إيجابي، فلا يكفي في نظر أصحاب

هذا المذهب أن نقرر أن الأفراد أحرار ومتساوون في حقوقهم وعلاقاتهم حتى نصل إلى التنظيم القانوني المثالي للروابط القانونية، لأن المساواة القانونية لا تعني دائماً المساواة الفعلية لأن الأفراد يختلفون — كما أشرنا — من الناحية الاجتماعية قوة وضعفاً، فهناك الأقوياء كأرباب العمل والضعفاء كالعمال، وهناك شركات الاحتكار وجمهور المستهلكين. لذلك كان من اللازم أن يتدخل القانون لتحقيق المساواة الفعلية دون أن يكتفي بالوقوف عند حد تقرير المساواة القانونية. وهكذا لا تكون وظيفة القانون في المذهب الاجتماعي هي المحافظة على حقوق الفرد، ولا تكون غايته تحقيق سعادة الفرد، وإنما تكون له وظيفة اجتماعية هي توجيه نشاط الفرد وضبط هذا النشاط نحو غاية مشتركة هي الصالح العام للجماعة التي من خلالها وبواسطتها تتحقق مصلحة الفرد. والحرية في نظر هذا المذهب ليست حقاً طبيعياً وإنما هي منحة من الجماعة. والذي يمثل إرادتها ومقدار ما تمنحه للفرد هو القانون. ولذلك فلا يتمتع الفرد من الحرية إلا بالمقدار الذي تمنحه له الجماعة والقانون هو الذي يعبر عن منحتها ومقدارها. والجماعة لا تعطيه من الحرية إلا ذلك القدر الذي يتفق وصالحها المشترك الذي يسعى الجميع إلى تحقيقه، ولهذا فهي توسع في حرية الفرد أو تضيق وفقاً لحاجات الجماعة. فالجماعة في نظر هذا المذهب هي صاحبة الحقوق جميعاً، فإن منحت الفرد بعض الحقوق الخاصة به فهي تحتفظ لنفسها بحق توجيه هذه الحقوق ووضع حدود لها وفقاً لما تضعه من قواعد قانونية لهذا الغرض بل يرى أنصار هذا المذهب أن للدولة الحق في إرغام الأفراد على استعمال حقوقهم، وذلك كله بغية تحقيق الوظيفة الاجتماعية لهذه الحقوق وحتى لا تخرج على المصلحة العامة. ويجب عند أنصار هذا المذهب عدم إطلاق العنان للإرادة الفردية تنشئ ما تشاء من الروابط القانونية وترتب عليها ما تشاء من آثار والتزامات بدعوى أن الإرادة هي صاحبة السلطان، بل على القانون الذي تضعه الجماعة تنظيم جميع الروابط الاجتماعية على نحو يمنع استغلال بعض الأفراد لبعض ولتحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة الفعلية بين الأفراد في المجتمع.

٢٤ - تقدير المذهب الاجتماعي وما يرد عليه

لا ينكر على المذهب الاجتماعي فضله في الكشف عن عيوب المذهب الفردي بكبح جماح (الفردية) المتطرفة التي نادى بها أصحاب المذهب الفردي وما ترتب عليها من طغيان الأقوياء وتحكمهم بالضعفاء، وإهدار المصالح العامة لحساب المصالح الخاصة. ولكن يرد على هذا المذهب تطرفه ومغالاته في تأكيده على رعاية مصالح المجتمع دون اعتبار لمصالح الأفراد المشروعة. فالمذهب الاجتماعي يضحي بالفرد لصالح الجماعة، ويجعله وقفاً على خدمتها ولا يتخرج في سبيل ذلك من إهدار حرية الفرد وتشديد قبضة الدولة على نشاطه، تشديداً لا تقتضيه في كثير من الأحيان مصلحة الجماعة، وبالتالي قد يؤدي ذلك إلى الاستبداد في الحكم وسلب الأفراد ما يجب أن يتمتعوا به من حرية لا تتناقض مع مصلحة الجماعة.

٢٤ - (مكرر أول) الجمع بين المذهبين

تبين لنا مما ذكرناه عن المذهبين الفردي والاجتماعي أنهما متطرفان، الفردي في تأكيده على الفرد وحرية ومصالحته مع إغفال لمصلحة الجماعة، والاجتماعي في تأكيده على الجماعة ومصالحتها مع إغفال لمصلحة الفرد. والفردي في منهجه هذا قد يؤدي إلى تحكم فرد أو أفراد بآخر أو بآخرين لقوته أو لقوتهم الاقتصادية أو لمركزهم الاجتماعي. والمذهب الاجتماعي قد يؤدي الأخذ به إلى تحكم الدولة ويطشها بالأفراد وإهدار حرياتهم ومصالحهم المشروعة بحجة رعاية المصلحة العامة للجماعة. من هنا تنبه بعض المعنيين بدراسة القانون الوضعي إلى ضرورة الأخذ بالمذهبين بمعنى عدم الاقتصار على مذهب واحد بل الأخذ من هذا ومن هذا. ومما يعزز وجهة نظر هؤلاء أن كلاً من المذهبين يبرز حقيقة غير منكورة وبالتالي لا يجوز إغفالها: فالمذهب الفردي يبرز حقيقة وجود الإنسان كفرد له شخصيته الخاصة به وكيانه الذاتي واستقلاله بهذا الكيان وتلك الشخصية وتميزه

بهما عن غيره والمذهب الاجتماعي يبرز حقيقة وجود الإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً يعيش في جماعة ويعتبر عضواً فيها وجزءاً منها ولا كيان له إلا بها. فلا يجوز إغفال هاتين الحقيقتين في الإنسان، ولا بد من ملاحظتها عند وضع القاعدة القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية للأفراد في المجتمع، فنلاحظ في الإنسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها باعتباره جزءاً منها، كما نلاحظ فرديته واستقلاله وحرية. وقصر النظر على الصفة الاجتماعية فيه دون فرديته يصير الإنسان كآلة صغيرة في مكنة ضخمة تسير بسيرها دون عقل ولا إرادة. وقصر النظر على فرديته دون اجتماعيته يؤدي إلى أن الغلبة للقوة وأن سمة المجتمع تصير سمة الغلبة بالنسبة لما فيها من حيوانات ... فكان لزاماً إذا أريد تجنب زلل المذهبين والظفر بخير ما فيهما، النظر إلى ما أبرزه كل مذهب من حقيقة الإنسان والنظر إلى هاتين الحقيقتين عند وضع القاعدة القانونية كما ينظر الإنسان بعينه، وبهذا النظر يمكن تحقيق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية والاجتماعية، وتحقيق مصلحة الفرد دون إهدار مصلحة الجماعة، وتحقيق الخير للجماعة على الوجه الصحيح ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية. أي أن القاعدة القانونية، أو القانون بصورة عامة. يجب أن تكون أو يكون على نحو يحقق للفرد ما يحتاجه باعتباره فرداً ذا شخصية مستقلة وكياناً ذاتياً يتميز بهما عن غيره وذلك عن طريق كفالة حرية وحقوقه، وأن يوفر القانون للجماعة في نفس الوقت ما تحتاجه باعتبارها كياناً اجتماعياً متماسكاً يتضامن فيه الأفراد لتحقيق الصالح العام وهو صالح مشترك بينهم. وبقدر توفيق القانون، بقواعده القانونية المختلفة، تحقيق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وإقامة التوازن بينهما بما لا يهدر إحداهما، تكون صلاحية هذا القانون وقدرته على إقامة العدل والخير للجماعة وأفرادها، وهذا ما حاول الأخذ به القانون المدني المصري المعمول به في ٤٩/٣/١٥ حيث جاء في المذكورة الإيضاحية لمشروع هذا القانون (.. فالمشروع لا يقدر حرية الفرد إلى حد أن يضحي من أجلها بمصلحة الجماعة ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذي تدور عليه الروابط القانونية، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة. ثم

هو بين الفرد والفرد لا يترك القوي يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية. فليس الفرد حراً في أن يتخذ ما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكثف ليتعسف ويتحكم. لذلك يقف المشروع إلى جانب الضعيف فيحميه، كما فعل في عقود الإذعان عندما جعل تفسير ما اشتمل عليه من شروط تعسفية محلاً لتقدير القاضي، وكما فعل في النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضي أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه. . . وهو إلى كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدءاً عاماً ينهي فيه عن (التعسف في استعمال الحق) ثم تستطرد المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري الحالي قائلة: «ويقيد المشروع أخيراً حق الملكية فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لا يجوز أن ينحرف عنها المالك فهو في أول نص يعرف فيه الملكية يقرر أن لمالك الشيء ما دام ملتزماً حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أي تدخل من جانب الغير. . . فالمالك لا يجوز له أن يغلو في استعمال ملكه إلى حد يضر بملك الجار، فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة، بل ومع مصلحة خاصة هي أولى بالحماية فالمشروع يفيد من حق الملكية رعاية للمصالح المشروعة وتحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي» وتختتم المذكرة الإيضاحية كلامها بقولها: «كل هذا دون غلو ولا إسراف، فلا تزال حرية الفرد وسلطان الإرادة وحقوق الدائنين واحترام الملكية محلاً لنصوص كثيرة في المشروع تلمح فيها أثراً ظاهراً للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة. وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادئ مقررّة في العدل الاجتماعي فهو يحمل طابعاً قوياً من حضارة العصر ومدنية الجيل».

٢٤ - (مكرر ثاني)

هذا وإن الاتجاه اليوم في وضع القوانين في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي، أي الأخذ بما يدعو إليه كل من المذهبين، تحقيقاً وحفظاً لمصالح الأفراد الخاصة، ولمصالح الجماعة العامة وكان من آثار هذا

الاتجاه الحديث في الجمع بين المذهبين إن جاءت مواد كثيرة في القانون المدني المصري تعبيراً وتطبيقاً لهذا الاتجاه، وقد أشرنا إلى هذه المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون وذكرنا كثيراً من عباراتها. كما يلاحظ هذا الاتجاه فيما وضعه المشرع المصري في قانون العمل بما أدخله من تنظيم لعقد وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم دون إهدار لمصالح أصحاب العمل المشروعة.

٢٥ - القانون والحق^(١)

قلنا إن القانون ينظم العلاقات الاجتماعية وهذه ناحية واحدة للقانون. أما الناحية الأخرى فإن القانون يخول الفرد الحق في أن يقوم بأعمال معينة في ظل القانون وحمايته كحق الشخص في أن يملك ويستعمل ملكه ويستغله ويتصرف فيه في حماية القانون. فالقانون والحق متلازمان ومتكاملان، فالقاعدة القانونية هي التي تبين الحقوق وتحددها وتحميها، لأن وسيلة القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية إنما تكون عن طريق إقرار حقوق لبعض الأفراد تجاه البعض الآخر وفي حمايته لها.

٢٥ - (مكرر) - تعريف الحق

وقد عرف الحق بأنه قدرة إرادية أو سلطة إرادية لصاحب الحق يستعملها في ظل حماية القانون. فالحق بموجب هذا التعريف: قدرة أو سلطة يعترف بها القانون لإرادة فرد معين أن يعمل عملاً معيناً فحق الملكية مثلاً هو سلطة أو قدرة لصاحب هذا الحق بمقتضاها يستطيع أن يستعمل الشيء موضوع الملكية وأن يستغله ويتصرف فيه.

(١) البدراوي/ المرجع السابق ص ١٢.

وعرفه آخرون، ناظرين إلى موضوع الحق لا إلى شخص صاحبه كما فعل الأولون، فقالوا في تعريف الحق بأنه (مصلحة يحميها القانون) سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية كمصلحة الإنسان في حماية حريته. فالحق بموجب هذا التعريف يتكوّن من عنصرين:

أحدها: موضوعي يتمثل في الغاية العملية التي يحققها الحق لصاحبه، وهذه الغاية إذا نظرنا إليها في ذاتها وجدناها قيمة أو مصلحة مادية أو أدبية لصاحب الحق.

والثانية: والعنصر الثاني للحق هو عنصر شكلي وهو حماية القانون عن طريق الدعوى القضائية يرفعها صاحب الحق ضد من يتعرض له بحقه أو يمنعه منه وبهذين العنصرين يوجد الحق. وعرفه آخرون بأنه هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخوّل القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد أو الاستثثار، التسلّط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر.. فالاستثثار - أو الانفراد - والتسلّط، هما عنصر الحق. أما ناحية الاستثثار في الحق فيقصد بها اختصاص شخص على سبيل الانفراد بشيء أو قيمة ما، فصاحب الحق إذن هو من يستأثر بشيء معين أو بقيمة معينة. وأما عنصر التسلّط، فهو سلطة التصرف بحرية في الشيء محل الحق. وهذا التصرف بحرية في الشيء يخوّل صاحب الحق التصرف فيه مادياً باستعماله أو عدم استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه مادياً بإتلافه أو قانونياً بنقله إلى الغير أو بترتيب حق عليه. إلّا أن هذا التسلّط يختلف في مضمونه ومداه حسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق. فالأشياء المادية تحتل التسلط الكامل والتصرف بكل صوره لأن هذه الأشياء تخضع خضوعاً كاملاً للإنسان فله أن يستعملها بكل صور الاستعمال كما له أن لا يستعملها إذا شاء وله أن يتصرف فيها بأنواع التصرفات القانونية. أما الحقوق اللاصقة بشخص الإنسان كحقه في سلامة جسمه وحقه في الحياة وفي الحرية فالتسلط فيها محدود بحكم طبيعتها، فهي جزء من كيانه قبل أن تكون حقوقاً مملوكة له، ولهذا كان التسلط

أو التصرف فيها مقصوداً على التمتع بها وصيانتها دون النزول عنها أو نقلها إلى الغير أو إعدامها. والتسلط في الحق الذي يكون موضوعه أداء معيناً يقدمه شخص آخر فهو لا يقع على شخص المدين به وإنما يقع على هذا الأداء باعتباره يمثل قيمة مالية معنية، وهذا الحق يخوّل صاحبه المطالبة به أو تحويله أو النزول عنه ولكن هذا الحق لا يخوّل صاحبه التسلط على شخص المدين.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية^(١)

٢٦ - ثلاث خصائص للقاعدة القانونية

وفي ضوء التعريف الذي قدمناه للقانون الوضعي الذي يضعه الإنسان لتنظيم علاقات الأفراد في المجتمع يمكن القول أن للقاعدة القانونية ثلاث خصائص هي:

أولاً: هي قاعدة عامة مجردة.

ثانياً: وهي قاعدة تحكم - أي تنظم - الروابط الاجتماعية.

ثالثاً: وهي تقترن بجزاء مادي توقعه الجهة المختصة في المجتمع على المخالف.

ونتكلم فيما يلي على كل خصيصة في مطلب على حدة.

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور عبد الحي حجازي ص ٢٥ وما بعدها، والبدراري ص ١٢ وما بعده. الشرقاوي ص ١٢ وما بعدها.

المطلب الأول

الخصيصة الأولى للقاعدة القانونية

(هي قاعدة عامة ومجردة)

٢٧ - المقصود بهذه الخصيصة

والمقصود بعموم القاعدة القانونية وتجريدها أنها لا تخص شخصاً أو أشخاصاً معينين بذواتهم ولا واقعة ولا وقائع معينة بذواتها، وإنما هي تذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بخطابها، كما تذكر الشروط التي يجب تحققها في الواقعة أو الوقائع التي تنطبق عليها. فكل شخص توافرت فيه الصفات التي ذكرتها القاعدة، وكل واقعة توافرت فيها الشروط المطلوبة انطبقت هذه القاعدة على هذه الواقعة أو على ذلك الشخص. ولهذا ترد القواعد القانونية في عبارات مجردة لا تشير إلى وقائع محددة بالذات ولا إلى أشخاص محددين بالذات كالقاعدة التي تقضي بأن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) فالحكم القانوني الذي تقضي به هذه القاعدة وهو إلزام المخطيء بالتعويض لم يوجه إلى شخص معين بالذات كما لم يوجه إلى واقعة خطأ بذاتها تسبب عنها ضرر، ولذا تطبق تطبيقاً عاماً أي على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر.

٢٨ - لا يشترط تعلّق القاعدة بكل الناس

ولا يشترط لتحقيق صفة العموم والتجريد تعلّق القاعدة القانونية بجميع الناس

لأنها تخاطب الناس بأوصافهم لا بذواتهم كما قلنا، وعلى هذا يجوز أن تكون القاعدة القانونية تخصّ فئة معينة لتحقيق الأوصاف فيها دون غيرها كفئة الأطباء أو المحامين، وقد تضيق هذه الفئة وقد تتسع، بل أنها قد تضيق حتى أنها لا يدخل في حكمها إلاّ شخص واحد فقط ومع ذلك تبقى قاعدة قانونية ما دام أن المخاطب بهذه القاعدة القانونية لم يتحدد بذاته وإنما تحدد بوصفه، كالقاعدة التي تتعلق برئيس الدولة من جهة شروط اختياره، أو من حيث سلطانه.

٢٩ - ما لا يعتبر قاعدة قانونية لفوات هذه الخصيصة

قلنا أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بذاته ولا تتعلق بواقعة معينة بذاتها، فإن فات هذا الوصف بأن تعلّق ما تصدره الدولة بفرد معيّن بذاته فلا يعتبر قاعدة قانونية كالقرار الإداري الصادر من الجهة المختصة في الدولة بتعيين موظف معين بالذات، وكالعمل التشريعي الصادر بمنح الجنسية إلى شخص معين بذاته، فهذا العمل التشريعي بالرغم من صدوره من السلطة التشريعية كمجلس الشعب لا يعتبر قاعدة قانونية لأنه يخص شخصاً معيناً بالذات. وكذلك الحكم الصادر من القضاء بإلزام شخص معين بعمل معين، هذا الحكم لا يتضمن قاعدة قانونية لأنه يخص شخصاً معيناً بالذات وهو المحكوم عليه.

٣٠ - استمرار تطبيق القاعدة القانونية

والقاعدة القانونية لعمومها وتجريدها لا تنتهي بمجرد تطبيقها لأول مرة بل تبقى بعد هذا التطبيق الأول لها لأن تطبيقها لا يتعلق بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة بالذات، وإنما تطبّق على المعين بالوصف ولهذا تطبّق على عدد غير محدود ولا محصور من الأشخاص والوقائع. وهذا بخلاف الأوامر الإدارية أو القرارات أو الأحكام التي تصدرها الجهات المختصة والمتعلقة بأشخاص معينين بذواتهم فإنها تنتهي بمجرد تطبيقها أو تنفيذها. لأنها بهذا التطبيق أو التنفيذ قد

استنفدت الغرض المقصود منها. واستمرار تطبيق القاعدة القانونية لعمومها وتجريدها إذا لم تغير أو تنسخ، فإذا غيرت أو نسخت لم يعد للقاعدة وجود فلا يمكن تطبيق شيء معدوم.

٣١ - صفة العموم والتطبيق الزماني والمكاني:

وعومية القاعدة القانونية لا تعني أن القاعدة يجب أن توضع لزمان غير محدد، لأن هذا وإن كان الغالب في وضعها إلا أنه يجوز أن توضع لزمان محدد تطبق فيه القوانين الصادرة بإعلان الأحكام العرفية وما يصدر تطبيقاً لها فهي معدة للتطبيق فقط في فترات معينة كفترة الحرب أو في حالات الطوارئ التي يحددها القانون.

وكذلك صفة العمومية لا تستلزم أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق في كل مكان من أنحاء الدولة لظروف خاصة تقتضي اختصاص إقليم معين بقانون معين. وهذا عادة يكون في حالات استثنائية لأن الأصل في وضع القوانين أن تكون عامة في كل إقليم الدولة. والاستثناء حصول الاختصاص والغالب في هذا الاختصاص أنه مؤقت، وهذا ما حصل مثلاً بالنسبة لإقليم (الألزاس) عند ضمه إلى فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، فقد ترك له نظامه القانوني الخاص لفترة من الزمن. بل إن هذه الظاهرة موجودة في الدول الاتحادية كالولايات المتحدة الأميركية حيث احتفظ لكل ولاية بسلطة وضع القوانين في مسائل القانون الخاص.

٣٢ - ما يترتب على خصيصة العموم والتجريد:

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدها استقرار النظام واطراد تطبيق القانون وتحقيق المساواة بين المواطنين أمام القانون لخضوع الجميع إلى أحكام واحدة ما داموا في الحالات التي تطبق فيها هذه الأحكام. وهذا ما يحقق العدالة في المجتمع حيث يكون الأفراد جميعاً متساوين أمام القانون كما قلنا ما داموا في الحالات التي يشترطها القانون للتطبيق. كما أن هذا العموم يجعل جميع الوقائع معروفة نتائجها مقدماً عند جميع المواطنين.

المطلب الثاني

الخصيصة الثانية للقاعدة القانونية أنها تحكم الروابط الاجتماعية

٣٣ - شرح المقصود من هذه الخصيصة

قلنا إن القانون يوجد المجتمع لأنه ضروري له لتنظيم ما ينشأ من علاقات وروابط بين أفرادها. ولكن هذه الروابط أو العلاقات تستلزم وجود مظهر خارجي لسلوك الإنسان أي لأفعاله وتصرفاته ذات العلاقة بغيره حتى يمكن للقانون أن ينظمها.

وهذا السلوك الظاهر ذو العلاقة بين الأفراد هو موضوع الرابطة القانونية. ومعنى ذلك أن نوايا الإنسان وقصوده لا شأن للقانون بها وليست هي محل تنظيمه وإن كان لها علاقة بغيره ما دامت باقية في ضميره لم يظهر لها أثر في الخارج أي ما دامت لم يظهر لها وجود في الخارج بأفعال مادية محسوسة. فمثلاً قصد الإنسان قتل غيره أو تفكيره بذلك لا يجعله مؤاخذاً أمام القانون ما دام هذا القصد لم يظهر أثره في الخارج على شكل أفعال محسوسة تتجه إلى إزهاق روح الغير. فإذا ظهر مقصده في الخارج بفعل محسوس حاسبه القانون على ذلك إذ يعتبره قاتلاً عمداً أو قاتلاً عمداً مع سبق الإصرار. وعلى هذا تبقى النية المجردة وحدها من دون أثر لها في الخارج خارج نطاق القانون وحكمه.

٣٤ - علاقة الإنسان بخالقه^(١)

قلنا إن القاعدة القانونية تعني بتنظيم السلوك الخارجي للإنسان المتعلق

(١) (مكرر) الدكتور عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٦٩ - ٧٠.

بغيره، ولكن هل يعني ذلك أنها لا علاقة لها مطلقاً بعلاقة الإنسان بخالقه لا من قريب ولا من بعيد باعتبار أن مثل هذه العلاقة تحكمها قواعد الدين؟ والجواب، وإن كان الأصل في علاقة الإنسان بخالقه أن قواعد الدين هي التي تحكم هذه العلاقة، ولكن مع هذا تهتم القاعدة القانونية بما يعتبر من الدين، فهي تكفل حرية ممارسة الشعائر الدينية وتحرم الأعمال والمظاهر التي تعتبر اعتداء على الدين. والقانون إذ يفعل ذلك من خلال قواعده يقصد في الوقت ذاته إلى حماية الشعور الديني عند الأفراد، إذ أن الإهانة الموجهة إلى الدين هي في الوقت نفسه إهانة للأفراد الذين يدينون بهذا الدين. وقد يذهب القانون إلى أبعد من ذلك إذ يضع القواعد التي على أساسها تقيم الدولة المؤسسات الدينية وترصد لها الأموال وتسمح للأفراد بالانتساب إليها وبالعامل من خلالها لما تراه الدولة من تأثير هذه المؤسسات الدينية من فوائد اجتماعية.

٣٥ - علاقة القاعدة القانونية بواجب الإنسان نحو نفسه^(١)

وإذا كانت القاعدة القانونية تعني بتنظيم سلوك الإنسان بعلاقته بغيره، فهل يعني ذلك أن لا علاقة لها بواجب الإنسان نحو نفسه، فلا تتدخل القاعدة القانونية بتنظيم هذا الواجب؟ والجواب إن الإنسان باعتباره إنساناً يعيش في المجتمع عليه واجب التضامن مع غيره لتحقيق هدف المجتمع الذي يعيش فيه، كما أن عليه واجب أن لا يضر غيره ضرراً نتيجة إخلاله بواجبه هو نحو نفسه. ومن هنا كان للقاعدة القانونية نوع اختصاص بتحديد واجبات الشخص نحو نفسه التي هي في الوقت نفسه واجبات نحو المجتمع وأفراده، ذلك أن الشخص إذا أخل بواجبه نحو نفسه بأن ألحق بها ضرراً عمداً أو إهمالاً بأن أهدر بعض النعم الكبرى التي أنعم الله بها عليه كنعمة الحياة أو الصحة أو الشرف أو المال، أو إذا امتنع عن وقاية نفسه أو تأمينها من مخاطر الوجود كالمرض، أو إذا أهمل نفسه فلم يكملها من الناحية

(١) الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق.

المادية أو الأدبية أو المهنية فلم يعمل على تنمية ما لديه من مواهب وقيم فإنما يضر في الوقت نفسه بآخرين غيره هم أعضاء الجماعة الخاصة به (الأسرة) أو الجماعة العامة (المجتمع الذي يعيش فيه) أو (الدولة) التي ينتسب إليها وهو من مواطنيها والتي تنقص بنقص أحد أعضائها ويتوقف تقدمها بقدر توقف واحد من أعضائها. ومن هنا كان واجب الشخص نحو نفسه - وهو واجب فردي من حيث موضوعه - واجباً اجتماعياً من حيث آثاره، لذلك وجب أن تتدخل القاعدة القانونية لحماية النظام الاجتماعي: فتحرم على شخص إزهاق روحه (الانتحار) وتمنعه من أن يلحق بجسمه نقصاً دائماً كأن يتلف أحد أعضائه، بل وتحرم عليه القيام بالأعمال المرهقة الضارة بصحته، كما تحرم عليه البغاء وإتلاف المال ولو كان مملوكاً له، وتوجب عليه التعلّم وتحضه على اتباع القواعد الصحية، وتفرض عليه الادخار، بل أنها تحميه من نفسه: من شر تجلبه عليه أو من إهمال في تحصيل خير يعود عليه. والقانون - من خلال القاعدة القانونية - إذ يحمي الفرد على هذا النحو فإنما يحمي المجتمع بأسره ولا يحمي الفرد وحده، ذلك أن الضرر الفردي أياً كان شكله أو سببه يترتب عليه ضرر اجتماعي، وهنا يتدخل القانون - من خلال قواعده القانونية المختلفة - للحماية والإصلاح إذا اقتضى الحال ذلك.

المطلب الثالث

الخصيصة الثالثة للقاعدة القانونية الجزاء^(١)

٣٦ - اقتران القاعدة القانونية بجزاء مادي

يراد بالجزاء الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية. والغرض منه حمل الأفراد على طاعة القانون وعدم مخالفته. فإذا وقعت المخالفة كان في إيقاع الجزاء

(١) البدرائي المرجع السابق ص ١٨ وما بعدها، الدكتور عبد المجيد حجازي ص ٧٢ وما بعدها.

ردع للآخرين ومنع للمخالفين من العود إلى المخالفة، كما يؤدي الجزاء إلى إزالة الآثار المترتبة على سلوك الإنسان المخالف للقانون أو إلى إصلاح هذه الآثار كلما أمكن ذلك.

٣٧ - الجزاء ضروري للقاعدة القانونية

والجزاء ضروري لكي يؤدي القانون وظيفته في إقرار النظام في المجتمع لأنه بدون الجزاء لا يمكن تحقيق هذه الوظيفة، لأنه إذا تركت للفرد حرية الخضوع للقانون دون توقيع الجزاء على مخالفة القانون لا تتحقق الطاعة المرجوة له على نحو يستقر معها النظام في المجتمع، فلا بد إذن من اقتران القاعدة القانونية بجزاء يوقع على المخالف قهراً وجبراً عليه، كما أن الوسيلة التي يتحقق بها القهر والإجبار على طاعة القانون واحترامه هو الجزاء المقترن بالقاعدة القانونية والذي توقعه السلطة المختصة في المجتمع على المخالف، ومن هنا كان الإجبار أو القهر على طاعة القانون بترتيب الجزاء على المخالف عنصراً أساسياً في كل قاعدة قانونية، وخلوها من ذلك يكون من قبيل التناقض، وهي كما يقول اهرنج: (نار لا تحرق ونور لا يضيء) ويقول أوستن: في تعريفه القانون بأنه (تكليف يعززه الجزاء)^(١).

٣٨ - الطاعة الاختيارية للقاعدة القانونية

وبالرغم مما ذكره علماء القانون من ضرورة اقتران القاعدة القانونية بالجزاء لحمل الناس على طاعة القانون خوفاً من العقاب الذي توقعه السلطة المختصة على المخالف مما جعل القول بأن القانون يقوم على القهر والجبر بما يقرره من جزاء على المخالف حتى إن عالم القانون (أوستن) عرف القانون بأنه (تكليف يعززه الجزاء)، أقول بالرغم من ذلك كله، والذي ذكرناه في الفقرة السابقة، استدرك

(١) عبد الحي حجازي ص ٧٢.

الباحثون من علماء القانون الذين قالوا بضرورة الجزاء للقاعدة القانونية فقال بعضهم (ولكن لا يعني ما قلناه أن القواعد القانونية لا تحترم إلاً بالجبر والإكراه، فالالتجاء إلى الجزاء من الأمور الاستثنائية في العمل والغالب أن يكون احترام الأفراد للقاعدة القانونية صادراً عن اختيار ورضا. وكل ما نعينه بقولنا أن القواعد القانونية يجب أن يسندها جزاء مادي هو أن هذا الجزاء يمكن الالتجاء إليه عند الاقتضاء أي في تلك الحالات التي يقع فيها خروج على قواعد القانون. فالمفروض أن القواعد القانونية إنما وضعت لتوافق حاجات المجتمع وتسدها وإنها تعبير عن إرادة الجماعة وصدى لشعورها، وهنا يكمن مصدر قوتها، ولهذا كان الغالب أن تحترم القوانين وأن يخضع لها الأفراد طواعية واختياراً لا قسراً وجبراً والقانون الذي لا يمكن تنفيذه إلاً عن طريق الجبر والإكراه هو قانون فاشل يحمل في طياته أسباب زواله، ومصيره الفناء)^(١).

٣٩ - الطاعة الاختيارية للقانون لا تزال من الأمانى

ومهما قيل من أن القوانين تطاع طوعاً لا كرهاً وإن الغالب فيها هو هذه الطاعة، فإن هذا القول لا يؤيده الواقع، يقول الدكتور عبد الحي حجازي (فالأفراد يتحاشون مخالفة القانون من تلقاء أنفسهم لأسباب خلقية أو لوازع من ضمائرهم. أما القوة التي تكفل مراعاة القانون فهي الحل الأخير الذي لا يلجأ إليه إلاً عند مخالفة القانون والخروج على أحكامه، وهذه ليست الظاهرة العادية في الحياة القانونية) ثم يستدرك الدكتور حجازي على هذا القول الذي نقله عن غيره فيقول: «إلاً أنه لا تجوز المبالغة في ذلك الوازع النفسي عند الأفراد فاحترام الفرد للقانون من تلقاء نفسه وحياً في طاعته لا يعدو أن يكون أمانة محمودة. أما الحقيقة فهي أن إطاعة القانون لا تكون حباً فيه بقدر ما تكون خوفاً منه، فما يكاد يزول الخوف من القانون حتى يزول عنه ما كان له من احترام في نفوس الأفراد. آية ذلك أنه ما يكاد

(١) البدراوي، المرجع السابق ص ١٩.

يزول التنظيم القهري في الجماعة أو يتعطل بسبب كارثة أو حادثة غير عادية حتى تعم الفوضى وينتشر الاضطراب. إن جماعة لا تتكفل القوة بإرساء دعائم القانون والعمل على إعلاء كلمته هي جماعة لا وجود لها في عالمنا الأرضي...» وينقل الدكتور حجازي في هامش كتابه تأييداً لقوله، قول عالم من علماء القانون هو دايان حيث قال: «من الواضح أن الخوف هو من أكثر العوامل فعالية في إطاعة القوانين...» وإن القانون الجنائي كله يقوم على فكرة التخويف من العقوبة. إن القوانين تظهر القوة حتى لا تضطر إلى استعمالها أو على الأقل لكي لا تستعملها إلا باعتبارها الحل الأخير. ويمكن القول إن القانون كان وسيظل دائماً قانون خوف لا قانون حب، ومعنى هذا أن تنفيذه يجب دائماً أن يستند إلى القوة»^(١)

٤٠ - خصائص الجزاء في القاعدة القانونية

ويتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه:

- أ - جزاء حال غير مؤجل يطبق في الحياة الدنيا بمجرد ثبوت وقوع المخالفة وأنه:
- ب - جزاء مادي أو حسي أي أن له مظهراً مادياً خارجياً وليس مجرد جزاء معنوي.
- ج - وإن هذا الجزاء توقعه الدولة عن طريق الجهة المختصة فيها على المخالف للقانون^(٢). ولهذه الميزات للجزاء في القاعدة القانونية، اختلف هذا الجزاء عن الجزاء في قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى كما سنشير إلى ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

٤١ - الجزاء توقعه الدولة لا الأفراد

والجزاء توقعه الدولة على المخالف للقانون ولا يوقعه الأفراد بأنفسهم. نعم كان في الماضي يتولى الأفراد إيقاع الجزاء بأنفسهم ينصرهم في ذلك أسرهم

(١) الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق/ ص ٧٣.

(٢) البدراوي المرجع السابق ص ١٩.

وعشائريهم، ولكن بعد تطوّر بطيء وطويل صار إيقاع الجزاء على المخالف من اختصاص الدولة لا الأفراد. فلا يجوز إيقاع الجزاء من قبل الأفراد ولو كان ذلك بحجة أن هذه القوانين تحمي مصالحهم الخاصة، لأن الجزاء لا يكون فعالاً بحيث يكفل الحد من الخروج على القانون أو الإقلال من خطورة هذا الخروج إلّا إذا توافرت فيه شروط، منها: أن يتحدد لكل قاعدة قانونية جزاؤها الذي يطبق عند مخالفتها، مما يبعث اليقين في النفوس من أن هذا الجزاء يطبق على المخالف ومنها: أن يتحدد مقدار الجزاء المناسب بينه وبين المخالفة للقانون ومنها: أن تتحدد الجهة التي تنفذ القانون وتوقع الجزاء على مخالفه وبهذا يتحدد الحياد في تطبيق القانون. ولا يتحقق شيء من هذه الشروط عند إناطة إيقاع الجزاء إلى الأفراد، فلا يقين في تطبيق الجزاء عندما يكون الفرد الذي يريد تطبيق القانون وإيقاع الجزاء على المخالف أضعف من المخالف للقانون. ولا تتحقق المناسبة ولا المساواة بين المخالفة والجزاء عندما يكون الفرد الذي يطبق القانون أقوى من المخالف إذ قد تحمله قوته على الإسراف في الجزاء. ثم لا حياد عندما يكون المدافع عن القانون هو صاحب مصلحة في هذا الدفاع^(١)

٤٢ - استثناء من حق الدولة في إيقاع الجزاء

ولكن في حالات استثنائية يجيز القانون للفرد أن يحمي نفسه ومصالحه بنفسه ويوقع الجزاء على من يريد مخالفة القانون باعتدائه على مصالحه المشروعة. والمثال الواضح لهذه الحالات حالة الدفاع الشرعي، إذ يجيز القانون للفرد الذي يقع الاعتداء على حياته أو ماله أو أن هذا الاعتداء يوشك أن يقع عليه، أن يتولى الدفاع عن نفسه وماله ودفع اعتداء المعتدي بالقوة اللازمة لرد اعتدائه. وتبرير حق الدفاع الشرعي يكمن في أن السلطة لا تستطيع إنجاده ورد الاعتداء عنه في الوقت المناسب فكان لا بد من تخويل الفرد المعتدى عليه أن يقوم بمهمة الدفاع عن نفسه أو ماله.

(١) الدكتور حجازي المرجع السابق، ص ٧٩ - ٨٠.

٤٣ - أنواع الجزاء

الجزاء في القاعدة القانونية أنواع، منها: الجزاء الجنائي ويترتب على مخالفة قواعد القانون الجنائي ومنها: الجزاءات المدنية وهي التي ينظمها القانون المدني ومنها: الجزاء الإداري الذي يترتب على مخالفة القانون الإداري كفصل الموظف. ولكل نوع من هذه الأنواع صور متعددة، ونذكر فيما يلي بعض صور الجزاء المدني والجزاء الجنائي لأنها أكثر أنواع الجزاء تعلقاً بعموم الناس وأكثر وقوعاً أيضاً بعد أن نبيّن طبيعة كل منهما ووظيفته.

٤٤ - طبيعة الجزاء الجنائي ووظيفته^(١):

وهذا الجزاء يترتب على مخالفة قواعد القانوني الجنائي وهو أشد صور الجزاء، ويرتبه القانون الجنائي على كل من يرتكب فعلاً يمنعه هذا القانون، ويسمي القانون المخالفة له: (جريمة) والجزاء المترتب عليها (عقوبة) والجريمة تعتبر في تصور القوانين الجنائية اعتداء على النظام الاجتماعي ولو كانت في نفس الوقت اعتداء على حق خاص. ولهذا فإن العقوبة المقررة للجريمة تعتبر حقاً للمجتمع وليست حقاً للمجنى عليه حتى في تلك الحالات التي تكون الجريمة في صورة اعتداء على الشخص وماله. وللعقوبة وظيفتان هما المنع والزجر معاً. فالخوف من العقوبة يمنع غالباً من ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكبها الشخص وعوقب عليها زجرته عن العودة إليها وزجرت غيره من ارتكابها لئلا يصيب الغير ما أصابه. والغالب في الجرائم أنها اعتداء على النظام الاجتماعي وعلى حق خاص للأفراد كجريمة القتل والسرقة ولذلك يتولد عنها جزاء جنائي وجزاء مدني. والجزاء الجنائي يعتبر رد فعل من قبل المجتمع يوقعه على من خرج على نظامه بارتكابه الجريمة، والذي يملك توجيه الدعوى على مرتكب الجريمة لتوقيع العقاب عليه هو

(١) البدرابي/ المرجع السابق ص ٢١ - ٢٣.

من يمثل المجتمع أي تلك الهيئة التي تسمى (النيابة العامة) وتسمى الدعوى في هذه الحالة بالدعوى العامة أو العمومية أو الجنائية والقضاء المختص بها هو القضاء الجنائي. أما الجزاء المدني المترتب على الجريمة فهو الذي يقصد به إصلاح الآثار الضارة التي سببتها الجريمة، وتعويض المضرور - المجنى عليه - عما أصابه من ضرر بسببها، فهو يتوجه إلى القضاء المدني لتوقيع الجزاء المدني على الجاني، وتسمى الدعوى (بالدعوى المدنية) لأن أساسها حق خاص أو (حق مدني) ويختص بنظرها القضاء المدني أي المحكمة المدنية. وله أن يتقدم إلى القضاء الجنائي بدعواه المدنية. أو ينتظر صدور الحكم الجنائي ثم يرفع دعواه المدنية بالتعويض إلى المحكمة المدنية.

٤٥ - صور الجزاء الجنائي

صور مختلفة، فهناك العقوبات البدنية وهي الإعدام. والعقوبات المقيدة للحرية وهي السجن والحبس مع الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الحبس بدونهما. والعقوبات المالية وهي الغرامات وهذه تؤول إلى خزينة الدولة. وهناك العقوبات التبعية كالحرمان من الحقوق السياسية والمصادرة وتحديد الإقامة^(١).

٤٦ - طبيعة الجزاء المدني ووظيفته^(٢):

الجزاء المدني، هو ما يقرره القانون على من يخرج على حكمه المتعلق بحماية حقوق الأفراد فالأساس الذي يقوم عليه الجزاء المدني هو حماية حق خاص للفرد، فوظيفته هي هذه الحماية التي يراد بها جبر آثار الاعتداء على هذا الحق الخاص أو إزالة آثار هذا الاعتداء بالكلية وإرجاع الأمر كما كان عليه قبل الاعتداء. ومن صور هذا الجزاء ما يأتي:

(١) دكتور حجازي/ المرجع السابق/ ص ٧٨.

(٢) البدراري، المرجع السابق، ص ٢٢.

٤٧ - صور الجزاء المدني^(١):

أولاً: الجزاء المباشر ويقصد به إجبار الشخص المعتدي على القيام بما لم يقم به مختاراً كالحكم على من يحوز مال الغير بغير وجه حق برده إلى مالكه. والحكم بتسليم طفل لمن له الحق في حضنته شرعاً. ومن ذلك أيضاً التنفيذ الجبري على أموال المدين بمبلغ من النقود لكي يستوفي الدائن حقه من حصيلة بيعها.

ثانياً: إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة، ويتم ذلك بإزالة المخالفة إزالة مادية كهدم بناء بني في أرض مملوكة للغير بدون إذن صاحبها. وقد تكون إزالة المخالفة بعدم الاعتداد بالتصرف الذي وقع مخالفاً للقانون وهو ما يسمى (بالبطلان) أي عدم الاعتراف بأي أثر للتصرف الذي وقع مخالفاً للقانون. فمثلاً يشترط القانون لنقل ملكية العقار أن يكون هذا النقل أمام موظف السجل العقاري وتسجيل الإيجاب والقبول في السجل الخاص به وبحضوره. فإذا وقع هذا النقل خارج حدود هذه الشكلية لم يعتد به القانون أي لا يعترف بانتقال ملكية العقار.

ثالثاً: الفسخ: هو ومن الجزاءات المدنية التي يقصد منها إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل نشوء التصرف، ففي عقد البيع مثلاً إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع كان للمشتري حق فسخ العقد وكذلك إذا لم يدفع المشتري الثمن فللبائع حق فسخ العقد.

رابعاً: التعويض، وهو في الغالب مبلغ من النقود يدفعه شخص أحدث ضرراً بالغير مخالفاً بذلك القانون. وقد يكون هذا التعويض هو الجزاء المباشر الأصلي كالتعويض الذي يلزم به صاحب سيارة عن إصابة تسبب فيها للغير في شخصه أو ماله. وقد يكون التعويض بديلاً عن الجزاء الأصلي الذي أصبح مستحيلاً أو

(١) حسن كيرة، المرجع السابق/ ص ٤٠، البدراوي ص ٢٤ - ٢٥.

متعذراً، كما لو تعهد خطاط بأن يكتب عدة عبارات ثم رفض تنفيذ ذلك أو تعاقد مريض مع طبيب على إجراء عملية جراحية ثم رفض إجرائها في وقتها المناسب المعين لها. فلا يمكن إجبار المتعهد بإجراء ما تعهد به وإنما يمكن الحكم عليه بالتعويض إذا ثبت لحق ضرر بالمتعهد له من جراء رفضه تنفيذ ما تعهد القيام به.

خامساً: الجزاء التكميلي أو المكمل: وهو الذي يكمل الجزاء الأصلي كالحكم الصادر على شخص برد الدار التي غصبها (وهذا جزاء أصلي) كما يحكم عليه بالتعويض عن الفوائد التي فاتت صاحب الدار من داره مدة غصبها، وهذا هو الجزاء التكميلي أو الجزء المكمل. وكالمتعاقد لا ينفذ ما التزم به في العقد فيطالبه الطرف الآخر بالفسخ - وهذا هو الجزاء الأصلي - كما يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الفسخ وهذا هو الجزاء المكمل.

المبحث الثالث

تميز القواعد القانونية

عن غيرها من القواعد الطبيعية والاجتماعية^(١)

٤٨ - القواعد الطبيعية والقواعد القانونية

نريد بالقواعد الطبيعية، القواعد الثابتة المطردة المستمرة التي تحكم الظواهر الطبيعية المختلفة أي التي تفسر لنا ما يحدث في الكون من ظواهر طبيعية. وهذه القواعد الطبيعية تقوم على مبدأ السببية والحتمية وتكشف لنا ما هو واقع فعلاً في مختلف مظاهر هذا الكون وأحداثه ومنها حياة الإنسان من حيث كيفية نشأته إلى حين وفاته، ومنها ما يخص النبات في نموه واندثاره، ومنها ما يخص النجوم. وهذه القواعد الطبيعية تكوّن (القوانين الطبيعية) مثل قانون الجاذبية الأرضية، وقانون غليان الماء، فقانون الجاذبية مثل قانون الجاذبية الأرضية وقانون غليان الماء فقانون الجاذبية مثلاً يبين لنا حقيقة ثابتة وواقعة متكررة وهي سقوط الأجسام إلى الأرض إذا أُلقيت في الفضاء بسبب جاذبية الأرض، وإن الماء إذا سخن إلى درجة حرارة معينة يصل إلى حد الغليان، وهكذا فالقوانين الطبيعية تكشف لنا عن وجود قواعد ثابتة مقررة لما هو واقع فعلاً، ولذلك يسميها البعض بأنها (قواعد تقريرية) أي قواعد مقررة للواقع كما هو، بمقتضاها تتحقق مظاهر معينة إذا توافرت

(١) حجازي، المرجع السابق، ص ١٠٨ - ١٢١، حسن كيرة، المرجع السابق ص ٢٧ - ٣٤. البدرابي/ المرجع السابق ص ٤٣ - ٥٠، الشرقاوي/ المرجع السابق ص ٢٨ - ٣٦ المبادئ القانونية العامة للدكتور أنور سلطان ص ٢٦ - ٣٢.

أسبابها ومقدماتها. فهذه القوانين - وهذا هو عملها - لا تضع لنا قواعد لما ينبغي أن يوجد أو يكون من مظاهر بل تكشف لنا ما هو كائن وما سيكون فعلاً إذا توافرت أسبابه ومقدماته وعلى هذا الأساس يقال لهذه القواعد أو القوانين الطبيعية أنها خاضعة للواقع وليس الواقع خاضعاً لها. وهذا بخلاف القواعد القانونية بالخصائص التي ذكرناها والتي تكون القانون الذي هو محل دراستنا، فهي قواعد توضع لتنظيم سلوك الأفراد، أي أنها توضع لما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع لا أنها توضع لتقرير ما عليه سلوك الأفراد فعلاً. ولهذا فهذه القواعد القانونية تبين ما يجب على الأفراد أن يفعلوه وما يجب عليهم أن لا يفعلوه ليكون سلوكهم كما ينبغي أن يكون عليه أي كما يريده القانون. ولذا جاز أن يقال أن الواقع هنا - أي سلوك الأفراد - هو الذي يخضع للقواعد القانونية التي تنظمه، وعلى هذا السلوك أن يساير هذه القواعد القانونية، وليست هذه القواعد هي التي تخضع لهذا الواقع - واقع سلوك الأفراد في المجتمع.

٤٩ - القواعد القانونية والقواعد الدينية

في الدين وفي الشريعة الإسلامية على وجه الخصوص، ثلاثة أنواع من الأحكام:

النوع الأول: أحكام تتعلق بالعقيدة أي ما يجب اعتقاده بالله ورسوله واليوم الآخر وما فيه من ثواب وعقاب. وهذا محل دراستها علم العقائد أو علم التوحيد.

النوع الثاني: أحكام تتعلق بالأخلاق وما يجب أن يتحلى بها الإنسان من الفضائل وما يجب أن يتخلى عنه من الرذائل، وهذه تدرس في علم الأخلاق وفي علم ما يسمى بالتصوّف.

النوع الثالث: أحكام تتعلق بأفعال الأفراد وتنظيم روابطهم فيما بينهم سواء منها العائلية - علاقات الأسرة - أو المالية، وهذه هي أحكام المعاملات.

ومن هنا يظهر بوضوح أن أحكام الدين وقواعده أوسع نطاقاً من القواعد

القانونية الوضعية، فقواعد الدين وأحكامه تتناول أحكام الحياة الدنيا والحياة الأخرى، أما القوانين الوضعية فهي لا تعنى إلاً بالأحكام الدنيوية فقط، ثم أن القواعد أو الأحكام من النوع الثالث، أي أحكام المعاملات وإن كانت قواعد ما يصح اعتبارها صورة من صور القواعد الدنيوية إلاً أن بينها وبين القواعد القانونية فرقاً من حيث الجزاء، فالقواعد القانونية الوضعية لها جزاء دنيوي فقط بينما القواعد القانونية الدينية تتضمن الجزئين: الدنيوي والأخروي.

٥٠ - القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية

يرى علماء القانون، على الرأي الشائع والسائد عندهم التمييز بين القانون والأخلاق، فهما - في نظرهم - يختلفان من حيث الغاية والنطاق والجزاء فمن حيث (الغاية) أي الغرض الذي يقصده كل منهما، يرى هؤلاء أن غرض القانون أو الغاية إلى قصدها هي إقرار النظام في المجتمع وحفظه. أما الأخلاق فغايتها مثالية تريد إيصال الفرد إلى الكمال المقدور للإنسان، فهي تحضه على فعل الخير وتنأى به عن الشر وتحثه على التحلي بالفضائل والتخلي عن الرذائل وهذا شأن القاعدة الأخلاقية. ومن حيث (نطاق) كل منهما: يلاحظ أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون، فالأول - أي الأخلاق - يدخل في دائرته واجب الإنسان نحو نفسه، وهذه هي الأخلاق الشخصية أو الفردية، ثم واجبه نحو الغير وهذه هي الأخلاق الاجتماعية. ثم إن الأخلاق تعنى بالنوايا والقصود ولا تكتفي في الحكم على أعمال الأفراد بناء على ظاهر سلوكهم. أما دائرة القانون فهي لا تشمل إلاً على علاقات الإنسان مع غيره من الأفراد دون أن تهتم كثيراً بواجبه نحو نفسه. كما أن القانون لا ينظر إلاً إلى أعمال الفرد الظاهرة وليس له شأن كبير بما استقر في نيته وداخله، وإذا اعتنى القانون بالنية فإنما يعتني بها إذا ظهرت في الخارج بما اقترن بها من سلوك ظاهر محسوس. بل إن القانون قد يعنى بطائفة من العلاقات والتنظيمات التي لا علاقة لها بالأخلاق كتشريعات الضرائب وقواعد المرور. وفضلاً عن ذلك كله فإن القانون قد لا يعبأ بالأخلاق ولا يلتفت إليها في بعض ما

يضعه من قواعد قانونية مثل إقراره فقدان الدائن سلطته على مقاضاة المدين إذا مضى على الدين خمس عشر سنة من تاريخ استحقاقه مع أن القواعد الخلقية تقضي بأن الدين لا يسقط إلاً بالوفاء أو بالإبراء، وأما من ناحية (الجزاء) فجزاء القواعد الأخلاقية عند الإخلال بها أو الخروج عليها هو تأنيب الضمير أو استنكار الناس. أما جزاء القواعد القانونية فهو جزاء مادي توقعه الدولة بالقوة عند الاقتضاء بما لها من سلطان. وهذا أهم ما يميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق.

٥١ - التقريب بين الأخلاق والقانون

إلاً أن بعض المعنيين بالقانون حديثاً يحاولون التقريب بين الأخلاق والقانون ويرون عدم المغالاة في إظهار أو ادعاء الفروق بهذا القدر بينهما. ويقولون أن للقانون أساساً خلقياً لا يجوز إغفاله وهذا ما يقرب بينهما، ويدللون على ما يقولون بالآتي:

أولاً: من حيث نطاق كل من الأخلاق والقانون: من الخطأ القول بأن القانون لا يهتم بالمقاصد والنوايا، فنظرية (التعسف في استعمال الحق) قامت على أساس ملاحظة النوايا والقصود كالذي يبنى في داره جداراً لا يقصد من ورائه إلاً حجب الضياء والشمس عن جاره إضراراً به. ومثاله أيضاً بطلان الاتفاقات والعقود المخالفة للأخلاق والآداب، كاستئجار دار للدعارة، أو الاتفاق مع شخص على ارتكاب جريمة لقاء أجر، أو الاتفاق على عمل الفاحشة مع امرأة لقاء مبلغ من المال.

ثانياً: ويقول أصحاب التقريب أنه لا يوجد تعارض بين الأخلاق والقانون من حيث المبدأ، ولكي يوجد هذا التعارض بينهما لا بد من افتراض أن القانون يأمر بما ينافي الأخلاق ويتعارض معها، وهذا ما لا يجوز أن يقع أبداً لأن القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية يقصد بها الخير العام. ولهذا نجد أن القاعدة القانونية هي في الأصل قاعدة خلقية اكتسبت جزاءً مادياً توقعه الدولة عندما رأى المجتمع أن احترام هذه القاعدة قد أصبح ضرورياً لحفظ النظام الاجتماعي فالجرائم التي

يعاقب عليها القانون هي في واقع الأمر أفعال تنهى عنها الأخلاق أيضاً وقاعدة مسؤولية الفرد عن تعويض الأضرار التي يحدثها بالغير هي قاعدة قانونية ذات أساس أخلاقي وقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي تطبيق للقاعدة الخلقية التي تقضي بالوفاء بالعهد. وعلى هذا فيمكن القول بأن معظم القواعد القانونية هي قواعد قانونية وخلقية في وقت واحد. ولذلك إذا سقط الدين عن المدين لمرور خمس عشرة سنة من استحقاقه بطلب من المدين من القاضي إلا أن ذمته تبقى مشغولة بالدين أخلاقياً، ولهذا إذا أوفى المدين الدين من تلقاء نفسه بعد سقوطه قضاء لم يعتبر متبرعاً بهذا الوفاء وبالتالي لا يستطيع استرداده.

٥٢ - القول الراجح في علاقة الأخلاق بالقانون

ومهما يكن من محاولة الفصل بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق أو التقريب بينهما، فإنه يلاحظ ما يأتي عند المقارنة بينهما وتلمس أوجه الشبه والاختلاف فيما بينهما ومدى إمكان التقريب فيما بينهما.

أولاً: هناك اختلاف في النطاق بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق، فهناك واجبات أخلاقية على الإنسان نحو نفسه لا شأن للقانون بها. ومن ناحية أخرى فإن القانون لا يهتم بما يضمنه الإنسان من شعور نحو غيره ما لم يظهره في الخارج بأعمال ظاهرة بينما تهتم الأخلاق بذلك. كما أن الجزاء في القواعد الأخلاقية استنكار الناس وتأنيب الضمير بين الجزاء في القواعد القانونية وجزاء مادي محسوس توقعه الدول بالقوة عند الاقتضاء.

ثانياً: هناك تلاقي وتشابه بين بعض مفردات دائرة القانون وبين بعض مفردات دائرة الأخلاق كما رأينا. كما أن هناك بعض الأمور ينظمها القانون ولا شأن للأخلاق بها كقواعد المرور مثلاً كما أن هناك بعض الأمور يسمح بها القانون مع خروجها على الأخلاق كالفائدة - الربا - وكالتقادم المسقط للدين والتقادم المكسب للحق - كالحيازة لمال الغير مدة معينة دون اعتراض.

ثالثاً: لا شك أن القانون يستلهم في تطوره مبادئ الأخلاق، وكلما سمي البشر أخلاقياً كلما ضاقت الشقة بين القانون والأخلاق أي بكلمة أخرى تحولت القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية.

رابعاً: إن القانون يبطل الاتفاقات المخالفة للقانون، ومن أمثلة ذلك أن المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري تنصّ على أنه (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) ومن أمثلة ذلك الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة فهو باطل لمخالفته للآداب.

خامساً: وإذا كان صحيحاً أن يقال أنه يجب أن لا يتعارض القانون مع الأخلاق إلّا أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن قانوناً لا يطابق الأخلاق لا يعد قانوناً، فضرورة مطابقة القانون للأخلاق ليست ضرورة قانونية بل ضرورة أخلاقية، واختلاف القانون عن الأخلاق لا يجرد القاعدة القانونية من صفتها القانونية، وهذا يدل على أن الأخلاق والقانون ليسا شيئاً واحداً وإنهما وإن تداخلتا فيما بينهما في علاقات كثيرة ومتعددة فإنه لا يزال كل منهما مع ذلك محتفظاً بذاتيته الخاصة.

٥٣ - القاعدة القانونية وقواعد المجاملات

تعتبر قواعد المجاملات أو العادات والتقاليد من القواعد التي تسهم في تنظيم سلوك الأفراد وروابطهم في المجتمع، وقواعد المجاملات لها شبه بالقواعد القانونية من حيث أنها تنظم المسلك الخارجي للأفراد، ومن أمثلتها ما تقضي به العادات والتقاليد من الظهور بمظهر معين أو القيام بأعمال معينة في بعض المناسبات كالتيحية عند التلاقي، والعزاء في المأتم، والزيارات في المناسبات، والتهنئة في الأفراح وتبادل الهدايا في المناسبات كالأعياد وعند قدوم مولود جديد، إلّا أن قواعد المجاملات وإن تراعى في نطاقها إلّا أن المجتمع لم يعتبرها بعد جوهرية ولذلك لم يحطها بجزاء مادي توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء ولذا كان الجزاء فيها لمن يخرج عليها استهجان الناس واستنكارهم وهذا ما يدفع الأفراد إلى احترامها ولذا فهي تقترب من قواعد الأخلاق بقدر ما تبتعد عن القواعد القانونية.

المبحث الرابع

القواعد القانونية الآمرة والمكملة^(١)

٥٤ - التعريف بهذه القواعد

يقسم علماء القانون الوضعي القواعد القانونية بالنظر إلى قوة الالتزام فيها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة أو مفسرة.

والقواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها أو استبعاد حكمها فيما يتعلق به. فهي قاعدة مطلقة التطبيق وواجبة التطبيق، وتنعدم أمامها حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يمسها من تعديل أو تغيير أو إبعاد. فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل مثلاً قاعدة آمرة بمعنى أنه لا يجوز لأي أحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو استبعاد حكمها بحال من الأحوال.

أما القاعدة المكملة أو كما يسميها البعض (المفسرة) فهي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها وبالتالي استبعاده عن الواقعة التي يتعلق بها حكم هذه القاعدة، فهي لا تطبق إذا اتفق الطرفان على استبعاد حكمها باتفاقهما على عكس هذا الحكم. وتطبق إذا سكت أطراف العلاقة القانونية ولم يتفقوا على ما يخالفها. فالقاعدة القانونية التي تقضي بأن يكون الثمن مستحق الأداء في مكان ووقت تسليم المبيع، هي قاعدة مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر لأداء الثمن.

٥٥ - أساس هذا التقسيم

وأساس تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وأخرى مكملة هو مدى تمتع

(١) حسن كيرة، المرجع السابق ص ٤٢ - ٥٥، أنور سلطان، المرجع السابق ص ٥١ - ٦٤، حجازي المرجع السابق ص ١٥٦، الشرفاوي، المرجع السابق ص ٦٣ - ٧٦.

الأفراد بالحرية في تنظيم علاقاتهم أو بكلمة أخرى أساس التقسيم هو مدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القاعدة القانونية فإذا كانت منعدمة فالقاعدة آمرة بمعنى أن إلزام هذه القواعد لهم هو إلزام بات مطلق لا يملكون الخروج على أحكام هذه القواعد بإرادتهم أو باتفاق يعقدونه فيما بينهم. وإذا كان للإرادة سلطان إزاء القاعدة القانونية على نحو يمكنها من مخالفة أحكام هذه القاعدة، فالقاعدة مكملة وليست آمرة. والذي دعا إلى هذا التنوع في القواعد القانونية وبنائه على مدى تمتع الإرادة بسلطان إزاء القواعد القانونية هو أن النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر، فكلما كانت العلاقة الاجتماعية ذات علاقة شديدة بنظام المجتمع ومقوماته وأساسه كلما كان تنظيم هذه العلاقة من قبل القانون نفسه دون سماح لإرادة الأفراد أن تغير ما قضى به القانون، وكلما كانت العلاقة لا تمس كيان المجتمع ومقومات نظامه وإنما تتعلق بصميم المصالح الشخصية للأفراد، كان للأفراد حرية الخروج على تنظيم القاعدة القانونية والاستعاضة عن أحكامها بما يتفقون عليه. فإذا سكتوا عن ذلك كانت القاعدة القانونية هي التي تحكم علاقاتهم القانونية.

٥٦ - القاعدة المكملة ملزمة كالآمرة

وقد يبدو لأول وهلة أن الإلزام معدوم في القاعدة المكملة موجود فقط بالآمرة وبالتالي ستفقد القاعدة المكملة صفتها القانونية لانعدام صفة الإلزام وبالتالي انعدام الجزاء فيها. والحقيقة أن هذا النظر قاصر لأن القاعدة المكملة فيها عنصر الإلزام كالآمرة وما يبدو من تعارض ظاهري بين ما ندعيه من إلزام فيها وبين حرية الأفراد في مخالفتها هو تعارض ظاهري، فالقاعدة القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة للتطبيق، وبين هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملة أن لا يتفق أطراف العلاقة على استبعاد حكمها، بمعنى أن الشرط في تطبيق القاعدة المكملة عدم اتفاق أصحاب العلاقة على ما يخالف هذه القاعدة القانونية المكملة التي تتعلق بموضوع علاقاتهم، فإذا تحقق الشرط - وهو عدم اتفاقهم على مخالفتها - أصبحت واجبة التطبيق.

٥٧ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة

وإذا كان القانون يحتوي على النوعين من القواعد: الآمرة والمكملة، فمن الضروري أن يعرف المعني بدراسة القانون أو تطبيقه (القاضي) معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد. حتى يتبين مصير الاتفاقات المخالفة للقاعدة القانونية من جهة قبولها وإبطالها، لأن قبولها يعتمد على أنها في مواجهة قاعدة مكملة وليست أمرة، وبطلانها يعتمد على أنها في مواجهة قاعدة أمرة، فما هو معيار التفرقة بينهما؟ والجواب هناك المعيار (اللفظي) - أي صياغة القاعدة القانونية، أو صياغة النص. وهناك معيار مضمون القاعدة أو معيار (النظام العام والآداب).

٥٨ - المعيار اللفظي - صياغة القاعدة القانونية

والمقصود بهذا المعيار، صياغة نص القاعدة القانونية بطريقة صريحة وقاطعة في الدلالة على طبيعة هذه القاعدة وهي كونها قاعدة أمرة، كما لو ورد في نص القاعدة القانونية أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، أو على بطلان كل اتفاق يخالف حكمها. وقد يرد في نص القاعدة القانونية ما يفيد جواز الاتفاق على ما يخالفها، أو أن حكمها لا يطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق على خلافه، فتكون القاعدة في هذه الحالة قاعدة مكملة.

٥٩ - أمثلة على المعيار اللفظي

أولاً - أمثلة على القواعد الآمرة.

أ - جاء في المادة ٤٩ من القانون المدني المصري (ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية).

ب - وفي المادة ٤٨ من القانون المدني المصري (ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها).

ج - نص المادة ٦٠٩ من القانون المدني المصري وهي تقضي بأنه (يجوز

للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ويعتبر باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) أي كل اتفاق على حرمان الموظف من هذا الحق.

ثانياً: أمثلة للقواعد المكملة:

أ - جاء في المادة ٤٥٦ من القانون المدني المصري (يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

ب - وجاء في المادة ٤٦٢ من القانون المدني المصري من أن (نفقات عقد البيع ورسوم (الدمغة) والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

ج - نصت المادة ٧١٠ من القانون المدني اليمني على أن (يضمن المؤجر للمستأجر سلامة العين المؤجرة من أي عيب يحول دون الانتفاع بها أو ينقص من هذا الانتفاع انتقاصاً كبيراً ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك).

د - نصت المادة ٧٢٧ من القانون المدني اليمني على أن (يدفع الإيجار مشاهرة ومقدماً ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك).

٦٠ - معيار النظام العام والآداب

وإذا لم تف صياغة القاعدة القانونية بالتعريف بالقاعدة القانونية من جهة كونها آمرة أو مكملة، فيتعين في هذه الحالة الرجوع إلى مضمونها والاسترشاد بمعناها، فإذا تعلق هذا المضمون بالنظام الأساسي للمجتمع ومقوماته، أي إذا تعلق بالنظام العام والآداب كانت القاعدة القانونية آمرة، أما إذا تبين أن هذا المضمون ينصرف إلى تنظيم مصالح خاصة للأفراد لا تتصل بكيان المجتمع ولا نظامه الأساسي كانت القاعدة مكملة.

٦١ - تعريف النظام العام والآداب

لم يختلف الشراح - شراح القانون الوضعي - في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام والآداب لأن النظام العام فكرة مرنة ومفهومها يختلف من مجتمع لآخر بل ويختلف في المجتمع الواحد من زمن إلى زمن، ويتحدد مفهومه في ضوء ما هو قائم في المجتمع من نظام سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي وفي ضوء الفلسفة ونوع الأفكار السائدة فيه. ومن أجل ذلك كله كان من الصعب إعطاء تعريف جامع مانع للنظام العام. إن خير ما يقال فيه إن النظام العام قوام فكرته المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية. ولما كانت هذه المصلحة قابلة للتغيير من مجتمع إلى مجتمع ومن زمن إلى زمن وفي نفس الدولة فإن فكرة النظام العام تبعاً لها تكون فكرة متغيرة أو نسبية ينظر إليها في مجتمع معين وزمن معين. فتعدد الزوجات على سبيل المثال لا يعتبر مخالفاً للنظام العام في مصر أو في اليمن لأنهما من البلاد الإسلامية بينما يعتبر مخالفاً للنظام العام في فرنسا وإنجلترا لأنهما من البلاد المسيحية.

٦٢ - تعريف الآداب

والآداب كالنظام العام يصعب إعطاء معنى دقيق لها أو تعريفها بتعريف جامع مانع، ففكرتها أو مفهومها يستعصي على التعريف الدقيق المحدد المضبوط. ومع ذلك يمكن أن يقال إن قوام فكرة الآداب أو مفهومها هو الرأي العام وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يثيرها الدين والعرف والتقاليد بالنسبة لما يطلق عليه اسم (الآداب). وهذا يعني أن فكرة الآداب أو مفهومها مثل فكرة النظام العام أي أنها فكرة متغيرة ونسبية تختلف باختلاف الأزمنة وباختلاف المجتمعات إلا أنها على كل حال تتعلق بالأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال. ومن الأمثلة الواضحة على مخالفة قواعد الآداب للاتفاقات الخاصة بإدارة أو إيجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة، والاتفاقات الخاصة بإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام هذه العلاقات.

٦٣ - ما يساعد على التعرف على طبيعة القاعدة القانونية

ومما يساعد على التعرف على طبيعة القاعدة القانونية وهل هي قاعدة أمرة أو مكملة أن نعرف إلى أي فرع من فروع القانون تنتمي هذه القاعدة، وأن نعرف مدى صلة الموضوع الذي ينظمه كل فرع منها بالنظام العام وفي ضوء هذا المنهج يظهر لنا ما يأتي^(١):

أولاً: قواعد القانون العام: وهذه القواعد تكون الدولة باعتبارها صاحبة السلطان طرفاً في العلاقة التي تنظمها. وقواعد هذا القانون بمختلف فروعه تتعلق كلها تقريباً بالنظام العام وبالتالي تكون قواعده قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها إذ لا سلطان لإرادة الأفراد إزاءها. ففي نطاق القانون الدستوري - وهو من فروع القانون العام - لا يجوز أي اتفاق يخالف أحكام الدستور، فلا تستطيع مثلاً سلطة أن تنزل لسلطة أخرى عن اختصاصاتها، ولا يستطيع فرد أن ينزل أو يتفق مع الغير على التنازل عن حريته التي يكفلها الدستور للأفراد، أو ينزل عن حقه في الانتخاب. وكذا الحال بالنسبة لقواعد القانون الإداري - وهو من فروع القانون العام وينظم علاقة الموظف بالدولة - فلا يجوز للموظف أن يتفق مع الرئيس الإداري على تأخير ترقية أو على حرمانه من إجازاته التي يكفلها له القانون الإداري - وبالنسبة لقواعد القانون الجنائي وهو أيضاً من فروع القانون العام - تعتبر قواعده كلها قواعد أمرة تنعدم إزاءها حرية الأفراد إذ لا يملكون إلا طاعتها وعدم مخالفتها. فالقتل يبقى محظوراً وكل اتفاق بين المجنى عليه وبين قاتله يعتبر باطلاً فلا يعني هذا الاتفاق القاتل من العقوبة. كما لا يمكن الاتفاق على إيقاع العقاب على غير مرتكب الجريمة.

ثانياً: قواعد القانون الخاص: وهذه القواعد تنظم علاقات الأفراد العائلية

(١) سنبين فيما بعد فروع القانون إن شاء الله تعالى.

والمالية وقواعد الأسرة، أي القواعد التي تنظم العلاقات العائلية، هذه القواعد تعتبر كلها قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فلا يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الزواج أو الطلاق أو النسب أو الميراث كما لا يجوز الاتفاق على تعديل ما بين الزوجين - من حقوق وواجبات كحق الزوج على زوجته في طاعته وحق الزوجة على زوجها من نفقة. وكذا حق النفقة بين الأصول والفروع مثلاً فلا يجوز لمن له حق النفقة على غيره التنازل عن هذا الحق وإن كان يجوز له التنازل عما تجمع له من هذه النفقة. وفي المعاملات المالية نجد فيها قواعد أمرة وأخرى مكملة، وإن كان أغلبها قواعد مكملة، ومن القواعد الأمرة في نطاق المعاملات المالية القواعد المتعلقة بحرية تداول المال والتي على أساسها قرر القانون عدم جواز الاتفاق على البقاء في حالة الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات كما جاء في المادة (٨٣٤) من القانون المدني المصري وقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الأمرة وبالتالي لا يجوز الاتفاق على اعتبار القاصر بالغاً لتصح معاملاته المالية وهذا ما نصت عليه المادة ٤٨ من القانون المدني المصري بقولها: «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها» وقواعد القانون التجاري أكثر قواعده مكملة وإن لم يخل من قواعد أمرة.

٦٤ - سلطة القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والآداب

وإذا كانت كل من فكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة فإن هذه المرونة تعطي للقاضي سلطة واسعة في تحديد مفهوم ومضمون كل منهما. إلا أن القاضي لا يستطيع أن يجعل آراءه الشخصية محل آراء المجتمع في تحريه عن مضمون النظام العام والآداب، لأن فكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان أي تسبان إلى مجتمع معين في زمان معين، ولهذا فالقاضي - وهو يتحرى عن هاتين الفكرتين ومضمونهما، مقيد بما هو موجود وكائن وسائد بشأنهما في هذا المجتمع المعين والزمن المعين.

٦٥ - جزاء مخالفة النظام العام والآداب

القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة تعتبر قيداً يرد على سلطان إرادة الأفراد في إبرام التصرفات القانونية، بمعنى أن إرادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد ولا تملك الخروج عليها ولا يسعها إلا التقيد بها والعمل بموجبها بحيث يترتب على كل ما يخالفها من اتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً ولا أثر له. ولذلك لا يزول هذا البطلان بالإجازة لأن الإجازة تلحق الموجود المعترف به والموقوفة آثاره. أما الباطل فهو كالمعدوم أو كالميت والإجازة لا تلحق المعدوم ولا تنفخ الروح في الميت.. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وعلي القاضي أن يحكم به - أي ببطلان التصرف المخالف للنظام العام والآداب - من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك.

الفصل الثالث

التعريف بالشريعة الإسلامية

وبيان خصائص قواعدها القانونية

٦٦ - تمهيد وتقسيم

نجري في بحثنا في موضوع هذا الفصل، بإذن الله، بنفس الترتيب الذي اتبعناه في موضوع الفصل الثاني وب نفس عناوينه، لتسهيل المقارنة بين ما هو مقرر وكائن في القانون الوضعي، وبين ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية بشأن الموضوعات التي تناولناها هناك - في الفصل الثاني - والتي نتناولها هنا في هذا الفصل . وعلى هذا نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول: تعريف الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني: القواعد القانونية وخصائصها في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث: القواعد الآمرة والقواعد المكملة في الشريعة الإسلامية .

المبحث الرابع: التمييز بين القواعد القانونية الشرعية عن غيرها من القواعد .

المبحث الخامس: مقصد الشريعة الإسلامية، وما فيها من نزعة فردية أو اجتماعية .

المبحث الأول تعريف الشريعة الإسلامية

٦٧ - تعريف الشريعة في اللغة

معنى (شرع) نهج وأوضح وبين المسالك. وشرع لهم يشرع شرعاً أي سن.
والشارع: الطريق الأعظم. والشريعة: المذهب والطريقة المستقيمة، وشرعة
الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب^(١).

٦٨ - الشريعة في الاصطلاح

والشريعة في الاصطلاح ما شرع الله لعباده من الدين، أي من الأحكام
المختلفة. وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لأن بها
حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الأبدان. والشريعة والدين والملة
بمعنى واحد، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام، ولكن هذه الأحكام تسمى
شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها وتسمى ديناً باعتبار الخضوع لها وعبادة الله
بها وتسمى ملة باعتبار إملائها على الناس^(٢).

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٢٦٥، تفسير القرطبي ج ١٦، ص ١٠، ١٦٣، مفردات ألفاظ
القرآن للأصفهاني، ص ٢٦٥.

(٢) تفسير القرطبي ج ١٦، ص ١٦٣، شرح المنار في الأصول ص ١٢، تاريخ التشريع
الإسلامي للأستاذ محمد سلام مذكور ص ١١ وهوامشها.

٦٩ - معنى الإسلام

معنى الإسلام الانقياد والاستسلام لله تعالى، ومظهر ذلك الخضوع لشرع الله وهذا هو جوهر (الإسلام) وهو دين جميع الرسل قال تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ ولكن خص استعماله بالخضوع لشرع الله الذي أنزله على نبيه محمد ﷺ وبهذا الاستعمال الأخير ورد قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١).

٧٠ - تعريف الشريعة الإسلامية في الاصطلاح

وبناء على ما ذكرناه فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح الشرعي هي: الأحكام التي شرعها الله تعالى وأنزلها على رسوله محمد ﷺ ليلبغها للناس جميعاً، سواء كانت هذه الأحكام في القرآن، كتاب الله، أو في سنة نبيه ﷺ. فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح، إذن، هي هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة والتي هي وحي الله إلى نبيه محمد ﷺ ليلبغها للناس جميعاً كما قلت.

٧١ - تعريف الفقه الإسلامي؟

الفقه في اللغة العلم بالشيء والفهم له كما يعني إدراك غرض المتكلم من كلامه، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَشْعِبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿فَالْهَؤُلَاءِ الْقَوْمُ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾^(٣).

والفقه الإسلامي في الاصطلاح (العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال)، والمقصود بـ (العملية) الأحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر

(١) سورة المائدة، الآية ٣.

(٢) سورة هود، الآية ٩١.

عن المكلف من عبادات ومعاملات، والمقصود (بالأحكام الشرعية) الأحكام المنسوبة إلى الشريعة الإسلامية أي المأخوذة منها مباشرة أو بالواسطة.. وبهذا المعنى الاصطلاحي لكلمة (الفقه الإسلامي) خرج من مفهومه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية وصار مدلوله قاصراً على الأحكام العملية أي على العبادات والمعاملات بشرط أن تؤخذ وتعرف عن طريق الاجتهاد والاستدلال. ثم طرأ تغير في إطلاق كلمة (الفقه) فصار هذا الاسم يطلق في عرف الفقهاء على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين سواء كانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة وحرمة الزنا أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد أم كانت تلك مستفادة عن طريق التقليد، فالأحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق تسمى فقهاً، والعارف بها يسمى (فقيهاً).

٧٢ - علاقة الفقه بالشريعة الإسلامية

قلنا إن الشريعة الإسلامية تشمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات. أما الفقه الإسلامي فلا يعني إلا بالأحكام العملية أي بأحكام العبادات والمعاملات ومن ثم فأحكام الشريعة أعم وأكثر شمولاً من أحكام الفقه. وأيضاً فإن (الفقه) وهو معرفة الأحكام الشرعية العملية يعتمد في تحصيل هذه المعرفة على نصوص الشريعة أي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، كما يعتمد على المصادر التي أرشدت إليها نصوص الشريعة وشهدت لها بالصحة والاعتبار مثل مصدر الإجماع والقياس. ثم إن الشريعة الإسلامية، وهي الأحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد ﷺ في القرآن أو في السنة، هذه الشريعة تقوم على الوحي الإلهي فهي تشريع إلهي صادر عن الله وليس من صنع الإنسان وبالتالي تحرم مخالفته. أما الفقه الإسلامي فليس كله بهذه الصفة أي من جهة وجوب اتباعه وحرمة مخالفته واعتباره تشريعاً إلهياً. وبيان ذلك ما ينعدم فيه جانب الرأي والاجتهاد ويعرف من الدين بالضرورة كحرمة الزنا والسرقة ووجوب الصلاة فهذه الأحكام وإن تدخل في مفهوم الفقه كما قلنا إلا أنها تعتبر

تشريعاً إلهياً تحرم مخالفته. ونوع آخر من الفقه يغلب فيه جانب الرأي وهذا لا يعتبر من قبيل التشريع الإلهي وبالتالي تجوز مخالفته والتعقيب عليه ولكن بالدليل والبرهان ولا يعتبر جزءاً من الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي وهذا النوع من الأحكام أكثر من النوع الأول، ولكن مع هذا يبقى مصبوغاً بالصبغة الدينية لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومستقى من نصوصها ومن المصادر التي اعتبرتها.

٧٣ - إطلاق اسم الشريعة الإسلامية على الفقه الإسلامي

هذا وإن بعض الكتاب يطلق اسم الشريعة الإسلامية على ما يشمله اصطلاح اسم الفقه بل صار هذا الاصطلاح مألوفاً ومعروفاً ولا يشير لبساً ولا استنكاراً، فتطلق (الشريعة الإسلامية) أو (أحكام الشريعة الإسلامية) على ما يطلق عليه اصطلاح الفقه، مع بقاء التفرقة بين النوعين من أحكام الفقه التي أشرت إليها وهما: نوع ينعدم فيه الرأي وهذا يعتبر جزءاً من التشريع الإلهي والذي تحرم مخالفته، ونوع يغلب عليه الرأي ولا يعتبر جزءاً من التشريع الإلهي وبالتالي لا تحرم مخالفته. وبهذا المعنى المراد من إطلاق اسم الشريعة الإسلامية بحيث يشمل ما يشملها اصطلاح الفقه الإسلامي، هو ما نريده من إطلاق اسم الشريعة الإسلامية في أبحاثنا التي نتناولها في هذه المذكرات. فيكون تعريف الشريعة الإسلامية بناء على هذا الإطلاق المتسامح فيه يعني: الأحكام الشرعية المستفادة من نصوص القرآن والسنة النبوية أو من المصادر التي أرشدت إليها نصوص القرآن والسنة.

المبحث الثاني القواعد القانونية وخصائصها في الشريعة الإسلامية المطلب الأول

القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية

٧٤ - تنظيم علاقات الإنسان في الشريعة والقانون

الشريعة الإسلامية تنظم مختلف شؤون الإنسان وعلاقاته، ولهذا نجد فيها أحكاماً تخص الأخلاق وأخرى تخص العبادة، وأحكاماً تنظم علاقات الإنسان بغيره من أفراد المجتمع وبالمجتمع نفسه وولي الأمر فيه. فالشريعة الإسلامية من جهة ما تنظمه من علاقات الإنسان أوسع من القوانين الوضعية لأن هذه تنظم سلوك الإنسان الخارجي في علاقاته مع غيره من أفراد المجتمع، أي تعنى فقط في تنظيم الروابط الاجتماعية فقط.

٧٥ - في الشريعة الإسلامية قواعد قانونية

وتنظيم الشريعة الإسلامية للعلاقات الاجتماعية للإنسان يكون وفق أحكام محددة تتعلق بهذه العلاقات وتتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية. ومن ثم فهي بحق قواعد قانونية وإن كانت في الوقت نفسه قواعد دينية لأنها جزء من الشريعة الإسلامية، وهذه الشريعة دين أوحى الله به إلى نبيه محمد ﷺ. ووجود القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية شيء ظاهر يصرح به رجال القانون وفقهاؤه، فمن أقوالهم: «وتمتاز الشريعة الإسلامية على سائر الشرائع السماوية بأنها تتضمن قواعد مفصلة كاملة لتنظيم علاقات الأفراد ومعاملاتهم وأحوالهم الشخصية منها والمالية على السواء، وهذه القواعد تعتبر من صميم القواعد القانونية بالمعنى الصحيح»^(١).

(١) مبادئ القانون، للدكتور عبد المنعم البدر اوي ص ٤٤.

المطلب الثاني
خصائص القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية
الفرع الأول
الخصيصة الأولى
العموم والتجريد

٧٦ - العموم والتجريد في الأحكام الشرعية

الأحكام الشرعية، هي القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية، والمخاطبون بها هم الأشخاص بأوصافهم لا بذواتهم، فهم معنيون بهذه الأوصاف، ولذلك يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي الحكم الشرعي بقولهم: «هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع»^(١) والمقصود بخطاب الله كلامه مباشرة وهو القرآن أو ما يرجع إلى كلامه من سنة أو إجماع وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه، والمراد (بالمكلفين) كل شخص بالغ عاقل ذكراً كان أو أنثى كما أن القاعدة القانونية لا تخص واقعة معينة بالذات فهي ليست موجهة لواقعة بعينها وذاتها دون غيرها، وإنما هي تذكر الشروط الواجب توافرها في الوقائع التي تنطبق عليها القاعدة القانونية فقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ قاعدة قانونية شرعية تتعلق بواقعة مشروط فيها أن تكون (قتلاً خطأ) أي أنها تخص (قتلاً) بشرط أن يكون وقوعه على

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٣.

وجه الخطأ، فأى قتل وقع بهذا الوصف أو بهذا الشرط، انطبق عليه النص القرآني وعوقب فاعله بالجزاء المقرر فيها. وقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» قاعدة قانونية تخص كل (أرض ميتة) أي كل أرض غير منتفع بها بشرط أن تكون غير مملوكة لأحد فكل أرض بهذا الوصف، وكل شخص يتصف بوصف (أنه أحياءه) فإن حكمها ينطبق على هذه الأرض وعلى كل من أحيائها، والحكم أنها تكون له، وعلى هذا فالأحكام الشرعية تنطبق على عدد غير محدود من الأشخاص أو الوقائع ما دامت الأوصاف المطلوبة متحققة في الأشخاص المقصودين بخطابها، والشروط التي يلزم توافرها في الوقائع لتطبيق القاعدة عليها متحققة فيها.

٧٦ - (مكرر) لا يشترط في الحكم الشرعي مخاطبة كل الناس

ولا يشترط في الحكم الشرعي ليتحقق فيه وصف (القاعدة القانونية) أن يخاطب بها كل الناس أي جميع الأشخاص المكلفين - أي البالغين العقلاء - فالحكم الشرعي يبقى قاعدة قانونية وإن كان المخاطبون بها فئة من الناس معينين بأوصافهم لا بذواتهم كالأحكام الشرعية التي تحدد شروط من يتولى سلطة القضاء أو الولاية المالية على الصغار، بل ويبقى الحكم الشرعي قاعدة قانونية ولو تعلق بشخص واحد ما دام تعيينه بالوصف لا بالذات، كالحكم الشرعي الذي يحدد شروط وصلاحيات الخليفة، فهذا الحكم يتحقق فيه وصف القاعدة القانونية وإن كان خاصاً بشخص واحد ما دام تعيينه بالوصف لا بالذات.

٧٧ - التطبيق المحدد بمدة

ولا يخرج الحكم الشرعي من كونه قاعدة قانونية أن يكون نطاق تطبيقه من حيث زمان تطبيقه محدد بمدة معينة كالأحكام الشرعية المتعلقة بحالة (العدة) الواجبة على المرأة عند تحقق موجباتها بفرقتها من زوجها بوفاته أو بسبب من أسباب فرق النكاح كالطلاق وغيره.

الفرع الثاني

الخصيصة الثانية - للقاعدة القانونية الشرعية

(إنها تنظم الروابط الاجتماعية)

٧٨ - الروابط الاجتماعية والسلوك الظاهر للأفراد

الأحكام الشرعية التي يطبق مضمونها في الدنيا تنظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد، وهذه الروابط تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد هو موضوع الرابطة بين الأفراد والتي تتولى الأحكام الشرعية تنظيمها ببيان طبيعتها والآثار التي تترتب عليها، كالحكم الشرعي المتعلق بالبيع أو الطلاق أو الهبة، فالبيع إذا لم يكن له مظهر خارجي يتمثل بالإيجاب والقبول لا يتولى الحكم الشرعي تنظيمه بما يحكم عليه من صحة أو غيرها ولا يحفل بقصده البيع ونيته فيه إذا لم يظهر ذلك بلفظ ونحوه. وكذلك إذا نوى الطلاق ولم يظهر نيته بقول يدل عليها ويكشفها أو بما يقوم مقام قوله من كتابه ونحوها لم يقع طلاقه ولم يتول الحكم الشرعي طلاقه الذي نواه ولم يتلفظ به أو يكشفه بما يقوم مقام اللفظ وبهذا صرح الفقهاء فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي «إن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم»^(١) فالنية وحدها لا يترتب عليها أثر في أحكام الدنيا إلا إذا ظهرت بشكل سلوك خارجي ظاهر».

٧٩ - النية إذا دلت عليها القرينة

وما قلناه لا يعني أن الحكم الشرعي لا يهتم بالنوايا والقصود وإنما تعني أنها

(١) المغني، ج ٧، ص ١٢١.

ما دامت مستترة لا يدل عليها شيء خارجي محسوس أو قرينة مادية مقبولة، فإن الشرع لا يرتب عليها أي أثر دنيوي، فإذا ما دل على وجودها شيء خارجي مادي أو قرينة معتبرة، ترتب عليها أثر معين ما كان يترتب لولا انكشافها بهذه القرينة كالذي يقتل شخصاً بسيف يقطع به رقبته أو بمسدس يصوبه إلى رأسه فيقتله به، فاستعماله السيف وحز رقبته به وتصويب المسدس إلى رأس المجني عليه وإطلاق ما فيه عليه، قرينة على أنه تعمد قتله فيعامل على أساس أنه قاتل عمد. وكملتقط اللقطة إذا كان التقاطه بنية ردها إلى صاحبها اعتبر أميناً وطبقت عليه أحكام الأمانة، وإن التقطها بنية تملكها اعتبر غاصباً وطبق عليه حكم الغصب، وتعرف نيته بالقرينة الدالة عليها، فإذا أشهد على التقاطه أو أعلن عن التقاطه دل ذلك على أن التقاطه كان بنية ردها إلى صاحبها فيعتبر أميناً، وإذا لم يشهد عليها ولم يعلن عنها وإنما باعها دل تصرفه هذا على أنه التقطها لملكها فيعتبر غاصباً ويطبق عليه أحكام الغصب.

وكذلك مجرد التفكير في ارتكاب جريمة أو التصميم عليها لا يقع شيء من ذلك تحت مؤاخذه القانون ما دام أن هذا التصميم أو التفكير لم يظهر في الخارج بأعمال مادية ظاهرة تدل عليه.

الفرع الثالث

الخصيصة الثالثة

الجزاء

٨٠ - معنى الجزاء والغرض منه

ذكرنا فيما سبق أن الجزاء هو الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية، لأن من خصائصها اقترانها بجزاء يوقع على مخالفتها، وأن الغرض من الجزاء حمل الأفراد على طاعة القانون لئلا يصيبهم الأثر المترتب على مخالفتهم له، ولذلك كان اقتران القاعدة القانونية بالجزاء ضرورياً لإقامة النظام في المجتمع، وهذه هي وظيفة القانون.

٨١ - الجزاء في القاعدة القانونية الشرعية

الحكم الشرعي المنظم لعلاقات الأفراد الاجتماعية، هو المكون للقاعدة القانونية التي تنظم هذه العلاقات، وهذا الحكم الشرعي يقترن بجزاء لمن يخالفه أي لمن يخالف القاعدة القانونية الشرعية. والغرض منه إقامة النظام في المجتمع على أسس الشريعة الإسلامية، وما يهيئه هذا النظام من عيش هادئ لأفراد المجتمع، وعلاقات مستقرة فيما بينهم، ومعرفة مسبقة بما يترتب عليهم من جزاء إذا خالفوا هذه القواعد القانونية الشرعية. فالجزاء فيها يسهم في حمل الأفراد على طاعة القانون الإسلامي الذي يحرص على إقامة النظام في المجتمع.

٨٢ - أوصاف الجزاء في القاعدة القانونية الشرعية

وأوصاف الجزاء المقررة في القاعدة القانونية في القانون الوضعي، موجودة في جزاء القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية فهذا الجزاء يتميز بأنه (أ) جزاء

حال غير مؤجل يطبق في الحياة الدنيا ولا يؤجل إلى الحياة الآخرة، بمجرد ثبوت المخالفة. وهذا أمر واضح جلي، فعقوبة السارق مثلاً تطبق عليه تنفيذاً لخطاب الشارع ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ فالمخاطبون بهذا الخطاب هم الأمة ويمثلهم في التطبيق ولي الأمر، وتنفيذ الجزاء اذي يطبقونه - وهو قطع اليد - يكون في الدنيا. وهذا لا يمنع من عقاب المخالف لأحكام الشريعة في الآخرة أيضاً إذا لم يتب عن مخالفته. (ب) والجزاء المقترن بالقاعدة القانونية الشرعية يوصف بأنه مادي محسوس أي له مظهر مادي خارجي مثل قتل الجاني، أو جلده أو حبسه (ج) والجزاء توقعه الدولة لا الأفراد، وهذا هو الأصل وسنوضحه بعد كلامنا عن أنواع الجزاء.

٨٣ - أنواع الجزاء في القواعد القانونية الشرعية

كما تتنوع الجزاءات في القوانين الوضعية إلى جزاءات جنائية هي العقوبات المقررة لارتكاب الجرائم في القانون الجنائي أي المقررة لمخالفات قواعد هذا القانون بارتكاب ما تحضره هذه القواعد، وجزاءات مدنية تترتب على المخالفات للقانون المدني. وجزاءات لمخالفات القانون الإداري مثل فصل الموظف، لأن هذا القانون ينظم علاقة الموظف بالدولة، توجد مثل هذه الجزاءات في الشريعة الإسلامية لمن يخالف قواعدها القانونية الشرعية، ونذكر فيما يلي الجزاءات لمخالفات قواعد الشريعة المتعلقة بالجرائم والعقوبات أي بقواعد القانون الجنائي الإسلامي، كما نذكر الجزاءات لمخالفات القواعد القانونية الشرعية المتعلقة بالمعاملات (القانون المدني).

٨٤ - الجزاء الجنائي

وهذا الجزاء هو ما ترتبه الشريعة الإسلامية على من يرتكب ما تحرمه قواعدها القانونية الشرعية المتعلقة بالجرائم والعقوبات، أي ما ترتبه على مخالفة القانون الجنائي الإسلامي. وهذه العقوبات ثلاثة أنواع: عقوبات جرائم الحدود.

وعقوبات القصاص والديات على جرائم الاعتداء على النفس أو على ما دون النفس. وعقوبات التعزير وهي المقررة للجرائم الأخرى أي لغير جرائم الحدود وجرائم الاعتداء على النفس وما دونها. وفي جميع هذه الجرائم، يلاحظ أنها اعتداء على الجماعة بالخروج على نظامها بارتكاب هذه الأفعال المحرمة، إلا أن القانون الجنائي الإسلامي وهو جزء من الشريعة، يرى أن في الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس اعتداء على الأفراد أيضاً بل يعتبر الاعتداء عليهم أظهر من الاعتداء على المجتمع، ومن ثم أعطت الشريعة حق طلب العقاب بالجاني إلى أولياء القتل أو إلى المجني عليه في الاعتداء على ما دون النفس، وهذا الصنيع في الشريعة يخالف ما جرت وتجرى عليه القوانين الجنائية الوضعية، فهي تجعل العقاب من حق المجتمع وإن أصاب الفرد جرم الجاني كما في القتل والجرح. ومسلك الشريعة هو المسلك السديد الذي يقوم على أساس من العدل واستئصال الجريمة بتمكين من تضرر بها ضرراً بالغاً محسوساً وهم أولياء القتل بالاقتصاص من القاتل مع تخيير لهم بالأخذ بالقصاص أو بالدية أو بالعفو، بينما العقوبات في القوانين الوضعية تمنع القصاص وتحجبه عن أولياء القتل بحجة ضعيفة وهي أن المتضرر الأول والأقوى هو المجتمع وبالتالي فالحق له في العقاب، وترتب على ذلك أن كثرت القتل وكثر رد الفعل عليها بقتل أخرى وهكذا، وأكبر شاهد على ما نقول هو كثرة في جرائم القتل حيث أبعدت عقوبة القصاص عن أصحاب الحق فيه وهم أولياء القتل، وحيث أبعد القصاص نفسه واستعاض عنه بالسجن إلا في ظروف وحالات نادرة كالقتل مع سبق الإصرار. أما عقوبات جرائم الحدود فهي عقوبات مقررة حقاً لله كما يقول الفقهاء أي مقررة لحق المجتمع والذي يطالب بهذه العقوبات (النيابة العامة) باعتبارها ممثلة للمجتمع، والفقهاء المسلمون وإن لم يقولوا بأن تحريك الدعوى في جرائم الحدود من قبل ما نسميه اليوم بـ (النيابة العامة) إلا أن القول بهذه الهيئة باعتبارها تمثل المجتمع، قول سديد يجد سنده من قواعد الشريعة^(١) ولا يقال إن في عقوبات جرائم الحدود قسوة بالغة، مع قطع للأعضاء، كما أن فيها تدخلاً في حقوق وتصرفات الفرد الشخصية، لا يقال هذا

(١) انظر كتابنا نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ١٣١.

فإن الشريعة تحرص على مصلحة الفرد ولو أراد التفريط بها لجهله وغبائه كما في شرب الخمر، كما تريد الحفاظ على أخلاق المجتمع وحفظ الأنساب فقررت عقوبة الزنا ولو برضا الجاني والمجني عليه. ولأن الاتجاه الحديث في مدى تدخل القانون في علاقة الشخص بنفسه، هذا الاتجاه الحديث يتسع للقول بالسماح للقانون بأن يمتد إلى تنظيم علاقات الإنسان بنفسه لأن ما يصيب الإنسان من ضرر ولو بسبب منه يتأثر المجتمع بهذا الضرر ويصيبه شيء منه. وقد ذكرنا شيئاً من هذا ونعيد بعضه هنا ونزيد عليه فيقول الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي (أما فيما يتعلق بواجب الشخص نحو نفسه ومدى تدخل القانون في هذا الواجب فنقول: ولذلك أيضاً كان عليه واجب ألا يسبب لغيره ضرراً يصيبه نتيجة إخلاله بواجبه هو نفسه.. ذلك أن الشخص إذا أضر نفسه عمدًا أو إهمالاً بأن أهدر بعض النعم الكبرى التي منحها كنعمة الحياة أو الصحة أو الشرف أو المال، وإذا امتنع عن وقاية نفسه أو تأمينها من مخاطر الوجود كالمرض والبأساء ونوازل الدهر فإنما يضر في الوقت نفسه بآخرين غيرهم أعضاء الجماعة الخاصة (الأسرة) أو العامة (الدولة) التي هو عضو فيها.. ومن هنا كان واجب الشخص نحو نفسه - وهو واجب فردي من حيث موضوعه واجباً اجتماعياً من حيث آثاره. لذلك وجب أن تتدخل القاعدة القانونية لحماية النظام الاجتماعي: فتحرم على الشخص إزهاق روحه (الانتحار) وتمنعه من أن يلحق بجسمه نقصاً دائماً كان يتلف أحد أعضائه بل تحرم عليه أن يقوم بالأعمال المرهقة الضارة بصحته، كما تحرم عليه البغاء وإتلاف المال ولو كان مملوكاً له.. وهي إذ تحمي الفرد على هذا النحو فإنما تحمي الجماعة بأسرها ولا تحمي الفرد وحده ذلك أن الضرر الفردي أيّاً كان شكله أو سببه يترتب عليه ضرر اجتماعي وهنا تتدخل القاعدة القانونية للحماية والإصلاح إذا اقتضى الحال ذلك^(١)، وشرب الخمر ضار بفاعله وضرره ينسحب إلى الجماعة فمن مصلحة الفرد والجماعة تحريمه والعقاب عليه وهذا ما فعلته الشريعة الإسلامية. وأما قسوة

(١) الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٧٠ - ٧١.

العقوبات وكونها تؤدي إلى بتر الأعضاء أو إزهاق النفوس كما في القصاص. فالجواب العام أن العقوبة يراد بها المنع، فالخوف من العقوبة يمنع من ارتكاب موجبات الجريمة - وإذا ارتكبت زجرت فاعلها من العودة إليها. وزجرت غيره أن يفعلها لئلا يصيبه ما أصاب مرتكبها. وإنما يتحقق فيها المنع والزجر إذا ما كان فيها من العقاب المؤلم ما يحقق هذه الغاية بشرط أن يكون إيذاؤه متناسباً مع الجريمة وفظاعتها. وهكذا جاءت عقوبات جرائم الحدود فيها بمقدار كاف من الإيلام الذي يخيف من يريد ارتكابها مع التمسك بعادتها بأن تكون مساوية لما تستحقه الجريمة، وهكذا هي العقوبات الشرعية قال تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ فالعقوبات هي دائماً تقدر بقدر ما تستحق الجريمة من عقاب مؤلم. وأما بتر الأعضاء، فإن قطع الرأس تجيزه القوانين الوضعية، فبتر العضو عند وقوع موجبه أيسر من قطع الرأس الذي تفوت به الحياة. وموجز القول في عقوبات جرائم الحدود أن فيها قوة ردع لا يوجد مثلها في القوانين الوضعية، وما زال العامل الأكبر في طاعة القانون هو الخوف من عقابه وليس الاحترام لقواعده وفي هذا يقول الدكتور عبد الحي حجازي: «فاحترام الفرد للقانون من تلقاء نفسه وجباً في طاعته لا يعدو أن يكون أمنية محمودة - أما الحقيقة فهي أن إطاعة القانون لا تكون حباً فيه بقدر ما تكون خوفاً منه»^(١). وواضح أن الخوف من القانون يعني الخوف من عقابه الذي يصيب مخالفه، وإنما يكون العقاب مخيفاً إذا كان فيه قدر كاف من الإيلام، والعقوبات الشرعية فيها هذا القدر الكافي من الإيلام وبالتالي من الإخافة.

٨٥ - الجزاء المدني

وهذا الجزاء، كما قلنا من قبل، إما أن يراد به إصلاح الآثار الضارة التي سببتها الجريمة التي يعاقب عليها القانون الجنائي الإسلامي، أو الجزاء الذي يترتب

(١) الدكتور حجازي، المرجع السابق، ص ٧٣.

في حالة الاعتداء على حق خاص أو إنكاره وهذا هو الجزاء المدني. والقانون المدني هو الذي يتولى بيان أنواع الجزاءات المدنية. فأما الجزاء المدني الذي يترتب على الجريمة فيجوز للمجني عليه أن يتقدم إلى محكمة القضاء الجنائي مطالباً بالتعويض بدعواه المدنية وذلك تبعاً للدعوة الجنائية العامة التي ترفعها النيابة العامة، وأما أن يرفع دعواه المدنية إلى محكمة القضاء المدني، وليس في قواعد الشريعة ما يمنع من سلوك صاحب الشأن أحد هذين الطريقين^(١). أما الجزاءات التي تنظمها قواعد قانون المعاملات في الشريعة الإسلامية، فهي نفسها التي تقرها قواعد القانون المدني الوضعي، مع اختلاف في الإجراءات^(٢) وهذه الجزاءات المدنية أنواع منها ما يأتي:

٨٦ = أولاً: الجزاء المباشر

ويقصد به جبر الفرد على القيام بما لم يقم به مختاراً. كالحكم على من يحوز مال الغير بدون وجه حق بأن يرده إلى مالكه. والحكم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضنته شرعاً.

٨٧ - ثانياً: إعادة الحلة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة للقانون

أ - البطلان: أي عدم الاعتداد بالعمل المخالف للقانون، وبالتالي يجب إزالة المخالفة وإزالة آثارها. وهذه الإزالة قد تكون بالإزالة المادية كهدم بناء بني في أرض مملوكة للغير بغير وجه حق وبدون إذن مالكه. وقد تكون الإزالة، إزالة المخالفة، عن طريق إعادة طرفي العلاقة القانونية إلى حالتها قبل نشوء هذه العلاقة، وهذا ما يسمى قانوناً بـ (البطلان) أي عدم الاعتداد، بالتصرف الذي وقع

(١) كتابنا نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٥ - ٥٤، ١٣١.

(٢) المرجع السابق ص ٤٥ - ٥١، ١٣١، ص ٢٦١ - ٢٦٣.

مخالفاً للقواعد القانونية الشرعية وبالتالي عدم الاعتداد بآثاره والحكم بالبطلان على واقعة قانونية، هو حكم شرعي يعني وقوع الواقعة أو فعل المكلف على خلاف ما يطلبه الشرع وقواعده، وبالتالي لا يعترف بهذا الفعل أو بتلك الواقعة ولا يترتب عليهما الآثار الشرعية المقررة لهما شرعاً لو وقعتا بصورة صحيحة أي على النحو الذي وضعه الشرع^(١). فمثلاً يجوز لولي الأمر أن يصدر قاعدة شرعية تشترط لصحة نقل ملكة العقار أن يكون ذلك أمام الموظف المختص وتسجيل المعاملة في السجل العقاري وتوقيع الطرفين على رضاهما بالمعاملة. فإذا لم تتم المعاملة بنقل العقار بهذه الصورة، فهي باطلة لا يترتب عليها نقل ملكية العقار، ولزم إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل نشوء العلاقة القانونية علاقة نقل العقار خارج دائرة السجل العقاري.

٨٨ - ب - الفسخ

وهي من صور إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل نشوء الرابطة القانونية، وهذه الصورة تختلف عن صورة البطلان، إذ في حالة البطلان يقع التصرف باطلاً لا يعتد به فيترتب عليه ما ذكرناه. وهنا يقع التصرف صحيحاً من جميع الوجوه ولكن يحصل بعد نشوئه ما يمنع تنفيذه فيقضي القاضي بفسخه فيتحلل الطرفان منه ويعادان إلى حالتهم قبل التعاقد. ففي عقد البيع مثلاً إذا لم يقيم البائع بتسليم المبيع كان للمشتري حق فسخ العقد، وكذلك إذا لم يدفع المشتري الثمن مع اشتراط دفعه حالاً ونقداً يكون للبائع حق طلب فسخ العقد. فالفسخ هنا جزاء عدم تنفيذ العقد وليس جزاء بطلانه.

٨٩ - ثالثاً: التعويض

ويصح أن يكون الجزاء المدني في صورة تعويض، والتعويض في الغالب

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٦٥.

مبلغ نقدي يدفع لأجل إصلاح الضرر الذي أحدثه شخص بالغير مخالفاً للقانون. وقد يكون التعويض هو الجزاء المباشر الأصلي كالتعويض الذي يلزم صاحب سيارة عن إصابة تسبب فيها للغير في شخصه أو ماله. وقد يكون التعويض ليحل محل الجزاء الأصلي إذا أصبح مستحيلاً أو متعذراً، فالأصل أن من التزم بالقيام بعمل أجبر على القيام به. ولكن قد يكون التنفيذ الجبري متعذراً كما لو كان محل الالتزام عملاً شخصياً كما لو تعاقد شخص مع آخر ليكتب له بخطه جملة عبارات شعرية وغيرها على لوحات ثم رفض تنفيذ ذلك فتسبب بضرر له بهذا الرفض كما لو كان المتعاقد معه قد تعاقد مع آخر لتسليمه هذه اللوحات ووضع شرطاً جزائياً هو مقدار من المال إذا لم يتم له التسليم في وقت معين، ومضى هذا الوقت بلا تسليم لامتناع الخطاط تنفيذ التزامه بخط تلك اللوحات.

٩٠ - رابعاً الجزاء المكمل

وقد يكون الجزاء المدني مكماً للجزاء الأصلي كمن يحكم عليه القاضي بتسليم أرض الغير أو داره أو سيارته التي غصبها من مالكها - وهذا الحكم وهو الرد هو الجزاء الأصلي - وبالتعويض عن حرمان مالكها من الانتفاع بها مدة الوقت الذي كانت بيد الحائر الغاصب، وهذا هو الجزاء المكمل.

٩١ - إيقاع الجزاء الجنائي والمدني

قلنا أن من خصائص القاعدة القانونية في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية اقترانها بجزاء. وإن من خصائص هذا الجزاء أن الدولة هي التي توقعه، وقد وعدنا أن نذكر بعض التوضيح لهذه الخصيصة فنقول: الأصل في الجزاء في قواعد القانون الجزائي الإسلامي أن الدولة هي التي توقع جزاءات هذا القانون على النحو التالي:

٩٢ - إيقاع الجزاء الجنائي

أولاً: عقوبات جرائم الحدود يوقعها ولي الأمر - الخليفة أو نائبه - وجرائم الحدود هي: الزنا والقذف والسرقعة وقطع الطريق وشرب الخمر والردة. وعقوبات هذه الجرائم وجبت حقاً لله أي حقاً للمجتمع، فيجب أن يوقعها النائب عن المجتمع وهو الخليفة أو نائبه^(١).

ثانياً: جرائم التعزير، فإن عقوباتها يوقعها ولي الأمر. والمقصود بجرائم التعزير هي التي لم تحدد الشريعة لها عقوبات وإنما فوضت تقدير عقوباتها إلى القاضي، وهذه الجرائم هي ما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات^(٢).

ثالثاً: وفي القصاص في النفس يجوز لمستحقه وهو ولي القتل استيفاء بنفسه بحضوره السلطان، فإن استوفاه بغير حضرته وقع الاستيفاء ويعزره أي يعاقبه السلطان أو نائبه بعقوبة يقدرها لقيامه بالاستيفاء من غير حضوره أو إذنه^(٣).

رابعاً: إذا قام باستيفاء العقوبة في جرائم الحدود فرد من آحاد الناس وكانت العقوبة هي إتلاف النفس كما في عقوبة المرتد أو الزاني المحصن أو كانت العقوبة قطع طرف، وقع الاستيفاء مجزياً وعزر القاضي فاعله بعقوبة تعزيرية أي هو يقدرها، وإذا كانت العقوبة ليست إتلاف نفس أو عضو كالجلد عوقب الفاعل على فعله وعلى آثار فعله. وإذا قام باستيفاء عقوبة التعزير عوقب بما يستحقه فعله من عقاب، فإذا قتل من وجب عليه القتل تعزيراً عوقب باعتباره قاتلاً عمداً. وكذا لو قتل أحد الناس القاتل العمد العدوان فإنه يعتبر قاتلاً عمداً لأنه لا ولاية له على

(١) المغني ج ٨ ص ١٧٨، الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - ١٣٠، المجموع شرح المذهب ج ١٨ ص ٢٧٠.

(٢) التشريع الجنائي للشهيد عبد القادر عودة ج ١ ص ٧٥٦.

(٣) المغني ج ٧ ص ١٩٢ - ١٩٣.

قتله إذ ليس هو من أولياء القتل. وكذا لو استوفى القصاص غير المجنى عليه في القصاص فيما دون النفس^(١).

٩٣ - إيقاع الجزاءات المدنية

وفي الجزاءات المدنية، يتولى إيقاعها القاضي أو من له الولاية على إيقاعها من أصحاب السلطة في الدولة ولا يجوز لصاحب الحق في هذه الجزاءات استيفاءها بنفسه، فلو أحرق شخص بستان آخر لم يكن لهذا المحروق بستانه أن يحرق بستان المعتدي وإنما عليه أن يراجع القضاء ليعوضه عما أصابه من ضرر لأن القاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار) أي لا يقابل الضرر بالضرر بل يراجع المتضرر جهة القضاء لتحكم له بالتعويض المناسب بعد إثبات الضرر^(٢). وكذلك لا يجوز للدائن أن يستوفي دينه بأخذ شيء من أموال المدين بل عليه أن يراجع القضاء ليحكم له بذلك بعد إثبات دينه. وكذلك في بطلان العقود أو فسخها لا بد لمن له مصلحة في البطلان أو الفسخ أن يراجع القضاء بنفسه أو بوكيله بطلب الإبطال أو الفسخ.

٩٣ - (مكرر) - استثناء من حق الدولة في إيقاع الجزاء

ويجوز للفرد تولي الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه بنفسه استثناء من حق الدولة في الدفاع عنه وإنزال العقاب بمن أراد به سوء. ووجه الاستثناء واضح، لأن الدولة لا تستطيع إسعافه وحمايته في الوقت المناسب فجاز له أن يتولى الدفاع بنفسه عن نفسه، وهذا هو المقرر في الشريعة الإسلامية ويبحثه الفقهاء تحت عنوان (دفع الصائل).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للشهيد عبد القادر عودة ص ٧٥٥ - ٧٥٧.

(٢) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٩٨.

المبحث الثالث

القواعد الآمرة والقواعد المكملة في الشريعة الإسلامية

٩٤ - ما هي هذه القواعد

القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها.

أما القواعد المكملة أو المفسرة فهي التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها أو على استبعاد حكمها. وفي الشريعة الإسلامية النوعان من هذه القواعد. فالقواعد التي تحرم القتل أو الجرح أو أخذ مال الغير بغير وجه حق كلها قواعد أمرة إذ لا يجوز مخالفتها كما لا يجوز الاتفاق على فعل هذه المحظورات. والقواعد التي تحكم البيوعات والإجازات من جهة لزومها بمجرد انعقادها، قواعد مكملة يجوز الاتفاق على أن لكل من العاقلين حق فسخ العقد خلال مدة معينة بموجب خيار الشرط الذي يشترطه. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق على خيار الشرط طبقت قاعدة لزوم عقد البيع أو الإجارة.

٩٥ - معيار التفرقة بين النوعين

أ - ما يرد في القاعدة من دلالة على طبيعتها.

ومعيار التفرقة بين النوعين هو ما يرد في القاعدة من دلالة واضحة صريحة

على عدم جواز مخالفتها، أو على جواز هذه المخالفة، فإن كانت الدلالة الصريحة على عدم جواز المخالفة بأي شكل من الأشكال كانت القاعدة آمرة. وإن كانت الدلالة الواضحة على جواز المخالفة بالاتفاق على هذه المخالفة فالقاعدة مكملية. فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(١) قاعدة آمرة لما تتضمنه من نهي صريح ودلالة قاطعة على منع مخالفتها وعلى وجوب العمل بها وهو حرمة نكاح زوجة الأب. ومن القواعد المكملية ما يقرره الفقهاء إن نفقات شراء أو بيع العقار مثل نفقات تسجيله في الدائرة المختصة على المشتري إلا إذا اتفق الطرفان على أنها على البائع.

٩٦ - ب - معيار النظام العام والآداب

وإذا لم يوجد في صياغة القاعدة ما يدل على طبيعتها من كونها آمرة أو مكملية، فالمعيار هو النظام العام والآداب. فإذا كانت القاعدة ذات صلة بالنظام العام وتعتبر من مقوماته لأنها تتعلق بمجموع المصالح الأساسية للمجتمع ومن مقوماته ومركزاته، أو أنها تتعلق بالآداب العامة التي لا يرضى المجتمع بمخالفتها أبداً، فالقاعدة تكون آمرة، وإن لم تكن كذلك فهي مكملية. وعلى هذا الأساس تعتبر جميع قواعد القانون الجنائي الإسلامي قواعد آمرة لأنها تتعلق بأمن المجتمع واستقراره، وهذا بالإضافة إلى دلالة فرض العقوبات على مخالفته: وعلى هذا يقع باطلاً أي اتفاق على ارتكاب فعل يحرمه هذا القانون أو على تحميل المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم لمخالفة قواعد هذا القانون ولأن مثل هذا الاتفاق يخالف مبدأ قصر المسؤولية على من قام فيه سببها تأسيساً على قوله تعالى: ﴿وَلَا تُزْرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ وكذلك تعتبر قواعد الأسرة في الشريعة الإسلامية قواعد آمرة مثل المحرمات في النكاح كالأمهات والبنات،

(١) سورة النساء، الآية ٢٢.

وشروط عقد النكاح ووجوب المهر للزوجة ولو اتفق الزوجان على عدمه للمرأة، وحقوق كل منها على الآخر كحق الزوجة في النفقة على زوجها وحقه عليها في الطاعة وقواعد الميراث، وجواز تعدد الزوجات إلى حد أربع، وحق الزوج في الطلاق. فهذه القواعد لا يجوز مخالفتها ولا اتفاق على استبعاد حكمها. وفي نطاق المعاملات المالية تحريم الربا، واحترام حق الملكية الخاصة، فلا يجوز إباحة الربا، كما لا يجوز إلغاء الملكية الفردية. وكذا قواعد الأهلية تعتبر قواعد أمرة مثل أن من لم يبلغ سبع سنوات يعتبر صغيراً غير مميز، وأن الأهلية تكمل بالبلوغ مع العقل. ومثل حرية الرأي وحق الفرد بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وكذلك يعتبر مخالفاً للآداب كل اتفاق على إنشاء علاقة جنسية غير مشروعة. ولا يجوز نكاح غير المسلم لمسلمة ولا نكاح المسلم لمشركة وثنية لمخالفة ذلك للنظام العام.

المبحث الرابع

تمييز القاعدة القانونية الشرعية عن غيرها من القواعد

٩٧ - أولاً: التمييز بين القاعدة القانونية الشرعية وبين القاعدة الطبيعية

القواعد الطبيعية هي القواعد التي تفسر لنا حدوث المظاهر الطبيعية، فهي قواعد مقررة للواقع كما هو، بمقتضاها تتحقق أمثال هذه المظاهر حتماً إذا تحققت أسبابها ومقدماتها. ومثل قاعدة غليان الماء، بمعنى أن الماء إذا جرى تسخينه إلى درجة مائة أدى هذا التسخين دائماً وحتماً إلى غليانه. ومثل قاعدة الجاذبية الأرضية، وتعني أن الأجسام التي تلقى في الهواء تسقط إلى الأرض بفعل الجاذبية الأرضية، ولا يمكن أن تتخلف هذه الظاهرة ما دامت قد حصلت أسبابها ومقدماتها.

أما القاعدة القانونية الشرعية فهي تنظم علاقات بشرية أي تنظم سلوك الأفراد، أي أن وضعها يكون بقصد جعل سلوك الأفراد على النحو الذي تقضي به هذه القاعدة. أي أن هذه القاعدة موضوعة لما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع وليست قاعدة تقرر ما عليه فعلاً هذا السلوك. فالواقع هنا - أي سلوك الأفراد - هو الذي يخضع للقاعدة القانونية الشرعية حتى يكون كما تريد، وليست القاعدة هي التي تخضع لهذا السلوك فتقره كما هو.

٩٨ - ثانياً: القاعدة القانونية الشرعية والسنن الإلهية الاجتماعية

وإذا كانت هناك قواعد طبيعية ثابتة ومطرودة تقرر حصول الظواهر الطبيعية إذا

حصلت أسبابها، فهناك أيضاً قواعد اجتماعية ثابتة تفسر لنا وقوع ظواهر اجتماعية معينة إذا وجدت أسبابها، بحيث أن هذه الظواهر الاجتماعية لا تتخلف مطلقاً إذا وجدت أسبابها كما تقضي بذلك هذه القواعد الاجتماعية التي يسميها القرآن الكريم (السنن) فهي قواعد ثابتة تبين لنا بأن مظاهر اجتماعية معينة أو وقائع اجتماعية معينة وتصيب الإنسان حتماً وتصيب الجماعة حتماً إذا وجدت أسبابها التي تبينها تلك (السنن الإلهية) وهي التي وضعها الله سبحانه وتعالى ولفت إليها أنظار البشر مبيناً لهم أن وقائع معينة وحالات معينة ستحصل لهم إذا تحققت فيهم أسبابها حسب ما تقضي به هذه السنن الإلهية الاجتماعية، وكل الفرق بينها وبين ما سميناه بـ (القواعد الطبيعية) إن هذه الأخيرة يمكن الجزم بموجبها والتيقن بحصول نتائج معينة في زمن محدد إذا تهيأت أسباب هذه النتائج، فالماء إذا وضع أو سخن على درجة مائة وفي حالته الطبيعية من السيولة والحرارة، فنستطيع أن نقول سيصل إلى درجة الغليان عد كذا دقيقة، أما بالنسبة للنتائج الاجتماعية التي تصيب الأفراد والجماعات فإننا نستطيع الجزم على وجه اليقين بحصول هذه النتائج إذا حصلت أو وجدت أسبابها ولكن لا نستطيع الجزم بوقت وقوعها كما نجزم بوقت غليان الماء إذا سخن بدرجة حرارة مائة والسبب في هذا الفرق أن الوقائع الاجتماعية تتجاوزها جملة أسباب وعوامل، وتعيق فعالية هذه الأسباب والعوامل موانع كثيرة، من أجل هذا لا نستطيع الجزم بوقت وقوعها وإن كنا نجزم يقينياً بوقوعها ومثال لذلك سنة الله في تغيير حالة الأمة من حال إلى حال. من حال الرخاء إلى حال الضيق، ومن حال القوة إلى حال الضعف ومن حال العزة إلى حال الذل ومن حال التقدم إلى حال التأخر ومن حال المنعة والحفاظ على البلاد إلى حال تحلل وإضاعة البلاد. هذه الأحوال وتبدلها وتغير ما في النفس من صلاح وفساد ومن تقوى وضلال ومن عزيمة وإرادة أو خور وعدم ثبات، وقد أوضح الله هذه (السنة) بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغَيِّرُ مَا يَقُومُ حَتَّىٰ يَغَيِّرُوا مَا بِأَنفُسِهِمْ﴾. وكذلك (سنة الله في الظلم والظالمين) هي قاعدة ثابتة تبين أن قسوة الظلم في أمة من الأمم سبب يؤدي إلى هلاكها وإن كنا لا نستطيع الجزم بوقت هذا الهلاك وإن كان الله تعالى يعلم

الوقت قال تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْقُرَىٰ أَهْلَكْتَهُم لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِم مَّوْعِدًا﴾^(١) وجاء في حديث رسول الله ﷺ: «إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وإذا سرق فيهم القوي تركوه...» فهذا الحديث يبين لنا أو يخبرنا بقاعدة اجتماعية أي (بسنة إلهية) وهي أن عدم المساواة في تطبيق القانون هو سبب أكيد في هلاك الأمة.

٩٩ - ثالثاً: القواعد القانونية الشرعية والدين

القواعد القانونية الشرعية جزء من الدين، وقواعد الدين أوسع منها لأنها تحكم أمور العقيدة والأخلاق والعبادات، بينما القواعد القانونية الشرعية التي نتكلم عنها تحكم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد، أي سلوكهم الخارجي المحسوس المتعلق بروابطهم وعلاقاتهم - فهم محاسبون على مدى التزامهم بهذه القواعد القانونية الشرعية كما يحاسبون عن مدى التزامهم بسائر قواعد الدين. وكون القواعد القانونية الشرعية من الدين فمصدرها واحد وهو الله سبحانه وتعالى مما يجعلها محل تقديس واحترام وانقياد لها من قبل المؤمنين بهذا الدين مما يوفر لها رصيذاً ضخماً من عوامل طاعتها طاعة اختيارية لا تحظى بمثلها القواعد القانونية الوضعية. مما يجعل لهذه القواعد القانونية الشرعية مدداً لا ينضب في بقائها واستمرارها. لأن القانون الذي يكتب له النجاح والبقاء هو الذي يظفر باحترام وبطاعة اختيارية من قبل المخاطبين به فيطبق على هذا الأساس، أما القانون الذي لا يطبق إلاً جبراً فسرعان ما يخالف كلما أمن الأفراد من قهره وعقابه، يقول الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوي: «والقانون الذي لا يمكن تنفيذه إلاً عن طريق الجبر والإكراه هو قانون فاشل يحمل في طياته أسباب زواله، ومصيره الفناء»^(٢).

(١) سورة الكهف، الآية ٥٩.

(٢) الدكتور البدر اوي، المرجع السابق، ص ١٩.

١٠٠ - رابعاً القواعد القانونية الشرعية والأخلاق

الشرعية الإسلامية، تقدم على الدين، والدين يأمر بمحاسن الأخلاق وينهى عن الرذائل، فمن الطبيعي والبدهي أن تقوم القواعد القانونية في الشرعية الإسلامية على الدين وما يدعو إليه من محاسن الأخلاق. ولهذا نجد ملاحظة الأخلاق واعتبارها واضحاً في مضامين القواعد القانونية الشرعية في جميع جوانب النظام الاجتماعي الذي تقيمه الشرعية الإسلامية بما تقّده من قواعد قانونية وبما تؤصله من أصول. ومرد هذا الاتجاه في الشرعية الإسلامية أنها تريد إيصال الفرد إلى المستوى اللائق به من الكمال دون إغفال لمصلحة المجتمع بإقامة نظامه الاجتماعي الذي يوفر للأفراد إلّا من الأمن والاستقرار والخير والتقدم والازدهار، لكن الشرعية في إقامتها للنظام الاجتماعي عن طريق قواعد القانونية تجعل من مرتكزات هذا النظام رعاية الأخلاق ومخاطبة الأفراد بلزوم جعل سلوكهم الشخصي ومع غيرهم وفق ما تتطلبه محاسن الأخلاق.

وبناء على ما قلناه جاءت القواعد القانونية الشرعية على أساس واضح من الأخلاق ولوحظ في وضعها معاني الأخلاق المطلوبة، ومن ثم كان الجزء المقتن بهذه القاعدة كأنه جزء لمخالفة الأخلاق ومتطلباتها وما يقال عن اختلاف الأخلاق مع القانون من جهة الغاية حيث يقولون في توضيح هذا الاختلاف: (يقصد القانون إلى غاية نفعية هي إقرار النظام في المجتمع وحفظه. أما الأخلاق فغايتها مثالية تنزع بالفرد نحو الكمال فهي تأمر بالخير وتنهى عن الشر، وتحض على التحلي بالفضائل وتنفر من ارتكاب الرذائل) والحقيقة أن لا خلاف بين الأخلاق والقواعد القانونية الشرعية في الغاية، ذلك أن الشرعية بقواعدها القانونية تقصد أيضاً إلى إقرار النظام في المجتمع وحفظه، ولكنها تقيمه على أساس الأخلاق فيكون المجتمع مساعداً - بنظامه القائم على الأخلاق - للفرد بإيصاله إلى الكمال. ويوضح ما نقوله أن أحكام الشرعية لا تلبّي حاجات المجتمع القائمة ولا تنظم سلوكه الواقعي فقط وإنما تنزع به إلى الكمال وتطلب من المخاطبين بأحكامها أن يجعلوا

سلوكهم وروابطهم على أساس ما تدعو إليه من معاني الأخلاق، فهي تنظم روابط الأفراد الاجتماعية مع رفعها إلى مستوى عال يجعلها منسجمة مع الأخلاق غير متنافرة معها. وأيضاً فإن الأخلاق في الشريعة معتبرة حتى في علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول فضلاً عن اعتبارها في علاقات الأفراد فيما بينهم، فمبدأ الغاية تبرر الوسيلة لا مكان لهذا المبدأ في الشريعة، لأن شعارها: شرعية الغاية والوسيلة، وإن شرعية الغاية الشريفة لا تبرر الوسيلة الخسيسة. وفي كتاب الله العزيز: ﴿وَإِنْ أَسَنَصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ...﴾ فهذه الآية الكريمة توجب على المسلمين نصره إخوانهم المسلمين المظلومين قياماً بحق الأخوة في الدين، ولكن إذا كانت نصرتهم تستلزم نقض العهد مع الكفار والظالمين لم تجز النصرة وهي غاية شريفة ومشروعة، لأن وسيلتها الخيانة ونقض العهد، وهذه وسيلة خسيسة غير مشروعة نهى عنها الإسلام. فالوفاء بالعهد، إذا كان قاعدة أخلاقية إلا أنها صارت أساساً لقواعد قانونية كثيرة أي أنها ألبست لباس القانون في كل المجالات بل وفي أدقها، وهي مجالات العلاقات الدولية، وفي الحرب والسلام، لأن المبدأ في الشريعة الإسلامية هو: ما كان حسناً ومطلوباً في العلاقات بين الأفراد يبقى حسناً ومطلوباً في علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها، وما كان قبيحاً ومحظوراً في العلاقات بين الأفراد يبقى قبيحاً ومحظوراً في علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول. ومن أجل هذا نجد الأخلاق معتبرة في جميع القواعد القانونية الشرعية سواء كانت علاقات عائلية، أو علاقات معاملات مالية، أو علاقات تدخل ضمن نطاق القانون الجنائي. وأيضاً النظريات القانونية في الشريعة الإسلامية قامت على أساس رعاية الأخلاق، مثل نظرية (التعسف في استعمال الحق) ونظرية (لا ضرر ولا ضرار). والخلاصة فإن تداخل المعاني الأخلاقية مع القواعد القانونية الشرعية تداخل لا فكاك عنه، وكون أن الأخلاق تعني أيضاً فيما يجب على الإنسان نحو نفسه كما تعني بنواياه وقصوده، فهذا لا يبعدها عن التأثير في القواعد القانونية، لأن رعاية ما يجب على الإنسان نحو نفسه لا يخرج عن نطاق التنظيم القانوني باعتبار أن ما

يصيب الفرد من انحراف مناقض للأخلاق لا يضر الفرد نفسه فقط بل يضر من له صلة به من أفراد أسرته الصغيرة (عائلته) مع أضرار أسرته الكبيرة (المجتمع) وكون الأخلاق تعني بالنوايا، فإنها - أي هذه النوايا، إذا ظهرت بشكل أعمال محسوسة سارع القانون فنظمها ورتب عليها الحكم المناسب كما في العمدية في جريمة القتل، وكما في نية ملتقط اللقطة.

١٠١ - خامساً - القواعد القانونية الشرعية وقواعد المجاملات

قواعد المجاملات هي بعض ما يشيع في مجتمع ما من تصرفات تحتملها ظروف معينة في هذا المجتمع ويرى رعاية هذه التصرفات والقيام بها في أوقاتها ومناسباتها مثل التحية عند التلاقي والعزاء في المآتم والزيارات في المناسبات مثل عيادة المريض وزيارة القادم من الحج أو من السفر بصورة عامة، ومثل الهدايا وتبادلها في مناسبات الأفراح ونحو ذلك، ولا شك أن الشريعة تحبذ وتندب إلى مراعاة هذه القواعد باعتبارها من مظاهر التواد والتحابب بين أفراد المجتمع وتزيد من تقاربهم وتضامنهم ومشاركتهم في السراء والضراء. ولكن لا تجعلها قواعد قانونية ملزمة شرعاً وإنما تجعلها في منزلة (المندوبات) من أخذ بها كان محسناً مثاباً عليها، ومن لم يأخذها فاته ثوابها وربما صار محل استهجان الناس واستنكارهم وربما عومل بالمثل وكل هذا قد يحمله على التقيد بها وعدم الخروج عليها، لا سيما وإن المسلم من شأنه أن يأخذ بالمندوبات وبمحاسن العادات والتقاليد.

المبحث الخامس

مقاصد الشريعة الإسلامية

وما فيها من نزعة فردية أو اجتماعية

١٠٢ - تمهيد

ذكرنا فيما سبق أن وظيفة القانون أو الغرض منه أو غايته أو مقصده هو إقامة النظام في المجتمع بتنظيمه العلاقات أو الروابط الاجتماعية وبهذا يتحقق للأفراد مصالحهم وحياتهم والتوفيق فيما بينها، وتتحقق للمجتمع مصلحته وأمنه واستقراره وتقدمه، إلا أن نطاق القانون من حيث تدخله في العلاقات الاجتماعية للأفراد وتنظيمها على النحو الذي يحقق غايته، هذا النطاق للقانون يختلف باختلاف نزعته الفردية أو الاجتماعية، بمعنى هل تسوده فكرة المذهب الفردي أو فكرة النظام الاجتماعي، فإن كان السائد فيه فكرة المذهب الفردي قل تدخل القانون في تنظيم علاقات الأفراد وبالتالي ضاق نطاقه أو دائرته، وإن كان السائد فيه فكرة المذهب الجماعي زاد تدخل القانون في تنظيم هذه العلاقات وبالتالي اتسع نطاقه. فما موقف الشريعة الإسلامية من هاتين النزعتين في ضوء مقاصدها أو غايتها؟

١٠٣ - مقصد الشريعة الإسلامية

مقصد الشريعة الإسلامية الظاهر من جميع أحكامها وقواعدها تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم وهذا ما صرح به غير واحد من العلماء، قال الإمام

العز بن عبد السلام: «إن الشريعة الإسلامية كلها مصالح: إما درء مفسد أو جلب مصالح»^(١) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفسد وتقليلها»^(٢) وقال ابن قيم الجوزية: «الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد...» ووضح من هذه الأقوال أن نطاق الشريعة من حيث غايتها في تحقيق مصالح العباد أوسع دائرة من القانون الوضعي، وإن تنظيمها لعلاقات الأفراد لتحقيق مقاصدها يشمل ما يحقق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

١٠٤ - النزعة الفردية والاجتماعية في الشريعة الإسلامية

للشريعة الإسلامية نظرة خاصة للفرد والمجتمع، في ضوءها نستطيع أن نتعرف على اتجاهها إزاء النزعة الفردية والاجتماعية ومكانة هاتين النزعتين فيها ومدى أخذها بمقتضاهما أو بمقتضى إحداها دون الأخرى. ونظرة الشريعة الإسلامية هذه للفرد والمجتمع تقوم على جملة حقائق تعرضها الشريعة وتقرها وتعتبرها وتلاحظها في أحكامها المختلفة وفي تعييدها القواعد المتنوعة، ونذكرها فيما يلي بإيجاز تام.

١٠٥ - الحقائق التي تقوم عليها نظرة الشريعة الإسلامية إلى الفرد والمجتمع

أولاً: الفرد كائن مستقل عن غيره.

الفرد كائن موجود له ذاتيته المستقلة وشخصيته المتميزة عن غيره من

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٩.

(٢) منهاج السنة النبوية لشيخ الإسلام ابن تيمية ج ١ ص ١٤٢، وج ٢ ص ٢٤٠، وج ٣ ص ١١٨.

الآدميين وعن الجماعة أو المجتمع الذي يعيش فيه، إنه ليس كجزء صغير لا تبصره العين في جهاز ضخم أو في مكنة ضخمة، إنه قد يكون كذلك ولكنه ظاهر ومرئي ظهور هذه المكنة الضخمة، عند واضع هذه الشريعة الإسلامية: وهو الله سبحانه وتعالى العليم البصير.. ومن ثم فإن خطابات الله، خطابات الشريعة الإسلامية، موجهة إليه ومخاطب بها، ومعين بهذه الخطابات باعتباره إنساناً فرداً بالغاً عاقلاً.. وهذا هو الشأن في المخاطبين بالأحكام الشرعية والقواعد القانونية.. وعلى هذا فهو مطالب بما تقتضيه هذه الخطابات الشرعية من أفعال أو تروك، ومأذون له بالتمتع بما تبيحه له هذه الخطابات لما في هذا التمتع في المباح المأذون له بالتمتع به من أنواع التكليف غير المباشر^(١). وحيث يوجد التكليف - المباشر أو غير المباشر - يمنح الشارع للمكلف (الحرية) حتى يمكنه القيام بما كلف به، وبهذا التكليف، والحرية - التي تظهر وتكمل آدمية الإنسان - تهض مسؤولية الفرد الخاصة به لتوافر عنصريهما: الحرية والتكليف ومن مظاهر هذه الحرية: حرية الرأي والتنقل والعمل والتمتع بثمراته ومنها الملكية الخاصة، ومباشرة سائر العلاقات المالية والعائلية ونحو ذلك. وعلى القانون أن يراعى ذلك، أي على القانون الشرعي أن يراعى ذلك ما دام الفرد يستعمل حريته الممنوحة له من الشرع في نطاق هذا الشرع وللغرض الممنوحة له من أجله وهو القيام بما كلف به أو التمتع بما أتيح له التمتع به، فإذا خرج الفرد بحريته عن هذا النطاق والغرض الممنوحة له من أجله كأن صارت أداة للإضرار بالغير، منع من ذلك بأمر من الشريعة الإسلامية. هذا وإن التكليف الذي يكلف به الفرد ليقوم به بنفسه ولا يغني عنه أن يقوم به غيره هو المسمى في الشريعة الإسلامية بـ (الواجب العيني) وهو نوعان: نوع خاص بالفرد نفسه فقط وإن كان له أثر في سلوكه مع الآخرين كالصيام

(١) كما في إباحة الشريعة الإسلامية حرية التملك، ولكن في هذه الحرية والتمتع بها أنواع التكاليف غير المباشرة مثل تكليفه بأن يباشر الوسائل المشروعة في التملك دون غيرها، وإذا تملك فعليه أن يتصرف في ملكه على النحو المشروع فلا يتصرف به على نحو يضر بالغير ولا أن يستثمره فيما حرمه الله وأن يخرج ما افترضه الله عليه فيه... إلخ.

والصلاة، ونوع له صلة مباشرة بالغير كواجب الرجل بالإئفاق على زوجته، وواجبه بعدم الإضرار بغيره، وواجبه باحترام ملك الغير... إلخ.

١٠٦ - الحقيقة الثانية: ضرورة المجتمع للإنسان وبالعكس

الإنسان، كإنسان فرد، يعيش في المجتمع ولا يعيش خارجه لأنه لا يمكنه العيش خارجه فالمجتمع ضروري له فلا إنسان بدون مجتمع.. كما أن المجتمع محتاج إلى الإنسان لوجوده فلا مجتمع بدون أناسي..

١٠٧ - الحقيقة الثالثة: للإنسان كيان اجتماعي

وحيث أن الإنسان لا غنى له عن المجتمع، فإن له - مع كيانه الذاتي المستقل المتميز عن غيره - كيانه الاجتماعي الذي يستمد من عيشه داخل المجتمع وكونه عضواً فيه ويساهم في تكوينه.

١٠٨ - الحقيقة الرابعة: للمجتمع كيان مستقل عن أفراده

يكون للمجتمع كيانه المستقل المتميز عن أفراده المكونين له، باعتباره وحدة متجانسة قائمة بذاتها وإن كان كيانه القائم به قام بأعضائه المتضامين والمكونين لكيانه، فهذا لا يمنع من النظر إليه كوحدة مستقلة بذاتها أو كيان مستقل قائم بذاته بغض النظر عن العناصر المكونة له، كجسم الإنسان تنظر إليه ككيان مستقل قائم بذاته متميز عن غيره وإن قام هذا الكيان بملايين الخلايا وبآلاف الأعضاء.

١٠٩ - الحقيقة الخامسة: طبيعة خطاب الشارع للإنسان

وباعتبار أن للفرد في المجتمع كيانه الاجتماعي الخاص به بالإضافة إلى كيانه الفردي فإنه يخاطب بالخطابات الشرعية باعتباره هذا أو بصفته هذه، فيخاطب بالخطابات التي تحفظ للمجتمع مصالحه، لأن له كيانه الخاص به المتميز عن غيره

وهذا يقتضي أن تكون له مصالحه الخاصة به على هذا الأساس والاعتبار كالإنسان باعتباره كياناً قائماً بذاته، له مصلحته بهذا الاعتبار، وهي مصلحة خاصة به ومتميزة عن المصلحة الخاصة لكل عضو فيه أو لكل خلية فيه، وإن كان رعاية مصلحته باعتباره كياناً خاصاً به يعود نفع هذه المصلحة إلى سائر خلاياه وأعضائه. ومصلحة الجماعة هي المصلحة العامة التي لا اختصاص لأحد بعينه بها، فهي مصلحة مستقلة ومتميزة عن أية مصلحة للفرد خاصة به دون غيره. والمصلحة العامة للمجتمع أو للجماعة، هي التي يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية بـ (حق الله) ويعرفونه بأنه ما تعلق به نفع العامة ولا اختصاص لأحد به فالحفاظ على مصلحة الجماعة مطلوب ويتوجه به خطاب الشارع للفرد باعتباره عضواً في الجماعة ليقوم به، كما يخاطب الفرد باعتباره فرداً في عائلته بواجبه نحو عائلته باعتباره عضواً فيها، وواجبه نحوها هو ما يحفظ عليها مصالحها. . وحفظ مصالح الجماعة يعود نفعها إلى أفرادها كما يعود حفظ مصلحة جسم الإنسان باعتباره كياناً مستقلاً، إلى جميع أعضائه.

١١٠ - الحقيقة السادسة: لا تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع

وإذا كان المجتمع له مصالحه المتعلقة به باعتباره كياناً قائماً بذاته، وللأفراد مصالحهم المستقلة بكل واحد منهم باعتبار أن له كيانه المستقل به، وعلى رأس مصالحهم الحفاظ على حقوقهم، وعلى رأس حقوقهم حريتهم، أي حرية كل فرد منهم في حدود الشرع، فإن رعاية مصالح المجتمع عن طريق نظامه الاجتماعي الشرعي والذي يحقق بنفس الوقت الرعاية لحقوق الأفراد وحياتهم، لا تتعارض مع واجب الأفراد بالقيام بالحفاظ على مصالح المجتمع، كما أن هذا الواجب على الأفراد، وواجب المجتمع في رعاية حقوق الأفراد وحياتهم، لا يستلزم واحد منهما لتحقيقه تدخل الدولة في حريات الأفراد عن طريق القانون بتضييقها أو سلبها، ما دام كل منهما يقوم بواجبه نحو الآخر لأن القيام بالواجبات لا تتعارض ولا

تتصادم بل يَمْضِي كل واحد في طريقه . . ولأن التمتع بالحقوق في حدود المشروع لا يضر بحقوق الآخرين ولا يخدشها ولا ينقصها . . ألا ترى أن رعاية العين في جسم الإنسان وحفظ مصلحتها لا يتعارض مع حفظ صحة بدن الإنسان ورعاية مصلحته، فكذا ما نقوله بالنسبة لرعاية مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة .

١١١ - الحقيقة السابعة / خطاب الشارع للجماعة

وإذا كان للجماعة أو للمجتمع كيان مستقل عن أفرادها فهي مخاطبة بهذا الاعتبار بخطابات الشرع الذي يراد بها إيجاد أشياء معينة أو أمور معينة لحاجة الجميع إليها، وليس المراد بهذه الخطابات قيام كل فرد بهذه الأمور. ومضمون مثل هذه الخطابات هو الذي يسميه فقهاء الشريعة بـ (الواجب الكفائي) ويعرفونه بأنه ما طلب الشرع إيجاده في الجماعة بغض النظر عن فاعله، فالطلب متعلق بإيجاد الفعل أو الشيء المطلوب إيجاده لا بشخص فاعله، أي أن الشرع يطلب إيجاده ولا يطلب إيجاده من كل فرد. مثلاً وجوب إيجاد من يفتي الناس ويقضي بينهم هو واجب كفائي لأن الطلب منصب على وجود (المفتي) أو (القاضي) وليس المطلوب أن يكون كل فرد مفتياً أو قاضياً. ولما كانت الجماعة يمثلها وكيلها وهو من اختارته لرئاسة الدولة وهو (الخليفة) فعلى هذا النائب أن يعمل على إيجاد مضامين (الواجبات الكفائية) في المجتمع، كمن يقوم بالزراعة وسائر الحرف والصنائع التي يحتاجها المجتمع، فإذا لم يقم بها الأفراد من تلقاء أنفسهم سعى (الخليفة) إلى إيجاد من يقوم بها.

١١٢ - الخصيصة الثامنة / مصالح الأفراد والجماعة متفقة وليست متنافرة

إن مصالح الأفراد ومصالح الجماعة مرتبطة بعضها مع بعضها ومنسجمة ومتألّفة ومتضامنة لتحقيق مصالح الإثنين، وعلى هذا الأساس وضعت أحكام

الشرعية الإسلامية، وإن أي تناقض قد يبدو للبعض بين مصالح الطرفين مرده الخلل في النظرة إليهما وليس الخلل في هذه المصالح للطرفين، لأن مصالح الطرفين كمصلحة الصحة التامة للإنسان تتأتى من رعاية كل عضو وخلية فيه بما يحفظ لكل منهما كماله وعافيته، مع رعاية البدن كله، والتفريط بما يلزم لصحة وعافية البدن ينسحب إثر هذا التفريط إلى أعضائه وخلاياه كلها.

١١٣ - الحقيقة التاسعة / المصالح مختلفة من حيث أهميتها

إن مصالح الأفراد ليست واحدة من حيث الأهمية، وكذلك القول بالنسبة لمصالح الجماعة، فإذا تزاхمت المصالح ولم يكن بالمستطاع رعاية الجميع، وجب تقديم الأهم على المهم، وهذا التقديم أمر يقضي به الشرع ويسير عليه الناس بفطرتهم، فليس حفظ النفس ورعايتها مثل مصلحة قص الأظافر مثلاً، وحفظ حياة الإنسان أولى من التفريط بها رعاية لبقاء عضو فيه تعين قطعه إبقاء لحياة الإنسان.

وبهذا النهج السديد تجري ترجيحات الشريعة بين المصالح المختلفة، فترجح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد لأنها أهم من مصلحة الفرد كما في حجر القادم من بلد موبوء حتى تثبت سلامته من المرض، وترجح مصلحة الجماعة الأكثر أهمية على المصلحة الأقل أهمية، فيجب إنفاق أموالها على متطلبات الدفاع عن إقليمها ضد عدو متربص بها على إنفاق مالها على إنشاء الحدائق والنوادي مثلاً. وترجح الحجر على السفينة رعاية لمصلحته في حفظ أمواله من الضياع على مصلحته في بقاء تمتعه بحرية تعاقدته مع الآخرين وهكذا.

١١٤ - الحقيقة العاشرة / سلطان الإرادة

من خصائص الإنسان، التي تقرها الشريعة، إن له إرادة تختار، وهي مناط تكليفه، وقد أشار إليه كتاب الله العزيز في أكثر من آية قال تعالى: ﴿إِنَّ هُوَ إِلَّا ذِكْرٌ

لِّلْعَالَمِينَ ﴿٢٧﴾ لِمَنْ شَاءَ مِنْكُمْ أَنْ يَسْتَقِيمَ ﴿٢٨﴾ ﴿١﴾ وَ ﴿قُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ ﴿٢﴾ ﴿لِمَنْ شَاءَ مِنْكُمْ أَنْ يَتَقَدَّمَ أَوْ يَتَأَخَّرَ﴾ ﴿٢٧﴾ ﴿٣﴾ ﴿مِنْكُمْ مَّنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَمِنْكُمْ مَّنْ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾ ﴿٤﴾ واستعمال الإنسان إرادته يعني حريته فيما يختاره. والإنسان كفرد في المجتمع يتمتع بهذه الحرية - حرية الإرادة التي تختار، وهي ضرورية له ولا يمكن أن يستغني عنها لحاجته إلى ما يختاره من نوع العلاقات مع غيره نظراً لعيشه في المجتمع. وهو بالتمتع بهذه الحرية - حرية ما تختاره إرادته - يساوي غيره ولا يفضل عليه بشيء، فالجميع متساوون بهذه الحرية. ومن مظاهرها حريته في التعاقد مع غيره، وإنشاء التصرفات القانونية المختلفة، وهي من الأمور التي أباحها له الشريعة الإسلامية. ولكن هل له أن ينشئ من العقود أو التصرفات القانونية ما يشاء دون تقييد بما نصت عليه الشريعة الإسلامية من عقود مباحة، أم هو مقيد بهذه العقود فلا يستطيع أن يباشر غيرها؟ وإذا باشر ماله من حق في إنشائه من العقود أو التصرفات القانونية فهل له أن يعدل في آثارها المقررة لها شرعاً بما يشترطه من شروط في العقود والتصرفات التي ينشئها، إذا كان من شأن هذه الشروط تعديل هذه الآثار بالزيادة أو النقصان؟ إن الجواب على هذين السؤالين يحدد موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ (سلطان الإرادة) أي من جهة مدى ما يتمتع به الإنسان من الحرية في إنشاء العقود وسائر التصرفات القانونية وحرية فيما يشترطه من شروط فيها تعدل آثارها بالزيادة أو بالنقصان لمصلحة هذا الطرف أو ذلك. والحقيقة أن فقهاء الشريعة ليسوا على اتفاق في تحديد نطاق (سلطان الإرادة) للإنسان، وأعني به النطاق الذي تقره الشريعة الإسلامية وتسمح به للإنسان، ولهذا صار هؤلاء الفقهاء ثلاث طوائف فمنهم المضيقون ومنهم الموسعون، ومنهم المتوسطون ونوجز رأي كل طائفة منهم مع بيان الراجح منها.

(١) سورة التكوين، الآية ٢٨.

(٢) سورة الكهف، الآية ٢٩.

(٣) سورة المدثر، الآية ٣٧.

(٤) سورة آل عمران، الآية ١٥٢.

١١٥ - المضيقون لسلطان الإرادة

وهؤلاء يقيدون إرادة الإنسان ويضيقون عليها حرية الاختيار في مجال إنشاء العقود والشروط. فقد أصلوا أصلاً وقعدوا قاعدة وهي: تحريم كل عقد أو شرط إلا ما ورد الشرع الإسلامي بإجازته، وهؤلاء هم فقهاء المذهب الظاهري (فلم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه)^(١) فأرادة الإنسان، على هذا الرأي، لا تملك إنشاء أي عقد ولا أن تشترط أي شرط إلا ما نص الشرع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاءه، وإن فعلته كان باطلاً.

١١٦ - حجة المضيقين

احتج المضيقون، بجملة أدلة (منها) إن إنشاء العقود والشروط المقترنة بها التي لم تأت بها الشريعة الإسلامية تكون من باب التعدي لحدود الله والزيادة في دينه وهذا لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ ومع كمال الدين لا يجوز الزيادة عليه بإنشاء عقود أو شروط لم تأت فيه^(٣) (ومنها) واحتجوا أيضاً بقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» ومن يعقد عقداً أو شرطاً لم يرد به نص شرعي يكون خارجاً عن أمر الشرع فيكون باطلاً^(٤) وفي حديث نبوي شريف ورد فيه: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله تعالى أحق وأوثق»^(٥)، قالوا: فهذا

(١) فتاوى ابن تيمية، طبعة فرج الله كردي، ج ٣ ص ٣٢٣.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٦، والآية الأولى من سورة البقرة ورقمها (٢٢٩) والآية الثانية في سورة المائدة ورقمها ٣.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ٥ ص ٣٢.

(٤) تيسير الوصول إلى أحاديث الرسول ﷺ ج ١ ص ٦٥.

حديث شريف وهو صريح في تأييد ما ذهبنا إليه، فكل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في إجماع فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه وتقتصر عنه إرادة الإنسان^(١).

١١٧ - رأي الموسعين لسلطان الإرادة

وأصحاب هذا الرأي فريق من فقهاء الحنابلة، وعلى رأسهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية وهؤلاء يطلقون إرادة الإنسان في العقود والشروط المقترنة بها لا كما يفعل فقهاء المذهب الظاهري، والأصل عند هؤلاء الموسعين في العقود والشروط هو: الصحة والجواز. فلا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص في الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر^(٢) فالموسعون يختلفون مع المضيقين اختلافاً جوهرياً وأساسياً، لأنهم لا يشترطون النص على إباحة العقد أو الشرط كما يشترط المضيقون، وإنما يشترطون فقط عدم وجود النص المحرم للعقد أو الشرط، فإن لم يوجد هذا النص المحرم، جاز هذا العقد أو الشرط بإرادة الإنسان واختياره، وإن وجد بطل الشرط أو العقد، وعلى هذا الأساس أبطلوا الشرط بجعل الولاء لغير المعتقد لمخالفة هذا الشرط للحديث النبوي الصحيح الذي جاء فيه «الولاء لمن أعتق»^(٣) وكذلك قالوا بعدم جواز الجمع بين صفتين، أي بين عقدين، أي بين عقد وشرط إنشاء عقد آخر معه، كإنشاء عقد القرض بشرط أن يشتري المقرض من المقرض شيئاً معيناً بثمن معين^(٤). كما لا يجوز البيع بشرط التسليف لورود النص بالنهي عن ذلك^(٥). وما عدا ذلك - أي ما

(١) فتاوى ابن تيمية، المرجع السابق ج ٣ ص ٣٢٥.

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها، ونظرية العقد لابن تيمية ص ١٥ - ١٦.

(٣) تيسير الوصول لابن البديع الشيباني، المرجع السابق، ج ١ ص ٦٥.

(٤) كشف القناع في فقه الحنابلة ج ٣ ص ٦٤.

(٥) فقد جاء في تيسير الوصول ج ١ ص ٦٣: وعن مالك رحمه الله أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف وتفسير ذلك، كما قال مالك، أن يقول الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا =

لم يرد النص بالنهي عنه - يجوز للعاقد اشتراطه، وللعاقد الآخر قبوله كأن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها، فإذا أخل بالشرط كان لها أن تفسخ عقد النكاح. وكذا يجوز للبائع أن يشترط انتفاعه بالمبيع مدة معينة كسكن الدار المبيعة لمدة سنة كما ذكر ابن القيم في كتابه القيم أعلام الموقعين. ويمكن الاستدلال لقول ابن القيم بحديث شراء النبي ﷺ حملاً من جابر واستثنى حملانه إلى المدينة أي استثنى الحمل عليه إلى المدينة، ذكر هذا الحديث الشوكاني في نيل الأوطار^(١).

١١٨ - أدلة رأي الموسعين

استدل الموسعون بجملة أدلة نذكر أهمها فيما يلي^(٢):

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿وَءَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا ءَآيَمَنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا...﴾^(٤) ﴿وَءَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ ءَآلَ الْعَهْدِ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥) وهذه الآيات الكريمة دلت بوضوح على أن الله سبحانه وتعالى يأمرنا بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك يأمرنا بالوفاء بالعهد، وبعهد الله، ويدخل في ذلك ما عقده أو يعقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله تعالى قد أمر بنفس المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع، وإنما أمر به إذا وقع هذا العهد. والسنة النبوية قد نهت عن الغدر وعدم الوفاء بالعهد من ذلك الحديث الشريف في خصال المنافق ومنها: «إذا عاهد غدر» وفي حديث آخر «أحق الشروط

= وكذا على أن تسلفني كذا وكذا. فإذا انعقد بيعهما على هذا فهو غير جائز).

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٧٨.

(٢) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٣٩٥ وما بعدها.

(٣) سورة المائدة، الآية ١.

(٤) سورة النحل، الآية ٩١.

(٥) سورة الإسراء، الآية ٣٤.

أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» فدل هذا الحديث النبوي الشريف على استحقاق الشروط الوفاء بها، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها. فيدخل في مضمون هذه الأحاديث ذم الذي لا يفي بعهده أو شرطه. ومن هذا كله يتضح أن الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة يأمران بالوفاء بالعهود، والشروط والمواثيق والعقود وينهيان عن نقضها وعدم الوفاء بها - فلو كان الأصل في العقود والشروط الحظر والحرمة إلا ما أباحه الشرع لم يجوز أن يأمر بالوفاء بها مطلقاً ويذم من نقضها أو ينقضها، ومن غدر بها أو بقدر منها، مطلقاً. وهذا واضح، فكما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه التحريم إلا ما أباحه الشارع الحكيم أو أوجه لم يأت في الشريعة الإسلامية الأمر بقتل النفوس ويحمل هذا الأمر على القدر المباح من القتل، بخلاف ما كان جنسه واجباً فإنه يأمر به الشرع مطلقاً وإن كان منه ما لا يجوز لتخلف بعض شروطه، كالصلاة مثلاً يؤمر بها مطلقاً وإن كان هناك بعض أشكال الصلاة نهي عنها كالصلاة بغير طهارة، وكذلك الصدق يؤمر به وإن كان يحرم أحياناً لمانع فيجب السكوت أو التعريض. وعلى هذا إذا جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعقود والشروط كان معنى ذلك أن الأصل فيهما هو: صحة العقود والشروط.

الدليل الثاني: في الحديث النبوي الشريف «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

الدليل الثالث: احتجاج المضيقين بالحديث النبوي الشريف (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل. . إلخ) فهذا البطلان إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط مما حرمه الله بأن يكون المشروط مما حرمه الله، وأما إذا لم يكن المشروط مما حرمه الله سبحانه وتعالى فلا يكون مخالفاً لكتاب الله وشرطه ولا يقال كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق. فيكون، إذن، معنى هذا الحديث: من اشترط شيئاً ليس في حكم الله أو ليس في كتابه فهو باطل لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب الشرط. والشرع أوجب الوفاء

بالشروط عموماً، ووجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة إلا إذا قام الدليل الخاص على تحريم شرط معين، وعلى هذا يكون اشتراط العاقد شرطاً لم يحرمه الشارع بخصوصه شرطاً مباحاً، دل على إباحته عموم الكتاب فيكون هذا الشرط في كتاب الله بهذا الاعتبار، فلا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب.

الدليل الرابع: العقود والشروط من الأمور العادية التي تجري بها عادات الناس لاحتياجهم إليها، والأصل فيها عدم التحريم حتى يدل الدليل على التحريم. وإذا لم تكن حراماً كانت مباحة، والمباح يجوز فعله ولا يحرم.

الدليل الخامس: العقود في المعاملات، وما يقترن بها من شروط، من الأفعال العادية التي يفعلها المسلم وغير المسلم، فليست هي من العبادات التي تحتاج إلى شرع خاص بها، فتكون على الإباحة إلا إذا ورد النص بتحريم عقد معين أو شرط معين.

الدليل السادس: الأصل في العقود التراضي، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١) فلم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة فإذا كان الأمر كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان ثبت جواز وحل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر وكعقود الربا ونحو ذلك.

١١٩ - رأي المتوسطين

وهؤلاء يتوسطون بين المضيقين والموسعين، فلا يشترطون لإباحة العقد أو الشرط ورود نص خاصاً بالإباحة كما اشترط المضيقون، ولا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة كما ذهب إليه الموسعون، بل يميلون إلى أن الأصل في العقود والشروط التحريم واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء. ومن هؤلاء

(١) سورة النساء، الآية ٢٩.

فقهاء المذهب الحنفي، ولهم في الشروط وما يصح منها وما يبطل تقسيم مضبوط نرى من المفيد ذكره بصورة مجملة وموجزة فالشرط عندهم إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً - ولكل حكمه كما يلي:

أ - الشرط الصحيح وهو ما كان موافقاً لمقتضى العقد كما لو شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلمه المبيع . أو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط البائع أن يقدم المشتري كفيلاً بالثمن إذا كان مؤجلاً . أو كان الشرط مأذوناً به من قبل الشرع وهو ما ورد به نص خاص كشرط الخيار، وشرط خيار الرؤية، أو كان الشرط مما جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع تعهد إصلاح ما اشتراه مدة معينة إذا جرى العرف بذلك كما لو اشترى ساعة أو سيارة وكان العرف يقضي باعتبار هذا الشرط أي شرط تصليحها لمدة معينة .

ب - الشرط الفاسد: وهو ما لم يكن واحداً من أنواع الشرط الصحيح التي مر ذكرها، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن يسكنها مدة سنة مجاناً . وهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، ويكون لغواً في العقود الأخرى فلا يبطلها كعقود التبرعات والتوثيقات والنكاح . والعلة في هذا التفريق أن عقود المعاوضات يقصد بها التعادل بين الطرفين ولهذا يشترط كل منهما ما يراه من الشروط محققاً هذا المقصود، فإذا فات الشرط اختل التعادل المقصود فيفوت الرضا بالعقد، والرضا أساس صحة العقد، فيفسد . أما في العقود الأخرى فليس فيها معاوضة مالية تستلزم التعادل حتى نخشى فوات هذا التعادل إذا ألغينا الشرط وصححنا العقد .

ج - الشرط الباطل: وهو ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن لا يسكنها، أو يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن لا يزرعها . وحكم هذا الشرط أنه لغو فيبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً .

١٢٠ - القول الراجح

والراجح هو قول الموسعين، فالإنسان يتمتع بإرادة حرة واسعة، وذلك للأدلة التي احتج بها الموسعون. وعلى ذلك يمكن القول إن موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ سلطان الإرادة، هو تمتع الأفراد بإرادة ذات سلطان واسع في إنشاء العقود والشروط المقترن بها. ولكن يجب أن يعرف أن هذه الإرادة يشترط فيها أن لا تخالف ما هو محظور شرعاً، فلا تملك إنشاء عقد موضوعه حرام، ولا عقداً جاء الشرع بتحريمه كعقد الربا، ولا مباشرة عقد بأصله حلال وجائز ولكنه ذريعة ووسيلة إلى الإضرار بالغير كالمشاركات الاحتكارية التي القصد منها احتكار ما يشتري من مواد أو سلع واحتكار بيعها بالأسعار الفاحشة فإذا قلنا بأن ما يتمتع به الفرد من سلطان الإرادة، هو سلطان واسع، فهذا لا يعني أن هذه السعة في إرادة الفرد من جهة حريتها في اختيار العقود والشروط هي بقدر سعتها حسب رأي أصحاب المذهب الفردي في القوانين الوضعية لاختلاف الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في تحريم أشياء لا تحرمها القوانين الوضعية، وفي رعاية الشريعة للأخلاق بقدر كبير جداً أكبر من رعاية القوانين الوضعية لها.

١٢١ - الحقيقة الحادية عشرة / رعاية المصالح على أساس رعاية الأخلاق

إن رعاية مصلحة الفرد والمجتمع تقوم على أساس ثابت ومتمين من رعاية الأخلاق الفاضلة الحميدة ومن المثل العليا التي تحرص الشريعة الإسلامية على بناء المجتمع عليها كما تحرص الشريعة على تنظيم علاقات الأفراد وحفظ مصالحهم ومصالح المجتمع على أساس هذه الأخلاق والمثل العليا. فلا يرضي الشريعة، وليس من قواعد تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع على أساس من الرذيلة وإن رضي المجتمع بذلك وأمكن قيام المجتمع المستقر على هذا الأساس، كما ليس مما يرضي الشريعة، وليس من قواعد وأحكامها أن تقوم هي أو يقوم الأفراد

بتنظيم علاقاتهم فيما بينهم على أساس من الفحش والمنكرات ورذائل الأخلاق وإن رضوا بذلك وزعموا أن ذلك هو ما يحقق مصالحهم.. والسبب في ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تنظم أحوال الأفراد والمجتمع كما هي قائمة وموجودة فعلاً ولكن تنظمه كما تريد هي أن تنظمه وفق ما تضعه من قواعد وأحكام يبلغ بها المجتمع والأفراد مستوى رفيعاً من الرقي الحقيقي القائم على الخلق الكريم والمثل العليا الفاضلة وعلى أساس هذا المستوى الذي تريد إبلاغ الأفراد والمجتمع إليه تقرر مصالح الطرفين وتقرر سبل رعايتها. وهي إن عجزت عن بلوغ هدفها هذا لانحطاط مستوى الأفراد والجماعة وضعفهم وعدم قدرتهم على الارتفاع إلى هذا المستوى، فالشريعة لا تسهم في بقائهم في هذا المستوى الهابط ولا تقرر بقاءهم فيه ولا مصالحهم وحقوقهم على أساسه، وإن بقيت أحكامها وقواعدها بدون تنفيذ من قبل المخاطبين بها: وهم الأفراد والجماعة.

١٢٢ - ما يستخلص من نظرة الشريعة إلى الفرد والمجتمع

وفي ضوء الحقائق التي ذكرناها، وعلى أساسها تقوم نظرة الشريعة الإسلامية إلى الفرد والمجتمع، نستطيع أن نستخلص من نظرتها هذه إلى الفرد والمجتمع بأن الشريعة الإسلامية لم تعتبر إحدى النزعتين: الفردية أو الاجتماعية - أي المذهب الفردي والاجتماعي - بأنها وحدها فقط دون غيرها هي المنهج السديد لتنظيم العلاقات الاجتماعية وحفظ حقوق ومصالح الأفراد والمجتمع، وإنما نظرت واعتبرت بحق هاتين النزعتين كعنصرين متكاملين لنهج سديد لتنظيم علاقات الأفراد وتحديد نطاق القانون في هذا التنظيم وفي إقامة النظام الاجتماعي. وهذا هو المنهج الصحيح الذي يشهد له الواقع من خلال التنظيمات القانونية المختلفة التي أخذ بعضها بالمذهب الفردي بإطلاق. وبعضها أخذ بالمذهب الاجتماعي بإطلاق وكان مآل ذلك أن رجعت هذه التنظيمات عن نهجها في التنظيم وغلوها فيه واتجهت إلى الجمع بينه وبين المذهب الآخر في التنظيم على اختلاف فيما بينها في نصيب كل من هذين المذهبين في هذا الجمع فيما بينهما. والشريعة لم تمر بهذه

التجربة، فهي منذ أن ظهرت كانت تنظر إلى هاتين النزعتين من خلال ما قدمناه من الحقائق ومن ثم أخذت بالنزعتين دون اقتصار على إحداهما مع ترجيح لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وترجيح لبعض مصالح الفرد على مصالحه الأخرى على أساس قاعدة تقديم الأهم على المهم مع مناصرة للطرف الضعيف من المتعاقدين كما تقضي به قواعد العدالة والخلق الرفيع دون ترك هذا الطرف الضعيف وحيداً أمام المتعاقد الآخر القوي بحجة تساويهما في الحرية وسلطان الإرادة. وبهذا كله أمكن تحقيق وحفظ مصالح الأفراد والمجتمع الحقيقية. وصار موقف الشريعة الإسلامية من حقوق ومصالح الطرفين: الأفراد والمجتمع، موقف (الحارس الأمين) مع رقابة حازمة وتوجيه حكيم وملزم للطرفين في منهجها ونزعتها في تحقيق مصالحهما، وبهذا أوقفت الشريعة (الحرية الفردية) عند حدودها ولم تسمح لها بالجموح إلى حد الإضرار بالمجتمع وتسلط الفرد القوي على الفرد الضعيف وهضم حقوقه بحجة تساويهما بالحرية وحرية الاختيار وسلطان الإرادة. كما لم تسمح الشريعة الإسلامية للمجتمع بالتسلط على الأفراد أو السطو على حقوقهم وعلى رأسها (الحرية) بحجة مصلحة المجتمع. وبهذا الموقف الرشيد الصحيح للشريعة الإسلامية من هاتين النزعتين أمكن تحقيق وحفظ مصالح الأفراد والمجتمع الحقيقية كما قلنا.

١٢٣ - أمثلة على أخذ الشريعة بالنزعتين وترجيحاتها بين المصالح

نذكر فيما يلي بعض الأمثلة على أخذ الشريعة الإسلامية بالنزعتين الفردية والاجتماعية فيما يتعلق بمصالح الأفراد أو بمصالح المجتمع، وترجيحات الشريعة بين هذه المصالح، سواء كانت ترجيحات بين مصالح الأفراد فيما بينهم، أو بين مصالح الفرد فيما يخص نفسه، أو بين مصالح الجماعة ومصالح الأفراد، أو بين مصالح الجماعة نفسها، كل ذلك تطبيقاً لما ذكرناه من الحقائق التي اعتبرتها الشريعة الإسلامية بصدد مصالح الأفراد والمجتمع وحقوقهما.

١٢٤ - أولاً: في مجال حقوق الأفراد ومصالحهم: حرية العمل

مما تؤكد عليه الشريعة الإسلامية وتحافظ عليه حق الأفراد (في الحرية) ومن مظاهرها الحرية الاقتصادية، ومنها حرية الفرد في اختيار العمل الذي يهواه وممارسة النشاط الاقتصادي الذي يريده ما دام العمل مشروعاً. فلا يحق للدولة، عن طريق ما تضعه من قواعد قانونية، التدخل في حق الأفراد في اختيار نوع العمل الذي يباشرونه ما دام العمل مشروعاً، فتختار هي نوع العمل للأفراد وتمنعهم من ممارسة غيره من الأعمال. فالنزعة الفردية، ظاهرة في الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وفي الأخذ بها خير للفرد وللجماعة، لأن فيها إنماء لمواهبه بمباشرة العمل الذي يهواه، فيكثر إنتاجه فيه وإجادته له، وفي هذا خير له وللجماعة. كما أن في تدخل الدولة في هذا المجال إهداراً لآدميته وكرامته، فالإنسان ليس حيواناً يسيره الغير حسب هواه ويوجهه في العمل الذي يريده. إن خصيصة (الاختيار) هي ما تميز الإنسان عن الحيوان ومن لوازم ونتائج حق الفرد في حرية اختيار العمل الذي يهواه، حقه في التمتع بثمرات عمله وكسبه، فلا يجوز للدولة أن تسطو على كسبه وثمره عمله، فإن في فعلها هذا تشييطاً لنشاط الفرد وتقليلاً لإنتاجه وفي ذلك ضرر عليه وعلى الجماعة. نعم يطالب الفرد بإخراج ما يجب عليه فيما يقع في يده من مال هو ثمرة كسبه وحصيلته جهده، ومطالبته بهذا شيء ومصادرة ثمرة عمله شيء آخر. كما أن من لوازم حريته في العمل حريته في المنافسة المشروعة بين غيره من العاملين ما دامت هذه المنافسة في حدود الشرع وفي حدود متطلبات الأخلاق، فلا يجوز للدولة منع ذلك، لأن عليها أن تفسح المجال للمجتهدين النشيطين أن يعملوا فيما اختاروه من أعمال وينشطوا فيه وينافسوا غيرهم في تجويده لا أن تقيدهم فتجعلهم زاهدين في العمل مساوين غيرهم من الكسالى والعاطلين والخاملين. كما أن من لوازم حرية الأفراد في اختيار العمل أن يكون لهم الحق في تركه بصورة دائمة أو مؤقتة، وهذا هو الأصل في حقهم في ترك العمل ويرد عليه قيد واحد يرد على جميع الحقوق في الشريعة الإسلامية وهو: «عدم الإضرار بالغير باستعمال الحق» سواء كان هذا الإضرار عمداً باستعمال الحق

لغرض الإضرار بالغير، أو لم يكن عمدياً وإنما ترتب على استعمال الحق وإن لم يقصد المستعمل لحقه الإضرار بالغير. وعلى هذا الأساس يجوز لولي الأمر حمل أرباب العمل من أصحاب الحرف والصناعات على ممارسة أعمالهم بأجر المثل إذا امتنعوا عنها وكان بالناس حاجة إليها، وعلى هذا الأساس أيضاً يمكن القول بعدم جواز (الإضراب) كوسيلة من وسائل المضربين عن العمل للحصول على حقوقهم كإضراب العمال عن أعمالهم التي يتعلق بها النفع العام لاحتياج الناس إليها، وكإضراب الموظفين ونحو ذلك وإنما يجب اللجوء إلى الجهات المختصة في الدولة لرفع المظلمة عن مريدي الإضراب وإعطائهم حقوقهم إن ثبتت أنها لهم ويستحقونها.

١٢٥ - ثانياً: حرية التملك وحق الملكية

للأفراد حرية التملك وبالتالي يكون لهم حق الملكية والاختصاص بموضوع هذا الحق. وحق الملكية ثابت وتعترف به الشريعة الإسلامية وتحميه وتضع التزاماً عاماً على الكافة بعدم التعرض له بسوء، وترتب جزاء على من يخل بهذا الالتزام مثل عقوبة السرقة، والتعويض. والشرط في حرية التملك وصيرورة الفرد (مالكاً) وجود الشرعية في وسيلة التملك وفي موضوع الملكية ولا يهم بعد ذلك كون وسيلة التملك عملاً أو عقداً أو صيداً أو ميراثاً. سواء كان المملوك منقولاً أو عقاراً أرضاً زراعية أو غيرها من وسائل الإنتاج أو وسائل الاستهلاك كثيراً أو قليلاً، فالشعار في الشريعة الإسلامية بشأن الملكية: الشرعية وليست النوعية والكمية. وعلى هذا فالشريعة تحمي الأراض الواسعة إذا كانت مملوكة بطريق مشروع ولا تحمي شبراً من أرض إذا كان صاحبها قد غصبها وتملكها بطريق غير مشروع. وبناء على ذلك لا يجوز في الشريعة الإسلامية تدخل الدولة في حرية التملك أو في حق الملكية بعد وجودها، فتمنع تملك ما تبيح الشريعة تملكه ولا أن تصدر الدولة ما زاد على حد محدود من ملكية مال معين كالأراضي الزراعية أو تمنع تملك ما زاد على هذا الحد المحدود ابتداء. ولا يرد على حق الملكية وحق المالك في استعمال

ما يملك هو التصرف فيه إلا قيد واحد هو عدم الإضرار بالغير باستعمال حق الملكية، فما أساس هذا القيد وما نطاقه؟

١٢٦ - قيد عدم الإضرار بالغير

وأساس هذا القيد حديث رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) فلا يجوز لأحد أن يضر غيره ولو كان باستعمال حق له، وسواء كان الغير فرداً أو جماعة، لأن لكل إنسان حق السلامة من إضرار الغير به، فعلى مستعمل حقه فيما يملكه ملاحظة ورعاية حق الغير بالسلامة من الضرر، ولأن الحرية الممنوحة للمالك في استعمال حقه يجب أن تكون منسجمة مع مقصد الشريعة وهو عدم التسبب في إضرار الغير، وبناء على هذا القيد، يمنع المالك من التصرف بملكه على نحو يضر غيره، فلا يجوز لأحد أن يبني في داره جداراً عالياً يسد الضياء عن دار جاره بالكلية، ولا يجوز له أن ينشئ مدبغة في داره أو ينصب فيها ماكينة ضخمة تهز جدران جاره فتوهنها ولا أن يحفر بالوعة ملاصقة لجدار جاره. فكل هذه الاستعمالات يمنع منها ديانة وقضاء وكذلك يمنع صاحب الحق من استعمال حقه على نحو لا ينتفع به ويمنع غيره من الانتفاع به ويلحق به الضرر، وهذا هو أساس نظرية (التعسف في استعمال الحق) وقد طبقت في تاريخنا الإسلامي، طبقها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة مع الضحاك بن خليفة، خلاصة القضية أن محمد بن مسلمة منع إمرار الماء من أرضه لإيصاله إلى أرض جاره الضحاك بن خليفة. محتجاً بأنه حر في ذلك لأنه هو مالك الأرض ومن حقه أن لا يسمح بإمرار الماء فيها. فقال له عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، أي إمرار الماء - وهو لك نافع تسقي به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك؟ فقال له محمد: لا أسمح بذلك فقال له عمر رضي الله عنه: والله ليمرن به - أي الماء - ولو على بطنك وأمر عمر بإمرار الماء^(٢).

(١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٢.

(٢) موطأ الإمام مالك ج ٤ ص ٣٤، الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٢٦.

١٢٦ - (مكرر):

وبناء على قيد منع الإضرار بالغير جاز للدولة التدخل في أسعار السلع بتحديد ثمن عادل لها. إذا غالى أصحابها في أسعارها دفعاً لضرر المغالاة عن الناس، وحق ولي الأمر بإجبار المحتكر على بيع أمواله التي احتكرها بثمن المثل دفعاً للضرر عن الناس ولأن المحتكر مخطيء كما جاء في حديث رسول الله ﷺ. فتدخل الدولة في هذه الحالات وأمثالها جاء على سبيل الاستثناء وليست هي الأصل في تنظيم تصرفات الأفراد في علاقاتهم مع الآخرين.

١٢٧ - ثالثاً: تدخل الدولة لحماية الضعيف

قلنا إن الفرد في المجتمع يتمتع بالحرية، وإن لحرية هذه سلطاناً واسعاً في عقد العقود وإيقاع مختلف التصرفات القانونية. ولكن إذا كان أحد المتعاقدين ضعيفاً لجهله بما يباشره من تصرفات فإن الشريعة تجيز فسخ التصرفات الضارة به وإن كان قد أنشأها باختياره وبإرادته الحرة، ومن أمثلة ذلك ما يعرف بـ (بيع المسترسل) فإذا كان المشتري مسترسلاً - وهو الجاهل بقيمة المبيع - لم يجز للبائع أن يغبنه غبناً يخرج عن العادة، بل عليه أن يبيعه بالقيمة المعتادة أو قريب منها. فإن غبنه غبناً فاحشاً فللمشتري الخيار في فسخ البيع أو إفضائه وعدم فسخه فقد روي في بعض الأخبار في السنة النبوية (غبن المسترسل رباً) وقدر الغبن الفاحش الذي يجوز به فسخ البيع بالثلث أي بثلث قيمة المبيع وبعضهم قدره بالسدس، وهكذا كل من كان جاهلاً بالقيمة لا يجوز تقريره والتدليس عليه مثل أن يسام المبيع عليه سوماً كثيراً خارجاً عن العادة بل يباع البيع المعروف^(١) وكذلك من اضطر إلى طعام غيره أو مائه وهذا الغير غير محتاج إليه، والمضطر محتاج إليه فعلى صاحب الطعام أو الماء أن يقدمه له بثمن المثل وليس بالثمن الذي يريده

(١) المرجع السابق ص ١٩١.

مستغلاً حاجة المضطر^(١) ويمكن أن يقال قياساً على ما قالوه، إن أجور العمال الذين تستخدمهم المصانع الكبرى يتحدد بأجر المثل كما تقرره قواعد العدالة، وليس ما تتفق عليه إدارات هذه المصانع مع العمال، لضعف موقف العمال نظراً لحاجتهم إلى العمل من أجل لقمة العيش.

بل إن الدولة تتدخل لحماية الضعيف والمحافظة على مصلحته إذا تعرضت مصلحته للخطر أو للضياع، فالشريعة تجيز الحجر على السفينة حفاظاً لماله ورعاية لهذا الحفظ الذي في مصلحته وترجيحاً لهذه المصلحة على مصلحة بقاء حريته في إنشاء التصرفات، ووجه الترجيح أن حفظ أمواله أهم من إبقاء حريته في اتباع التصرفات المختلفة.

١٢٨ - رابعاً: تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة

المصلحة العامة، هي مصلحة الجماعة، والمصلحة الخاصة هي مصلحة الفرد، والحق إما أن يحقق مصلحة عامة، وهذا هو حق الله، وإما أن يحقق مصلحة خاصة وهذا هو حق الفرد. وقالوا في تعريف حق الله (هو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه)^(٢) والقاعدة عند الفقهاء أن ما تتحقق به مصلحة عامة يقدم على ما تتحقق به مصلحة خاصة، وفي هذا يقول الفقيه الشاطبي (لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة)^(٣) وتطبيقاً لهذه القاعدة جاز لولي الأمر تسعير المواد الضرورية بضمن المثل إذا غالى أصحابها في أثمانها، وجاز لولي الأمر إجبار المحتكر على بيع ما احتكره بضمن المثل تحقيقاً للمصلحة العامة التي هي مصلحة الجماعة وترجيحاً لها على مصلحة صاحب المال المحتكر.

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٧٩.

(٢) شرح التلويح على التوضيح للفتازاني ج ١ ص ١٥١.

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٥٧.

وجاز أيضاً رمي الكفار المترسين بأسرى العدو لتخليص بلد إسلامي يحاصره هؤلاء الكفار وإن أدى رميهم إلى قتل بعض الأسرى، ويقول الإمام الغزالي في جواز هذا الرمي (ونحن نعلم أن الشرع يؤثر الكلي على الجزئي، فإن حفظ أهل الإسلام من اصطلام الكفار أهم في مقصود الشرع من حفظ دم مسلم واحد)^(١) ومن الواضح أن جواز ذلك إذا تعين رميهم لتخليص البلد من استيلاء الكفار عليه وقتلهم أهله من المسلمين. فترجح مصلحته على مصلحة حياة مسلم أو بعض المسلمين الذين اتخذهم العدو دروعاً وقائية له.

١٢٩ - خامساً: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

دفع الضرر الخاص مصلحة خاصة، ودفع الضرر العام مصلحة عامة، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة كما قلنا، فيدفع الضرر العام ولو بتحمل الضرر الخاص. ومن تطبيقات هذه القاعدة: هدم البيت الذي شب فيه حريق لئلا يسري حريقه إلى البيوت المجاورة، وهدم الجدار المائل على الطريق العام وحجر القادمين من بلد موبوء حتى تثبت سلامتهم من هذا الوباء، وإن كان في حجرهم بعض الوقت ضرر عليهم ولكنه لغرض دفع الضرر عن المجتمع وهو ضرر عام وهو حصول العدوى إذا لم نتأكد من سلامتهم من المرض بالحجر عليهم. ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضاً كسر السداد لتخليص البلاد من الغرق وإن أدى ذلك إلى غرق بعض الأملاك الخاصة. ومن تطبيقاتها أيضاً استملاك العقارات الخاصة لتوسعة طريق عام.

١٣٠ - سادساً: الضرر الأشد يدفع بتحمل الضرر الأخف

وهذه القاعدة تطبق فيما بين الأفراد، وفيما بين الأفراد والجماعة باعتبار أن

(١) المستصفى للغزالي ج ١ ص ٣٠٣.

ضرر الجماعة هو الضرر الأشد وأن الضرر الأخف هو ضرر الفرد. ومن تطبيقات هذه القاعدة: تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار المشفوع فيه بقيمته ولا يكلف بقلعه: ^(١) ومن تطبيقاتها حبس المدين المليء المماطل. (ومنها) توريث مطلقة الفار في مرض الموت رداً لقصده السيء ودفعاً لضرر المرأة بحرمانها من الميراث وهو الضرر الأشد، وأما إشراكها في الميراث فهو ضرر لبقية الورثة لتتقيص حصصهم من الإرث وهو ضرر أخف.

١٣١ - الخلاصة في النزعتين في الشريعة الإسلامية

والخلاصة فإن النزعتين الفردية والاجتماعية موجودتان في الشريعة الإسلامية، وكان أخذها بهذه النزعة أو بتلك بناء على نوع المصلحة المتصلة بها وما يناسبها من نزعة فردية أو اجتماعية. كما أن الشريعة الإسلامية رجحت المصلحة العامة - مصلحة المجتمع - على مصلحة الفرد إذا تعذر تحصيل المصلحتين وقدمت ورجحت الشريعة المصلحة الأهم على المهم في مصالح الأفراد فيما بينهم، وبالنسبة لمصالح الفرد نفسه، وكذلك فعلت بالنسبة لمصالح الجماعة إذا اختلفت في الأهمية وتعذر تحصيل جميعها فيرجح منها الأهم كما في إنفاق مال الدولة على متطلبات الدفاع عن البلاد على إنشاء الحدائق والنوادي.

١٣٢ - الشريعة الإسلامية والحق

قلنا إن القانون له ناحيتان: الأولى: أنه ينظم العلاقات الاجتماعية والثانية: أنه يخول الفرد أو الجماعة في أن يقوموا بأعمال معينة في ظل القانون وحمايته. كحق الشخص في أن يمتلك ويستعمل ملكه ويستغله ويتصرف فيه في حماية القانون. فالقانون والحق متلازمان ومتكاملان فالقاعدة القانونية هي التي تبين الحقوق وتحددها لأصحابها وتحفظها لهم وتأذن لهم باستعمالها في حمايته. وهذا

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٩٩.

القول يصدق أيضاً على القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية فهي تنظم العلاقات الاجتماعية، وهذه هي الناحية الأولى له. كما أنها تمنح للفرد أو للمجتمع حقاً في عمل معين بأن يباشره، كحق الفرد في أن يمتلك وأن يستعمل ملكه كما يشاء في حدود الشرع. ونكتفي بهذا القدر وسنبسط القول إن شاء الله تعالى في هذه المسألة: مسألة الحق في الشريعة الإسلامية، مع مقارنته بالحق في القوانين الوضعية، وذلك بعد الفراغ من أبحاث القانون التي نريد بحثها، بإذن الله سبحانه وتعالى.

الفصل الرابع

فروع القانون الوضعي والشرعية الإسلامية

المبحث الأول

تقسيم القانون الوضعي إلى عام وخاص

١٣٣ - تمهيد

يقسم القانون تقسيماً أولياً إلى قسمين كبيرين تندرج تحت كل منهما فروع كثيرة. وهذا التقسيم تقسيم قديم يرجع إلى القانون الروماني القديم، وما زال قائماً إلى اليوم ويأخذ به عامة المعنيين بدراسة القانون، ذلك هو تقسيم القانون إلى عام وخاص.

١٣٤ - أساس هذا التقسيم^(١)

وأساس هذا التقسيم أو معيار التفرقة بين القانون العام والخاص هو النظر إلى صفة أطراف العلاقة القانونية، فإن كانت الدولة طرفاً فيها فالقانون الذي يحكمها هو القانون العام. أما إذا كان أطراف العلاقة أفراداً فالقانون الذي يحكمها هو القانون الخاص، وكذلك إذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة القانونية ولكن ليس بصفتها صاحبة السيادة والسلطان وإنما باعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً كما لو قامت الدولة ببيع أرض مملوكة لها ملكية خاصة أو استأجرت عقاراً لبعض أوجه نشاطها.

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق ص ٣٧ - ٣٨.

ولهذا النقد قال البعض إن أساس التقسيم ومعيار التفرقة هو إذا كانت الدولة بصفتها صاحبة السيادة أو السلطان طرفاً في العلاقة القانونية فالقانون الذي ينظمها هو القانون العام. أما القانون الخاص فينظم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة عندما لا تكون طرفاً فيها بالوصف السابق. وهذا الأساس أو معيار التفرقة ليس دقيقاً، على رأي البعض، بحجة أنه يقيم التفرقة بين ما هو قانون عام وخاص على أساس الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة في حين أن هذه الصفة تنبع من طبيعة العلاقة ولذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن الأولى في معيار التفرقة هو النظر إلى طبيعة العلاقة القانونية نفسها واعتبارها هي معيار التفرقة وأساس التقسيم إلى قانون عام وخاص، فإذا كانت العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون العام سواء كانت هذه العلاقة بين دولة ودولة أو بين سلطة وسلطة أخرى في داخل الدولة، أو بين الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان وبين أحد الأفراد. أما إذا كانت العلاقة القانونية لا تتصل بحق السيادة في الدولة كنا أمام قاعدة من قواعد القانون الخاص.

١٣٥ - تعريف القانون العام والقانون الخاص^(١)

يطلق القانون العام على مجموعة القواعد التي تنظم كيان الدولة والعلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان. وبعبارة أخرى يعرف القانون العام بأنه مجموعة القواعد التي تبين نظام الدولة الأساسي، وتنظم العلاقات التي تنشأ بين السلطات المختلفة في الدولة والعلاقات التي تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بينها وبين الأفراد.

أما القانون الخاص فيعرف بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم أو فيما بين الأفراد وبين الدولة لا بصفتها صاحبة السلطان وإنما بصفتها شخصاً اعتبارياً عادياً.

(١) الدكتور البدرأوي، المرجع السابق ص ٥٥.

١٣٦ - أوجه الخلاف بين القانون العام والقانون الخاص^(١)

وبالنظر إلى تعريفهما يتضح أن الخلاف بينهما من حيث أطراف العلاقة التي ينظمها كل منهما ومن حيث الغرض من هذه العلاقة، ومن حيث موضوعها، ومن حيث طبيعة قواعد كل من هذين القانونين.

١٣٧ - أولاً - الاختلاف من حيث أطراف العلاقة

في العلاقات التي يحكمها القانون العام نجد دائماً الدولة أو أحد فروعها وهيئاتها طرفاً في العلاقة باعتبارها صاحبة السلطان. أما الطرف الآخر فقد يكون دولة أخرى أو سلطة من سلطات الدولة أو أحد هيئاتها. وهناك أيضاً علاقات بين السلطة أو الهيئات العامة داخل الدولة، كالعلاقات التي تنشأ بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، أو العلاقات بين الحكومة المركزية والإدارات المحلية. وقد يكون الطرف الآخر في العلاقات التي ينظمها القانون فرداً من الأفراد.

ويلاحظ أن العلاقة بين الدولة أو إحدى هيئاتها وبين الأفراد لا تكون من علاقات القانون العام إلا إذا كان تدخل الحكومة في هذه العلاقة باعتبارها صاحبة السلطان. أما إذا كانت طرفاً بالعلاقة بدون صفتها هذه - وهي كونها صاحبة السلطان - بل باعتبارها شخصاً معنوياً يقوم بنشاط شبيه بنشاط الأفراد كأن تباع ملكاً خاصاً لها أو تستأجر عقاراً لنشاطها فالعلاقة من علاقات القانون الخاص لا العام لأن دخولها في هذه العلاقة لم يكن بصفتها صاحبة السيادة والسلطان.

أما روابط القانون الخاص، أي الروابط القانونية الخاصة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة أو إحدى هيئاتها لا بوصفها صاحبة السلطان، فهي من العلاقات التي

(١) المرجع السابق ص ٥٥ - ٥٨، وأنور سلطان، المرجع السابق ص ٣٨ - ٣٩، جميل الشرفاوي، المرجع السابق ص ٣٩ - ٤٠، مبادئ القانون للدكتور مصطفى محمد الجمال ص ٣٩.

يحكمها القانون الخاص . وبعبارة أخرى فإن أطراف العلاقات التي يحكمها القانون الخاص لا تكون فيها الدولة باعتبارها صاحبة السلطان .

١٣٨ - ثانياً - الاختلاف من حيث الغرض أو الغاية

فالغاية من القانون العام هي رعاية المصلحة العامة للشعب بتنظيم الحكومة ومرافقها العامة . أما الغاية من القانون الخاص فهي رعاية المصالح الخاصة بالأفراد .

١٣٩ - ثالثاً - الاختلاف من حيث طبيعة قواعدهما

ولما كان القانون العام يتعلق بالصالح العام ورعايته، فقد استلزم ذلك أن تتصف قواعده بما يكفل ويسهل تحقيق هذا الصالح العام . ولهذا جاءت قواعد القانون العام كلها قواعد أمرة أو ناهية لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها . ولذلك تعتبر متصلة بالنظام العام أي بالمصالح الأساسية للمجتمع . وعلى العكس من ذلك فإن معظم قواعد القانون الخاص - لا سيما القواعد المتعلقة بالعلاقات المالية والمنظمة لها - هي قواعد مكملة لإرادة الأفراد لا تطبق إلا إذا لم ينظم الأفراد العلاقات الناشئة بينهم . وبعبارة أخرى هي قواعد يمكن للأفراد استبعاد تطبيقها باتفاقهم .

ومن ناحية أخرى تتميز قواعد القانون العام بأنها تعطي الدولة وفروعها سلطة في مواجهة الأفراد، يقابلها خضوع من جانب هؤلاء الأفراد، فإذا قامت بين الدولة والفرد علاقة من علاقات القانون العام كانت كفة طرفي العلاقة غير متكافئة وظهرت فيها الدولة صاحبة السلطان . أما علاقات القانون الخاص، أي العلاقات التي يحكمها وينظمها، فهي تقوم بجملتها على أساس من الحرية والمساواة في المراكز القانونية بين أطراف العلاقة . فالقاعدة أن الفرد لا يلتزم إلا بإرادته وهو في علاقته مع غيره من الأفراد لا يمتاز أحدهما على الآخر أمام القانون ولا بالإجراءات التي لزم باتخاذها للحفاظ على مصلحته أو لتحصيل مصلحته .

١٤٠ - مثال يوضح الفرق بين طبيعة قواعد كل منهما

إذا أرادت الدولة توسيع أحد شوارعها أو لفتح طريق جديد فإنها تلجأ إلى نزع ملكية العقار لتحقيق غرضها جبراً بإجراءات تتخذها من جانبها بدون حاجة إلى رضا مالك العقار. أما إذا أراد شخص توسيع أرضه بضم قطعة أرض مجاورة إليها فإنه لا يستطيع ذلك إلا إذا رضي الجار أن يبيعه ما يريد وبالثمن الذي يقع الاتفاق عليه. ومعنى ذلك أنه لا يمكنه أن ينزع منه ملكية الأرض بدون رضاه. فوسيلة الفرد لتحقيق مصلحته هي التعاقد القائم على الإرادة الحرة للمتعاقدين، ووسيلة الدولة في تحقيق المصلحة العامة وحمايتها هي الجبر. فوسيلة الأفراد قائمة على الحرية والمساواة في تحقيق مصالحهم الخاصة. أما وسيلة الدولة فقائمة على الجبر والسلطان. فالقانون العام يخول الدولة ميزات لا يخولها للأفراد. وعلى هذا فالمبدأ الذي يسود ويهيمن على تنظيم علاقات القانون العام هو مبدأ السيادة والسلطة العامة أو سموها بالنسبة للطرف الآخر الذي لا يكون سلطة عامة. أما المبدأ الذي يسود في تنظيم علاقات القانون الخاص فهو مبدأ المساواة بين أطرافها. والعلة في هذا الخلاف أن القانون العام ينظم النشاط الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة أي مصلحة المجتمع، أما القانون الخاص فهو ينظم النشاط الذي يدور حول المصالح الفردية.

١٤١ - ما ترتب على الاختلاف بين القانونين: العام والخاص

وترتب على اختلاف القانونين: العام والخاص، أن عمدت كثير من الدول إلى إنشاء جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادي للنظر في المنازعات المتعلقة بالقانون العام والعلاقات التي ينظمها، وهذه هي المحاكم الإدارية^(١).

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٩.

المبحث الثاني فروع القانون العام

١٤٢ - تمهيد وتقسيم

يقسم القانون العام إلى قسمين (أ) القانون العام الخارجي، وهذا ينظم علاقات الدولة بصفقتها صاحبة السلطان، بغيرها من الدول والهيئات العامة، وهذا هو القانون الدولي العام.

(ب) القانون العام الداخلي وهو ينظم العلاقات الداخلية العامة، وله فروع هي: القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي.

وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى مطالب، ونخصص مطلباً لكل فرع من هذه الفروع مبتدئين بالقانون الدولي العام.

المطلب الأول القانون الدولي العام

١٤٣ - تعريفه وبيان موضوعه^(١)

عرف بأنه مجموعة من القواعد المنظمة لعلاقات الدول فيما بينها، في حالات السلم والحرب. أما موضوعه فهو البحث في الدولة والعناصر المكونة لها. وأنواع الدول وحقوق وواجبات الدولة كحق البقاء وحققها في الحرية والسيادة وحققها في المساواة والاحترام المتبادل. ويبين القانون الدولي العام أيضاً الأحوال التي تتعرض فيها الدولة للمسؤولية الدولية، ويحدد إقليمها ويبين مدى حقها على هذا الإقليم، وحققها في التمثيل الخارجي، وعقد المعاهدات السياسية والتجارية وجميع هذه المسائل ونحوها يشملها ما يسمى بقانون السلم. كذلك يبحث هذا القانون في العلاقات التي تقوم بين الدول في حالة الحرب فيضع قواعد للحرب مثل كيفية إعلانها ووسائلها المشروعة وغير المشروعة وحقوق وواجبات المتحاربين، ويبين الآثار المترتبة على الحرب ونحو ذلك من المسائل التي يشملها ما يسمى بقانون الحرب. كما ينظم هذا القانون حقوق وواجبات الدول المحايدة عند قيام حالة الحرب بين الدول وما يتعلق بذلك مما يدخل فيما يسمى بقانون الحياد.

١٤٤ - مصادر القانون الدولي العام^(٢)

أهم مصادره العرف والمعاهدات ومبادئ القانون العامة التي أقرتها الدول المتقدمة.

(١) الدكتور أنور سلطان المرجع السابق، الدكتور الشرقاوي، المرجع السابق ص ٢٣، الدكتور

البدرابي، المرجع السابق، ص ٦٠ - ٦١.

(٢) الدكتور البدرابي، المرجع السابق، ص ٦١ - ٦٢.

أولاً: العرف فهو من أهم المصادر، ذلك أن الجانب الأكبر من قواعد القانون الدولي العام لا يزال عرفياً. ويتكون العرف الدولي بتكرار الأعمال المتماثلة في سلوك الدول المختلفة بالنسبة لأمر من الأمور، مع وجود اعتقاد لدى الدول في أن السير بموجبها أصبح واجباً قانونياً. وقد يكون العرف إقليمياً إذا كان خاصاً بمنطقة معينة وبعده محدود من دول العالم وقد يكون عاماً يشمل جميع الدول. ويمكن التعرف على العرف الدولي من ملاحظة معاملات الدول ومن قضاء المحاكم الدولية ومن النص عليه باطراد في المعاهدات ومن الإشارة إليه في القوانين الداخلية للدول ومن كتابات شراح القانون الدولي العام.

ثانياً: المعاهدات الشارعة وهي المعاهدات العامة التي تعقد بين عدد من الدول في شأن يهم الدول جميعاً بقصد وضع قواعد دولية عامة وتسمى لذلك بالمعاهدات الشارعة ومنها اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩ ولجنة ١٩٠٧ بشأن القواعد المنظمة للحرب والقواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية. وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة المبرم في سان فرانسيسكو في سنة ١٩٤٥.

ثالثاً: المبادئ القانونية العامة: وهي المبادئ الأساسية التي تقرها النظم القانونية في معظم دول العالم مثل مبدأ مسؤولية فاعل الضرر ومبدأ احترام العقود ومبدأ التحلل من العقد إذا أخل به الطرف الآخر.

المطلب الثاني القانون الدستوري

١٤٥ - تعريفه وبيان موضوعه

وهو مجموعة من القواعد التي تحدد شكل الدولة إن كانت ملكية أو جمهورية ونوع الحكومة وكيفية تنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث تكوينها واختصاصها وتنظم علاقات السلطات بعضها ببعض الآخر. وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد وتنظيم علاقاتهم بالدولة وسلطاتها^(١). فالقانون الدستوري هو القانون الأساسي للدولة إذ يقرر الشكل الذي تتخذه: ملكية أو جمهورية ديمقراطية أو ديكتاتورية.. كذلك يحدد هذا القانون السلطات العامة في الدولة وهي: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية كما يحدد اختصاص كل من هذه السلطات، وينظم العلاقات التي تنشأ بينها. كما يحدد هذا القانون حريات الأفراد وحقوقهم كالحرية الشخصية، وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم وحرمة السكن^(٢). ويحدد حقوق الأفراد في المساواة في التوظيف وفي التكاليف العامة كالضرائب وفي أداء الخدمة العسكرية^(٣). والدستور هو القانون الأساسي في الدولة

(١) البدراوي، المرجع السابق ص ٦٢ - ٦٣.

(٢) أنور سلطان المرجع السابق/ ص ٤١ - ٤٢. وهذه الحقوق، ومنها أيضاً حق إبداء الرأي في المسائل العامة وحق تكوين الأسرة بالزواج وحق الملكية وحق العمل، وهذه الحقوق تسمى بالحقوق أو الحريات العامة: الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤٥.

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق ص ٤٢.

ويبين المسائل السابقة جميعاً. ويشترط في القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية أن لا تكون مخالفة للدستور. والدساتير تختلف من حيث كيفية تعديلها فمنها (المرنة) وهي التي يمكن تعديلها بواسطة السلطة التشريعية العادية. ومنها (الدساتير الجامدة) وهي التي لا يمكن تعديلها إلا من قبل هيئة ينص الدستور على كيفية تشكيلها ويضع لها إجراءات خاصة في كيفية عملها للوصول إلى تعديل الدستور^(١).

المطلب الثالث القانون الإداري

١٤٦ - تعريفه وبيان موضوعه^(٢)

هو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط الإدارة أي نشاط السلطة التنفيذية فيما تقوم به من تصريف الأعمال اليومية للدولة أي في قيامها بما يسمى بالأعمال الإدارية، فهو يشمل كل القواعد الخاصة بتنظيم السلطات الإدارية في الدولة أي تحديد الأجهزة الإدارية وبيان أنواعها وتقسيماتها المختلفة وطريقة تشكيل كل منها والاختصاصات التي تثبت لها وبعبارة أخرى: القانون الإداري هو مجموعة القواعد المتعلقة بالمرافق العامة للدولة - باستثناء مرفق القضاء - من حيث إنشاؤها وتنظيمها وإدارتها بواسطة السلطات والهيئات الإدارية ومن حيث علاقة هذه المرافق بالجمهور. ولتوضيح هذا التعريف نقول: إن وظائف الدولة مهما تنوعت يمكن ردها إلى ثلاث وظائف: الأولى: الوظيفة التشريعية، والمقصود منها تنظيم العلاقة الاجتماعية داخل الدولة عن طريق القوانين التي تضعها الدولة. الثانية: الوظيفة القضائية وهي التي تهدف إلى حماية الحقوق وفض المنازعات بتطبيق القانون على هذه المنازعات.

(١) البدراوي المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٨، والبدراوي، المرجع السابق ص ٦٤ - ٦٥.

والثالثة: الوظيفة الإدارية، وتكون بتقديم الخدمات للأفراد عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشئها الدولة وتنظمها وتديرها. وتسمى هذه المشروعات بـ (المرافق العامة) وهذه المرافق العامة تقوم بها السلطات الإدارية المختلفة سواء كانت سلطات مركزية أم محلية أم إقليمية. وهذه السلطات تتولى إدارة المرافق العامة وهذه الوظيفة للدولة وهي الوظيفة الإدارية هي موضوع القانون الإداري فالقانون الإداري هو ذلك النوع من القانون العام الذي يحكم المرافق العامة من حيث تنظيمها وبيان كيفية سيرها. وبناء على ما تقدم يدخل في موضوع القانون الإداري المسائل التالية: (أ) الأشخاص الذين يتولون الإشراف على سير المرافق العامة وإدارتها وذلك بتحديد حقوقهم وواجباتهم. وبيان الإدارات المختلفة - المركزية والمحلية - وما تتمتع به من حقوق وامتيازات. (ب) أموال المرافق العامة، تلك الأموال المنقولة والعقارية التي تستخدمها السلطات الإدارية في إدارة المرافق العامة. (ج) الطرق المختلفة لاستغلال وإدارة المرافق العامة.

المطلب الرابع القانون المالي

١٤٧ - تعريفه وبيان موضوعه^(١)

هو ذلك الفرع من القانون العام الذي ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها ويبين القواعد التي تحكم ميزانية الدولة. فموضوع القانون المالي يدور حول ميزانية الدولة من جهة إيراداتها ومصروفاتها. ويبين كيفية الحصول على إيرادات الدولة وكيفية إنفاق هذه الإيرادات. أما مصادر هذه الإيرادات فهي متنوعة ومختلفة فهناك الضرائب وما تحصله الدولة نظير خدمات تؤديها بواسطة مرافقها العامة التي تديرها أو تشرف عليها. أما المصروفات أو النفقات العامة فهي ما تنفقه الدولة على المرافق العامة التي تقوم بها كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء وغير ذلك.

المطلب الخامس القانون الجنائي

١٤٨ - تعريفه وبيان موضوعه^(٢)

هو مجموعة القواعد التي تبين الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها، والإجراءات التي تتبع في محاكمة مرتكبي الجرائم وتنفيذ العقوبة فيهم.

(١) أنور سلطان، المرجع السابق ص ٤٢.

(٢) البدرابي المرجع السابق ص ٦٤.

والقانون الجنائي بمعناه العام الذي أشرنا إليه يشتمل على نوعين من الأحكام: أحكام موضوعية، وأحكام شكلية. أما الأحكام الموضوعية فهي التي تعنى ببيان الجرائم والعقوبات المقررة لها، وهذا النوع من الأحكام يطلق عليه اسم قانون العقوبات. أما الأحكام الشكلية فهي التي تعنى بتنظيم المحاكم الجنائية وتحديد اختصاصاتها وبيان الإجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم ومحاكمة مرتكبيها وتوقيع العقاب عليهم. وهذه الأحكام يطلق عليها اسم (قانون الإجراءات الجنائية). ولكل من النوعين مجموعة خاصة من القواعد القانونية.

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص^(١)

١٤٩ - تمهيد

القانون الخاص ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم سواء أكانت هذه العلاقات علاقات أسرة أم علاقات مالية، إلا أنه ظهر أن بعض المعاملات المالية - وهي المعاملات التجارية - يجب أن تنفرد بتنظيم قانوني خاص يراعي طبيعة هذه المعاملات والوسط الذي تقع فيه فظهر - متفرعاً من القانون المدني - القانون التجاري البحري والبري. وهكذا تفرع القانون الخاص إلى فرعين، أحدهما أصل للآخر: القانون المدني والقانون التجاري. وهذا كله بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية الخاصة. أما القواعد الشكلية في القانون الخاص، وهي القواعد التي تنظم حماية الحقوق الخاصة عن طريق الالتجاء إلى القضاء، فقد أفرد لها قانون خاص هو: قانون المرافعات المدنية والتجارية. ولما زادت العلاقات بين الدول، وزاد تنقل أفرادها من دولة إلى أخرى وما نتج عن ذلك من علاقات بين هؤلاء الأجانب الوافدين وبين المواطنين كان لا بد من وضع قواعد لتبين لنا القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي ولتحدد مدى اختصاص القضاء الوطني بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات. وهكذا ظهر فرع جديد من فروع القانون الخاص هو القانون الدولي الخاص وهكذا نجد القانون الخاص قد تفرع إلى الفروع التالية: القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص. ونتكلم فيما يلي عن كل فرع في مطلب على حدة. ونضيف إليها قانون العمل، الذي يعالج قضايا العمال، وهو نوع مستقل عن القانون المدني حديثاً.

(١) جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤٨، والب دراوي، المرجع السابق ص ٦٤ - ٦٥.

المطلب الأول القانون المدني

١٥٠ - تعريفه وبيان موضوعه

يعتبر القانون المدني الأصل بالنسبة لسائر فروع القانون الخاص لأنه ينتظم من ناحية قواعد تنصرف إلى كافة الأشخاص على اختلاف مهنتهم، ولأنه يرجع إليه من ناحية أخرى، في حالة سكوت أي فرع آخر - كالقانون التجاري - عن تنظيم مسألة معينة. ويمكن تعريف القانون المدني بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذي ينظم علاقات الأفراد بغض النظر عن طبيعتها وعن المهنة التي يمتثلونها.

١٥١ - الروابط التي ينظمها القانون المدني

والقانون المدني يتناول بالتنظيم الروابط الشخصية والمالية. والروابط الشخصية تتناول المسائل المتعلقة بالأسرة بوجه عام من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما من التزامات كالطاعة والمهر والنفقة، وما يتفرع عنهما من عدة ورضاعة وحضانة والنسب وما يترتب عليه من آثار. كما يدخل ضمن هذه المسائل المتعلقة بالأسرة: الأهلية، والإرث ونحوها. ويطلق على مجموعة القواعد التي تحكم هذه الروابط اسم قواعد الأحوال الشخصية.

أما الروابط المالية التي يحكمها القانون المدني فتشمل علاقة الشخص بالمال، فتبين قواعد القانون المدني الحقوق المالية وطرق كسبها وانقضائها ونحو ذلك. ويطلق على مجموعة القواعد التي تنظم هذه الروابط المالية اسم (قواعد

الأحوال المدنية). والأصل أن يتناول القانون المدني بالتنظيم هذين النوعين من الروابط، في مجموعة قانونية واحدة هي مجموعة القانون المدني، وهذا ما تجري عليه معظم دول العالم، ولكن في بعضها كمصر والعراق اقتضت مجموعة القواعد المدنية بصفة أصلية على تنظيم المعاملات المالية ولم تتعرض لمعظم مسائل الأحوال الشخصية وإنما تركت هذه المسائل لتحكمها قواعد الشريعة الإسلامية بموجب قوانين خاصة بها استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية مباشرة، كما في مصر والعراق وسميت بقوانين الأحوال الشخصية.

١٥٢ - المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية

ويعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، وتحكمها بالتالي القوانين الخاصة بها والقائمة على أساس الشريعة الإسلامية في بعض البلاد كمصر والعراق كما قلنا هي المسائل التالية:

- أ - المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- ب - المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر، والطلاق وسائر فرق النكاح.
- ج - المسائل المتعلقة بالبنوة أو الأبوة والإقرار بهما وإنكارهما والعلاقة بين الأصول والفروع.
- د - الالتزام بالنفقات بين أفراد الأسرة.
- هـ - الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة وأحكام المفقود.
- و - الموارث والوصايا وما يتعلق بهما.

المطلب الثاني القانون التجاري

١٥٣ - تعريفه وموضوعه

القانون التجاري هو ذلك الفرع من القانون الخاص الذي يحكم علاقات التجار والأعمال التجارية. وقد كان القانون التجاري جزء من القانون المدني باعتبار أن موضوعه علاقات مالية، ولكن انفصل عن القانون المدني لأن طبيعة الأعمال التجارية تختلف عن طبيعة الأعمال المدنية، فالأعمال التجارية تتطلب السرعة في انعقادها ولا تتحمل بطء الإجراءات المدنية كذلك استدعت سرعة إنجاز الأعمال التجارية إلى إعفائها من قيود الإثبات الموجودة في القانون المدني^(١) على أن انفراد القانون التجاري بأحكام خاصة واستقلاله عن القانون المدني لم يمنع من بقاء القانون المدني على اعتباره الأول وهو أنه هو الأصل، ولذا يرجع إليه في حال سكوت القانون التجاري عن تنظيم مسألة أو علاقة معينة.

(١) القاعدة العامة في الإثبات وجوب هذا الإثبات بالكتابة إذا زاد مبلغ الدين عن مقدار معين كعشرين جنيه في القانون المصري أو عشر دنانير في القانون العراقي بينما في القانون التجاري يجوز الإثبات بالشهادة مهما كانت قيمة المدعى به. والقانون التجاري يسهل تداول الحقوق التجارية الثابتة في صكوك بينما يستلزم القانون المدني إجراءات خاصة لحالة الحقوق الشخصية من الدائن إلى غيره، نجد القانون التجاري يكتفي في السندات التجارية بتسليمها - إذا كانت واجبة الدفع لحاملها - أو بتظهيرها أي عن طريق كتابة بيان على ظهرها يفيدان الحامل قد نقلها إلى شخص آخر. وكما أن في إجراء استحصال الدائن المرتهن دينه التجاري يتسم بالسرعة في اتخاذ الإجراءات لا توجد مثلها في القانون المدني بخصوص استحصال المرتهن دينه عن الرهن يبيعه إذ لا بد أن يقوم بإجراءات معينة تتسم بالبطء.

١٥٤ - القانون التجاري البحري

وهو فرع من القانون التجاري ينظم التجارة البحرية أو الملاحة البحرية بصورة عامة والذي دعا إلى وضع قواعد خاصة لمسائل التجارة البحرية يرجع من جهة إلى كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار الملاحة ولأنها من جهة أخرى لا تكون تحت رقابة مالكيها في وقت استغلالها للتجارة البحرية. ويتركز تنظيم القانون البحري على العلاقات المتعلقة بالسفينة مثل بيع السفن البحرية وتأجيرها وعقد العمل البحري وعقد النقل البحري وعقد القرض البحري والتأمين على السفينة ومحتوياتها إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة البحرية.

المطلب الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٥٥ - تعريفه وموضوعه

هو مجموعة من الأحكام التي تكفل حماية الحقوق واقتضاءاتها. فيبين هذا القانون كيفية تشكيل المحاكم واختصاصاتها وكيفية رفع الدعوى والسير فيها أمام المحكمة ووسائل الإثبات المختلفة والدفع التي يقدمها أصحاب الشأن، وصدور الحكم وكيفية الطعن فيه، وكيفية تنفيذه. فقانون المرافعات هو إذن من القوانين الشكلية أي هو قانون إجراءات لحماية الحق ورد الاعتداء عنه.

المطلب الرابع

القانون الدولي الخاص

١٥٦ - تمهيد

الرابعة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر وهي:

أولاً: السبب المنشئ للرابطة أو العلاقة القانونية. والسبب المنشئ إما أن يكون عملاً قانونياً كالعقد أو الوصيفة. أو واقعة مادية كالعمل الضار.

ثانياً: أشخاص العلاقة القانونية أي أطرافها كالدائن والمدين. والبائع والمشتري والزوج والزوجة. والشخص المتسبب في الضرر والشخص المتضرر الذي وقع عليه الضرر.

ثالثاً: موضوع العلاقة القانونية. وهو إما أن يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

١٥٧ - العلاقة القانونية الوطنية بجميع عناصرها

فإذا كانت العلاقة القانونية وطنية بجميع عناصرها بأن كان السبب المنشئ لها داخل الدولة، وكان أطراف العلاقة وطنيين أي من رعايا نفس الدولة وما يتصل بموضوع العلاقة موجود في الدولة أيضاً فهذه العلاقة لا تثير صعوبة من جهة القانون الوطني - قانون القاضي - سواء كان هو القانون المدني أو التجاري، والقضاء المختص في النظر في هذه العلاقة هو القضاء الوطني كبيع تم في مصر بين مصريين بخصوص عقار موجود في مصر أو كزواج انعقد بين مصريين في مصر .

١٥٨ - العلاقة القانونية الأجنبية في أحد عناصرها

وقد تكون العلاقة القانونية أجنبية في أحد عناصرها كأن يكون سببها المنشئ قد وقع في خارج الدولة التي ينتمي إليها العاقدان . أو كان الشيء موضوع العلاقة في خارج الدولة . فيقال عندئذ أن هذه العلاقة القانونية أجنبية في أحد عناصرها أي أن عنصراً أجنبياً قد دخل في هذه العلاقة ومثالها: تعاقد مصريان مقيمان في فرنسا بشأن عقار موجود في مصر . فهذا دخل العنصر الأجنبي على سبب العلاقة إذ إن التعاقد قد وقع في فرنسا أي في مكان أجنبي . وقد يتعاقد يمنيان في صنعاء على عقار أو منقولات موجودة خارج اليمن وهنا دخل العنصر الأجنبي بسبب وجود موضوع التعاقد خارج اليمن . وقد يتزوج يمني بأجنبية في صنعاء، وهنا دخل العنصر الأجنبي بسبب كونه طرفاً في الرابطة القانونية . وقد تكون الرابطة القانونية كلها أجنبية كما لو تعاقد يمني مع أمريكي في إيطاليا على عقار موجود في فرنسا ويقوم نزاع بينهما فيرفع أمام محكمة إنكليزية .

١٥٩ - ما تثيره العلاقة القانونية الأجنبية في أحد عناصرها

إن العلاقة القانونية التي تكون أجنبية في أحد عناصرها، إذا عرضت على القاضي الوطني تثير مسألتين:

الأولى: معرفة القانون الواجب التطبيق .

الثانية: مدى اختصاصه بالنظر في هذه العلاقة لإصدار حكمه فيها. ونتكلم بإيجاز عن هاتين المسألتين.

١٦٠ - المسألة الأولى: معرفة القانون الواجب التطبيق

إن سعة الروابط القانونية وكثرتها التي تقع بين الأجانب وأهل البلاد التي يقيمون فيها، وسعة وكثرة تنقل الأفراد في بلاد العالم، وما يوقعونه من تصرفات قانونية فيما بينهم، كل ذلك جعل وقوع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، أمراً كثير الوقوع مما يجعل اختصاص قانون القاضي الذي ترفع إليه هذه العلاقات إذا ثار النزاع حولها ليحكم فيه، أقول إن إخضاع هذه العلاقات إلى قانون القاضي قد يسبب ضرراً بأحد أطراف هذه العلاقة. ولذلك نجد المنهج المتبع عند عامة الدول أو عند أكثريتها الساحقة، أن تفسح المجال لغير قوانينها الوطنية ليحكم بشأن روابط قانونية أجنبية في أحد عناصرها إذا ثار نزاع حولها ورفع هذا النزاع إلى القاضي وذلك وفق شروط معينة وبموجب قواعد قانونية تضعها كل دولة في قانونها الداخلي ليسترشد بها القاضي الوطني وتدله على القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقة القانونية. وقد يكون القانون المختص بحكم هذه العلاقة قانون القاضي وقد يكون قانوناً أجنبياً غير قانونه هو. وهذه القواعد التي يسترشد بها القاضي الوطني تسمى (قواعد الإسناد). وواضح أن هذه القواعد لا تعطي القاضي الحكم الموضوعي بشأن العلاقة موضوع النزاع وإنما ترشده وتدله فقط على القانون الواجب التطبيق بشأن هذه الرابطة لأنه هو المختص بحكمها. وتوضع هذه القواعد عادة في الباب التمهيدي لمجموعة قواعد القانون المدني. وتضعها تحت عنوان (تنازع القوانين من حيث المكان) كما فعل القانون المدني المصري، إذ خصص لهذه القواعد، وتحت هذا العنوان المواد من (١٠) إلى (٢٨).

١٦١ - المسألة الثانية: مدى اختصاص القاضي الوطني في نظر هذه القضية

والمسألة الثانية التي تثيرها العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إذا ثار النزاع بشأنها ورفع إلى القاضي الوطني، هي مدى اختصاصه بالنظر في هذه الرابطة

والنزاع الذي ثار بشأنها. وتفصيل ذلك أن القاضي الوطني إذا رفعت إليه قضية ما فإن أول ما يفعله هو معرفة ما إذا كان مختصاً بالنظر في هذه القضية وفي النزاع القائم بشأنها أو أنه غير مختص. فإذا كان النزاع ناشئاً من رابطة قانونية وطنية في جميع عناصرها كان المقصود من مسألة الاختصاص معرفة ما إذا كان النزاع يدخل في ولايته أو في ولاية محكمة أخرى وطنية، ذلك أن المشرع يجعل ولاية القضاء بين جهات قضائية متعددة، البعض منها يختص بنوع معين من الدعاوى دون الآخر، ولكل منها دائرة اختصاص إقليمية محددة لا تتجاوزها. أما إذا عرض على القاضي نزاع يتعلق بعلاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها، فإن الذي يثار أمامه أولاً من حيث الاختصاص هو معرفة ما إذا كان القضاء الوطني، أي قضاء الدولة التابع لها القاضي مختصاً بالنظر في هذا النزاع أو غير مختص، فأول ما يبت فيه القاضي الوطني هو، إذن، تحديد اختصاص القضاء الوطني بالنظر في هذا النزاع. فإذا ما ثبت للقاضي الوطني اختصاص القضاء الوطني بوجه عام، نظر بعد ذلك في اختصاصه هو بنظر النزاع. ثم انتقل بعد ذلك إلى البحث في القانون الواجب التطبيق بإرشاد أو دلالة من قواعد الإسناد التي أشرنا إليها ثم يقوم بعد ذلك بهذا التطبيق لينتهي إلى حكم حاسم في هذا النزاع. والقواعد التي تبين اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، تذكر عادة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهذا ما فعله المشرع المصري وذلك في المواد من (٣٠) إلى (٣٥) من قانون المرافعات الجديد الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

١٦٢ - تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه

في ضوء ما قدمناه يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذي يبين القانون الواجب التطبيق على علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي، ومدى اختصاص القاضي الوطني بالنظر فيها، وفي ضوء هذا التعريف يتبين أن موضوع القانون الدولي الخاص. أي ما يعالجه من موضوعات، هو مسألة

(تنازع القوانين) و(تنازع الاختصاص). وفي حل المسألة الأولى يتبين القانون الواجب التطبيق على قضية أو علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي، وفي حل المسألة الثانية يتبين مدى اختصاص القاضي الوطني بالنظر فيها. ويدخل شراح القانون في موضوع القانون الدولي الخاص مسألتين أخريين هما: (مركز الأجنبي) ويقصد به تحديد ما يمكن أن يتمتع به الأجنبي من حقوق في الدولة - غير دولته - وما يجوز أن يفرض عليه من تكاليف. (والمسألة الثانية) موضوع الجنسية، على أساس أن الجنسية هي التي تحدد الأجنبي من الوطني، ولأن القانون يشير في كثير من الأحوال بتطبيق قانون جنسية الشخص.

١٦٣ - القانون الدولي الخاص قانون وطني

ومما يجب التنويه به، أن القانون الدولي الخاص هو قانون وطني بحث بالرغم من ذكر كلمة (الدولي) في تسميته. فالقانون الدولي الخاص في كل دولة هو قانون داخلي ووطني والقاضي في كل بلد يلتزم بأحكامه على هذا الأساس، ويطبق القانون الأجنبي بأمر من قانونه الوطني وليس بأمر من القانون الأجنبي الذي يطبقه. أما تسميته بـ (القانون الدولي الخاص) فمرد ذلك إلى ما تتميز به الروابط التي يحكمها من دخول عنصر أجنبي فيها، ثم إنه فرع من القانون الخاص لأنه يحكم علاقات خاصة بين الأفراد وهو بهذا يتميز عن القانون الدولي العام.

١٦٤ - مصادر القانون الدولي الخاص

أولاً: القواعد التشريعية الوطنية

وهي ما تضعه كل دولة من قواعد قانونية بشأن مواضيع القانون الدولي الخاص. وقد يكون هذا المصدر أهم المصادر لهذا القانون.

ثانياً: المعاهدات

فنصوص المعاهدات وأحكامها التي وردت فيها، قد تتعلق بمواضيع القانون

الدولي الخاص، كوضع حل لمسائل تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص بين أطراف المعاهدة، أو تنفيذ الأحكام الصادرة من قضاء إحداهما في إقليم آخر.

ثالثاً: العرف

وإذا لم يجد القاضي نصاً في القانون المكتوب تشريعاً أو معاهدة تحول إلى العرف يستدل به على معرفة القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص. والعرف قد يكون داخلياً إذا نشأ واستقر داخل الدولة، وقد يكون دولياً أي مستقراً في بعض منها بشأن مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص.

رابعاً: المبادئ القانونية العامة

وهي المبادئ القانونية المعترف بها في كثير من الدول الأجنبية وهي التي يمكن استنباطها عن طريق دراسة قوانين الدول المختلفة، وما يقرره فقهاء هذا القانون، القانون الدولي الخاص.

المطلب الخامس قانون العمل

١٦٥ - تعريفه

يعرف بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات القانونية للعمال .

وقد أدى إلى ظهور هذا الفرع الجديد من القانون ظهور الصناعات الكبرى الذي زاد من قوة صاحب العمل كما زاد في ضعف العامل من ناحية أخرى، وترتب على ذلك اختلال التوازن بين طرفي العقد . ولذلك تدخلت معظم الدول في علاقات العمال بأرباب العمل فوضعت قواعد قانونية لتنظيم هذه العلاقات، وهو تنظيم أريد به حماية العمال مما قد عسى أن يصيبهم من غبن أو تعسف من أصحاب العمل . وقد اكتملت هذه القواعد في بعض الدول وأصبحت تنظم كل علاقات العمال الجماعية والفردية . ومثال علاقات العمل الجماعية النقابات وعقود العمل المشتركة . ومثال العلاقات الفردية عقد العمل الفردي أي الذي يعقد بين العامل ورب العمل . ويدخل في قانون العمل أيضاً قوانين الضمان الاجتماعي وهي التي تؤمن الشخص ضد العجز والمرض والشيخوخة والبطالة وتمد بالمعونات الأسر الكثيرة الأفراد .

المبحث الثالث

فروع الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

شمول الشريعة الإسلامية

١٦٦ - الشمول من خصائص الشريعة الإسلامية

ونعني بشمول الشريعة كخصيصة لها، إنها نظام شامل لجميع شؤون الإنسان، فهي تحدد سبيل الإيمان للإنسان، وتبين له أصول العقيدة الإسلامية

كالإيمان بالله رباً ومعبوداً حقاً، وبالإسلام ديناً وبمحمد ﷺ رسولاً، وباليوم الآخر والحساب فيه، ومآل الناس بعد الحساب، ونحو ذلك. كما تنظم صلة الإنسان بربه من جهة كيفية عبادته له، وتأميره بتزكية نفسه، وتحكم علاقاته مع غيره سواء كان هذا الغير فرداً أو جماعة، كما تنظم علاقة الجماعة أو الدولة بغيرها من الجماعات والدول. وهكذا لا يخرج من تنظيم الشريعة الإسلامية وأحكامها أي شيء.

١٦٧ - أقسام أحكام الشريعة الإسلامية

وفي ضوء ما قلناه عن شمول الشريعة الإسلامية يمكن تقسيم أحكامها إلى المجموعات التالية:

المجموعة الأولى: الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر، وهذه هي الأحكام الاعتقادية، ومحل دراستها في علم التوحيد أو في علم الكلام كما يسمى علم التوحيد أحياناً.

المجموعة الثانية: الأحكام المتعلقة بالأخلاق كوجوب الصدق والأمانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد، وهذه هي الأحكام الأخلاقية ومحل دراستها في علم الأخلاق أو التصوف أو في علم التزكية - تزكية النفس.

المجموعة الثالثة: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقاته مع غيره وهذه هي (الأحكام العملية) ومحل دراستها في علم الفقه.

١٦٨ - أقسام الأحكام العملية

والأحكام العملية بالنسبة إلى ما تتعلق به تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: العبادات كالصلاة والصيام، والمقصود بها تنظيم علاقة العبد بربه من جهة كيفية عبادته تعالى.

والقسم الثاني: المعاملات، وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد فيما

بينهم وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والقانون الخاص في الاصطلاح القانوني. وعلى هذا فهي تنقسم إلى ما ينقسم إليه القانون الوضعي من فروع مختلفة. وفقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا جميع علاقات الأفراد فيما بينهم ولكن ما قسموها إلى ما قسمها عليه علماء القانون الوضعي، ولكن هذا لا يمنع من القول بأن في الشريعة الإسلامية أحكاماً وقواعد لجميع علاقات الأفراد، وبالتالي يمكن تقسيمها إلى مجموعات كل مجموعة تختص بموضوع معين مثل اختصاص فروع القانون الوضعي حيث يختص كل فرع بموضوع معين مع بيان للقواعد المنظمة له. وبالتالي يمكننا أن نسمي كل مجموعة من الأحكام الشرعية التي تتعلق بموضوع معين بنفس اسم الفرع في القانون الوضعي ما دامت تعالج كل مجموعة من الأحكام الشرعية ما يعالجه وينظمه هذا الفرع من فروع القانون، وهذا ما نفعله ونسير عليه حتى تسهل المقارنة بين ما هو مقرر في القوانين الوضعية وما يقابله في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

فروع القانون العام في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

القانون الدولي العام الإسلامي

١٦٩ - في الشريعة الإسلامية قانون دولي عام

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية تأمر المسلمين بإقامة دولة إسلامية، يدل على ذلك أن في أحكامها ما يتعلق بهذه الدولة وبموضوع هذه الدولة وعناصرها ونظامها، ومبادئها مثل مبدأ الشورى وكيفية اختيار رئيس الدولة وبيان حقوقه ونحو ذلك.

وقد أقام النبي ﷺ أول دولة في (المدينة) وكان هو رئيسها. والفقهاء المسلمون يذكرون في كتاباتهم (دار الإسلام) ويريدون بهذا الاسم ما نريد باسم (الدولة الإسلامية) مما يدل على أن قيام الدولة في الإسلام أمر شائع ومشهور ولا خلاف فيه بين الفقهاء. والدولة الإسلامية تعترف بالدول غير الإسلامية اعترافاً واقعياً وتنشأ بينها وبين هذه الدول علاقات بحكم هذا الاعتراف الواقعي، وهذه العلاقات لا بد لها من قواعد تحكمها وتنظمها، والشريعة بحكم شمولها وُجْدَ فيها من الأحكام والقواعد ما يحكم هذه العلاقات. وكل هذا يدل دلالة واضحة على وجود قواعد تحكم ما يعنى به القانون الدولي العام من تنظيم العلاقات بين الدول في حالة السلم والحرب وتحدد حقوق وواجبات هذه الدول في علاقات بعضها ببعض. ويمكن أن نعرف القانون الدولي العام الإسلامي بأنه (مجموعة القواعد

والأحكام في الشريعة الإسلامية التي تلتزم بها الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى^(١).

١٧٠ - ما يلاحظ على هذا التعريف وما يستخلص منه

أولاً: أن القانون الدولي العام الإسلامي هو جزء من القانون الداخلي للدولة الإسلامية لأن القانون الداخلي الإسلامي للدولة الإسلامية هو الشريعة الإسلامية فقط ولا شيء غيرها فهي التي تنظم جميع علاقاتها بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقات وموضوعها وأوصاف أطرافها فسواء كانت هذه العلاقات بين أفرادها أو بينهم وبينها، أو بينها وبين غيرها من الدول وسواء كان موضوع العلاقة حقاً خاصاً أو عاماً.

ثانياً: إن أساس التزام الدولة الإسلامية بالقانون الدولي العام الإسلامي كونه جزء من الشريعة الإسلامية، أي كونه جزء من شرع الله، وشرع الله يجب أن يطاع ولا يعصى ولا اختيار للمسلم ولا اختيار للدولة الإسلامية مع حكم شرع الله وما تقضي به. قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾^(٢) وعلى هذا فما يوجد عند الدول الأخرى من قواعد في موضوع العلاقات الدولية لا يلزم الدولة الإسلامية ولا يعتبر من قواعد قانونها الدولي العام إلا إذا كان موافقاً لقانونها الإسلامي الداخلي وأعلنت التزامها به صراحة بالمعاهدات تعقدها مع تلك الدول، أو كانت القواعد عند الدول من العرف الصحيح الذي جرت عادة الدول الأخذ به، فتعتبره الدولة الإسلامية على أساس أن الشريعة الإسلامية تأمر بمراعاة العرف الصحيح.

ثالثاً: إن القانون الدولي العام الإسلامي ينظم علاقات الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول غير الإسلامية فهو في أصله منذ نشأته الأولى يتجه إلى هذه

(١) بحثنا: الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، في مجموعة بحوث فقهية ص ١٦.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

العلاقات لأن المفروض في دولة الإسلام أن تكون واحدة لا متعددة، وأن هذا التعدد الذي آلت إليه الدولة الإسلامية أمر طارئ احتاج إلى تبريرات الفقهاء لوجوده والاعتراف به. وعلى هذا فإن نشأة القانون الدولي العام الإسلامي تخالف نشأة القانون الدولي العام الحاضر أو الحالي. فمن المعروف أن هذا القانون نشأ كقانون للدول المسيحية في غرب أوروبا فقط، ثم ما لبث أن انضمت إليه دول مسيحية أخرى. وظل هذا القانون قانوناً للدول المسيحية فقط لا ينظم غير علاقاتها، ويرفض أن تستفيد من أحكامه أية دولة غير مسيحية إلى سنة (١٨٥٦م) حيث قررت الدول الأوروبية بموجب معاهدة صلح باريس قبول الدولة العثمانية المسلمة في حضيرة الدول والاعتراف لها بالأهلية والصلاحيات للانضمام إلى مجموعة الدول التي ينظم علاقاتها القانون الدولي العام^(١).

١٧١ - مصادر القانون الدولي العام الإسلامي

أولاً: القرآن الكريم

فهو المصدر الأول لجميع أحكام الشريعة بما فيها أحكام القانون الدولي الإسلامي. وهو مرجع هذه الأحكام من وجهين:

الأول: دلالة على الأحكام الجزئية والقواعد والمبادئ العامة.

والثاني: دلالة على المصادر التبعية التي يمكن الرجوع إليها حيث لا نص فيه في المسألة، مثل دلالة على أن القياس الصحيح مصدر معتبر لاستنباط الأحكام الشرعية بواسطته ومنه. وكذا دلالة على أن المصلحة المرسلة مصدر صحيح للأحكام الشرعية. فمن الأحكام الجزئية المتعلقة بمواضيع القانون الدولي العام مسألة الأسرى في الحرب، قال تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَمْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾^(٢) وقوله تعالى بشأن العقود

(١) القانون الدولي العام للدكتور محمود سامي جنية ج ٢ ص ٣٥.

(٢) سورة محمد، الآية ٤.

عامة، ومنها المعاهدات بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول ﴿يَكْتَاهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) فالدولة تفي بالتزاماتها المقررة بموجب معاهداتها مع الدول لأمر الشريعة الإسلامية بالوفاء.

١٧٢ - ثانياً: السنة النبوية المطهرة

وفي السنة النبوية مقدار كبير من الأحكام والقواعد المتعلقة بموضوع القانون الدولي العام الإسلامي. كما نجد سوابق مهمة جداً تتعلق بهذا الموضوع في معاهدات النبي ﷺ التي عقدها مع اليهود ومع قريش وأهل نجران وغيرهم، وكذلك في أوامره لأمراء الجيش الإسلامي. ففي هذه السوابق نجد معالم النهج المباح سلوكه من قبل الدولة الإسلامية في عقدها المعاهدات مع غيرها من الدول، وفي تصرفاتها معها في حالة الحرب.

١٧٣ - ثالثاً: آراء الفقهاء واجتهاداتهم

اجتهادات الفقهاء المسلمين في دائرة الاجتهاد السائغ المقبول، مهمة جداً لا سيما إذا عرفنا أن للخليفة أن يأخذ ببعض الآراء الاجتهادية فإذا أخذ ببعضها لم يجز معارضتها باجتهاد فقهي آخر، لأن الاجتهاد لا ينتقض بمثله. ولأن أخذ الحاكم برأي اجتهادي يرفع الخلاف فيه إذ يجب على الجميع احترامه وتنفيذه. واجتهاد الفقهاء قد يكون أساسه القياس وقد يكون أساسه المصلحة المرسلّة أو سد الذرائع وكل هذا يجعل مصادر هذا القانون خصبة وواسعة.

١٧٤ - رابعاً: العرف

ومن مصادر القانون الإسلامي العرف. والعرف الصريح الصحيح الذي تجري عليه الدول في بعض علاقاتها فيما بينها، لهذا العرف اعتباره ومتابعته لدلالة القرآن

(١) سورة المائدة، الآية ١.

والسنة على الأخذ به . أما دلالة القرآن على أن الأخذ بالعرف الصحيح فنجدها في قاعدة رفع الحرج ، قال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(١) ولا شك أن في نزاع الناس عما ألفوه بلا مبرر نوعاً من الحرج عليهم وفي هذا يقول صاحب المبسوط «لأن الثابت في العرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً»^(٢) وهذا القول يصدق على علاقات الدول فيما بينها ، فتحس بالحرج وتقع في الضيق إذا نزعت عما اعتادت عليه هذه الدول في تعاملها ، فلا مبرر لترك العرف وعدم مجاراته ما دام صحيحاً بنفسه ولا يخالف الشرع وأما دلالة السنة على اعتبار العرف الصحيح ، فتظهر في إقرار الرسول ﷺ لأعراف الجاهلية الصحيحة في البيوع والمشاركات . ولقد ذكر الفقهاء المسلمون ما يدل على مراعاة العرف في علاقات الدولة الإسلامية مع الدول غير الإسلامية مما يمكن القول إن العرف يراعى في القانون الدولي العام الإسلامي ويعتبر من مصادره ، فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي «وليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن من أن يدخل أحدهم جاسوساً أو متلصصاً فيضر المسلمين فإن دخل بغير أمان سئل فإن قال جئت رسولاً فالقول قوله لأنه تتعذر إقامة البيّنة على ذلك ، ولم تزل الرسل تأتي من غير تقدم أمان . وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحقق دمه لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم»^(٣) وبمثل هذا القول قال الشافعية والمالكية^(٤) .

١٧٥ - خامساً - المعاهدات

عقد المعاهدات بين الدولة الإسلامية وبين غيرها من الدول غير الإسلامية أمر جائز تقره الشريعة الإسلامية ودلت عليه السوابق القديمة في السنة النبوية

(١) سورة الحج ، الآية ٧٨ .

(٢) المبسوط للسرخسي ، ج ١٣ ، ص ١٤ .

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ، ج ٨ ، ص ٥٢٣ .

(٤) اختلاف الفقهاء : للطبري ص ٣٣ ، شرح الخرشي في المالكية ، ج ٣ ، ص ١٢٤ .

وأشرنا إلى بعضها، ومنها معاهدة الحديبية. فيكون ما ورد فيها من التزامات ملزماً لأطراف المعاهدة، والدولة الإسلامية تلتزم بالوفاء بمضمون هذه المعاهدة استجابة لأمر الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وفي الحديث النبوي الشريف «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» وبالتالي تكون أحكام هذه المعاهدات التي تكون الدولة الإسلامية طرفاً فيها جزءاً من القانون الدولي الإسلامي. وينتهي أثر المعاهدات بانتهاء مدتها.

١٧٦ - مراعاة الأخلاق في القانون الدولي العام الإسلامي

إن مراعاة الأخلاق لا تنظر إلا بقدر قليل جداً في القانون الدولي العام الوضعي، وبخلاف هذا الاتجاه. نجد أن مراعاة الأخلاق في مجال القانون الدولي العام الإسلامي واضحاً جداً وفي نفس مستوى مراعاة الأخلاق في مجال العلاقات القانونية بين الأفراد. ولهذا فإن ما يلزم الأفراد في علاقاتهم الفردية من مراعاة لجانب الأخلاق الفاضلة والتوقي من أضرارها يلزم مثله الدولة الإسلامية في علاقاتها مع الدول الأخرى. والشعار في الشريعة الإسلامية في هذا المجال: من غير المقبول في الشريعة أن يكون الشيء ذميماً محرماً في علاقات الفرد بالفرد ويكون نفسه جميلاً وحلالاً ومقبولاً في علاقة الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول. وعلى هذا فإن من مبادئ القانون الدولي الإسلامي الأصيلة مراعاة الأخلاق، والدولة الإسلامية تلتزم بهذا المبدأ غاية الالتزام وفي جميع الظروف والأحوال وفي جميع علاقاتها مع الدول الأخرى، ومع رعايا هذه الدول، حتى وإن كلفها الالتزام بهذا المبدأ تضحيات جسيمة وثماناً باهظاً وفوت عليها مصالح كثيرة، لأن الالتزام بمقتضى الأخلاق - في نظر الشريعة الإسلامية - شيء ثمين جداً لا يعادله شيء، وكل بذل أو تضحية في سبيله هين وبسيط. . وإن التفريط بهذا الالتزام شيء خسيس جداً لا يرفع خسته شيء.

١٧٧ - أمثلة رائدة لمراعاة الأخلاق في القانون الدولي العام الإسلامي

أولاً: لزوم التقيد بمقتضيات العدل

التقيد بالعدل والعمل بموجبه ومقتضياته له مركز بارز جداً في جميع قواعد الشريعة وأحكامها والنصوص فيه كثيرة جداً، وبه جاءت الشرائع الإلهية، قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^(١) والميزان هو العدل كما قال أهل التفسير^(٢). وتبرز أهمية العدل ومكانته أكثر إذا علمنا بأن العدل يجب مع الجميع بلا استثناء وسواء كانوا غير مسلمين أو مسلمين أفراداً أو جماعات أو دولاً. قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَاؤُا قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٣). والمعنى: لا يحملنكم بغض قوم - وهم الكفار - كما قال ابن تيمية، على عدم العدل^(٤). والأمر بالعدل نهى عن الظلم، والنصوص في تحريم الظلم كثيرة جداً وهو لا يجوز في جميع الأحوال وبالنسبة لأي إنسان لأية جماعة أو دولة، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، لأن كون الفرد أو الجماعة أو الدولة، غير مسلمين، لا يعطي مبرراً للدولة الإسلامية ولا للمسلم، أن يلحق بهؤلاء الظلم في أية صورة جاء الظلم. قال شيخ الإسلام ابن تيمية وهو يتكلم عن العدل والظلم «ولهذا كان العدل أمراً واجباً في كل شيء وعلى كل أحد والظلم محرماً في كل شيء ولكل واحد، فلا يحل ظلم أحد أصلاً سواء كان مسلماً أو كان كافراً أو ظالماً»^(٥).

١٧٨ - ثانياً: قاعدة المعاملة بالمثل

وهذه القاعدة، في الحقيقة، من فروع مبدأ التقيد بالعدل، ومن تطبيقات هذه القاعدة ما قرره الفقهاء في باب السياسة الضريبية فقالوا: إذا كانت الدولة غير

(١) سورة الحديد، الآية ٢٥.

(٢) تفسير ابن كثير، ج ٤، ص ٣١٤.

(٣) سورة المائدة، الآية ٨.

(٤) فتاوى ابن تيمية، طبعة فرح الله الكردي، ج ١، ص ٢٤١.

(٥) فتاوى ابن تيمية، طبعة فرح الله الكردي، ج ١، ص ٣٤١ - ٣٥٢.

الإسلامية تعفو عن الأموال التجارية الداخلة إلى إقليمها من الدولة الإسلامية أو تستوفي عنها ضريبة معينة، فإن الدولة الإسلامية تعاملها بالمثل بالإعفاء من الضريبة أو باستيفائها بقدر ما تستوفيه عن الأموال التجارية التي يدخل بها رعايا تلك الدولة غير المسلمة إلى إقليم دار الإسلام - دولة الإسلام^(١).

١٧٩ - ثالثاً: قصر المسؤولية على من قام فيه سببها

وهذه القاعدة من فروع مبدأ العدل والتقيد به، وتقوم على أساس قوله تعالى: ﴿وَلَا تُزْرُوا زُرَّتُمْ وَدَرَ أُخْرَى﴾. وفي السنة النبوية تطبيق لهذه القاعدة ففي معاهدة النبي ﷺ مع يهود خيبر لما انتصر عليهم، اشترط عليهم بعض الشروط إن خالفوها فلا ذمة لهم ولا عهد، فخالفها بعضهم، فاعتبر النقض أي المخالفة للشروط مقصوراً على من خالف فقط وليس على جميعهم^(٢) ومن تطبيقات هذه القاعدة ما ذكره الفقهاء من أن طرف المعاهدة مع الدولة الإسلامية، إذا كان هذا الطرف دولة متعددة ونقضت إحداها المعاهدة وأنكرت الدول الباقية موقف الدولة الناقضة ولم تشاركها في النقض اقتصر أثر النقض على الدولة الناقضة فقط ولم يسر حكم النقض على الباقيات، جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي «وإن أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل أو راسل الإمام - أي إمام المسلمين - بأني منكر لما فعله الناقض، مقيم على العهد، لم ينقض في حقه، ويأمره الإمام بالتميز ليأخذ الناقض وحده»^(٣) ويقول الفقيه الكاساني في بدائعه «ولو خرج قوم من دار الموادة - أي الدولة المتعاقدة مع الدولة الإسلامية بمعاهدة صلح أو هدنة - بإذن الإمام (أي بإذن رئيسهم) كان ذلك دلالة النبذ - أي دلالة على نقض المعاهدة - ولو خرج قوم من غير إذن الإمام (أي خرج قوم من دار الموادة من غير إذن إمامهم) فقطعوا الطريق

(١) الفتاوى الهندية في فقه الحنفية ج ١، ص ١٨٤، شرح الكبير للسرخسي ج ٤، ص ٢٨٣، المبسوط ج ١٠، ص ١٩٩ - ٢٠٠.

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، ج ٤، ص ٦٢ - ٧٧.

(٣) المغني لابن قدامة، ج ٨، ص ٤٦٢.

في دار الإسلام فلا يكون ذلك نقضاً للعهد (أي المعاهدة) . . فالملك، أي ملك تلك الدولة غير المسلمة، وأهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض في حقهم»^(١) وكذلك قال الشافعية مثل قول الكاساني^(٢).

١٨٠ - رابعاً: قاعدة شرعية الوسيلة مع شرعية الغاية

فالغاية إذا كانت حميدة بذاتها ومشروعة وشريفة، وترغب الشريعة الإسلامية في قصدها وتحصيلها فيجب أن تكون الوسيلة إليها حميدة بذاتها ومشروعة وشريفة، فلا يجوز الوصول إلى غاية شريفة بوسيلة خسيصة فلا بد أن تكون الغاية مقبولة شرعاً وفي ميزان الأخلاق وتكون الوسيلة إليها مقبولة شرعاً وفي ميزان الأخلاق. وعلى هذا فالشريعة الإسلامية ترفض رفضاً قاطعاً ذلك المبدأ الخبيث أو القاعدة الخسيصة التي نادى بها (ميكافلي) في كتابه المسمى (الأمير) سنة ١٥١٣م وقال فيه: لا محل للأخذ بقواعد الأخلاق في أمور الدولة، ومن تطبيقات هذا المبدأ الخسيس، أن لا داعي للتحري عن مشروعية الوسيلة كما لا داعي لمشروعية الغاية ما دام ذلك في مصلحة الدولة. والحقيقة أن الدول الحاضرة تطبق مبدأ (ميكافلي) تطبيقاً ممتازاً في اللؤم والخبث وعلى حساب الأخلاق. . والدليل على قاعدة لا بد من شرعية الوسيلة مع شرعية الغاية قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسْتَضْرُّوكُمْ فِي الَّذِينَ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ يَمَّا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(٣) أي إن استنصركم المسلمون الذين لم يهاجروا إليكم على عدوهم فانصروهم فإنه واجب عليكم لأنهم إخوانكم في الدين إلا إن استنصروكم على قوم من الكفار بينكم وبينهم ميثاق أي مهادنة إلى مدة فلا تخفروا ذمتكم ولا تنقضوا عهدكم معهم وإن كان الكفار هم المعتدين، رعاية للعهد، وتوقياً من الخيانة^(٤) فالآية صريحة في

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص ١٠٩ - ١١٠.

(٢) مختصر الإمام المزني، ج٨، ص ٢٨٠.

(٣) سورة الأنفال، الآية ٧٢.

(٤) تفسير ابن كثير، ج٢، ص ٣٢٩.

دالتها على ضرورة مشروعية الوسيلة مع مشروعية الغاية، فنصرة المسلمين المظلومين واجبة، فهي إذن، غاية شريفة ومشروعة ومطلوبة ولكن لما كان الوصول إليها بوسيلة ذميمة لم تجز تلك الغاية لأن الوصول إليها يستلزم الخيانة ونقض العهد، وهذه من الوسائل المحرمة المحظورة. ويدل أيضاً على قاعدة مشروعية الوسيلة مع مشروعية الغاية، ما ورد في معاهدة الحديبية التي عقدها النبي ﷺ مع قريش وكان من بنودها: أن من يأت محمداً ﷺ مسلماً من قريش بدون إذن وليه يرده النبي ﷺ. فجاء بعد الاتفاق على بنودها أبو جندل من قريش يستصرخ المسلمين أن يقبلوه ولا يردوه إلى قريش فامتنع النبي ﷺ من قبوله وقال معللاً امتناعه: «إنا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحاً وأعطيناهم على ذلك وأعطيناهم عهداً وإنا لا نغدر بهم»^(١) فأبواء أبي جندل وعدم رده إلى قريش وإن كان ذلك بذاته شيئاً حسناً، ولكن الوصول إليه يكون بوسيلة الغدر وعدم الوفاء بما جرى التعاقد والتعاهد عليه فلا يجوز.

١٨١ - خامساً: أ - إيقاف قاعدة المعاملة بالمثل لرعاية العدالة

وقاعدة المعاملة بالمثل تقف ولا تعمل بها إذا صارت أداة في الخروج على مقتضيات العدل الذي هو أصلها الذي تفرعت عنه، فيكون مثلها في هذه الحالة مثل الغصن الذي تقطعه من شجرته لا تبقى فيه حياة ولا يستحق إلا النبد والتخلي عنه. وبناء على ذلك قال الفقهاء إن الدولة الإسلامية لا تعامل الدولة غير الإسلامية بالمثل إذا فرضت الدولة غير الإسلامية ضريبة على أموال التجار المسلمين إذا دخلوا إقليمها، إذا كانت هذه الضريبة تستأصل هذه الأموال، أو إذا أخذوا هذه الأموال ابتداء على وجه المصادرة أو فرضوا ضريبة باهظة على أموال قليلة، أو إذا قتلوا المسلمين المقيمين في أرض هذه الدولة غير الإسلامية الداخلين إليها بأمان. ويعلل الفقهاء عدم معاملة الدولة بالمثل في مثل هذه الأحوال بقولهم إن ذلك

(١) المغني، ج ٨ ص ٤٦٥، وسيرة ابن هشام في موضع صلح الحديبية.

منهم - أي من الدولة غير الإسلامية - ظلم وغدر بالأمان ولا يجوز أن نتابعهم فيه، ولأن ذلك ظلم ولا متابعة في الظلم، ولأننا نهينا أن نتخلق بأخلاقهم الخسيسة وإن تخلقوا هم بها^(١).

الفرع الثاني القانون الدستوري الإسلامي

١٨٢ - الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري

ذكرنا أن القانون الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية التي تعنى ببيان نظام الحكم في الدولة وأنواع السلطات فيها وعلاقة بعضها ببعض، وتقرر حقوق الأفراد الأساسية وتنظم علاقاتهم بالدولة وسلطاتها. وهذه الأمور توجد في الشريعة من القواعد والأحكام ما ينظمها، وبالتالي يمكن أن تسمى هذه القواعد والأحكام (القانون الدستوري الإسلامي).

١٨٣ - رئيس الدولة في القانون الدستوري الإسلامي

رئيس الدولة الإسلامية يسمى (ال خليفة) و(أمير المؤمنين) والإمام وهذه التسميات ذات مدلول واحد وهو رئيس الدولة. وهو يختار من قبل الأمة الإسلامية جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي «من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجب معونته»^(٢) ومعنى ذلك أن الأمة الإسلامية هي صاحبة الحق في انتخاب الخليفة. والأصل في انتخابه أن يكون مدى الحياة لأن السوابق القديمة في انتخاب أبي بكر وعمر وعثمان وعلي كانت لمدة حياتهم ولم تكن موقوتة بمدة

(١) المبسوط للسرخسي، ج ١٢، ص ٢٠٠، الدر المختار ورد المختار في فقه الحنفية، ج ٢، ص ٥٦، فتح القدير شرح الهداية في فقه الحنفية، ج ١، ص ٥٣٤.

(٢) المغني، ج ٨، ص ١٧.

محددة. ويبدو لي أن الاجتهاد يتسع للقول بجواز انتخابه لمدة محددة كخمس سنوات مثلاً قابلة للتجديد.

١٨٤ - نظام الحكم يقوم على الشورى

ومبدأ الشورى الذي أمرت به الشريعة هو الذي يقوم عليه نظام الحكم الإسلامي لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ ولقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يَنْتَهُم﴾ فلا بد للخليفة أن يشاور الأمة أو نوابها أو ذوي الرأي فيها في شؤون الدولة، قال شيخ الإسلام ابن تيمية «لا غنى لولي الأمر عن المشاورة فإن الله تعالى أمر بها نبيه ﷺ». ولأهمية المشاورة والتقييد بمبدأ الشورى، قال الإمام المفسر ابن عطية «والشورى من قواعد وعزائم الأمور والأحكام من لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب»^(١).

١٨٥ - وجود السلطات الثلاث في الدولة

والقانون الدستوري الإسلامي يقرر السلطات الثلاث في الدولة: السلطة التنفيذية، ويمثلها الخليفة ونوابه وأعوانه ووزرائه. والسلطة القضائية ويمثلها القضاة وهو مستقلون عن السلطة التنفيذية ولا يجوز التدخل في قضائهم^(٢). والسلطة التشريعية، يراد بها في القانون الدستوري الإسلامي وضع القواعد الشرعية والأحكام الشرعية فيما لا نص فيه. وهذه وظيفة المجتهدين المسلمين في الدولة، وللخليفة إن كان من أهل الاجتهاد. كما أن من حق الخليفة أن يختار رأياً اجتهادياً فيما لا نص فيه ويأمر بتطبيقه في شؤون الدولة فيصير حكمه حكم القانون لا تجوز مخالفته باجتهاد آخر أو برأى اجتهادي آخر عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول:

(١) تفسير القرطبي، ج ٤، ص ٢٤٩.

(٢) انظر كتابنا نظام القضاء في الشريعة الإسلامية.

«حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسألة» والقاعدة الفقهية التي تقول: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

١٨٦ - حقوق الأفراد في القانون الدستوري الإسلامي

القانون الدستوري، ينص عادة، على حقوق الأفراد ليدل على أهميتها ولذلك نصت عليها مواده، لأن القانون الدستوري في الدولة يعتبر أهم القوانين وأعلاها في الدولة ولا يجوز لأي قانون مخالفة أحكام الدستور. والحقيقة أن حقوق الأفراد مقررّة في الشريعة الإسلامية ومستمدة منها مباشرة ولا يملك الخليفة ولا غيره سلب هذه الحقوق من الأفراد. وعلى رأس هذه الحقوق حرية الرأي للأفراد. وأساس هذا الحق أن المسلم مكلف بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(١) ويدخل في مضمون (المعروف والمنكر) تصرفات الحكام في شؤون الدولة وما يراه الأفراد من مصالحها. فلهم كل الحق في إبداء آرائهم في ذلك، ومراقبة السلطة التنفيذية في تصرفاتها. ولهم في تنفيذ ذلك إبداء آرائهم شفاهاً وكتابة، فرادى أو مجتمعين. ولا يجوز لهم التخلي عن حقهم هذا - إبداء الرأي - لأنه في جوهره (واجب) وليس حقاً فقط قال النبي ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه» وكذلك يتمتع الأفراد ببقية الحقوق السياسية العامة والخاصة والتي ستتكمّل عنها فيما بعد إن شاء الله تعالى، ومصدر تمتعهم بها هو الشريعة الإسلامية نفسها، فليست هذه الحقوق منحة من الحاكم.

(١) سورة التوبة، الآية ٧١.

الفرع الثالث القانون الإداري الإسلامي

١٨٧ - وجوده في الشريعة الإسلامية

قلنا في تعريف القانون الإداري هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية فيما تقوم به من تصريف الأعمال اليومية للدولة. وهذه القواعد موجودة في الشريعة الإسلامية إلا أنها لا تسمى بهذا الاسم، وتبحث مع قواعد القانون الدستوري. وربما شملها ما يقوله الفقهاء في تعريفهم للإمامة بأنها خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به^(١) والمقصود بسياسة الدنيا بالدين إدارة شؤون الدولة والرعية على وجه يحقق المصلحة ويدرك المفسدة وفقاً لقواعد الشريعة. ومن أوجه هذه السياسة إقامة العدل بين الناس وإشاعة الأمن والاستقرار وتهيئة ما يحتاجه الناس واستثمار خيرات البلاد وإيجاد المرافق العامة التي تقدم خدماتها إلى الناس لسد حاجياتهم، واختيار الموظفين الأكفاء. ونتكلم في اختيار الموظفين وعلاقتهم بالدولة.

١٨٨ - اختيار الموظفين

إن واجبات الدولة إنما تقوم بها من خلال موظفيها، وإذا كان الأمر هكذا، فلا بد من حسن اختيار الموظفين الأكفاء. والقاعدة في الشريعة الإسلامية في إنابة أعمال وظائف الدولة أنها تناط إلى القادرين عليها الأمانة عليها قال تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ آسَتْ جَرَّتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ ﴿١٦١﴾ فعلى السلطة التنفيذية: الخليفة ومن دونه أن يختاروا الموظفين بهذا المعيار: القوة والأمانة وإلاّ تحملوا أوزارهم وصار الخليفة

(١) في الأحكام السلطانية للماوردي (الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا به).

في نظر الأمة هو المسؤول عن الخلل أو التقصير الذي يرويه في مرافق الدولة لأنه هو المسؤول الأول ولم يحسن اختيار الموظفين الأكفاء الذين تقوم كفاءتهم على القوة والأمانة. وقد أشار الفقيه الماوردي إلى واجب الخليفة في اختيار الأكفاء فقال - وهو يعدد واجبات الخليفة - «التاسع استكفاء الأمانة وتقليد النصحاء فيما يفوضه إليهم من الأعمال ويكله إليهم من الأعمال لتكون الأموال بالأكفاء مضبوطة والأعمال بالأمانة ومحفوظة»^(١).

الفرع الرابع القانون الجنائي الإسلامي

١٨٩ - تعريفه

في الشريعة الإسلامية جملة من الأحكام التي تبين الأفعال المحظورة والعقوبات المترتبة عليها لمن يرتكبها وهذه بمجموعها تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجنائي الإسلامي. والأفعال المخطورة المعاقب عليها هي الجرائم ولذلك عرفها الفقهاء بقولهم: «الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير»^(٢).

١٩٠ - أساس اعتبار الفعل جريمة

وأساس اعتبار الفعل جريمة ما فيه من ضرر يصيب الفرد أو الجماعة. والضرر ما يمس مصالح الفرد أو الجماعة القائمة على حفظ مصالحه الخمس: وهي الدين والنفس والعقل والمال والعرض. أما الضرر الذي يصيب الجماعة فيكون بما يصيب نظامها الاجتماعي ومرتكزاته من أمن واستقرار وأخلاق وقيامه على معاني الدين.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٤.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص ٢٤١.

١٩١ - أنواع الجرائم

والجرائم بالنظر إلى عقوباتها ثلاثة أنواع:

الأول: جرائم الحدود وهي: الزنا والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والردة.

والثاني: جرائم القصاص والديات وهي الجرائم التي تزهق روح المجني عليه أو تصيبه بجراح أو بقطع الأطراف. والواجب فيها القصاص إذا توافرت شروطه، فيفعل بالجاني مثل فعله بالمجني عليه بأن يقتل كما قتل المجني عليه، ويجرح كما جرح المجني عليه ويقطع كما قطع المجني عليه. أما عقاب جرائم الحدود، فهو ما قدره الشرع لهذه الجرائم فيعقاب به من يرتكبها.

والثالث: جرائم التعزير وهي ما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات وتشمل جميع ما حرمه الشرع ولم يحدد له عقوبة، وإنما ترك تقديرها للقاضي وفق ضوابط معينة منها جسامة الفعل المحرم وجسامة ضرره وحال الجاني وهل سبق منه ارتكاب جرائم أو لا ونحو ذلك.

١٩٢ - العقوبات الشرعية

وهي كما أشرنا ثلاثة أنواع:

الأول: ما قدره الشرع لجرائم الحدود التي ذكرناها، وعقوباتها هي: الجلد لجريمة الزنا ولجريمة القذف ولشرب الخمر، فللزنا مائة جلدة لغير المحصن، والرجم للمحصن. وللقذف ثمانون جلدة، ولشرب الخمر ثمانون جلدة. وللسرقة عقوبة قطع اليد، وفي جريمة قطع الطريق قطع الأيدي والأرجل من خلاف، أو القتل والصلب أو النفي من الأرض. وعقوبة الردة قتل المرتد إن لم يتب. والعقوبة في جرائم الحدود وجبت حقاً لله تعالى أي حقاً للمجتمع.

والنوع الثاني: من العقوبات هو القصاص وقد بيناه فإن لم تتوافر شروطه،

فالواجب التعويض وهو المسمى بـ (الدية) في قتل النفس، أو (الأرش) وهو التعويض في الاعتداء على ما دون النفس. والأرض منه ما قدره الشرع ومنه ما ترك تقديره للقاضي.

والثالث: عقوبات التعزير. وهي العقوبات على المحظورات الشرعية التي لم يقدر الشرع لها عقوبات محددة وإنما ترك تقديرها للقاضي وفق ضوابط معينة أشرنا إليها.

١٩٣ - المساواة في إقامة العقوبات الشرعية

والعقوبات الشرعية تقام على كل من ارتكب موجباتها من الجرائم لا فرق بين شخص وآخر، فقد جاء في الحديث النبوي الشريف «إنما هلك من كان قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، واسم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها». فعلى ولاية الأمور الجدية في تطبيق العقوبات الشرعية، ورفض أية شفاعة في تعطيلها.

١٩٤ - تشريع العقاب من رحمة الله بعباده

وتشريع العقاب الديني في الشريعة الإسلامية على مرتكب المحظورات الشرعية، من مظاهر رحمة الله بعباده لأن هذا العقاب يزرع الإنسان عن ارتكاب الجريمة فيتخلص من الإثم ويتخلص هو وغيره من ضرر الجريمة. وإذا وقعت الجريمة فإن العقوبة في حق مرتكبها ردع له فلا يعود إلى ارتكابها بها مرة أخرى فيصيبه العقاب الذي ذاق طعمه مرة أخرى ويزجر غيره فلا يرتكب الجريمة لثلا يحل به عقابها كما حل بغيره عندما ارتكبها.

١٩٥ - العقوبة بقدر الجريمة

والعقاب في الشريعة بقدر الجريمة قال تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ وهذا ما يقضي به العدل. ثم إن العقاب كالدواء بالنسبة للمريض، والدواء يعطى بقدر الحاجة المريض إليه وبقدر ما يستحقه مرضه من نوع الدواء ومقداره.

١٩٦ - في العقاب كفاية من الردع

وفي العقاب في الشريعة ما يكفي من الإيلاء الرادع عن ارتكاب الجريمة، لأن الغرض من العقاب الردع والزجر، ولا يتحقق هذا المطلوب إلا إذا كان في العقاب من الإيلاء ما يردع ويزجر ويخيف، وهذا متحقق في كل العقوبات الشرعية، ففيها من العقاب المؤلم ما يناسب الجريمة وما يردع عن ارتكابها.

١٩٧ - الاختلاف بين القانون الجنائي الإسلامي وبين القانون الوضعي

ويظهر هذا الاختلاف من وجوه منها ما يأتي:

الوجه الأول: من ناحية ما يعتبر جريمة وما لا يعتبر

في القانون الجنائي الإسلامي محظورات تعتبر جرائم يعاقب عليها هذا القانون ولا تعتبر جرائم في القانون الجنائي الوضعي كالردة في الشريعة أي في قانونها الجنائي تعتبر جريمة ولا تعتبر في القانون الجنائي الوضعي، وكذا الزنا إذا تم بالرضا بين بالغين هو لا يعتبر جريمة في القانون الوضعي ويعتبر جريمة في القانون الإسلامي. وشرب الخمر جريمة في القانون الإسلامي ولا يعتبر جريمة في القانون الوضعي وهكذا. والسبب في هذا الاختلاف هو الاختلاف فيما يقوم عليه النظام الاجتماعي في نظر الشريعة وفي نظر القانون الوضعي، والاختلاف في طبيعة الضرر الذي يريد القانون منع وقوعه بارتكاب الجريمة عن طريق ترتيب العقاب عليها، وكذلك اختلافهما في النظرة إلى مدى رعاية الأخلاق والحاجة إلى هذه الرعاية فهذه الأمور المختلف فيها بين الشريعة والقانون هي التي أدت إلى الاختلاف فيما اعتبره كل منهما جريمة وما لم يعتبره. فالشريعة تحرص على معاني الدين، التي يقوم عليها نظامها الاجتماعي، وكذا تهتم (بالأخلاق) وتجعلها دعامة من دعائم المجتمع فجاء تحريمها الردة واعتبارها جريمة لاعتدائها واعتداء صاحبها على (الدين) الذي أقامت نظامها الاجتماعي على أساسه، والتزم (المسلم) بعدم

الخروج عليه، وبررته إخلال بالتزامه وإضرار بأساس نظامها الاجتماعي. ومنعت الزنا واعتبرته جريمة لمساسه (بالأخلاق) وهذا المساس والإضرار بها لا يزول (بالرضا) بل يزيد إضراراً بالأخلاق وقبحاً في هذا الفعل (الزنا).

والشريعة تحرص على صلاح الفرد وتمنعه من أن يضر نفسه، فتمنعه من شرب الخمر لإضراره بنفسه وبغيره فاعتبرته جريمة وعاقبت عليه، والقانون لم ينظر هذه النظرة. ولا شك أن نظرة الشريعة وما ابتنت عليه وبالتالي ما اعتبرته جريمة عاقبت عليها أقول مسلك الشريعة هو الصحيح الحق الواضح وليس هنا محل تفصيلها.

الوجه الثاني من الخلاف - من جهة نوع العقاب

في الشريعة عقوبات جسدية كقطع اليد والجلد إضافة إلى قطع الرأس، وليس في القانون الوضعي الجنائي عقوبة قطع اليد والجلد وقطع الرأس إلا في أحوال قليلة بالنسبة لقطع الرأس. ومسلك القانون العقابي الإسلامي هو الصحيح لأنه يقوم على أساس من العدل والكفاية في الردع وبه يحصل مقصود تشريع العقاب. ويكفي أن نقول إن عقوبة قطع الرأس (الإعدام) مأخوذ بها في كثير من الدول، وأن الدول التي ألغتها رجع بعضها إليها في حالات معينة. وأما الجلد فهو وإن ألغي ولكن لا يزال يطبق في بعض الدول «ففي إنجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية في القانون الجنائي، وفي الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد، وفي قانوني الجيش والبوليس في مصر وإنجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال في كثير من الدول. وفي أثناء الحرب الأخيرة - الحرب العالمية الثانية - رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقها على المدنيين في جرائم التموين والتسكير وغيرها»^(١). ويبقى إذن الخلاف في نوع الجرائم التي تستحق عقوبة الجلد، فالشريعة لحرصها على الأخلاق والأعراض وسلامة العائلة

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للشهيد عبد القادر عودة، ج ١، ص ٦٣٨.

عاقبت على (الزنا) لأنها تضرر بما تحرص الشريعة على الحفاظ عليه. ولأن الزاني أصبح خطراً يهدد كل عرض لأن همه أن يبلغ في أي إناء ويريق ماءه فيه، فهو كالذئب الهائج فهذا لا ينفع معه إلا التلويح له بالعصا وجلده إذا لم ينفع معه التلويح بها. وأما قطع اليد في السرقة وفي قطع الطريق فنقول موجزين القول، لا حق للص في الاعتراض على غلق الأبواب والنوافذ ولا في وضع الحواجز لمنع اقتحام البيت، فالذي لا يريد السرقة ولا يروع الناس في بيوتهم لا يضيره العقاب بقطع اليد لأنه لا يريد السرقة، والذي يريد السرقة ويعزم عليها فهذا يمكن أن تخيفه عقوبة قطع اليد فيرتدع ويحصل المقصود أما الذي بلغ به حب الإجرام إلى حد لم تعد عقوبة قطع اليد مانعة ولا رادعة له فلتطبق عليه عسى أن تمنعه من العود وعسى أن تردع غيره وتمنعه من ارتكابها. أما عقوبة السجن بدلاً من عقوبة قطع اليد فهذه لا تردع بدليل كثرة السرقات، بل صارت هذه العقوبة عاملاً مساعداً لانتشار السرقات وكثرتها واتساعها، لأن عقوبة السجن هيأت للسراق (نادياً) واسعاً - وهو السجن - يجتمعون فيه ويتعارفون ويتبادلون خبراتهم في عالم السرقة فيخرجون منه وقد ازدادوا براعة وحذقاً لأساليب السرقة والتعاون فيما بينهم - بعد تعارفهم وصدقتهم - على إيقاعها.

الوجه الثالث: في الجهة التي لها الحق في العقاب

اعتبر القانون الجنائي الوضعي العقاب من حق المجتمع لا من حق الفرد حتى لو وقعت الجريمة على الشخص فأزهقت روحه، أو آذته في بدنه أو في ماله... أما الشريعة الإسلامية فجعلت الجرائم والعقوبات المترتبة عليها من ناحية الجهة التي تملك حق إنزال العقوبة بالجاني نظراً لنوع الضرر الذي حل بالمجتمع أو الفرد. فجعلت عقوبات جرائم الحدود من حق المجتمع لأن ضررها يصيبه مباشرة وبقدر أكبر مما يصيب الفرد المجني عليه، ولذلك يقول الفقهاء في تعريفهم عقوبة (الحد) بأنه عقوبة حددها الشرع حقاً لله تعالى، أي حقاً للمجتمع لأن ما يمس مصلحة المجتمع يعتبر حقاً لله لبيان عظيم خطره وضرورة عدم التهاون فيه والتنازل عنه. أما في جريمة (القتل) فهذه الجريمة وإن أضرت بالمجتمع وأشاعت

فيه الذعر ولكن الواقع يشهد بأن الضرر الذي أصاب المجني عليه وأهله هو أعظم مما يقال من الضرر الذي أصاب المجتمع ولهذا ولقطع دابر تسلسل الجرائم أعطى الشرع الإسلامي حق طلب القصاص من الجاني إلى أولياء القتل فإن شأؤوا طلبوا القصاص وإن شأؤوا طلبوا التعويض (الدية) وإن شأؤوا عفو عن القصاص وعن الدية. فإن عفو عن القصاص جاز لولي الأمر أن يعاقب الجاني بعقوبة تعزيرية فعند الملكية إذا عفا أولياء القتل عن القصاص من الجاني جاز للإمام حبس الجاني سنة وجعله مائة جلدة^(١) وفي مسلك القانون الجنائي الإسلامي ردع كافي لمن يريد الاعتداء على حياة الناس، كما أن فيه وسيلة فعالة لمنع تسلسل وقوع الجرائم. وبيان ذلك أن في تمكين أولياء القتل من طلب القصاص من الجاني، أو من قبول التعويض بدل القصاص (الدية) أو العفو عن الجاني حسماً لتسلسل الإجرام لأن أولياء القتل مكنوا من هذه الخيارات فلا تتطلع نفوسهم إلى المزيد. أما لو منعوا من ذلك بحجة أن حق العقاب للمجتمع وليس لأولياء القتل أي حق فيه فهذا يؤدي إلى أن أولياء القتل يحاولون قتل القاتل ليشفوا غيظهم بقتل القاتل الذي فجعه بقتل عزيزهم. ثم إن أقرباء القاتل القتل قد يثأرون له فيقتلون قاتله وهكذا... ويؤيد قولنا إن عقوبة الحبس، وهي العقوبة الغالبة في الجرائم العمد، ما ردعت المجرمين من ارتكاب جريمة القتل العمد بدليل ازديادها. بينما لو أخذ بالعقاب الشرعي لأدى ذلك إلى الردع عن ارتكابها بقدر كبير وبهذا الردع نحفظ حياة الناس: من أراد القتل بإحجامه عنه خوفاً من القصاص. ومن أريد قتله لنجاته من القتل. وصدق رب العالمين إذ يقول: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢).

١٩٨ - قانون الإجراءات الجنائية

والقانون الجنائي الإسلامي كالقانون الجنائي الوضعي يشمل الأحكام

(١) تبصرة الحكام للفتاوى ابن فرحون المالكي، ج ٢، ص ٢٥٩.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٧٩.

الموضوعية المتعلقة بالجرائم وتحديد ما يترتب عليها من عقوبات. كما يشمل قواعد الإجراءات الجنائية وتشمل تنظيم المحاكم الجنائية وتحديد اختصاصاتها وبيان الإجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم ومحاكمة مرتكبيها وتوقيع العقاب عليهم. وقد جرى العمل على فصل الأحكام الموضوعية في القانون الجنائي، وأطلق عليها اسم (قانون العقوبات). كما فصلت قواعد الإجراءات الجنائية وأطلق عليها اسم (قانون الإجراءات الجنائية) أو اسم (قانون المرافعات الجزائية). وما تكلمنا عنه بشأن القانون الجنائي الإسلامي هو ما تعلق بقواعده وأحكامه الموضوعية التي تعين الجرائم وعقوباتها أي ما أصبح يطلق عليه عادة اسم قانون العقوبات. أما قواعد الإجراءات الجنائية (قانون الإجراءات الجنائية الإسلامي) فهذه القواعد مثبتة في نظام القضاء الإسلامي حيث تكفل في بيان هذه القواعد.

الفرع الخامس القانون المالي الإسلامي

١٩٩ - القانون المالي في الشريعة الإسلامية

قلنا إن القانون المالي باعتباره فرعاً من القانون العام الوضعي هو الذي ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها وبيّن القواعد التي تحكم ميزانية الدولة التي تقوم على ضبط أو تقدير إيرادات الدولة ومصروفاتها. وهذا المعنى أو المضمون للقانون المالي موجود في الشريعة الإسلامية، فهناك موارد معينة للدولة الإسلامية وقواعد شرعية تحكم وتنظم هذه الموارد مثل: الجزية والخراج والعشور والغنائم والزكاة ما يعرف بالفيء وبالمعادن في الأرض ولهذه الموارد أحكام تنظمها وتبين مقاديرها وكيفية جبايتها. ثم هناك قواعد لبيان كيفية صرفها وبيان مستحقيها: مثل المصالح العامة للدولة، وإرزاق الجند والموظفين والمحتاجين من الفقراء وغيرهم، علماً بأن لكل مورد من هذه الموارد مصرفاً خاصاً به وقد يشركه مورد آخر أيضاً في هذا المصرف على النحو المفصل في كتب الفقه.

٢٠٠ - القانون المالي والنظام الاقتصادي الإسلامي

ويلاحظ هنا أن القانون المالي الإسلامي يعتبر جزءاً من النظام الاقتصادي الإسلامي. هذا النظام الذي يبين أوجه النشاط الاقتصادي للأفراد في الدولة الإسلامية كما يبين مبادئه وأساسه ومعالمه فهو يقوم على أساس العقيدة الإسلامية ومن معانيها أن المالك الحقيقي للأشياء هو الله تعالى، وأن الإنسان في ملكه الذي أذن الشرع به للإنسان يعتبر وكيلاً فيه فعليه أن يتصرف على النحو الذي يريده ماله الحقيقي. وأن كسب المال يجب أن يكون بالطرق المشروعة وكذا تسميره، ووجوب إخراج ما أوجبه الشرع في هذا المال الذي صار في يد ماله. ومن أسس النظام الاقتصادي حق الفرد في مباشرة النشاط الاقتصادي المباح الذي يهواه. وإقرار حق الملكية له. وحق الإرث وفق تقسيم الشرع للمستحقين. كما أن من معالم هذا النظام كفالة الدولة للمحتاجين وإيجاد العمل للقادرين عليه، أو إقراضهم بعض المال ليباشروا حرفهم وصناعتهم به^(١).

(١) انظر مبحث النظام الاقتصادي الإسلامي في كتابنا أصول الدعوة، ص ٢٣٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

فروع القانون الخاص في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

القانون المدني (المعاملات المالية)

٢٠١ - في الشريعة الإسلامية أحكام المعاملات المالية

في الشريعة الإسلامية كثير من الأحكام والقواعد المتعلقة بعلاقات الأفراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والإجارة والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى بقانون المعاملات المالية، أو بالقانون المدني.

٢٠٢ - أوجه الخلاف بين القانون المدني الوضعي والإسلامي

وإذا كان في الشريعة الإسلامية من أحكام تتعلق بعلاقات الأفراد المالية وهي تكون ما يمكن تسميته بقانون المعاملات المالية الإسلامي، أو القانون المدني الإسلامي، إلا أنها تماثلها في المواضع التي ينظمها كل منهما لا ينفي وجود فرق بينهما من ناحيتين:

الأولى: مراعاة الأخلاق في القانون المدني الإسلامي، وضعف هذه المراعاة في القانون المدني الوضعي.

والثانية: والناحية الثانية التي يختلفان فيها: الجانب الديني، فهو ملاحظ ومعتبر في القانون المدني الإسلامي وغير مراعى في القانون المدني الوضعي.

٢٠٣ - أولاً: مراعاة الأخلاق في القانون المدني الإسلامي

للأخلاق مكانة بارزة في جميع تنظيمات الشريعة الإسلامية وأحكامها المختلفة فمن الطبيعي أن نجد لها هذه المكانة البارزة في أحكام المعاملات المالية بين الأفراد، ولهذا حرمت الشريعة الإسلامية الربا وسائر أنواع الكسب غير المشروع وإن جاء عن طريق التراضي، فإذا ظهرت المخالفة للأخلاق في المعاملة المالية لم يعتد بهذه المعاملة كما في المعاملات الربوية، وكما في المعاملات التي قامت على أساس الغبن والتغريب. وإن كانت المخالفة خفية كالغش فإن صاحبها - أي صاحب المعاملة الغاش فيها - يكون ممقوتاً ومسؤولاً أمام الله عن غشه ولا نجد في المعاملات المالية في القوانين الوضعية مثل هذه الرعاية للأخلاق، بل نجد إهداراً لمعاني الأخلاق كإباحة الربا في المعاملات وكسب المال بالقمار ونحوه من سبل كسب المال غير المشروعة. كما لا نجد في مخالفة الأخلاق في المعاملات المالية في القانون الوضعي (القانون المدني) مسؤولية دينية.

٢٠٤ - ثانياً: مراعاة الجانب الديني

والجانب الديني - أي الحل والحرمة - ملاحظ ومعتبر في المعاملات المالية، وهذا الجانب يقوم على ملاحظة الظاهر والباطن، فلا يكفي لحل المعاملة المالية كونها صحيحة ومقبولة شرعاً حسب الظاهر بل يجب أن تكون كذلك حسب باطنها وحقيقتها. فالفصل قد يكون صحيحاً في ظاهره لاستيفائه شروط الصحة ولكنه باطلاً وحراماً لمخالفة حقيقته الباطنة لما تأمر به الشريعة الإسلامية، كالذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها وكالذي يدعي ديناً على آخر ظمناً ويثبت ذلك أمام القضاء بوسائل إثبات ملفقة وغير صحيحة. والأصل في ثبوت الحقوق لمدعيها بناء على حقيقتها الباطنة وكونها حلالاً ظاهراً وباطناً، ولكن لما كان الباطن أمراً خفياً يعجز الإنسان عن معرفته، ولأجل استقرار الأمور وجريانها على أسس ثابتة ومضبوطة وظاهرة، اعتبرت الشريعة الإسلامية الظاهر وجعلت صحته ومطابقته للشرع قرينه على صحة الباطن وحله ومناطاً لتعلق الحقوق وثبوت الآثار،

ولكن الشيء أو الفعل أو المعاملة تبقى متصفة بالحل وبالحرمة بناء على حقيقتها الباطنة، لأن الحكم بناء على الظاهر لا يصير الحرام - المبنى على الباطن - حلالاً وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيع لنفسه فعل الحرام وإن أباح له ذلك القضاء بناء على ظاهر المعاملة. ويدل على ما قلناه قوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه. فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار»^(١). ولهذا إذا ظهر الباطن ظهوراً كافياً وتكشفت حقيقته فالعبرة به لا بالظاهر سواء كان هذا الظهور بدلالة الحال أو بشرط في العقد فيبوع الآجال التي يقصد بها الربا كمن يبيع لآخر سلعة نسيئة بألف ثم يشتريها منه حالاً بتسعمائة نقداً تعتبر باطلة عند أكثر الفقهاء لأن حقيقة المعاملة رباً أخذت شكل البيع وقد دلت القرينة على ذلك فلا عبرة بظاهر البيع. ومثل هذا نكاح المحلل الذي يدل عليه الشرط في النكاح أو تدل عليه القرينة. ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في المعاملات وما يترتب عليه من وصف المعاملة بالحل والحرمة بناء على حقيقتها الباطنة يجعل المسلم لا يقدم على تصرف إلا إذا كان حلالاً ولا يطالب بشيء ليس له وإن أباح له القضاء ذلك أو أقره عليه بناء على الظاهر. ولا ريب أن هذا كله يؤدي إلى الاطمئنان في المعاملات، فهناك رقابة دينية على الإنسان في معاملاته مع غيره زيادة على رقابة القانون ومن ورائه رقابة القضاء وفي هذا أعظم ضمان لحسن تنظيم علاقات الأفراد وعدم ضياع الحقوق على أصحابها. ومن الواضح أن ليس في قواعد القانون المدني الوضعي، ملاحظة الجانب الديني ولا وصف المعاملة بالحل والحرمة بناء على حقيقتها الباطنة، فالحكم على الظاهر ولا علاقة للقضاء ولا القانون بالباطن وبنوايا الإنسان الداخلية.

(١) كتاب الأم للشافعي، ج ٦، ص ٢٠٢.

الفرع الثاني القانون التجاري الإسلامي

٢٠٥ - تعريفه وموضوعه

القانون التجاري الإسلامي هو الذي تعنى قواعده بالمعاملات التجارية التي يجريها التجار، وهذه المعاملات وإن كانت مالية وتقع بين الأفراد ولكن لاحتياجها إلى السرعة والبت وعدم احتمالها التأخير، فقد حكمها قواعد خاصة نظراً لطبيعة هذه المعاملات التجارية، ومن ذلك اعتبار البيع بالنموذج مسقطاً لخيار الرؤية بين التجار^(١). وإمكان إثبات الدين التجاري بين التجار بالشهادة مهما بلغ الدين، وهذا هو الحكم الشرعي في الإثبات، أبقته القوانين الوضعية هكذا في إثبات الديون التجارية، واشترطت الإثبات بالكتابة إذا زاد على مبلغ معين، فالقانون التجاري الإسلامي يأخذ بالشهادة في إثبات الديون مهما كان مقدارها وكذلك الحكم في الديون الأخرى غير التجارية في أحكام المعاملات الشرعية.

الفرع الثالث قانون الأحوال الشخصية

٢٠٦ - التعريف بهذا القانون

يراد بقانون الأحوال الشخصية أحوال العائلة أي أحكامها والقواعد التي تنظمها. وقد ذكرنا من قبل أن القوانين الوضعية (القوانين المدنية) تركت تنظيم مسائل العائلة إلى الشريعة الإسلامية، وهذا في البلاد الإسلامية التي أخذت تطبيق

(١) شرح حلية الأحكام العدلية للأستاذ منير القاضي، ص ٩١.

القوانين الوضعية كمصر والعراق، ثم عمدت هذه البلاد إلى تقنين الأحكام الشرعية المتعلقة بالعائلة دون تقيد بمذهب من مذاهب الفقه الإسلامي، وما لم تنص عليه هذه التقنينات أي قوانين الأحوال الشخصية من مسائل العائلة فالمرجع لتعرف أحكامها هو الشريعة الإسلامية كما نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر في سنة ١٩٥٩.

٢٠٧ - المقصود بالأحوال الشخصية

والمقصود بالأحوال الشخصية مسائل العائلة وعلاقات أفرادها فيما بينهم ابتداء من إنشائها عن طريق النكاح وما يترتب عليه، إلى وفاة أفرادها وما يترتب على الوفاة. وقد ذكرنا ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية^(١).

الفرع الرابع القانون الدولي الخاص الإسلامي

٢٠٨ - القانون الدولي الخاص في الشريعة الإسلامية

قلنا إن القانون الدولي الخاص هو الذي ينظم العلاقات القانونية بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي في أحد أو كل أطرافها. وفي الشريعة الإسلامية مجموعة من هذه الأحكام التي تحكم العلاقات القانونية الخاصة الأجنبية في أحد أطرافها أو في أحد عناصرها. وفقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرّدوا هذه الأحكام ويسموننها باسم (القانون الدولي الخاص) وإنما بحثوها في كلامهم عن علاقات دار الإسلام بدار الحرب - أي عن علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول غير الإسلامية - وجعلوا عنوان بحثهم في هذه العلاقات اسم (السير) وفي بحثهم في هذه العلاقات تحت عنوان السير، تكلموا عن المسائل القانونية بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي،

(١) انظر الفقرة ١٥٢.

وهو الشخص غير المسلم الذي هو من تبعية دار الحرب، فإن دخل دار الإسلام بأمان فهو (المستأمن) في اصطلاح الفقهاء، وإن بقي غير المسلم في داره - دولته - فهو الحربي. فإذا نشأت علاقة قانونية بين المسلم والمستأمن، أو بين المسلم والحربي فالعلاقة تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي. سواء وقعت هذه العلاقة في دار الحرب كعلاقة مسلم دخل دار الحرب وارتبط برابطة قانونية هناك. أو وقعت بين مستأمن ومسلم في دار الإسلام، وكذلك تعتبر الواقعة أو الرابطة ذات عنصر أجنبي إذا وقعت في دار الحرب بين مسلمين. ويلاحظ أخيراً أن العلاقات القانونية إذا وقعت بين (ذمي) وهو مواطن غير مسلم من مواطني دار الإسلام، وبين مسلم، أو بين ذمين في دار الإسلام فهذه العلاقة لا تعتبر علاقة ذات عنصر أجنبي لأن كليهما في دار الإسلام. والخلاصة فالعلاقة القانونية بين الأفراد تعتبر (إسلامية) أي (وطنية) في اصطلاح علماء القانون الوضعي إذ ليس فيها عنصر أجنبي وتعتبر العلاقة بين الأفراد ذات عنصر أجنبي إذا كان أحد أطرافها غير مسلم - بأن كان حريباً مقيماً في دار الحرب، أو مستأنساً دخل دار الإسلام بأمان، أما إذا كان ذمياً وهو مواطن من مواطني دار الإسلام - فهذه العلاقات لا تعتبر أجنبية في أحد عناصرها. وكذلك تعتبر أجنبية في أحد عناصرها إذا نشأت بين مسلمين في دار الحرب.

٢٠٩ - قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي قواعد موضوعية

وقواعد القانون الدولي الخاص في الشريعة الإسلامية، قواعد (موضوعية) وليست قواعد (إسناد) بمعنى أن هذه القواعد تعطي أحكاماً خاصة للعلاقات الأجنبية في أحد عناصرها، ولا تبين القانون الواجب التطبيق وهذا هو الخلاف الجوهري بين قواعد القانون الدولي الخاص في الشريعة وبين قواعد هذا القانون في القوانين الوضعية.

٢١٠ - السبب في طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي

والسبب في أن طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي قواعد

موضوعية وليست قواعد إسناد أن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية إلهية. لا تعترف بأي قانون غيرها يصلح لحكم العلاقات بين البشر، وهذا هو الأصل، ولكن لضرورات الواقع وقصر ولاية الشريعة الإسلامية على دار الإسلام، وعدم ولايتها على غير هذه الدار، اقتصر تنفيذها على دار الإسلام فمع إمكان التنفيذ لا يجوز تنفيذ غيرها، وبهذا المعنى قال الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى: «ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية، وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها»^(١).

٢١١ - لزيادة في التوضيح والبيان

وللزيادة في التوضيح لسبب كون قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي قواعد موضوعية وليست قواعد إسناد، نقول: إن الدول إنما تسمح لقوانين أجنبية أن تطبق في إقليمها عن طريق قواعد (الإسناد) التي وضعتها في قوانينها الوضعية الداخلية، هو اعتقادها بأن هناك قدراً مقبولاً في قوانين الدول من القواعد القانونية التي يمكن أن تحقق المصلحة بتطبيقها خارج إقليمها وبموافقة الدولة بتطبيق هذه القوانين الأجنبية في إقليمها واستبعاد قوانينها الوطنية فهي، إذن، تقرر بمبدأ مزاحمة القانون الأجنبي لقانونها الوطني بمحض اختيارها وبموجب قواعد الإسناد فيها. أما الشريعة الإسلامية فهي شريعة عالمية في أصلها لأن الله تعالى إذ أنزلها أراد أن تكون عالمية لجميع البشر لأنها هي التي تحقق الخير والعدل والمصلحة لهم، فهي إذن لا تقرر مطلقاً بمزاحمة أي قانون آخر لأن الإقرار بالمزاحمة إقرار بصلاح تلك القوانين المزاحمة وإقرار بقصور الشريعة الإسلامية عن تحقيق الخير والعدل والمصلحة للناس، وهذا ما لا يمكن قبوله أو تصور قبول الشريعة له. ولذلك سلكت الشريعة في معالجتها وحكمها للقضايا ذات العنصر الأجنبي أن تضع قواعد موضوعية لبيان الحكم الواجب التطبيق على مثل هذه القضايا آخذة بالاعتبار ما

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٧، ص ٣١١.

يستحق من الرعاية لهذا العنصر الأجنبي في هذه العلاقة بين الأفراد. وتعتبر أحكام الشريعة المتعلقة بهذه القضايا ذات العنصر الأجنبي جزء من القانون الإسلامي وإن روعي في هذه الأحكام الجانب الديني غير الإسلامي للطرف غير المسلم في هذه العلاقة، ولكن هذه المراعاة مردها ذات القانون الإسلامي وليس أي قانون أجنبي آخر. فإذا أقر مثلاً القانون الدولي الخاص الإسلامي صحة بيع الخمر بين مستأمن وذمي مثلاً، أو أقر بصحة نكاح فاتته الشروط الشكلية من شهود ونحو ذلك إذا عقد بين مستأمنين رعاية لما يعتقده من عدم لزوم حضور الشهود عقد النكاح لصحته، فإن مصدر إقرار الشريعة بصحته هو ما قرره هي وليس مرده رجوعها إلى أي قانون أجنبي آخر.

٢١٢ - اختصاص القاضي المسلم بالنظر في القضايا ذات العنصر الأجنبي

هذا، وأن القاضي المسلم يختص بالنظر في جميع القضايا التي ترفع إليه، ما دامت تحت ولايته سواء رفعها مسلمون أو غيرهم. بمعنى أن القاضي المسلم لا تتحدد صلاحيته وولايته بالنظر في القضايا (الوطنية) البحتة بأن يكون جميع أطرافها مسلمين أو مواطنين مسلمين أو ذميين، بل تمتد صلاحيته وولايته إلى جميع هذه القضايا وإن كان أحد أطرافها مستأمناً أو حربياً حصلت في دار الإسلام أو في دار الحرب. فهو ينظر إليها من حيث موضوع هذه العلاقة والنزاع الحاصل بشأنها إذ إن ولاية القاضي المسلم قد تتحدد بنوع القضايا، ولكن لا تتحدد بكون العلاقة القانونية وطنية بجميع عناصرها. فالقاضي المسلم ينظر في جميع قضايا الأفراد وما يثور حولها من نزاع سواء كانت جزائية أو مدنية وسواء كان أطراف الدعوى من مواطني دار الإسلام أو أجانب عن هذه الدار، وسواء كانوا جميعاً مسلمين أو غير مسلمين أو خليطاً من هؤلاء وأولئك فولاية القضاء الإسلامي في دار الإسلام تمتد إلى هذه القضايا جميعاً، كما يمتد القانون الإسلامي على هذه القضايا جميعاً، وإذا كان في بعض القضايا ذات العنصر الأجنبي ما يستحق معه الرعايا وأفراده بشيء من الحكم الخاص به لوجود هذا العنصر - كعنصر الدين مثلاً - فإن القانون الإسلامي هو الذي يقرر هذا الاستثناء ومحلله ولا يحيل إلى أي قانون حكم هذه العلاقة.

الفرع الخامس

قانون المرافعات المدنية والتجارية

في الشريعة الإسلامية

٢١٣ - تعريفه وموضوعه

هو مجموعة القواعد والأحكام التي تكفل حماية الحقوق وكيفية الحصول عليها. ولهذا فإن موضوعه بيان كيفية تشكيل المحاكم واختصاصاتها، وكيفية رفع الدعوى إليها وكيفية جريان المرافعة فيها، ووسائل الإثبات أمامها التي تثبت بها الحقوق، والدفع التي يقدمها المدعى عليهم لدفع ما يطالبون به من حقوق، وصدور الحكم، وكيفية الطعن فيه، والجهة التي تملك نقضه وإبرامه، وكيفية تنفيذ هذا الحكم وغير ذلك من أمور تقتضيها أو تستلزمها حماية الحقوق والحصول عليها.

٢١٤ - في الشريعة قانون للمرافعات المدنية والتجارية

وفي الشريعة الإسلامية قانون تنظيم المسائل التي ذكرناها، ويذكرها الفقهاء المسلمون ويفصلونها فيما يسمونه (نظام القضاء) أو (أدب القاضي) أو (كتاب الدعوى) ولا ضير من إطلاق اسم (قانون المرافعات المدنية والتجارية) على هذه الأحكام، مع إضافة كلمة (الإسلامي) ليكون وصفاً مميزاً لهذا القانون عن غيره بأنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية لا من غيرها.

٢١٥ - ما يلاحظ على قانون المرافعات الإسلامي

ويلاحظ على قانون المرافعات الإسلامي أن قواعده مرنة تتسع لإدخال ما يقتضيه سرعة الحسم وتحقيق العدالة، كتشكيل بعض المحاكم من أكثر من قاضي، وتعيين جهة مختصة بنقض الأحكام وإبرامها، وكيفية تبليغ الخصوم بالدعوى بما يكفل الإسراع في حسم القضايا أمام المحاكم.

الباب الثاني المصادر الرسمية للقانون والشرعية الإسلامية

الفصل الأول

تعريف المصادر الرسمية للقانون الوضعي وتعدادها^(١)

٢١٦ - تعريف المصدر الرسمي للقانون

المصدر الرسمي للقانون هو الوسيلة التي بها يتوافر للقاعدة القانونية صفة الإلزام وقد كان العرف في الماضي البعيد هو المصدر الرسمي للقانون حيث كان يسود عند الناس الاعتقاد بلزوم التقيد بالعرف في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية. ولكن العرف في الوقت الحاضر لم تعد له الصدارة من بين المصادر الرسمية للقانون وإنما تأخر ليحل محله في الصدارة التشريع الذي تصدره السلطة المخولة بإصداره في الدولة.

٢١٧ - تعداد المصادر الرسمية للقانون في القانون المصري

المصادر الرسمية للقانون هي وحدها التي يستمد منها القاضي القواعد القانونية الملزمة التي يطبقها على ما يعرض عليه من نزاع لأن تطبيقها والالتزام بها أمر واجب ومفروض على الناس. وقد جاء ترتيبها من جهة الأولوية في الرجوع

(١) البدرأوي، المصدر السابق، ص ١٠٥ وما بعدها. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها.

إليها، في القانون المدني المصري على النحو الذي وردت فيه في المادة الأولى منه حيث قررت ما يأتي:

١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها.

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فهذه المادة تذكر المصادر الرسمية التي يجب على القاضي الرجوع إليها بالترتيب المذكورة فيه ليعرف القاعدة القانونية التي يطبقها على القضية موضوع النزاع. فهي توجب الرجوع أولاً إلى النصوص التشريعية فإن لم يجد القاعدة القانونية التي يطبقها تحول إلى العرف، فإن لم يجد فيه بغيته تحول إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم يجد فيها بغيته تحول إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فهذه هي المصادر الرسمية للقانون المدني الوضعي في مصر. وينبغي أن يضاف إليها الدين في مسائل الأحوال الشخصية فيما لم ينظمه التشريع. وعلى هذا تكون المصادر الرسمية للقانون الوضعي المصري وفق الترتيب الآتي:

أولاً: التشريع.

ثانياً: الدين.

ثالثاً: العرف.

رابعاً: مبادئ الشريعة الإسلامية.

خامساً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

٢١٨ - تعداد المصادر الرسمية للقانون في القانون اليمني

نصت المادة الثالثة من الدستور اليمني على أن (الشريعة الإسلامية مصدر

جميع القوانين) ثم نصت المادة الأولى من القانون المدني اليمني على أنه «يسري هذا القانون المأخوذ عن أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي يتناولها لفظاً ومعنى. فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذة منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة» فهذه المادة تبين المصادر الرسمية للقانون الذي يحكم بموجبه القاضي اليمني فنلزمه بالرجوع.

أولاً: إلى نصوص هذا القانون - وهي التي أقرها واضعوا هذا القانون - ثم إن لم يجد القاعدة القانونية في نصوص القانون رجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وهذا هو:

المصدر الثاني: للقانون، فإن لم يجد بغيته رجع إلى العرف الجائز شرعاً.

المصدر الثالث: فإذا لم يوجد عرف، فيأخذ بمبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة من حيث الجملة.

المصدر الرابع: وما قرره القانون المدني اليمني يعني أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق، وأن كل ما فعلته السلطة اليمنية هو صياغة الأحكام الشرعية صياغة قانونية وجعلها قانوناً ملزماً. وما فعلته وتفعله السلطة المختصة في اليمن يمكن تسميته (تقنياً) باعتبار أن كل ما تفعله السلطة المختصة هو جعل الأحكام الشرعية قواعد ملزمة، أي ألبيتها ثوب الإلزام بجعلها قواعد واجبة التطبيق بما للدولة من سلطة الإلزام. كما يمكن تسمية ما تفعله السلطة المختصة في اليمن في باب وضع القانون (تشريعاً) لنفس الاعتبار الذي قلناه بالنسبة (للتقنين). فلا ضير من إطلاق تسمية كلمة (تقنين) أو (تشريع) على ما تصنعه السلطة المختصة بوضع القانون وإلزام الناس به. بل إن ما يبرر تسمية ما تضعه هذه السلطة بـ (التشريع) زيادة على ما قلناه هو أن هذه التسمية تشمل القواعد القانونية للآراء الاجتهادية التي تبناها الدولة والتي لم يرد بشأنها نصوص شرعية ولا أحكام

اجتهادية قالها فقهاء الشريعة الأقدمون مثل قواعد المرور وغيرها مما يجوز للسلطة المختصة أن تضعه للناس وتلزمهم به مما لا يخالف نصوص الشريعة ولا الأحكام الاجتهادية المعتمدة والمؤيدة بالدليل الشرعي.

٢١٨ - (مكرر) - منهج البحث

ونتكلم عن المصادر الرسمية بأبحاث متتالية على النحو التالي:

- ١ - التشريع .
- ٢ - الدين .
- ٣ - العرف .
- ٤ - مبادئ الشريعة الإسلامية .
- ٥ - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

المبحث الأول

التشريع^(١)

المطلب الأول

تعريفه ومقارنته بالعرف وبيان أنواعه

٢١٩ - تعريف التشريع وبيان المقصود منه

التشريع كمصدر من مصادر القانون الرسمية «هو وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة في الدولة» والقانون الذي يتكون بواسطة التشريع يسمى أحياناً بالقانون المكتوب تمييزاً له عن القانون غير المكتوب الذي يتكون عن طريق العرف .

(١) الدكتور البدرابي، المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها. والدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

٢٢٠ - التشريع في مقدمة المصادر الرسمية للقانون

أصبح التشريع في الوقت الحاضر في مقدمة المصادر الرسمية لتكوين القانون الوضعي، لتعاطف سلطان الدولة، وكثرة تدخلها في تنظيم الروابط القانونية في المجتمع وتضاؤل دور العرف في تكوين القواعد القانونية الملزمة. ولهذا نص القانون المدني المصري وكذلك اليمني، على أن أول ما يرجع إليه القاضي لمعرفة القاعدة القانونية الواجب تطبيقها هو النص القانوني الذي أقرته السلطة المختصة في الدولة أي (التشريع).

٢٢١ - مقارنة بين التشريع والعرف

وإذا كانت الصدارة للتشريع في ترتيب المصادر الرسمية للقانون وتأخر العرف عن مرتبته القديمة التي كان يحتلها حيث أصبح الآن في المرتبة الثانية بعد مرتبة التشريع الأولى، فإن هذا لا يمنع من أن لكل من التشريع والعرف مزاياه وعيوبه.

٢٢٢ - مزايا العرف وعيوبه

للعرف مزاياه (منها) مطابقته لحاجات المجتمع فهو ينشأ ويكون حسب هذه الحاجات ومن ثم فإنه يكون ملائماً لحاجات المجتمع، ثم إن العرف يمتاز (بمرونته) فهو يساير المجتمع في تطوره فيتغير ويتبدل بتغير ظروف المجتمع وحاجاته. فالعرف كما يوجد قواعد جديدة يلغي قواعد قديمة ويتم ذلك بهدوء وصمت ودون تدخل من الدولة ولا إجبار منها على ذلك.

ولكن مع هذه المزايا التي يختص بها العرف ففيه بعض العيوب (منها) البطء في نشوئه وتطوره. إذ يحتاج إلى (عادة) يتعود عليها الناس ويكررون السير بمقتضاها حتى ترتفع في نظرهم إلى مرتبة الإلزام، فالزمن ضروري لتكوين العرف وهو زمن طويل عادة غير قصير، فلا يتكون العرف بيوم وليلة أنه مثل تكون الجنين يحتاج إلى شهور ولا يتم بيوم وليلة. ولذلك قد يكون العرف عاجزاً في كثير من

الحالات عن مواجهة الحاجات الطارئة للمجتمع التي تستدعي تنظيمًا سريعاً. (ومنها) ومن عيوبه أنه لا يؤدي إلى وحدة القانون في الدولة إذ قد تنشأ أعراف مختلفة في إقليم الدولة المتعددة. ومعنى ذلك تعدد القانون العرفي من إقليم عن آخر وفي هذا ضرر على الدولة لأن من سبل ومظاهر توحيدها وحدة القانون فيها. (ومنها) ومن عيوبه، عدم تحديده وصعوبة التعرف على وجوده بدقة. لأن العرف ينشئ قواعد قانونية غير مصوغة بألفاظ منضبطة وبالتالي يصعب التحقق من وجوده ووجود مدلوله ومفهومه وهذا بالإضافة إلى وجوده لأن العرف لا يوجد دفعة واحدة وإنما يتدرج حتى يصل إلى تمام عنصره: التكرار والإلزام.

٢٢٢ - (مكرر) - مزايا التشريع وعيوبه

ومزايا التشريع خلوه من عيوب العرف (فهو سريع) في نشأته وتعديله وإلغائه، لا يستغرق وضعه إلى وقت طويل بل يمكن وضعه في يوم وليلة أو على الأقل في وقت قصير إذا قورن بالوقت الذي يحتاجه نشوء القواعد العرفية. ومن ثم فإن التشريع يستطيع أن يواجه الحاجات والظروف الجديدة والطارئة بسرعة ويسر.

وميزة ثانية: للتشريع هي أنه عامل مهم في وحدة القانون في الدولة الواحدة لأن التشريع من صنعها وهي تملك السلطة العامة والسلطان الذي يمتد إلى جميع أقاليمها، ووحدة القانون في البلد الواحد وسيلة لا غنى عنها للوحدة السياسية لهذا البلد.

وميزة ثالثة: للتشريع، من حيث تحديده وضبطه، فهو يضع القاعدة القانونية بألفاظ محددة مكتوبة تدل على مضمونها وقلما تثير الشك في هذا المضمون. ثم إن وقت سريان قواعد (التشريع) محدد مضبوط على وجه دقيق لا اختلاف فيه.

وأما عيوب التشريع فتظهر في وضعه في قوالب لفظية محددة تمنع تغيير مضمونها إذا تغيرت ظروف المجتمع واقتضت تغيير حاجاته إلى عدم مسايرة هذه القواعد المضبوطة بهذا القوالب اللفظية مما قد يؤدي إلى جمود التشريع، فيبقى في

مكانه، والمجتمع يتطور ويسير حتى يبتعد عنه. ولهذا يجب متابعة تعديله وفقاً للظروف المتغيرة والحاجات المتجددة والمتغيرة والمتطورة.

٢٢٣ - رجحان التشريع على العرف

ومن مقارنة مزايا التشريع وعيوبه بمزايا العرف وعيوبه أصبح الرجحان عند واضعي القانون الوضعي للتشريع وليس للعرف، دون إغفال لمكانة العرف في إنشاء القواعد القانونية ولهذا قلنا إن الصدارة في المصادر الرسمية للقانون آلت إلى التشريع بعد أن كانت في الماضي البعيد إلى العرف دون أن يفقد العرف مكانه وإن تأخرت مرتبته.

٢٢٤ - السلطة التي تملك حق التشريع في القانون الوضعي

يرى علماء القانون الوضعي أن سلطة التشريع هي وظيفة الدولة فمن حقها إذن سن أو تشريع القواعد القانونية بل إن هذا واجبها وإن قلنا إن هذا حق لها. ويعين دستور كل دولة الهيئة التي تمارس هذا الحق أو تقوم بهذه الوظيفة باسم الدولة. والغالب في الدول الحديثة أن المجالس النيابية فيها هي التي تقوم بوظيفة التشريع، وتملك سلطة التشريع، وهذه هي الطريقة العادية في صنع التشريع. ولكن بالنسبة لوضع (الدستور) وهو تشريع أساسي في الدولة لا يكفي فيه - عادة - بالسلطة التشريعية المعتادة - المجالس النيابية - بل يعهد لوضعه إلى هيئة خاصة تكون أكثر تمثيلاً للشعب أو يلجأ إلى الشعب مباشرة ليقوم هو بوضعه أو بالموافقة على ما وضع وشرع له. ثم إن الضرورات العملية التي تقتضيها إدارة الدولة لشؤونها اليومية المتنوعة قضت بأن يعهد بالتشريع إلى هيئات أخرى في الدولة أي أكثر اتصالاً بالجمهور وبحاجاته وأقدر على مواجهة الظروف والأحوال المستجدة. وهذه الهيئات في الأصل تابعة للسلطة التنفيذية.

٢٢٥ - أنواع التشريع

وفي ضوء ما ذكرناه في الفترة السابقة فهناك ثلاثة أنواع أو ثلاث صور من

التشريع من حيث المضمون ومن حيث الجهة التي تصنعه وهذه الأنواع هي :

٢٢٦ - أولاً: التشريع الأساسي

والتشريع الأساسي للدولة وهو ما يسمى بـ (الدستور) هو أساس كل السلطات وإليه تستند الهيئات العامة في الدولة ويمتاز عن بقية التشريعات بأنه في الغالب - يصدر من سلطة مغايرة للسلطة التشريعية العادية، وهي مجلس الأمة أو المجلس النيابي أو مجلس الشعب. فقد تضعه جمعية وطنية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض وقد يضعه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء. وقد ينشأ الدستور بحكم العادة والتقاليد ويكتسب قوته الإلزامية بحكم العرف كالدستور الإنجليزي. وما قلناه يتعلق بطريقة نشأته أما عن طريقة تعديله فتنقسم الدساتير في هذا الشأن إلى قسمين: دساتير مرنة، ودساتير جامدة. (الدستور المرن) هو الذي يمكن تعديله عن طريق التشريع العادي الذي تصدره السلطة التشريعية (مجلس الأمة) كالدستور الإنجليزي. (والدستور الجامد) الذي يمكن تعديله باتباع إجراءات معينة لا تتبع بالنسبة للتشريع العادي، وجمود الدستور يجنبه كثرة التعديلات ويكفل له الثبات والاستقرار.

٢٢٧ - ثانياً: التشريع العادي

وهذا هو الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور ويطلق على اسم التشريع العادي اسم (القانون). ويقصد بكلمة القانون هنا هو مجموعة القواعد التشريعية التي تضعها الهيئة النيابية (مجلس الأمة).

٢٢٨ - ثالثاً: التشريع الفرعي

هو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية أو الهيئات التابعة لها بمقتضى الصلاحيات المخولة لها في الدستور في حالات معينة. وهذا الاختصاص التشريعي - الذي يخرج بالسلطة التنفيذية عن واجبها الأصلي وهو تنفيذ القانون -

يعتبر اختصاصاً أصلياً تمارسه في الحالات المنصوص عليها في الدستور حتى مع وجود السلطة التشريعية. وقد يسمى هذا النوع من التشريع باسم (اللائحة) كما في مصر. أو باسم (أنظمة إدارية) كما في لبنان والعراق.

٢٢٩ - ترتيب أنواع التشريع من حيث الأهمية والقوة

أنواع التشريع التي ذكرناها ليست في مستوى واحد من حيث الأهمية والقوة، فعلى رأسها التشريع الأساسي ثم يليه التشريع العادي وأخيراً التشريع الفرعي. وبناء على هذا التفاوت في القوة والأهمية فعلى كل نوع أن لا يخالف التشريع الذي فوقه فهو متقيد بعدم المخالفة له وإلا كان باطلاً. فالقانون الأساسي يقيد التشريع العادي والفرعي، والتشريع العادي يقيد التشريع الفرعي.

المطلب الثاني نفاذ التشريع والاعتذار بجهله عن مخالفته

٢٣٠ - نفاذ التشريع

يتحقق للتشريع أيّاً كان نوعه وجوده القانوني إذا تم صنعه عن طريق السلطة المختصة، ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني نفاذه، بل لا بد لكي يصبح نافذاً أن يمر بمرحلتين:

الأولى: مرحلة الإصدار.

والثانية: مرحلة النشر.

أ- مرحلة الإصدار: أمر يصدره رئيس السلطة التنفيذية يعلن فيه ولادة هذا التشريع ويلزم من يهمهم أمره بتنفيذه.

ب- مرحلة النشر- أي نشر التشريع - وعملية النشر هذه واجبة بالنسبة لكل نوع من أنواع التشريع، والغرض منها تمكين كل فرد من الاطلاع عليه والعلم به وافترض هذا العلم في كل فرد يتعلق به هذا التشريع. والطريقة المعتادة في الدول لنشر التشريع هي نشره في الجريدة الرسمية للدولة، ولا تغني عن هذه الطريقة أية طريقة أخرى كالنشر في الصحف أو بطريق الإذاعة. بل إن العلم بالتشريع لا يغني عن العلم القانوني المستفاد من النشر في الجريدة الرسمية. هذا وقد جرت العادة على وجوب نشر القانون في الجريدة الرسمية خلال مدة معينة ينص عليها في التشريع، كما نص فيه أيضاً ميعاد تنفيذه. فمثلاً نصت المادة ١٨٨ من الدستور المصري على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر).

٢٣١ - لا يجوز الاعتذار بجهل القانون عن مخالفته

متى مضت المدة المحددة بالقانون بعد نشره أصبح التشريع واجب التطبيق على الأفراد جميعاً وأصبح العلم به مفترضاً في كل فرد، ووجب على الكافة التزام أحكامه حتى لو ثبت لأحدهم أنه لم يعلم به بالفعل، فلا يصلح جهله به - أي بالقانون - حجة لدفع مسؤوليته عن مخالفته وعدم العمل به فالقاعدة أو المبدأ هي «لا يجوز دفع المسؤولية بالجهل بالقانون أو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون». والحكمة في وضع هذا المبدأ أنه لو أجاز لكل فرد أن يتخذ من جهله بالقانون حجة لعدم تطبيقه عليه أو حجة لدفع المسؤولية عنه إذا خالف القانون، لفقد القانون صفة عموميته ولحصل الاختلال في مبدأ المساواة، مساواة الجميع أمام القانون، فلا يصلح إذن دفع المسؤولية عن المخالف للقانون بحجة جهله به أو عدم علمه به، وهذا المبدأ: بطلان الاعتذار بالجهل بالقانون، يسري بالنسبة لأنواع التشريع الثلاثة، فهو مبدأ عام ينصرف إلى جميع القواعد القانونية أيّاً كان مصدرها، وسواء منها القواعد التي مصدرها التشريع أو العرف أو الدين ما دامت هذه القواعد نافذة وواجبة التطبيق. وأيضاً فإن هذا المبدأ كما يتوجه إلى الأفراد يتوجه إلى القاضي، فعلمه بالقانون مفترض فيه وعليه أن يتحرى عن وجوده والقضاء بموجبه وليس من واجب أطراف الدعوى التي ينظرها أن يدلوه على وجود القاعدة القانونية وعن مكان هذا الوجود. وأيضاً فإن نطاق تطبيق هذا المبدأ عام بالنسبة لجميع القواعد القانونية كما قلنا أي سواء كانت من القواعد الآمرة أو المكملّة وسواء كانت من قواعد القانون العام أو الخاص. ولكن مع هذا إذا ثبت أن من المستحيل معرفة الأفراد بالقانون بعد صدوره ونشره ومضي المدة اللازمة بعد نشره ليصير نافذاً كما لو كان صدور القانون ونشره في حال وجود جماعة محاصرة في قلعة. فإذا خالفوا القانون بعد خروجهم مباشرة أو في أثناء محاصرتهم في القلعة وكان من المستحيل علمهم به وهم محاصرون فلا مسؤولية عليهم إذا خالفوه.

المطلب الثالث إلغاء التشريع وأنواعه وتفسيره

٢٣٢ - إلغاء التشريع أو نسخه

إلغاء التشريع أو نسخه هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه أو هو إبطال العمل بتشريع قائم برفع قوته الملزمة .

والقاعدة أن من له سلطة إنشاء التشريع له سلطة إلغائه . فأحكام الدستور لا يمكن إلغاؤها إلا بتشريع دستوري لاحق صادر وفق الإجراءات التي عينها الدستور . والتشريع الصادر من السلطة التشريعية لا ينسخه إلا بتشريع لاحق صادر من السلطة التشريعية . والتشريع الفرعي الصادر من السلطة التنفيذية ينسخه تشريع فرعي صادر من هذه السلطة . والخلاصة فإن التشريع لا يلغى إلا بواسطة السلطة التي أصدرته أو من سلطة أعلى ، فالنسخ لا يكون إلا بالمساوي أو بالأقوى وهذا من باب أولى .

٢٣٣ - النسخ الصريح والضمني للتشريع

والنسخ قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ونذكر فيما يلي ما يتم به النسخ الصريح والضمني .

أ - النسخ الصريح : ويتحقق هذا النسخ أو هذا الإلغاء الصريح في حالة ورود نص في التشريع اللاحق يقضي صراحة بإلغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة أو بعمل قانون سابق . وقد يتحقق الإلغاء الصريح أيضاً بانتهاء الأجل المحدد في القانون لسريانه ، وفي هذه الحالة ينتهي التشريع من تلقاء نفسه بمجرد انتهاء مدته .

ب- الإلغاء الضمني: والإلغاء في هذه الحالة لا يكون بنص صريح في التشريع اللاحق وإنما يكون بوجود حكم في التشريع اللاحق معارض للحكم في التشريع السابق بحيث لا يمكن التوفيق بينهما إلا بإلغاء أحدهما وعندئذ يكون اللاحق هو الناسخ للسابق. وقد يكون إلغاء الضمني أيضاً بصدور قانون جديد ينظم الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده تشريع سابق. ومما سبق يتبين أن الإلغاء الضمني يقع في إحدى صورتين:

الأولى: وجود تعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم. فيكون التشريع الجديد هو الناسخ والتشريع القديم هو المنسوخ.

الثانية: والصورة الثانية للإلغاء الضمني صدور تشريع ينظم من جديد الموضوع الذي كان ينظمه التشريع القديم.

٢٣٤ - التشريع لا يلغى بالعرف أو بعدم استعماله

ذهب البعض إلى أن العرف يستطيع أن يلغي تشريعاً قائماً كما يستطيع أن ينشئ قواعد قانونية جديدة وكما يستطيع أن يكمل التشريع فيمكنه أيضاً أن يعدله أو يلغيه. ولكن الرأي الغالب عند فقهاء القانون وقضاة أن العرف أدنى رتبة من التشريع فلا يقوى على إلغائه وإن كان يستطيع أن يكمله. وكذلك لا يلغى التشريع بعدم استعماله مدة طويلة. وإن كان عدم الاستعمال لهذه المدة الطويلة يشعر بنشوء عرف سلبي مخالف للتشريع، وما دمنا قد بينا أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء بأن العرف لا يلغي التشريع فيجب أن يقال أيضاً حسب هذا الرأي الغالب بأن التشريع لا يسقط بعدم استعماله.

٢٣٥ - تفسير التشريع وأنواعه

المقصود بتفسير التشريع بيان المراد من النصوص التشريعية، وهو ثلاثة أنواع:

٢٣٦ - النوع الأول - التفسير القضائي

ويكون هذا التفسير من القضاء بمناسبة ما يعرض عليه من خصومات، إذ يجب على القاضي قبل تطبيق التشريع أن يفهم المراد منه حتى يستطيع تطبيقه على ما يعرض عليه من خصومات. فيقوم بتوضيح ما غمض من ألفاظ التشريع، وبالتوفيق بين نصوصه المتعارضة، وبتكميل ما نقص من أحكامه. فالتفسير عند القضاء ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في الخصومات والدعاوى المرفوعة إليه، ولذلك لا يقبل من أحد أن يرفع دعوى إلى القضاء طالباً تفسير نص قانوني غامض، بل يجب أن يكون ذلك بمناسبة نزاع فعلي معروض على القضاء، بل إن القاضي يقوم به من تلقاء نفسه ليستطيع الحكم في النزاع المعروض عليه ويمتاز التفسير القضائي عن التفسير الفقهي - أي الذي يقوم به الفقه - بصفته العملية وتأثره بالضرورات والحاجات العملية لأنه يقوم بالتفسير بمناسبة قضايا معروضة عليه فعلاً.

٢٣٧ - ثانياً: التفسير الفقهي

وهو التفسير الذي يقوم به شراح القانون. ويغلب على هذا التفسير الطابع النظري البحث وطابع المنطق البحث أكثر من مراعاته لمقتضيات الحياة العملية، فهو، إذن تفسير تجريدي لا يتأثر بشيء واقع معروض عليه يريد تطبيق القانون عليه.

٢٣٨ - ثالثاً: التفسير التشريعي

وهو الذي يقوم به واضع التشريع إذا وجد ضرورة لذلك كما لو اختلفت القضاة في تفسير نص تشريعي اختلافاً يؤثر في حقوق الناس ويؤدي إلى الفوضى والاضطراب، أو أن القضاء ذهب في تفسيره بعيداً عن قصد واضع التشريع، فيضطر إلى التدخل بوضع تشريع يفسر به التشريع السابق أو يغير نصاً منه. وهذا

التفسير التشريعي لا يعتبر تشريعاً جديداً أتى بحكم جديد وإنما يعتبر كاشفاً ومظهراً لحقيقة المراد من التشريع السابق، ولذلك فهو يطبق على كل الوقائع التي حدثت منذ صدور التشريع الأول. هذا وإن التفسير التشريعي يصدر، عادة من نفس الهيئة التي أصدرت التشريع الأول، ولكن قد يعطي المشرع سلطة تفسير تشريع معين لهيئة أخرى غير الهيئة التي أصدرت التشريع الذي يراد تفسيره بالتشريع اللاحق.

٢٣٩ - قواعد تفسير النصوص

وقواعد تفسير نصوص التشريع التي يلتزم بها القائمون بالتفسير القضائي والتفسير الفقهي، هي القواعد التي قررها علم أصول الفقه، فهي قواعد لغوية لفهم العبارة وتفسير النص ما دام مكتوباً باللغة العربية. ومحل دراسة هذه القواعد ونطاقها وال ترجيح فيما بينها إلى غير ذلك مما يتعلق بها وبتفسير النصوص، هو علم أصول الفقه.

المطلب الرابع سريان التشريع في الزمان

٢٤٠ - مقدمة وتمهيد

في اليوم الذي يصبح فيه التشريع الجديد نافذاً، يسري هذا التشريع على ما سيقع من وقائع . . ويقف سريان التشريع السابق، وهذا هو الأثر المباشر للتشريع الجديد. ومن هذا اليوم يبدأ التشريع الجديد في السريان دون أن يطبق على ما سبق من وقائع وأحداث. وهذا هو مبدأ عدم رجعية القانون أو عدم سريان القانون على الماضي أو عدم استناد القانون إلى الماضي.

٢٤١ - قواعد لمعرفة النطاق الزمني لسريان التشريع القديم والجديد

القاعدة الأولى: الوقائع الجديدة التي نشأت بعد نفاذ التشريع الجديد، فهذا التشريع هو الذي يحكمها ويحكم آثارها. فإذا اشترط التشريع الجديد إجراء معيناً لنقل ملكية العقار فكل نقل ملكية عقارية بعد نفاذ التشريع لا تتم إلا إذا تمت وفق هذا الإجراء المعين كتسجيل نقل الملكية في السجل العقاري.

٢٤٢ - القاعدة الثانية: عدم رجعية التشريع الجديد

بموجب هذه القاعدة، فإن الوقائع التي وقعت وأنتجت آثارها في ظل التشريع القديم وقبل صدور التشريع الجديد فإن التشريع القديم هو الذي يحكمها ويحكم

آثارها ولا يسري عليها التشريع الجديد، وهذه هي قاعدة عدم سريان التشريع على الماضي أي عدم سريانه على الوقائع التي وقعت قبل نفاذ هذا التشريع الجديد وهذا هو المقصود بقاعدة عدم رجعية التشريع الجديد. وقد نص على هذا المبدأ صراحة القانون الجنائي المصري في مادته ٦٦ التي نصت على أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون). ومن الأمثلة على هذه القاعدة: أوصى شخص لآخر بأكثر من ثلث تركته في ظل قانون يجيز ذلك. ثم توفي الرجل الموصي قبل صدور قانون يمنع الوصية بأكثر من الثلث فالوصية تبقى نافذة منتجة آثارها حتى فيما جاوز الثلث ولا يسري عليها القانون الجديد الذي يمنع الوصية بأكثر من الثلث، وكذلك لا يسري القانون الجديد على آثار الوقائع التي حدثت قبل نفاذ القانون الجديد.

٢٤٣ - استثناءات ترد على قاعدة عدم رجعية القانون

هناك استثناءات من قاعدة عدم رجعية القانون الجديد على الوقائع التي وقعت قبل نفاذ القانون الجديد، فمن هذه الاستثناءات.

١ - يجوز للهيئة التشريعية أن تخرج على هذه القاعدة.

٢ - في المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري حيث إنها تقرر (ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره) والصلاحيّة تقدر تقديرأ موضوعياً مستمداً من القانون نفسه، كما لو أن القانون الجديد أباح الفعل الذي كان يعاقب عليه القانون القديم، أو يقرر عقوبة أخف من القانون القديم.

٣ - ويذهب بعض الشراح إلى أن القوانين التفسيرية هي قوانين ذات أثر رجعي. ولكن الحقيقة خلاف ذلك، لأن هذه القوانين لا تعتبر استثناءً بالمعنى الصحيح للاستثناء من قاعدة عدم رجعية التشريع، لأن القانون التفسيري لا يتضمن حكماً جديداً وإنما يقصد به الإفصاح عن إرادة واضع القانون الجديد عن المعنى

المقصود من التشريع القديم إذا ظهر فيه غموض، ولذلك فهذا التفسير الذي جاء به القانون الجديد جزء من القانون الذي جاء هذا القانون مفسراً له.

٢٤٤ - القاعدة الثالثة

وهذه القاعدة تتعلق بالنتائج التي حدثت في ظل القانون القديم، وما زالت تنتج آثارها في ظل القانون الجديد، أو لأن آثارها هي بطبيعتها تقع في المستقبل وفي ظل القانون الجديد. والقاعدة في مثل هذه الوقائع وآثارها تختلف بين أنصار نظرية الحقوق المكتسبة (النظرية التقليدية) وبين أنصار النظرية الحديثة، فلا بد من بيان ماهية هاتين النظريتين.

٢٤٥ - القاعدة عند أصحاب النظرية التقليدية (نظرية الحقوق المكتسبة)

وأساس هذه النظرية أن القانون الجديد لا يجوز أن يمس الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم بل يجب أن يظل القانون القديم يحكم هذه الحقوق، لأنه إن سُمحَ للقانون الجديد بسرمانه وأحكامه على الوقائع السابقة على نفاذه كان معنى ذلك أن له أثراً رجعياً، وهذا لا يجوز. ولكن هل معنى ذلك أن القانون الجديد لا ينطبق أبداً على الآثار المستقبلية للوقائع القديمة أي السابقة على نفاذ القانون الجديد؟ يجب أنصار أو أصحاب هذه النظرية بالتفصيل: فإن كان لأصحاب الشأن بالوقائع قبل نفاذ القانون الجديد حق مكتسب قد نشأ في ظل القانون القديم فلا يجوز المساس به من قبل القانون الجديد. وإن لم ينشأ عن تلك الوقائع سوى (مجرد أمل) فإن القانون الجديد يسري في الحال.

٢٤٦ - استثناءات من نظرية (الحقوق المكتسبة)

ويستثني أصحاب هذه النظرية من حكمها ونطاقها - وهو عدم جواز مساس

القانون الجديد بالحقوق المكتسبة - القوانين المتعلقة بالنظام العام وذلك فضلاً عن حالة النص الصريح على رجعية القانون الجديد على وقائع الماضي، والتشريعات التفسيرية، والقوانين الجنائية الأصلح للمتهم - فلا يجوز التمسك بحق مكتسب في مواجهة النظام العام فالقوانين المنظمة للأسرة، قوانين متعلقة بالنظام العام ويجوز أن يكون لها أثر رجعي - في رأيهم - فتنطبق بمجرد صدورهما على الآثار المستقبلية للتصرفات والوقائع القديمة حتى لو مست بحقوق مكتسبة.

٢٤٧ - نقد نظرية الحقوق المكتسبة

وقد تعرضت هذه النظرية إلى نقد شديد من نواحي متعددة منها:

أولاً: أن المعيار الذي وضعته هذه النظرية لنطاق سريان كل من القانون الجديد والقديم هو معيار الحق المكتسب والفرقة بينه وبين مجرد الأمل هو معيار غامض وتحكمي إذ لا سبيل للتمييز بينهما، ولذلك لم يستطيع أصحاب هذه النظرية وضع ضابط دقيق للفرقة بينهما، واكتفوا بضرب الأمثال فيقولون مثلاً إن حق الموصى إليه لا يكون حقاً مكتسباً إلا بموت الموصي، أما قبل موته فليس للموصى إليه إلا مجرد أمل. فلو صدر قانون بإنقاص الحد الجائر الإيضاء به لم يسر هذا القانون على الوصايا التي تمت بموت الموصي قبل القانون الجديد، ولكنها تسري على الوصايا التي تمت بموت الموصي بها بعد نفاذ القانون الجديد وكذلك (الإرث) هو مجرد أمل ولا ينقلب إلى حق مكتسب إلا بعد موت المورث. ولكن ليس الأمر دائماً على هذه الدرجة من الظهور والسهولة، فقد تحدث وقائع تدق فيها كثيراً الفرقة بين حق مكتسب وبين مجرد أمل، فلا يمكن التفريق بينهما بدون ضابط دقيق وهذا ما لم يضعه أصحاب هذه النظرية.

ثانياً: كما وجه لهذه النظرية نقد من جهة أساس النظرية. ذلك أن المشرع - واضع التشريع - يضع تشريعه للمستقبل، والآثار المستقبلية التي سترتب على الوقائع السابقة عليه هي أمر مستقبل، فكان من المنطقي أن يحكمها القانون الجديد لأن هذا هو نطاق سريانه الطبيعي.

ثالثاً: أصحاب النظرية هذه يخلطون بين الأثر الرجعي للقانون وبين الأثر الفوري له، فالأثر الرجعي للقانون الجديد لا يوجد إلا إذا عاد القانون الجديد إلى الماضي ليغير من الوقائع السابقة عليه أو في الآثار التي ترتبت بالفعل قبل العمل به أما تطبيقه في الحال والمستقبل فهذا هو أثره الفوري أي (أثره المباشر أو الحال) فالتشريع وضع للمستقبل فإذا حكم على آثار تحدث في المستقبل بعد نفاذه لم يكن في هذا رجعية أبداً.

٢٤٨ - النظرية الحديثة

النظرية الحديثة، وهي نظرية الأثر الفوري للتشريع الجديد، وتضع هذه النظرية الحديثة مبدأ عاماً يقضي بأن التشريع الجديد لا يطبق فقط على الوقائع المستقبلية وإنما أيضاً على الآثار المستقبلية للوقائع التي وقعت في الماضي في ظل القانون القديم. فالأصل بموجب هذه النظرية أن التشريع يسري مباشرة بأثر فوري. وليس في هذا المبدأ معارضة لمبدأ عدم رجعية القوانين، ولذلك فإن القوانين تنص على المبدأين فالمادة (١٨٧) من دستور مصر الدائم تقرر أنه (لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها) ففي الوقت الذي يقرر هذا النص وأمثاله على عدم رجعية القانون تقرر أيضاً وفي نفس الوقت سريانه على ما يقع من تاريخ العمل به. ومن الواضح أن الآثار المستقبلية هي أمور مستقبلية أي تقع بعد العمل بالقانون الجديد فيجب أن يحكمها فوراً وفي المستقبل.

ويضيف أصحاب هذه النظرية إلى ما ذكرناه عنهم، تبريراً لنظريتهم واحتجاجاً لها، بأن تشريع القانون الجديد يتضمن أن المشرع - واضعه - قدر أن التشريع القديم لم يعد صالحاً لحكم العلاقات وآثارها، أو لم يعد كافياً لحكمها. ومعنى هذا أن التشريع الجديد هو الأفضل والأصلح، فينبغي تطبيقه فوراً وفي أوسع نطاق ممكن، وهذا لا يتحقق إلا إذا أخضعنا لسلطانه ليس فقط الوقائع الجديدة بل أيضاً

الآثار المستقبلية للوقائع القديمة. ويضيف أصحاب هذه النظرية أيضاً، تبريراً لنظريتهم واحتجاجاً لها، بأن التطبيق الفوري للتشريع الجديد هو أمر لازم من الناحية الاجتماعية والقانونية حتى يمكن تلافي التنوع والاختلاف في تنظيم الروابط القانونية وآثارها. وليس في هذا القول، (رجعية في القانون) فالرجعية كما قلنا لا تتحقق إلا إذا عاد القانون إلى الماضي ليعدل ما تم بالفعل قبل نفاذه.

٢٤٩ - استثناء مقبول من مفهوم النظرية الحديثة

ويستثنى من مفعول هذه النظرية الآثار الناتجة عن العقود التي يبرمها الأفراد، إذا كان من شأن هذه العقود أن آثارها لا تترتب فور انعقادها وإنما تنشأ تباعاً ولمدة معينة كعقد الإيجار وعقد التوريد ونحوها فهذه العقود يحكمها من جميع النواحي التشريع الساري وقت انعقادها فهي تخضع لقانون واحد وقت إنشائها حتى تاريخ انقضائها دون أن تتأثر بأي تشريع جديد، استثناءً من المبدأ العام الذي تقضي به هذه النظرية الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً. وتبرير هذا الاستثناء هو الحفاظ على التوازن بين مراكز العاقدین، ذلك التوازن الذي أقاموه طبقاً لأحكام القانون القائم الذي أنشأوا روابطهم القانونية في ظله، ولا يجوز تكليفهم أن يتوقعوا مقدماً أن التشريع سيتغير في المستقبل ولا على أي نحو سيتغير.

٢٥٠ - قيود على هذا الاستثناء

ولكن أصحاب وأنصار هذه النظرية ما لبثوا أن أوردوا قيداً على هذا الاستثناء لا بد من مراعاته والتأكد من وجوده حتى يأخذوا بهذا الاستثناء وهذا التقيد هو أن يكون العقد الذي يستثنى هو وآثاره من سريان القانون الجديد أن يكون هذا العقد من العقود التي يستقل الأفراد بعقدها وتنظيم آثارها. أما إذا كان العقد من العقود التي يستقل المشرع بتنظيمها وتنظيم ما يترتب عليها من آثار كعقد الزواج والعقود

التي ترد على الملكية والحقوق العينية من حيث نظام الملكية ومداه وعقد العمل، حيث يقتصر دور الإرادة وإرادة العاقلين - فيها على مجرد قبول الدخول في النظام القانوني، ثم يتولى القانون بعد ذلك تنظيم آثار هذه العقود، فإن القانون الجديد هو الذي يحكم آثار هذه العقود فوراً ولو أنها انعقدت في ظل القانون القديم. فمثلاً القوانين المنظمة لعقد الزواج وآثاره يجب أن تنطبق بآثارها الفوري على كل زواج قائم عند نفاذها حتى ولو كان معقوداً من قبل، لأن الزواج نظام قانوني يستقل القانون بتنظيمه ويقتصر دور الإرادة على الدخول فيه، فكان من الطبيعي أن يبقى القانون هو الذي يحكم آثاره وإن كان انعقاده قد تم في الماضي. ويذهب آخرون من أصحاب وأنصار هذه النظرية إلى أن القيد الوارد على الاستثناء، هو قيد النظام العام، فحيث يتعلق القانون الجديد بالنظام العام يجب تطبيق هذا القانون الجديد تطبيقاً فورياً حتى على الآثار المستقبلية للعقود التي انعقدت قبل نفاذه. إلا أنهم يقصرون مفهوم النظام العام في نطاق القيد على هذا الاستثناء، على القوانين التي تحمي مصالح عامة فقط دون القوانين الحامية لمصالح خاصة، فلا يسمحون بتطبيق قوانين النظام العام تطبيقاً فورياً إلا إذا كان في تطبيق القانون القديم إهدار لمصلحة عامة وخطورة على النظام الاجتماعي.

٢٥٠ - (مكرر) - خلاصة مفهوم النظرية الحديثة

ويمكن تلخيص مفهوم النظرية الحديثة والاستثناء الوارد عليها بالنقاط التالية:

أولاً: ليس للقانون الجديد أثر رجعي، أي لا يجوز أن يمتد سلطانه إلى وقائع وقعت في الماضي قبل نفاذ القانون الجديد، بل إن ما تم من قبل من وقائع وقعت أو آثار ترتبت عليها يظل محكوماً بالقانون القديم.

ثانياً: إن القانون الجديد يسري بأثر فوري على كل ما يقع من وقائع أو آثار ترتبت عليها في المستقبل أو تترتب مستقبلاً على وقائع نشأت في ظل القانون القديم. واستثناء من قاعدة الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد يستمر تطبيق

القانون القديم بأثر ممتد بعد إلغائه ليحكم العقود التي نشأت في ظلّه من حيث آثارها المستقبلية وانقضاءها إلا أن يتصل العقد بمركز قانوني أو بالنظام العام - الذي يحمي مصالح الجماعة - فعند ذلك نعود إلى القاعدة العامة التي تقول بها هذه النظرية والتي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً ومباشراً.

٢٥١ - مزايا النظرية الحديثة

١ - أنها ميزت بصورة جيدة وجليّة بين رجعية القانون وبين الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد. فتطبيق القانون الجديد على كل ما يقع في المستقبل حتى الآثار المستقبلية لوقائع قديمة لا يعتبر من قبيل رجعية القانون بل هو تنفيذ لأثره الفوري المباشر، على حين خلطت النظرية التقليدية بين الأمرين.

٢ - أن هذه النظرية تفادت وتجنبت معيار الحق المكتسب ومجرد الأمل الذي قالت به النظرية القديمة، وهو معيار غامض وصعب التطبيق.

٣ - أن نقطة البداية والارتكاز في هذه النظرية هي سريان القانون الجديد في الحال بالنسبة للمستقبل، وهذا مبدأ يتفق مع ما قصده واضع القانون الجديد أو ما يتضمنه وضعه لهذا القانون الجديد وهو أنه أصلح وأتم فائدة من القانون القديم فينبغي إذن تطبيقه على أوسع نطاق، ولا يتم هذا إلا بسريانه على المستقبل بالنسبة لجميع ما يقع فيه حتى بالنسبة للآثار التي وقعت أسبابها في الماضي ومع ما ينبغي أن يتوافر للروابط القانونية من توحيد في نظامها القانوني.

٤ - ثم إن هذه النظرية لم تهمل سلطان الإرادة في الروابط العقدية حين قررت استمرار تطبيقها القانون القديم عليها.

٢٥٢ - ما يرد على النظرية الحديثة

ومع هذه المزايا للنظرية الحديثة، يرد عليها - وهذه نقطة الضعف فيها - أن

المعيار الذي اقترحته لتحديد نطاق الأثر المستمر للقانون القديم والأثر الفوري للقانون الجديد بالنسبة للآثار الناشئة من العقود. فعند بعضهم هذا المعيار هو التمييز بين (النظام القانوني) و(النظام العقدي) وهذه تفرقة غامضة، إذ كثيراً ما يكون معرفة ما إذا كنا أمام نظام قانوني يستقل القانون بتنظيمه، أو نظام عقدي يترك المشرع تنظيمه لإرادة الأفراد. وكذلك القائلين بالنظام العام كمعيار قد قصره على النظام العام المتعلق بالمصالح العامة كما قلنا.

٢٥٣ - سريان القانون في الزمان في القانون اليمني

نصت المادة (٢١) من القانون المدني اليمني على أنه: لا تسري القوانين على الوقائع السابقة على الوقت المحدد لتنفيذها إلا في الحالتين الآتيتين:

١ - إذا كانت نصوصها آمرة أو متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة بشرط ألا تمس ما تم واستقر من قبل.

٢ - إذا نص في القانون صراحة على سريانه على الوقائع السابقة على تنفيذه.

٢٥٤ - شرح هذه المادة من القانون اليمني

وهذه المادة من القانون المدني اليمني التي ذكرناها في الفقرة السابقة تقرر في صدرها مبدأ عدم رجعية القانون، فلا تسري أحكام القانون الجديد على الوقائع التي وقعت قبل نفاذه. إن هذه المادة أوردت استثناءً على مبدأ عدم رجعية القانون في حالتين (الأولى) إذا كانت نصوص القوانين من النصوص الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام، فهذه النصوص تسري من وقت نفاذها فيشمل نطاق سريانها الوقائع المستقبلية والآثار المستقبلية للوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم، ولكن لا يشمل نطاق سريانها ما تم واستقر من وقائع ومن آثارها قبل نفاذ القانون الجديد. والحالة الثانية التي يشملها الاستثناء الوارد على مبدأ عدم رجعية القانون، هذه الحالة هي إذا جاء النص صريحاً في القانون الجديد على سريانه على الوقائع

السابقة على تنفيذه. والاستثناء في هذه الحالة أمر مفهوم ذلك أن مبدأ عدم رجعية القانون إنما يخاطب القاضي والفقيه المفسر للقانون ولا يخاطب المشرع بهذا المبدأ فله الحق في أن ينص فيما يصنعه من قوانين من سريان القانون الجديد على الوقائع السابقة على تنفيذه ولكن يجب أن لا يأخذ واضع القوانين بهذه الرخصة إلا بوجود أسباب قوية تدعو إلى الأخذ بهذه الرخصة - رخصة الخروج على مبدأ عدم رجعية القانون - مثل حماية المصالح العامة.

٢٥٥ - أمثلة لما قرره القانون اليمني

ونذكر فيما يلي الأمثلة والتطبيقات لما قرره القانون اليمني بشأن سريان القانون من حيث الزمان^(١):

أولاً: تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالأهلية بأثر فوري على جميع الأشخاص. ولكن بالنسبة للتصرفات التي عقدها الراشدون في ظل القانون القديم فإنها تبقى صحيحة حتى لو رفع القانون الجديد سن الرشد لأن ما تم إبرامه قد تم واستقر.

ثانياً: نصت المادة الأولى من قانون المرافعات اليمني بأنه (تسري قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها). وعلى هذا إذا صدر قانون جديد يجعل الدعوى المنظورة أمام محكمة معينة من اختصاص محكمة أخرى فإن الدعوى تنتقل إلى هذه المحكمة الأخيرة وفقاً لمبدأ الأثر الفوري للقانون. وإذا استحدث هذا القانون الجديد تعديلاً جديداً في الإجراءات فإنه يجب مراعاته إلا إذا كانت تلك الإجراءات أو بعضها قد تم قبل نفاذ القانون الجديد. ويستثنى مما قرره هذه المادة ما يأتي وهو ما أورده المادة نفسها في نصها أي في صلبها: -

(١) الوجيز في مدخل القانون للدكتور محمد بن حسين الشامي ص ١٢٤ - ١٢٦.

أ - القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة - أي بعد إقفال المقال في الدعوى - فإن القانون القديم يظل واجب التطبيق.

ب - القوانين المنشئة أو الملغية أو المعدلة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها، فإن القانون الجديد في مثل هذه الحالة لا يسري على الأحكام التي سبق صدورها قبل نفاذ القانون الجديد. ومثال ذلك لو كان الحكم الذي صدر بموجب القانون القديم يوم كان نافذاً، قابلاً للطعن به بالاستئناف، ولم يجعله القانون الجديد قابلاً لمثل هذا الطعن فإن القانون القديم هو الذي يطبق فيبقى الحكم الصادر بموجبه قابلاً للاستئناف ولو كان القانون القديم لم يجعل الحكم الصادر بموجبه قابلاً للاستئناف فإن القانون القديم يبقى هو الواجب التطبيق على هذا الحكم فلا يقبل الاستئناف.

ج - القوانين المعدلة للمواعيد إذا بدىء بها قبل نفاذ هذه القوانين، فإن القانون القديم هو الذي يطبق على هذه المواعيد بغض النظر عما يحدده القانون الجديد من مواعيد قانون قديم، وإن اعتبر القانون الجديد تلك الوقائع (جرائم)، وذلك فيما عدا الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا كان القانون العقابي الجديد جاء بما هو أصح للمتهم، وهذا ما نصّت عليه المادة الخامسة من قانون العقوبات اليمني بقولها (... على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات فيطبق أصلحها للمتهم).

ويطبق هذا الاستثناء في حالتين:

الأولى: إذا كانت العقوبة في القانون القديم (الحبس) فخففها القانون الجديد إلى الغرامة، أو إذا كانت عقوبة الحبس لمدة أعلى من المدة التي قررها القانون الجديد في حديها الأعلى والأدنى فإن القانون الجديد هو الذي يطبق ما لم يصبح

الحكم بالجريمة باتاً غير قابل للطعن فيه بأي وجه من الوجوه.

الثانية: والحالة الأخرى التي يطبق فيها الاستثناء الذي نحن بصددده، إذا أزال القانون وصف الجريمة أو قرر بشأنها مانعاً من موانع العقاب متحققاً في المتهم فإن القانون الجديد هو الذي يطبق على المتهم حتى ولو كان الحكم في ظل القانون القديم قد أصبح باتاً.

الحالة الثانية: إذا كان القانون يعتبر الفعل جريمة إذا وقع خلال مدة معينة، فإذا ارتكب شخص هذا الفعل ولم يعاقب حتى انتهت المدة المعينة فلا يسقط العقاب عنه بحجة أن قانون ما بعد هذه المدة هو الأصلح له، ومن ثم يطبق بشأنه القانون الذي وقعت الجريمة في ظله أي في وقت نفاذه. وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الجرائم العقوبات اليمني إذ قالت (...). ومع ذلك إذا صدر قانون بتحريم فعل أو امتناع أو تشديد العقوبة المقررة خلالها. فيطبق الجزاء المقرر لها). ومثاله أن يمنع القانون تصدير مواد معينة في فترة محددة، ويرتكب شخص هذا الممنوع ويختفي فلا يعاقب ثم يظهر بعد انتهاء ومضي الفترة المحددة لسريان القانون، فإن هذا القانون هو الذي يبقى نافذاً في حقه فيعاقب على مخالفته له في تلك الفترة، لأن العقوبة لم تسقط عنه بعدم تطبيقها عليه خلال فترة الممنوعة.

المبحث الثاني

الدين

٢٥٦ - متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون

يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون إذا كانت أحكامه هي التي تطبق مباشرة أي من غير تقنين لها بأن تجعلها السلطة المختصة بصنع القانون على شكل مواد قانونية وتخرجها الدولة وتأمراً باتباعها كما هو الحال في المملكة العربية السعودية حيث تطبق أحكام الشريعة فيما تطبق فيه هناك مباشرة من غير تقنين لها. وأما بعد تقنين أحكام الدين وصيرورة هذه الأحكام بشكل قانون تصدره الدولة، فإنه ينظر إليه (كتشريع) فتكون له الأولوية في التطبيق والصدارة بين المصادر الرسمية للقانون إذ يكون في المرتبة الأولى منها، ويعتبر (الدين) الذي استيقت منه أحكام هذا القانون مصدراً تاريخياً. أما إذا شرعت بعض أحكام الدين في بعض مسائل موضوع معين كما في تشريع بعض مسائل الأحوال الشخصية وتركت البعض الآخر منها لحكم الدين ليحكمها وينظمها، فإن ما (شرع منها: يعتبر تشريعاً وله المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية، ويكون (الدين) في المسائل التي لم ينظمها القانون من هذا الموضوع مصدراً رسمياً يتلو مصدر التشريع مباشرة.

٢٥٧ - الشريعة الإسلامية ومسائل الأحوال الشخصية

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي لبعض مسائل الأحوال الشخصية التي لم تقنن في دولة ما، أما ما قننته الدولة من مسائل الأحوال الشخصية، فهذا يعتبر (تشريعاً) مأخوذاً من أحكام الشريعة الإسلامية فينظر إليه (كتشريع) أصدرته الدولة، وله المرتبة الأولى في التطبيق فيما نص عليه من أمور، وتبقى الشريعة

الإسلامية بالنسبة لما قنتته (التشريع) من أحكام الشريعة كمصدرٍ تاريخي له. وقد صدرت في مصر والعراق وغيرهما من البلاد الإسلامية (تشريعات) في كثير من مسائل الأحوال الشخصية، دون الإحاطة بجزئيات هذه المسائل، ودون تنظيم مسائل أخرى من الأحوال الشخصية. وعلى هذا يعتبر ما تناولته تلك التشريعات من مسائل الأحوال الشخصية، (تشريعاً) فكان مصدراً رسمياً فيما تناولته من أمور وله المرتبة الأولى في الرجوع إليه لمعرفة الحكم الواجب التطبيق في هذه الأمور التي تناولها. وأما ما لم يتناوله من مسائل الأحوال الشخصية فإنه يبقى محكوماً بالشريعة الإسلامية وتكون هذه الشريعة هي المصدر الرسمي لهذه المسائل.

٢٥٨ - المقصود بالأحوال الشخصية

ذكرنا فيما مضى ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية^(١). والحقيقة أن ما ذكرناه هناك هو مأخوذ من قرار لمحكمة النقض المصرية أصدرته في سنة ١٩٤٣، ومن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء المصري رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩^(٢). ونذكر فيما يلي قرار محكمة النقض المصرية ونص المادة المذكورة ليتبين لنا مفهوم هذا الاصطلاح (الأحوال الشخصية) في القانون الوضعي، وفي القضاء، وهو المفهوم السائد أيضاً في الفقه لأن الاصطلاح لم يستعمله الفقهاء المسلمون القدامى وإنما بحثوا مضمونه وذكروا أحكام مفردات هذا المفهوم.

٢٥٩ - مفهوم الأحوال الشخصية في قرار محكمة النقض المصرية

قالت محكمة النقض المصرية في حكم لها سنة ١٩٤٣ (أن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية

(١) الفقرة ١٥٢.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق حيث ذكر قرار محكمة النقض والمادة ١٣ المشار إليها أعلاه من ص ١٣٨ - ١٣٩.

أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنّه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه غير أن المشرّع وجد أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات، تقوم غالباً على فكرة التصدّق المندوب إليه ديانة فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير أحكامها).

٢٦٠ - مفهوم الأحوال الشخصية في قانون نظام القضاء المصري

نصّت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء المصري رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ (تشمل الأحوال الشخصية المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيام والحق والإذن بالإدارة والغية واعتبار المفقود ميتاً وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة بعد الموت).

٢٦١ - الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أو تاريخي في مصر^(١)

قلنا إن الشريعة الإسلامية ظلّت حتى الآن مصدراً رسمياً لبعض مسائل

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

الأحوال الشخصية وصارت مصدراً تاريخياً للبعض الآخر من هذه المسائل ونذكر فيما يلي بإيجاز عن هذين النوعين من المسائل .

٢٦٢ - أولاً - الوقف

صدر في مصر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ نظم فيه الوقف مستمداً قواعد وأحكام هذا القانون من الشريعة الإسلامية فأصبحت هذه الشريعة مصدراً تاريخياً بالنسبة لما نظمه هذا القانون من أمور وما جاء به من قواعد وأحكام بشأنها. ولكن الشريعة الإسلامية ظلت مع ذلك مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في المسائل التي لم يتناولها التشريع فقد جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون (إن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف وإنه فيما عدا الأحكام الواردة فيه يجب الرجوع إلى الرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة).

٢٦٣ - ثانياً - الهبة

الهبة تمليك المال بغير عوض أو هي عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض. وكانت الهبة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية إلا أنها أدخلت أحكامها في القانون المدني باعتبارها من العقود المالية. وقد استمد واضع القانون المدني المصري أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية فأصبحت الشريعة مصدراً تاريخياً لهذه الأحكام. وما دامت الهبة قد أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية، فلا تعدّ الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليها إذا لم يوجد الحكم في التشريع كما هو الشأن في المصادر الرسمية الاحتياطية التي تلي التشريع مباشرة، وإنما تأتي في المرتبة بعد التشريع والعرف.

٢٦٤ - ثالثاً - الميراث والوصية

كانت الشريعة الإسلامية ولا تزال هي القانون الواجب التطبيق بالنسبة لجميع

المصريين من مسلمين وغير مسلمين. ولكن يجوز لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في هذا الشأن ولكن بشرطين الأول: اتحاد الخصوم في الدين والملة. والثاني: اتفاق ذوي الشأن الذين يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الإسلامية على الرجوع إلى شريعتهم الدينية^(١). وقد أصدر واضع القانون في مصر - أي الجهة المخولة بصنع القانون الوضعي - القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية واستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية. وعلى هذا أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً للقواعد التشريعية التي احتواهما هذان القانونان ولكنها - أي الشريعة الإسلامية - مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في المسائل التي ليس لها حكم في هذين التشريعين.

٢٦٥ - مسائل الأهلية والولاية على المال

كانت المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التي يرجع في شأنها إلى القواعد الدينية الخاصة بالشخص فالمسلمون يخضعون للشريعة الإسلامية وغير المسلمين يخضعون لشرائع دياناتهم. ولكن صدرت في مصر جملة من القوانين وُحِّدَت قواعدها بين جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين وقد استمدت هذه القواعد التشريعية من الشريعة الإسلامية فأصبحت هذه الشريعة مصدراً تاريخياً لهذه القواعد كما تعتبر كذلك مصدراً رسمياً احتياطياً يلي في الرتبة (التشريع) في المسائل التي لا توجد بشأنها قاعدة في (التشريع) وذلك بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين.

٢٦٦ - خامساً - المسائل المتعلقة بالأسرة

يعتبر من المسائل المتعلقة بالأسرة: الخطبة والزواج وحقوق الزوجية

(١) وبهذا المعنى صدر القانون المصري رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤: أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٣١.

المتبادلة والطلاق والحضانة والنفقة. وفي هذه المسائل يخضع المسلمون إلى الشريعة الإسلامية أما غير المسلمين فينظر: فإن اتحد الخصوم في الدين والملة فالمرجع في هذه القضايا إلى قواعدهم الدينية والملية وإن اختلفوا في الدين أو الملة، فعندئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية. هذا وقد صدر في مصر القانون رقم ٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض المسائل الخاصة بالأسرة بالنسبة للمسلمين كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق فأصبح المصدر الرسمي لهذه القواعد هو (التشريع) وأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لها، ولكنها مع ذلك ظلت مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليها في الحالات التي لا يوجد بشأنها قاعدة تشريعية. وهذا الحكم يسري على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم في الدين أو الملة أما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة فلا يوجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية في المسائل المتعلقة بالأسرة وعلى هذا فهم يخضعون في هذا الشأن لقواعدهم الدينية الخاصة بهم.

المبحث الثالث العرف^(١) المطلب الأول تعريفه ومرتبته بين مصادر القانون

٢٦٧ - تعريف العرف

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع شعورهم باعتباره ملزماً وبضرورة إيقاع الجزاء على من يخالفه. والعرف بمعنى الاعتياد هو مصدر القاعدة القانونية ولكن اسم (العرف) يطلق أيضاً على القواعد التي تنشأ من هذا المصدر.

٢٦٨ - مرتبته بين المصادر الرسمية للقانون

جعلت المادة الأولى من القانون المدني المصري (العرف) مصدراً رسمياً من مصادر القانون الوضعي ومرتبته تلي التشريع فهو المصدر الرسمي الثاني للقواعد القانونية بعد التشريع وذلك فيما عدا مسائل الأحوال الشخصية التي يأتي الدين بالنسبة لها بعد التشريع مباشرة ثم يجيء العرب بعد ذلك. وفي القانون المدني

(١) الدكتور جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص ١٣٥ وما بعدها. الدكتور البدرأوي، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها. الدكتور مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها. أنور سلطان المرجع السابق ص ١٣٨ وما بعدها. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٠٠ وما بعدها. الدكتور الشامي، المرجع السابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

اليمني وفقاً للمادة الأولى يعتبر العرف المصدر الرسمي الثالث الذي يلي التقنين ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٢٦٩ - العرف أسبق المصادر في الظهور

هذا ويلاحظ أن العرف يعتبر أسبق المصادر تاريخياً في الظهور ذلك أن نشوء العرف يتم تلقائياً بمجرد ظهور الحاجة إلى النظام الذي تنطوي عليه قواعده كما أن تطوره يتم كذلك تلقائياً بمجرد حدوث تغيير في العلاقات الاجتماعية التي يحكمها إذ تتغير عادة الناس إلى ما يناسب الحاجات الجديدة.

المطلب الثاني أركان العرف

٢٧٠ - للعرف ركنان

العرف باعتباره يعني الاعتياد على سلوك معين في أمر من الأمور والشعور بالالتزام بهذا السلوك وعدم جواز الخروج عليه، فإنه ينطوي على عنصرين أو ركنين:

الأول: هو ركن الاعتياد على عادة معينة وهو السلوك المطرد الذي تتبعه الجماعة ويسمى بالركن المادي للعرف.

والثاني: شعور الجماعة بضرورة اتباع هذا السلوك ووجوب مجازاة الخارج عليه ويسمى بالركن المعنوي للعرف. ونتكلم بإيجاز عن هذين الركنين للعرف.

٢٧١ - أولاً - الركن المادي

الركن المادي للعرف كما أشرنا، هو الاعتياد على عادة معينة ويجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

١ - العموم: بأن يكون عادة عامة أي أنها تتصرف إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم فتكون متبعة بين عدد كبير من الناس وليست مقصورة على أشخاص بعينهم أو على عدد قليل منهم. ولا يقصد بالعموم أن تكون العادة سائدة بين كل الناس أو في كل إقليم الدولة، فيكفي ليتوافر هذا الوصف أن تكون العادة لفئة

معينة من الناس تجمع بينهم صفة مشتركة كالتجّار لينشأ بينهم عرف تجاري كما يكفي أن تكون العادة متبعة في إقليم معين من أقاليم الدولة لينشأ منها عرف خاص بهذا الإقليم أي عرف محلي.

٢ - القدم: فالعادة يجب أن تكون قديمة، بمعنى أن يكون قد مضى على اتباعها والعمل بمقتضاها مدة طويلة مما يدل على تأصلها في نفس الجماعة، وليس هناك مقياس زمني لتحديد هذه المدة فالأمر متروك للقاضي لتقدير توافر شرط القدم أو عدم توافره وفقاً للظروف. وبحسب طبيعة المسألة التي ينشأ العرف لتنظيمها.

٣ - الثبات: وهو شرط مكمل للقدم لأن به تستقر القاعدة العرفية، ويقصد به أن يطرد العمل بالعادة بطريقة منتظمة - أي لا يتبعها الناس في وقت دون وقت، فإن ذلك يدل على عدم التزام الناس وتقدير ذلك متروك للقاضي.

٤ - أن لا يتعارض مضمون العادة مع النظام العام والآداب. وهذا الشرط من المتصور أن نطلبه بالنسبة للعرف المحلي، أو العرف الطائفي (كالعرف التجاري) أما العرف الشامل لكل الناس في كل إقليم الدولة فلا يتصور أن نطلب فيه هذا الشرط، لأن فكرة النظام العام أو الآداب هي نفسها نابعة من الجماعة ويساهم في تكوينها العرف الشامل. ومن أمثلة العرف المحلي المخالف للنظام العام اعتياد الناس في إقليم من أقاليم الدولة على عادة أخذ الثأر فلا يمكن أن تتحول هذه العادة إلى قاعدة قانونية مهما حرص الناس على التزامها لأن من المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعي الذي هو من دعائم النظام العام هو انفراد الدولة في إنزال العقاب على من يرتكب جريمة من الجرائم.

٢٧٢ - ثانياً - الركن المعنوي للعرف

ويقصد بالركن المعنوي الاعتقاد بلزوم العادة أي اعتقاد الأفراد بأن هذه العادة أصبحت واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية عرفية لها في أنفسهم ما لسائر القواعد القانونية من الاحترام، ولهذا يجب أن يقترن بها جزاء وضعي ككل قاعدة

قانونية. وهذا الركن المعنوي هو الذي يفرق بين العرف والعادات الاجتماعية الأخرى التي تعتبر من قبيل المجاملات، فهذه المجاملات ليست لها صفة قانونية، وإنما تستمد قوتها الإلزامية من الاعتبار الأدبية. ثم إن هذا الركن هو الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية.

٢٧٣ - العرف والعادة الاتفاقية

قلنا أن العرف يقوم على ركنين: المادي والمعنوي. فإذا تخلّف الركن المعنوي لم تكن أمام قاعدة عرفية وإنما عادة اتفاقية. وبعبارة أخرى: أن العادة التي لم تستقر في ضمير الجماعة بحيث تعتبرها من قواعد السلوك الملزمة لا تعتبر عرفاً وإنما تكون مجرد عادة أو ما يسمى بالعادة الاتفاقية فهي لا تلزم الأفراد إلا إذا اتجهت إرادتهم إليها صراحة أو ضمناً، وعندئذ تطبق هذه العادة تنفيذاً لإرادة ذوي الشأن ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية. أما العرف فإنه يستمد قوته القانونية من تلقاء نفسه باعتباره مصدراً من مصادر القانون الوضعي ولا يستند في إلزامه إلى رضا ذوي الشأن به، أما العادة الاتفاقية فهي تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الطرفين.

٢٧٤ - العادة الاتفاقية والقواعد القانونية المكّلة

القواعد المكّلة لإرادة المتعاقدين هي قواعد ملزمة وواجب التطبيق بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها. أما العادة الاتفاقية فشرط تطبيقها ثبوت اتجاه الإرادة الصريحة أو الضمنية إليها بالفعل.

٢٧٥ - نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية

١ - يفترض العلم بالقاعدة العرفية كما يفترض العلم بأي قاعدة قانونية أما العادة الاتفاقية فإن شرط تطبيقها أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها صراحة

أو ضمناً، ولذلك يمتنع تطبيقها إذا جهله أحد المتعاقدين أو كلاهما إذ لا يمكن القول عندئذٍ بأن الإرادة اتجهت إليها ضمناً.

٢ - على القاضي أن يطبق القواعد العرفية من تلقاء نفسه بحكم كونها قاعدة قانونية حتى لو لم يطلب إليه الخصوم ذلك. أما العادة الاتفاقية يطبقها القاضي إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة، إذ هي تنزل منزلة الشرط الاتفاقي، وعلى صاحب المصلحة عند التمسك بالعادة القانونية، إثبات مضمونها بأن يقيم الدليل على وجودها ويثبت حكمها.

٣ - يخضع القاضي في تطبيق وتفسير القاعدة العرفية لرقابة محكمة النقض لأنه يخضع لرقابة هذه المحكمة في تطبيقه وتفسيره للقانون، والقاعدة العرفية قاعدة قانونية. أما بالنسبة للعادة الاتفاقية فإن القاضي لا يخضع في إثبات وجودها أو في تفسيرها وتطبيقها لرقابة محكمة النقض.

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعرف

٢٧٦ - قوة العرف إزاء التشريع

منزلة العرف في التشريع المصري تلي منزلة التشريع، ويترتب على ذلك أن العرف لا يستطيع إلغاء التشريع أو مخالفته بل العكس هو الصحيح فللتشريع قوة إلغاء العرف ومخالفته. ولهذا نصّت المادة الثانية من القانون المدني المصري على أنه (لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلاّ بنص تشريعي لاحق) ولكن يجوز للعرف مخالفة النصوص المكملّة كما جاء في المادة ٤٥٦ من القانون المدني المصري (يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلّم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

٢٧٧ - أولاً - العرف يكمل التشريع

وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني المصري، ذلك أنه يجب على القاضي أن يرجع إليه إذا لم يجد نصّاً في التشريع. والعرف يقوم بهذه الوظيفة في كل فروع القانون العام والخاص فيما عدا القانون الجنائي ذلك أن الذي يعتبر الفعل جريمة ويقدر عليه العقوبة هو النص التشريعي فقط ولا مدخل للعرف في هذا المجال، فلا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص. ويستطيع العرف وهو يكمل التشريع أن ينشئ القواعد الآمرة أو الناهية أو القواعد المكملّة. وقد دلّ على ما قلناه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري بقولها (فإذا لم

يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف...) وجاء في المذكرة الإيضاحية على هذه الفقرة فقالت (الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص... فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات. ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء). ومثاله ما يقضي به العرف في مصر أن الأثاث الموجود في منزل الزوجية يعتبر ملكاً للزوجة المسلمة ما لم يثبت العكس.

٢٧٨ - ثانياً - العرف المعاون للتشريع

فقد يلجأ المشرع إلى العرف لتحديد أو إيضاح مضمون قاعدة فقهية يصعب على الصياغة القانونية القيام بها من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٤٨ في فقرتها الثانية في القانون المدني المصري على أنه (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام والمثال على ذلك ما جرى عليه العرف في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق والمطاعم من إضافة نسبة مئوية إلى قائمة الحساب مقابل الخدمة. ومثاله أيضاً ما نصت عليه المادة (١٦١) من القانون المدني اليمني من اعتبار السكوت عن القبول قبولاً للإيجاب إذا كانت عادة المعاملة أو العرف التجاري تقضي ذلك).

وفي مجال القانون الدستوري تنص المادة ٤٣ من دستور سنة ١٩٥٦ التي كانت تقرّر أن (الدولة تحمي حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادة المرعية في مصر على أن لا يخلّ بالنظام العام ولا ينافي الآداب) وهذا تكرار للنص الذي كان وارداً في دستور ١٩٢٣ في المادة ١٣٠ من هذا الدستور.

المبحث الرابع مبادئ الشريعة الإسلامية

٢٧٩ - تمهيد

يمكن تلخيص مركز الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي في ثلاث حالات حسب المعمول به في القانون المصري^(١).

الحالة الأولى: إنها تكون مصدراً تاريخياً لما أخذه المشرع المصري من الشريعة الإسلامية بعض التشريعات التي وضعها كقانون الميراث وقانون الوصية وقانون الوقف وقانون الولاية على المال، فهذه القوانين مأخوذة من فقه الشريعة الإسلامية، ويترتب على ذلك أنه يجب الرجوع إلى هذا الفقه لتفسير نصوص هذه القوانين عند غموضها. وكذلك القول فيما أخذه القانون المدني المصري من أحكام من الشريعة الإسلامية كأحكام الأهلية ومرض الموت والشفعة والهبه، حيث تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لهذه الأحكام.

الحالة الثانية: وتعتبر الشريعة الإسلامية من ناحية ثانية مصدراً رسمياً بالنسبة لأحكام الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين عند اختلافهم في الدين والمذهب والملة وذلك بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التي لم تنظمها التشريعات الوضعية، وفي هذه الحالة يجب - وفقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الشرعية الملغاة - الأخذ بأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة. وتأتي الشريعة الإسلامية، في هذه الحالة، في المرتبة الثانية أي بعد التشريع مباشرة.

(١) الدكتور البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

الحالة الثالثة: تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً في المسائل المدنية (المعاملات المالية) وتكون مرتبتها في الدرجة الثالثة بعد التشريع العرف، فقد نصت المادة الأولى من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ونحن نتكلم عن هذه الحالة الثالثة أي عن مبادئ الشريعة الإسلامية في مرتبتها الثالثة من بين المصادر الرسمية للقانون الوضعي.

٢٨٠ - ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية عند شراح القانون المصري:

قال الدكتور أنور السلطان (ومن المتفق عليه أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا المبادئ والأصول العامة التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب آخر من المذاهب الشرعية)^(١) وقال الدكتور الشرقاوي (ويلاحظ أن مصدر قواعد القانون إذا لم يوجد تشريع أو عرف هو مبادئ الشريعة الإسلامية ويقصد بذلك المبادئ العامة المسلمة في فقه هذه الشريعة لا الأحكام التفصيلية التي تختلف فيها المذاهب الإسلامية)^(٢) كما يلاحظ أنه من اللازم أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية التي تستمد منها قواعد القانون هي المبادئ الأكثر ملائمة لمبادئ القانون المصري الوضعي والتي تتضمنها نصوص التشريع^(٣).

٢٨١ - مبادئ الشريعة في القانون المدني اليمني:

هذه المبادئ هي المصدر الثاني من المصادر الرسمية في القانون المدني اليمني بموجب المادة الأولى من القانون المدني اليمني (المعاملات الشرعية) إذ

(١) أنور سلطان، المرجع السابق.

(٢) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٣) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٤٨.

نصّت: يسري هذا القانون المأخوذ عن أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي يتناولها لفظاً ومعناً. فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون..). ويقول الدكتور محمد حسين الشامي (في مبادئ الشريعة الإسلامية المتمثلة في كتاب الله ثم في سنة رسول الله ﷺ ثم في اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم. فإن لم يجد بحث عن الحل من خلال القواعد الأصولية ثم القواعد الفقهية فإن لم يجد عمد إلى الاجتهادات الفقهية في مسائل الفروع المتعلقة بواقعة النزاع دون التقيد بمذهب معين..)(^١) والظاهر من صياغة المادة، أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية، الأحكام الفقهية التفصيلية بدليل ما جاء في هذه المادة من وصف مبادئ الشريعة الإسلامية بكونها (المأخوذ منها هذا القانون) والمأخوذ منها هي الأحكام التفصيلية الفقهية، وهذا تؤخذ من كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ومن سائر مصادر الفقه التي دلّ عليها القرآن والسنة.

المبحث الخامس

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٢٨٢ - آخر المصادر الرسمية

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، هي آخر المصادر الرسمية الذي نصّ عليها القانون المدني المصري، وأمر القاضي بالرجوع إليه إذا لم يجد نصّاً تشريعياً أو عرفاً أو لم يجد في مبادئ الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه. ولا يجوز للقاضي النكول عن القضاء بعد هذه المصادر الرسمية التي حدّدها له (التشريع) بحجة أنه لا يجد الحكم الواجب التطبيق، وإلاّ عوقب جنائياً.

(١). الوجيز في مدخل القانون للدكتور محمد بن حسين الشامي ص ١٢٧.

٢٨٣ - المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المقصود بإحالة المشرع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو إلزام القاضي في أن يجتهد برأيه في النزاع المطروح أمامه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . أي أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعني الإحالة إلى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح كما هو الشأن في الإحالة إلى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وإنما تعني هذه الإحالة مطالبة القاضي بالاجتهاد برأيه^(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إذ جاء فيه : إن عبارات القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه بأن يجتهد برأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص^(٢) . ومع هذا الذي قلناه بشأن المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فقد قال بعض فقهاء القانون المدني المصري - الدكتور عبد المنعم البدرائي - (والقانون الطبيعي يشمل تلك المبادئ التي يكشفها العقل والتي تعتبر مثلاً هادياً للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال . أما العدالة فيمكن تعريفها : بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحى بها الضمير المستنير ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه . وواضح أن مبادئ القانون الطبيعي لا تعطينا إلا مجموعة قليلة العدد من المبادئ الأساسية الأزلية العامة ، وإن قواعد العدالة ليست إلا شعوراً كامناً في النفس يوجب إيتاء كل ذي حق حقه ويرجع المصلحة الأولى بالرعاية إذا تعارضت المصالح^(٣) .

٢٨٤ - إنشاء القانون تحت ستار العدالة والقانون الطبيعي

وفقهاء القانون الوضعي يسلمون بأن فكرة العدالة مثل مبادئ القانون

(١) الدكتور أنور سلطان ، المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢) الدكتور جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) الدكتور عبد المنعم البدرائي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ .

الطبيعي فكرة غير واضحة الحدود وغامضة ولا مرئية المعالم، ومع ذلك يحيلون القاضي إليها حينما لا تسعفه المصادر السابقة كي يجتهد رأيه حتى يصل إلى حسم النزاع وفقاً لما تقضي به روح العدل والإنصاف. ووفقاً لهذا المفهوم فإن القضاء يؤدي دوراً إنشائياً للقانون تحت ستار تطبيق العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، على أن لا يصدر حكمه في ذلك عن معتقداته الذاتية وإنما عن اعتبارات موضوعية ذاتية^(١).

٢٨٥ - مبادئ العدالة في القانون اليمني

نصّت المادة الأولى من القانون المدني اليمني (المعاملات المالية)، على أن قواعد العدالة هي المصدر الرابع من المصادر الرسمية للقانون اليمني، فقد نصّت (يسري هذا القانون المأخوذ عن أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي يتناولها لفظاً ومعنى. فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة) ويلاحظ هنا أن فكرة العدالة أو مبادئها، ليست بالفكرة الغامضة ولا بالمائعة أو غير المحددة، وذلك لأن المادة اشترطت للرجوع إلى مبادئ العدالة أن تكون موافقة لأصول الشريعة الإسلامية، وأصول الشريعة الإسلامية واضحة وبيّنة ومحددة، ومن ثم فإن حكم القاضي بقواعد العدالة، لا يمكن أن يكون عادلاً إلا إذا وافق هذه الأصول - أصول الشريعة الإسلامية، ومن ثم تكون المحصلة الأخيرة: أن تكون فكرة العدالة، أو مبادئ العدالة، لا تختلف من وقت إلى وقت لثبات هذه الأصول، أصول الشريعة وكفايتها الكاملة لتحقيق العدل^(٢).

(١) الدكتور الشامي، المرجع السابق ص ١٣٤.

(٢) الدكتور الشامي، المرجع السابق، ص ١٣٥.

الفصل الثاني

مصادر الشريعة الإسلامية

٢٨٦ - التمهيد

الشريعة الإسلامية، بالمعنى الإصطلاحي الدقيق، تعني نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية فقط، وكلاهما وحي من الله تعالى: فالقرآن باللفظ والمعنى، والسنة بالمعنى دون اللفظ. ولكن قد يطلق اسم (الشريعة الإسلامية) على الأحكام الشرعية التي نصت عليها نصوص الكتاب والسنة وعلى الأحكام المستنبطة من هذين المصدرين ومن المصادر الشرعية الأخرى التي دلت عليها نصوص القرآن والسنة كالإجماع والقياس. وفي هذا الإطلاق، يكون المراد بـ (الشريعة الإسلامية) ما نريده من اسم (الفقه) وهو يطلق على الأحكام الشرعية التي تعرف وتستخرج من الكتاب والسنة أو من مراجع الأحكام الشرعية الأخرى. وبهذا الإطلاق لاسم (الشريعة الإسلامية) ليدل على جميع الأحكام الشرعية، هو ما نريده في بحثنا هنا عن مصادر الشريعة الإسلامية، أي عن مصادر الفقه الإسلامي. هذا وإن مصادر الشريعة أو مصادر الفقه الإسلامي تسمى أيضاً بأدلة الأحكام، أو بأصول الأحكام، أو بالمصادر الشرعية للأحكام، أو بمصادر الفقه، أو بمصادر الشريعة الإسلامية، كما ذكرنا أولاً، وهذا الإطلاق الأخير للدلالة على مصادر أحكام الفقه الإسلامي أي على مصادر جميع الأحكام الشرعية، هو إطلاق على سبيل التجوز والتسامح والاصطلاح كما ذكرنا.

٢٨٦ - مكرر - منهج البحث

وستتكلّم في مباحث متتالية عن هذه المصادر وترتيبها من حيث الرجوع إليها ثم عن مصدر مصدر على النحو التالي:

● المبحث الأول: تعداد مصادر الشريعة الإسلامية (مصادر الفقه الإسلامي وترتيبها)

● المبحث الثاني: القرآن الكريم.

● المبحث الثالث: السنة النبوية المطهرة.

● المبحث الرابع: الإجماع.

● المبحث الخامس: العرف.

● المبحث السادس: الاجتهاد.

المبحث الأول

تعداد مصادر الشريعة الإسلامية (الفقه) وترتيبها

٢٨٧ - تقسيمات مصادر الشريعة الإسلامية

تقسّم مصادر الشريعة الإسلامية إلى تقسيمات مختلفة بالنظر إلى اعتبارات مختلفة أي بالنظر إلى الجهة التي ينظر منها إليها. ونذكر فيما يلي بعضاً من هذه التقسيمات.

٢٨٨ - التقسيم الأول

من جهة الاتفاق والاختلاف في هذه المصادر، وهي بهذا الاعتبار الأنواع التالية:

النوع الأول: وهو محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، ويشمل هذا النوع القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، والإجماع من حيث الجملة. وكذا العرف من حيث الجملة.

النوع الثاني: وهو محل اتفاق جمهور المسلمين، وهو القياس فقد خالف فيه الظاهرية^(١).

النوع الثالث: وهو محل اختلاف بين العلماء حتى بين جمهورهم القائلين بالقياس وهذا النوع يشمل مصادر الأحكام الأخرى مثل المصالح المرسلّة وسدّ الذرائع والاستحسان ومذهب الصحابي والاستصحاب.

٢٨٩ - التقسيم الثاني

المصادر، أو الأدلة، من حيث رجوعها إلى النقل أو الرأي تنقسم إلى قسمين: نقلية وعقلية.

النوع الأول: الأدلة النقلية: وهي الكتاب العزيز - القرآن - والسنة، ويلحق بهذا النوع الإجماع، ومذهب الصحابي على رأي من يأخذ به. وإنما اعتبر هذا النوع من الأدلة نقلياً لأنه راجع إلى التعبد بأمر منقول عن الشارع لا نظر ولا رأي لأحد فيه.

النوع الثاني: الأدلة العقلية أي التي ترجع إلى النظر والرأي وهذا النوع يعني الاجتهاد بفروعه المختلفة كالقياس ونحوه حيث يلحق به المصالح المرسلّة وسدّ الذرائع والاستحسان والاستصحاب وإنما كان هذا النوع من الأدلة عقلياً لأن مرده إلى النظر والرأي: وهذه القسمة إنما هي إلى أصول الأدلة، أما بالنسبة إلى الاستدلال بها على الحكم الشرعي، فكل نوع من النوعين مفتقر إلى الآخر، لأن الاستدلال بالمنقول عن الشارع لا بد فيه من النظر واستعمال العقل الذي هو أداة الفهم. كما أن الرأي لا يكون صحيحاً معتبراً إلا إذا استند إلى النقل، لأن العقل المجرد لا دخل له في تشريع الأحكام^(٢).

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ج ٧ ص ٥٣ وما بعدها.

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٤١.

٢٩٠ - التقسيم الثالث

الأدلة من حيث استقلالها بذاتها أو اعتمادها على غيرها نوعان:

النوع الأول: أدلة أو مصادر أصلية وهي الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة.

النوع الثاني: ومصادر تبعية أرشدت إليها ودلت عليها نصوص الكتاب والسنة كالإجماع والقياس.

٢٩١ - مرجع الأدلة - المصادر - بأنواعها إلى كتاب الله

قلنا إن الأدلة نوعان: نقلية وعقلية. وعند النظر نجد أن الأدلة الشرعية محصورة في الكتاب والسنة، وأعني أن جميع الأدلة ترجع إلى الكتاب والسنة، لأن هذه الأدلة أو المصادر لم تثبت بالعقل وإنما ثبتت بالكتاب والسنة إذ قامت أدلة صحة الاعتماد عليها واعتبارها مصادر شرعية للأحكام. فيكون الكتاب العزيز والسنة النبوية المطهرة مرجع الأحكام ومستندهما من جهتين:

الأول: جهة دالتهما على الأحكام الجزئية التفصيلية كأحكام البيوع والجرائم والعقوبات.

الثانية: دالتهما على المصادر المعتبرة لاستمداد الأحكام الشرعية منها، مثل دالتهما على أن الإجماع مصدر شرعي معتبر لاستفادة الأحكام الشرعية منه، وكذا القياس ونحو ذلك. ثم إن مرجع السنة النبوية المطهرة إلى الكتاب العزيز من وجهين:

الأول: أن العمل بالسنة، والاعتماد عليها واستنباط الأحكام منها والاحتجاج بها واستفادة الأحكام منها إنما دلّ على ذلك كله القرآن الكريم في قوله تعالى في مواضع كثيرة ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ﴾ وتكراره يدل على عموم طاعته ﷺ، سواء كان ما يطاع فيه مما في الكتاب أو مما ليس فيه، إلى نصوص تحذّر من مخالفته فيما

يأمر به وينهى عنه مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(١) ومثل قوله تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢).

الوجه الثاني: أن السنة النبوية تبين الكتاب العزيز وتوضح معانيه قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾^(٤) والتبليغ يشمل تبليغ الكتاب وبيان معانيه. فالسنة النبوية: بيان للكتاب وشارحه لمعانيه ومفصلة لمجمله كما سيأتي توضيح ذلك في بحث السنة. وعلى هذا فكتاب الله تعالى هو أصل الأصول ومصدر المصادر والمرجع للأدلة جميعاً^(٥).

٢٩٢ - ترتيب الأدلة (المصادر)

ذكرنا الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها، وقلنا: إن الكتاب هو مرجع الأدلة جميعاً ومصدر المصادر، فمن البديهي أن يكون في المرتبة الأولى بين الأدلة وأن يكون مقدماً عليها في الرجوع إليه عند إرادة معرفة الحكم الشرعي الواجب التطبيق على المسألة المراد معرفة ما يطبق عليها من الأحكام الشرعية. فإذا لم يوجد الحكم الشرعي في الكتاب وجب الرجوع إلى السنة لأن السنة مبينة للكتاب وشارحة لمعانيه فكان من البديهي الرجوع إليها عند عدم وجود الحكم في الكتاب. فإذا لم يوجد الحكم في السنة لزم الرجوع إلى الإجماع لأن مستند الإجماع نص من الكتاب أو السنة فإن لم يكن إجماع في المسألة وجب الرجوع إلى (الاجتهاد)

(١) سورة الحشر، الآية ٧.

(٢) سورة النور، الآية ٦٣.

(٣) سورة النحل، الآية ٤٤.

(٤) سورة المائدة، الآية ٦٧.

(٥) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٤٢ - ٤٤.

وعلى رأسه (القياس). فترتيب الأدلة - المصادر - في الرجوع إليها واستنباط الأحكام منها يكون على هذا الترتيب: الكتاب، السنة، الإجماع، الاجتهاد - القياس. وعلى هذا اتفق جمهور الفقهاء القائلين بحجة الإجماع والقياس. وقد دلّ على الترتيب الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء آثار كثيرة منها:

٢٩٣ - الأدلة على الترتيب المذكور

أولاً: إن رسول الله ﷺ قال لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لما أرسله إلى اليمن قاضياً: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: أقضي بسنة رسول الله ﷺ. قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال: اجتهد برأيي ولا آلو - أي ولا أقصر - فضرب رسول الله ﷺ على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله^(١). ووجه الدلالة بهذا الحديث النبوي الشريف أن النبي ﷺ أقره على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد الحكم في الكتاب والسنة، وما القياس إلا ضرب من ضروب الاجتهاد بالرأي.

ثانياً: عن ميمون بن مهران قال: كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ، فإن وجد فيها ما يقضي به قضى به. فإن أعياه ذلك جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به. وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفعل ذلك^(٢). ووجه الدلالة بهذا الخبر أن أبا بكر كان يرجع أولاً إلى كتاب الله للتعرّف على الحكم الشرعي فإن وجده قضى به وإن لم يجده تحوّل إلى السنة فإن وجد الحكم فيها قضى به فإن لم يجده فيها تحوّل إلى الإجماع. فترتيب الأدلة في الرجوع إليها أولاً: الكتاب ثم السنة ثم

(١) تيسير الوصول إلى أحاديث الرسول ﷺ لابن الديع الشيباني ج ٤ ص ٥٥.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ٥١.

الإجماع ثم الاجتهاد الذي جاء في حديث معاذ. وكان عمر بن الخطاب يسلك نفس مسلك أبي بكر ولم ينقل إلينا خلاف هذا الترتيب.

ثالثاً: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لشريع قاضيه في الكوفة: اقض بكتاب الله فإن لم تجد فبقضاء رسول الله ﷺ - أي بسنته - فإن لم تجد فاقض بما استبان لك من أئمة المهتدين، فإن لم تجد فاجتهد برأيك واستشر أهل العلم والصلاح^(١).

(١) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ١٧١.

المبحث الثاني القرآن الكريم

٢٩٤ - تعريفه

القرآن الكريم هو كتاب الله العزيز أشهر من أن يعرف ومع هذا فقد اعتنى العلماء بتعريفه وذكروا له تعاريف شتى حرص كل منهم أن يكون تعريفه جامعاً مانعاً^(١). ومن هذه التعاريف: (القرآن هو الكتاب المنزل على رسول الله ﷺ المكتوب في المصاحف المنقول إلينا عنه نقلاً متواتراً بلا شبهة)^(٢).

٢٩٥ - حجيته

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن حجة على الجميع، وأنه المصدر الأول للشريعة الإسلامية بل أنه حجة على جميع البشر. والبرهان على حجيته: أنه من عند الله تعالى، والبرهان على أنه من عند الله: إعجازه. فقد تحدّاهم - أي تحدّى المشركين - من أن يأتوا بمثله فعجزوا ثم تحدّاهم بعشر سور فعجزوا ثم تحدّاهم بسورة واحدة من سوره فعجزوا قال تعالى: ﴿قُلْ لِّينِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَى أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَتْ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيراً﴾^(٣). وقال تعالى: ﴿أَمْ يَقُولُونَ افْتَرَيْنَاهُ قُلْ فَأْتُوا بِعَشْرِ سُوْرٍ مِّثْلِهِ مُفْتَرِيَاتٍ وَادْعُوا مَنِ اسْتَعْظَمْتُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ١٧١.

(٢) أصول البزدوي ج ١ ص ٢١ - ٢٢.

(٣) سورة الإسراء، الآية ٨٨.

صَدِيقَيْنِ ﴿١٣﴾ ﴿١﴾ . وقال تعالى : ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّثْلِهِ ۚ وَادْعُوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴿٢٣﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا وَلَنْ تَفْعَلُوا فَأْتُوا النَّارَ الَّتِي وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارُ أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ ﴿٢٤﴾﴾ ﴿٢﴾ ومع هذا التحدي الصريح الواضح عجز العرب المشركون عن المعارضة وكسر التحدي بالرغم من وجود المقتضى للمعارضة وعدم المانع منها .

أما وجود المقتضى للمعارضة فلأن العرب المشركين كانوا حريصين كل الحرص على إبطال دعوة محمد ﷺ، فلو كانوا قادرين لجأوا بما يعارض القرآن ويكسر تحديّه ويبطل دعوة النبي ﷺ . وأما عدم المانع من المعارضة فلأنهم أهل البلاغة والفصاحة والمعرفة التامة باللغة العربية وأصحاب الحكم والسلطان في مكة، فلما ثبت عجزهم ثبت أن القرآن الكريم النازل بلغة العرب هو كتاب الله وإن محمداً ﷺ هو رسول الله حقاً، وإذا ثبت ذلك وجب على الخلق الإيمان به رسولاً واتباع شريعته التي جاء بها من ربه تعالى .

٢٩٦ - أنواع أحكام القرآن

اشتمل القرآن على أحكام كثيرة متنوعة يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام :

٢٩٧ - القسم الأول :

الأحكام المتعلقة بالعقيدة الإسلامية كالإيمان بالله وملائكته وكتبه وبرسله وبخاتمهم سيدنا محمد ﷺ، وبالיום الآخر . وهذه الأحكام الاعتقادية محل دراستها في علم التوحيد .

(١) سورة هود، الآية ١٣ .

(٢) سورة البقرة، الآيتان ٢٣ و ٢٤ .

٢٩٨ - القسم الثاني

أحكام تتعلق بتهذيب النفس وتزكيتها وهذه هي الأحكام الأخلاقية ومحل دراستها في علم الأخلاق، أو التصوف، أو علم التزكية - تزكية النفوس.

٢٩٩ - القسم الثالث

الأحكام العملية المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين وهي المقصودة بـ (الفقه) والتي يهدف علم الفقه وأصوله إلى معرفتها والوصول إليها. وهذه الأحكام نوعان: النوع الأول: ما عدا العبادات وتسمى باصطلاح الفقهاء (بالمعاملات) وهي تشمل الأحكام التي تدخل في نطاق القانون الخاص والقانون العام حسب الاصطلاح القانوني الحديث وهذه الأحكام يقصد بها تنظيم علاقة الفرد بالفرد أو علاقة الفرد بالجماعة أو علاقة الجماعة بالجماعة.

٣٠٠ - بيان القرآن للأحكام

قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِيهَا وَهُمْ يَحْمِلُونَ أَوْرَاقَهُمْ﴾^(٢) فالقرآن الكريم فيه بيان لجميع الأحكام الشرعية إلا أن بيانه للأحكام جاء أنواعاً:

٣٠١ - النوع الأول لبيان القرآن للأحكام

ذكر القواعد والمبادئ العامة للتشريع والتي تكون أساساً لتفريع الأحكام وتخريج الأحكام الجزئية والتطبيقية على هذه القواعد والمبادئ العامة ومنها:

(١) سورة النحل، الآية ٨٩.

(٢) سورة الأنعام، الآية ٣٨.

أ - مبدأ الشورى في نظام الحكم وإدارة الشؤون العامة، قال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾^(١) وقال تعالى مخاطباً نبيه الكريم ﷺ ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(٢).

ب - العدل في القضاء وفي سائر شؤون الحياة وأمور الناس قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٤).

ج - الإنسان مأخوذ بجريته ولا يسئل عن ذنب غيره، قال تعالى: ﴿وَلَا تُزِرُّ وَازِرَةً وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾^(٥).

د - العقوبة بقدر الجريمة قال تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^(٦).

هـ حرمة مال الغير قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَىٰ الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٧).

و - التعاون على الخير وعلى ما فيه نفع للأمة قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٨).

ز - وجوب الوفاء بالعقود وبسائر الالتزامات المشروعة قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٩).

(١) سورة الشورى، الآية ٣٨.

(٢) سورة آل عمران، الآية ١٥٩.

(٣) سورة النحل، الآية ٩٠.

(٤) سورة النساء، الآية ٥٨.

(٥) سورة الأنعام، الآية ١٦٤.

(٦) سورة الشورى، الآية ٤٠.

(٧) سورة البقرة، الآية ١٨٨.

(٨) سورة المائدة، الآية ٢.

(٩) سورة المائدة، الآية ١.

ج - الحرج مرفوع في الشريعة الإسلامية قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٢).

ط - الضرورات تبيح المحظورات قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(٣).

٣٠٢ - النوع الثاني لبيان القرآن للأحكام

ذكر الأحكام بصورة مجملة تحتاج إلى بيان أو مزيد من البيان والتفصيل، ومنها:

١ - وجوب القصاص في جرائم القتل قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٤) ولم يبين القرآن الكريم شروط القصاص، وقد بيّنتها السنة النبوية.

٢ - حل البيع وحرمة الربا قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٥) فجاءت السنة النبوية ببيان البيع الحلال وما يلزم لحله من شروط من جهة المبيع ومن جهة أطراف العقد وبسائر ما يتعلق بالبيع الحلال. وكذلك جاءت السنة ببيان الربا المحرم وما يصدق عليه وصف (الربا) فيدخل في حكمه وهو التحريم.

٣ - وجوب الزكاة في أموال الأغنياء وهي حق الفقراء ونحوهم قال الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾^(٦) وجاءت السنة النبوية ببيان الأموال التي تجب فيها الزكاة وشروط هذا الوجوب... إلخ.

(١) سورة الحج، الآية ٧٨.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٥.

(٣) سورة البقرة، الآية ١٧٣.

(٤) سورة البقرة، الآية ١٧٨.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٦) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

٣٠٣ - النوع الثالث لبيان القرآن للأحكام

ورود الأحكام بتفصيل، مثل ذكر مقادير المواريث، ومقادير العقوبات في جرائم الحدود، وكيفية الطلاق وعدده، وكيفية اللعان بين الزوجين، وبيان المحرمات من النساء اللاتي لا يجوز للرجل نكاحهن ونحو ذلك.

٣٠٤ - الحكمة في ورود المبادئ العامة في القرآن

إن ورود بعض الأحكام الشرعية في القرآن الكريم بشكل قواعد ومبادئ عامة، يلائم عموم الشريعة في المكان والزمان، ويجعلها تتسع لما يستجد من الحوادث فلا تضيق بشيء أبداً إذ يمكن المجتهدين من تفريع الأحكام على هذه القواعد والمبادئ العامة وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الأزمان بما يحقق المصالح للناس.

٣٠٥ - الحكمة في ورود الأحكام المجملة في القرآن

والحكمة في ذلك أن تفصيل جميع الأحكام الشرعية في القرآن يخرجها عن مقصده الأول وهو الهداية والإرشاد وتعريف الخلق بربهم والإيمان به وما يستلزمه هذا الإيمان من أفراد العبادة له، كما إن الله تعالى أعطى رسوله ﷺ سلطة بيان الأحكام المنزلة في القرآن وبيانه ﷺ هو وحي من الله فهو مكمل لوحي القرآن ومفسر له، والتفسير يعتبر جزء من المفسر، قال تعالى مخاطباً نبيه محمد ﷺ ﴿سَخَّرَ الْبَحْرَ لِنَا كُلُّوْا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ﴾^(١).

٣٠٦ - أسلوب القرآن في بيان الأحكام

للقرآن الكريم أساليب مختلفة في بيان الأحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزاً

(١) سورة النحل، الآية ٤٤.

وكتاب هداية وإرشاد. ولهذا نجد ما هو واجب قد ينص على وجوبه بصيغة الأمر مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(١) وبأن الفعل مكتوب على المخاطبين مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٢) وقد يكون بيان الواجب بذكر الجزاء الحسن والثواب لفاعله مثل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ﴾^(٣) والمحرم قد يكون بيانه بصيغة النهي مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤). وقد يكون بالتوعد بإنزال العقاب على فعله مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(٥) وقد يكون بترتيب العقاب الدنيوي على مرتكب الفعل مثل قوله تعالى: ﴿الرَّازِيَةُ وَالرَّازِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٦).

٣٠٧ - أهمية معرفة أسلوب القرآن في بيانه للأحكام

وبناء على ما ذكرناه من أسلوب القرآن في بيان للأحكام يجب على كل من يريد استنباط الأحكام من القرآن الكريم أن يعرف ذلك وكيفية بيان القرآن للأحكام بأساليبه المختلفة وما يقترن بنصوصه مما يدل على الوجوب أو الحرمة أو الإباحة. ومن الضوابط والقواعد النافعة في هذا الباب ما يأتي:

أولاً: يكون حكم الفعل الوجوب أو الندب إذا جاء بالصيغة الدالة على الوجوب أو الندب، أو إذا ذكر الفعل واقترن مدح أو محبة أو ثناء له ولفاعله أو إذا اقترن به الجزاء الحسن والثواب لفاعله. والقرينة هي التي تصرف صيغة طلب

(١) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٧٨.

(٣) سورة النساء، الآية ١٣.

(٤) سورة الأنعام، الآية ١٥١.

(٥) سورة النساء، الآية ١٠.

(٦) سورة النور، الآية ٢.

الفعل، أو الفعل الممدوح، إلى الوجوب أو إلى الندب - أي طلب الفعل على وجه الاستحباب لا على وجه الإيجاب - ومحل تفصيل ذلك في مباحث أصول الفقه.

ثانياً: ويكون حكم الفعل الحرمة أو الكراهة إذا جاء ذكره بصيغة تدل على نهي الشارع عنه أو الابتعاد عنه، أو إذا ذكر على وجه الذم له ولفاعله أو أنه سبب للعذاب ولسخط الله أو مقتته أو دخول النار أو لعن فاعله أو وصف الفعل بأنه رجس أو فسق أو من عمل الشيطان أو وصف فاعله بالبهيمة أو بأنه من إخوان الشياطين ونحو ذلك. والقرينة هي التي تصرف النهي إلى الحرمة أو إلى الكراهة - وهي مرتبة أدنى من مرتبة الحرمة - ومن قرائن الحرمة ما ذكرناه من أوصاف الفعل، ومحل دراسة ذلك كله في مباحث أصول الفقه.

ثالثاً: ويكون حكم الفعل الإباحة إذا جاء بلفظ يدل على ذلك كالإحلال والإذن ورفع الحرج ونفيه والإنكار على من حرّم الشيء ونحو ذلك.

٣٠٨ - ربط الأحكام بالعقيدة الإسلامية

ومما تجب ملاحظته في بيان القرآن للأحكام أنها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة ومعانيها مثل ربطها بالإيمان بالله واليوم الآخر ومن الأمثلة على ذلك.

أولاً: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَجْهٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (١).

ثانياً: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (٢).

ثالثاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٣) فَإِنْ لَمْ

(١) سورة النور، الآية ٢.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٨.

تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِن تُبْتِغُوا فَلََكُمْ رُدُّهُنَّ أَمْوَالَكُمْ ۖ لَا تَنَظَّمُونَ وَلَا تُنَظَّمُونَ ﴿٢٧٩﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَبَلِّغْ لِلْمُطَفِّينَ (١)﴾^(٢) وهكذا جميع الأحكام متصلة بالعقيدة الإسلامية ومعانيها أو مذكرة بها بختمها بذكر اسم الله جل جلاله، لأن العقيدة الإسلامية هي أساس الأحكام الشرعية وقائمة عليها ومتفرعة منها. ومن أركان العقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر وما يقع فيه من ثواب حسن وعقاب. فربط الإسلام الأحكام بالعقيدة ليذكر الإنسان بأن هذه الأحكام من عند الله وما كان من عند الله تجب طاعته وتحرم مخالفته ولا يملك أحد تغييره، وإن من يخالف ذلك يلق عقابه في الآخرة بالإضافة إلى عقابه في الدنيا. وفي ذلك كله ضمان لحسن الالتزام بالأحكام الشرعية والوقوف عند حدود الشرع. ولا شك أن الذي ينتفع بذلك هو الانسان المسلم لوازعه الديني وعقيدته الإسلامية.

٣٠٩ - تكرار الأحكام وبثها في سور القرآن

ويلاحظ هنا أن الحكم قد يأتي في القرآن الكريم في أكثر من سورة، وربما بأساليب متنوعة وبصيغ مختلفة، وحكمة ذلك التذكير والتأكيد عليه.

كما يلاحظ أن أحكام القرآن مبثوثة في سوره، فهي غير مجموعة بسورة واحدة أو بسور متعددة وتعليل ذلك أن القرآن الكريم ليس كتاباً قانونياً بحتاً على النحو الذي نعهده في كتب القانون ومتونه وتسلسل مواده، وإن كان القرآن ذكر أحكاماً قانونية كثيرة وإنما هو كتاب هداية وإرشاد وأخلاق وتعريف للإنسان بخالقه، والغرض من خلقه وعلاقته بخالقه، وهذا بالإضافة إلى ما بينه من أحكام قانونية لتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم. ثم إن أحكامه متصلة ببعضها ببعض فأحكام الأخلاق متصلة بأحكام المعاملات بمعناها الواسع وهذه الأخيرة والتي قبلها متصلتان بالعقيدة الإسلامية، فلا يضير كون الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقات

(١) سورة البقرة، الآية ٢٧٨.

(٢) سورة المطففين، الآيات من ١ إلى ٦.

الأفراد فيما بينهم جاءت مبثوثة في سور القرآن وغير مجموعة في مكان واحد أدعى إلى فهمها جيداً وأدعى إلى تذكرها ومعرفة ما يتصل بها وتجعل القارئ لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن.

٣١٠ - دلالة القرآن على الأحكام

القرآن الكريم قطعي الورود، أي أنه ثابت قطعاً لوصوله إلينا بطريق التواتر المفيد للعلم اليقيني بصحة المنقول. فأحكامه إذن قطعية الثبوت، وأنها وصلت إلينا كما أوحاها الله تعالى إلى رسوله ﷺ. إلا أن دلالة على الأحكام أي على المعنى المقصود من النص قد تكون هذه الدلالة قطعية وقد تكون ظنية. فتكون دلالة قطعية إذا كان لفظ النص لا يحتمل إلا معنى واحداً فقط. ففي هذه الحالة تكون دلالة اللفظ على المعنى المقصود بالنص وبالتالي على الحكم المراد بهذا النص دلالة قطعية مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٢) فالنصف والربع والمئة كلها قطعية الدلالة على مدلولها ولا يحتمل أي منها إلا معنى واحداً فقط هو المذكور في الآية الكريمة وبالتالي فيكون الحكم إعطاء هذه المقادير من الإرث للأزواج بالشروط المذكورة في الآية وإنزال العقوبة المذكورة في الآية على الزناة والزانيات ودلالة النص على ما ذكرناه من حكم دلالة قطعية لا شك فيها.

وتكون دلالة القرآن الكريم على الحكم المقصود والمعنى المراد من النص الذي يبتني عليه الحكم، دلالة ظنية إذا كان لفظ النص يحتمل أكثر من معنى واحد فتكون دلالة اللفظ على واحد من المعاني التي يحتملها وبالتالي دلالة على الحكم المراد بالآية دلالة ظنية مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرَیَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾

(١) سورة النساء، الآية ١٢.

(٢) سورة النور، الآية ٢.

الآية تفيد أن حكم عدة المطلقات ثلاثة قروء. ولكن المقصود بـ (القروء) قد يكون الأطهار فتكون العدة ثلاثة أطهار. وقد يكون المقصود بـ (القروء) الحيضات فتكون العدة ثلاث حيضات، فمع هذا الاحتمال تكون دلالة الآية على الحكم ظنية لا قطعية.

٣١١ - تفسير نصوص الأحكام في القرآن

هذا وإن نصوص القرآن الكريم بشأن الأحكام الشرعية، ما يتعلق منها بالعبادات، أو بالمعاملات يخضع لقواعد تفسير النصوص، وهي قواعد لغوية تعرف بها معاني الألفاظ والعبارات. وقد اعتنى علماء أصول الفقه ببيان هذه القواعد بعد استقراءهم أساليب اللغة العربية واستعمال الألفاظ في معانيها الموضوعية لها هذه الألفاظ واستعمالها في غير معانيها الموضوعية لها، كما بحثوا في دلالات الألفاظ على معانيها ومراتب هذه الدلالات وما يرجح أخذه منها وما يقدم من هذه الدلالات على غيرها إلى غير ذلك مما له علاقة بالقواعد الأصولية التي يستعان بها على فهم نصوص القرآن فهماً صحيحاً، إلا أن معرفة هذه القواعد اللغوية والاستعانة بها لفهم النصوص، لا تكفي وحدها لفهم النصوص وتفسيرها على الوجه الصحيح الخالي من الخطأ والعتار بل لا بد من معرفة مقاصد الشارع العامة من تشريعه الأحكام. وينبغي أيضاً لمن يتصدى لتفسير نصوص الأحكام في القرآن، أن يعرف القواعد التي يستعان بها لدفع ما قد يبدو من تعارض بين النصوص والأحكام مثل قواعد النسخ والمنسوخ ونحو ذلك. فقواعد تفسير النصوص في القرآن تقوم:

أولاً: على معرفة القواعد الأصولية اللغوية المتعلقة باللفظ من جهة إفادته للمعنى.

ثانياً: على معرفة مقاصد التشريع العامة.

ثالثاً: معرفة القواعد التي ترفع ما قد يبدو من تعارض بين النصوص

والأحكام. وهذه القواعد جميعاً محل دراستها علم أصول الفقه. ويضاف إلى ذلك معرفة علاقة السنة النبوية بالقرآن الكريم باعتبارها (مبينة) له وأنواع البيان... إلخ وهذه تدرس في أصول الفقه أيضاً.

٣١٢ - أنواع تفسير نصوص القرآن الكريم

ذكرنا في أبحاثنا عن (تفسير القانون الوضعي) أنه ثلاثة أنواع: تفسير فقهي يتولاه فقهاء القانون الوضعي وشراحه. وتفسير قضائي يتولاه القضاة عند نظرهم الدعوى المعروضة أمامهم. وتفسير تشريعي يتولاه المشرعون في الدولة أي الجهات التي لها ولاية التشريع. فهل توجد هذه الأنواع من التفسير في تفسير نصوص القرآن الكريم المتعلقة بالأحكام الشرعية المنظمة لعلاقات الأفراد المختلفة؟ والجواب: بالنسبة للتفسير الفقهي، فقد قام به فقهاء الشريعة الإسلامية، والمفسرون المعنيون بشرح آيات الأحكام. وهؤلاء وأولئك التزموا في تفسيرهم هذا ما ذكرناه من قواعد تفسير النصوص مع إضافة عليها هي الاستعانة بأسباب نزول آيات الأحكام. ونجد هذا التفسير في مختلف كتب الفقه وكتب الفقه المقارن، وكتب الخلاف بين الفقهاء، وفي التفاسير التي تعنى بتفسير آيات الأحكام كما قلت مثل تفسير ابن العربي المالكي وتفسير القرطبي.

وبالنسبة للتفسير القضائي، فالأصل في القاضي أن يكون (مجتهداً) أي قادراً على استنباط الأحكام، فهو في هذه الحالة له صفة الفقيه المجتهد الذي يفسر نصوص القرآن، ولكنه هنا يفسرها لتطبيق حكمها على الوقائع التي ينظرها، وهنا يختلف حكم هذا القاضي عن ذاك لاختلافهم في الاجتهاد ومنهاجه والقدرة عليه. والقاضي قبل أن يفسر النصوص ذات العلاقة بالواقعة أو الدعوى التي ينظرها يقوم (بتكييف) هذه الواقعة، فمثلاً هل هذه الواقعة تكيف على أنها (هبة) بمعناها الشرعي أم أنها تكيف (بيعاً) لأنها تضمنت (عوضاً) فيها. وبعد أن يستقر على تكيف معين، ينتقل إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بها ويسبق هذا التطبيق تفسير النصوص الواردة في الهبة أو البيع. فالتفسير القضائي يتصف بطابعه العملي المتعلق

بتكييف الواقعة أولاً وبالتفسير لما يكيّف به الواقعة ولما يحكم به هذه الواقعة ثانياً. وأما التفسير الشرعي - فهذا يمكن تصوّر وقوعه عن طريق ما يختاره (الخليفة) من آراء تفسيرية قالها الفقهاء في تفسيرهم لنصوص القرآن والتي تحتمل الخلاف فيها، فيكون الرأي الذي يختاره الخليفة واجب التطبيق لأن (حكم الحاكم يرفع الخلاف)، وما اختاره الخليفة أو يختاره من آراء في تفسير النصوص يندرج ضمن هذه القاعدة، ولكن ليس للخليفة وللأمة مجتمعة أن تعطي تفسيراً لنص أجمع العلماء على خلافه، أو كانت دلالة النص عليه قطعية لأنه لا اجتihad في معرض النص.

٣١٣ - قواعد تفسير النصوص الشرعية تنطبق على القوانين الوضعية

هذا مما يوجب التنويه به وملاحظته أن قواعد تفسير النصوص التي أشرنا إليها، تنطبق أيضاً على تفسير نصوص القانون الوضعي. فما دام مكتوباً باللغة العربية فتطبق عليه القواعد الأصولية اللغوية. وكذلك يحتاج مفسر القانون الوضعي أن يعرف المقاصد العامة لوضع هذا القانون. كما عليه أن يعرف قواعد إبطال الأحكام القانونية - نسخها - وهي كقواعد عامة، مثل قواعد نسخ وإبطال الأحكام الشرعية. وكذلك عليه أن يعرف كيفية رفع ما قد يبدو من تعارض بين النصوص القانونية، فعليه أن يعرف ما قرره علماء أصول الفقه في هذه الحالة.

المبحث الثالث السنة النبوية المطهرة

٣١٤ - تعريف السنة

للسنة معنى في اللغة ومعنى في اصطلاح الفقهاء، ومعنى عند علماء أصول الفقه. فهي في اللغة تعني الطريقة المعتادة المحافظ عليها التي يتكرر الفعل بموجبها. وفي هذا المعنى ورد قوله تعالى: ﴿سُنَّةَ اللَّهِ فِي الذِّينِ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَكِنْ تَحَدَّيْ سُنَّةَ اللَّهِ بَدِيلًا﴾ (١) وسنة فلان طريقته التي يلتزم بها فيما يصدر عنه ويحافظ عليها سواء كان ذلك فيما يحمد عليه أو يذم. والسنة في اصطلاح الفقهاء، ما كان من العبادات نافلة منقولة عن النبي ﷺ، أي ما ليس واجبا (٢). والمستفاد من كتب فروع الفقه: أن السنة تطلق عند الفقهاء على ما هو مندوب من العبادات وغيرها، وقد تطلق كلمة (السنة) على ما يقابل (البدعة)، فيقال فلان على سنة إذا عمل وفق عمل النبي ﷺ وفلان على بدعة إذا عمل على خلاف ذلك. والسنة في اصطلاح علماء أصول الفقه، ما صدر عن النبي ﷺ - غير القرآن - من قول أو فعل أو تقرير (٣). فهي بهذا الاعتبار دليل من أدلة الأحكام ومصدر من مصادر التشريع.

٣١٥ - السنة مصدر للتشريع

ولا خلاف في حجية السنة واعتبارها مصدراً لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد دلّ على ذلك الكتاب والإجماع والمعقول.

(١) سورة الأحزاب، الآية ٦٢.

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني، والأحكام للآمدي ج ١ ص ٢٤١.

(٣) الأحكام للآمدي ج ٢ ص ١٩٦، حاشية الأزميري عن مرآة الأصول ج ٢ ص ١٩٦.

٣١٦ - الأدلة من الكتاب على حجية السنة وكونها مصدراً للتشريع

أ - قال تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۖ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(١) أي أن ما ينطق به على وجه التشريع مبناه ومصدره الوحي، فهو كالقرآن من حيث مصدره وما كان مصدره الوحي وجب اتباعه.

ب - أعطى الله رسوله وظيفة البيان لمعاني القرآن والشرح لأحكامه المجملة قال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٢) فيكون بيانه مكملًا للقرآن وضرورياً لمعرفة الحكم الشرعي الواجب الاتباع، فتكون سنته ﷺ مصدراً من مصادر أحكام الشريعة الإسلامية.

ج - النصوص الكثيرة جداً الواردة في القرآن التي تدل دلالة قاطعة على لزوم اتباع السنة والالتزام بها واعتبارها مصدراً للتشريع واستفادة الأحكام منها. فمن هذه النصوص قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَمَّاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾^(٦).

٣١٧ - دلالة الإجماع على حجية السنة

فقد أجمع المسلمون على وجوب اتباع السنة النبوية والأخذ بالأحكام التي

(١) سورة النجم، الآيتان ٣ و ٤.

(٢) سورة النحل، الآية ٤٤.

(٣) سورة النساء، الآية ٥٩.

(٤) سورة النساء، الآية ٨٠.

(٥) سورة الحشر، الآية ٧.

(٦) سورة النساء، الآية ٦٥.

وردت فيها، وضرورة الرجوع إليها لمعرفة الحكم الشرعي، فما كان الصحابة الكرام ولا من جاء بعدهم يفرقون بين حكم ورد في القرآن وحكم ورد في السنة فالجميع عندهم واجب الاتباع لأن المصدر واحد وهو وحي الله تعالى.

٣١٨ - دلالة المعقول على حجية السنة

لقد ثبت بالدليل القاطع أن محمداً ﷺ رسول الله ومعنى الرسول هو المبلغ عن الله رسالته ومقتضى الإيمان ذلك لزوم طاعته ﷺ والانقياد لحكمه وقبول ما يأتي به من ربه وبدون ذلك لا يكون للإيمان به معنى ولا يتصور أن يطاع الله والانقياد إليه مع المخالفة لرسوله ﷺ.

٣١٩ - هل كل ما يصدر عن النبي ﷺ تشريع؟

ولكن هل كل ما يصدر عن النبي ﷺ يعتبر تشريعاً ملزماً للأمة؟ والجواب على ذلك يلزمنا أن نبين أنواع السنة من حيث ماهيتها، أي ذاتها، ثم الكلام عن أنواعها من حيث ورودها إلينا. وبيان ما يعتبر منها تشريعاً واجب الاتباع من هذه الأنواع وما لا يعتبر.

٣٢٠ - أنواع السنة من حيث ماهيتها

السنة من حيث ماهيتها، أي ذاتها تنقسم إلى ثلاثة أقسام، سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية.

٣٢١ - أولاً - السنة القولية

وهي أقوال النبي محمد ﷺ التي قالها في مناسبات مختلفة، وأغراض شتى وهي التي يطلق عليها عادة اسم (الحديث). ومع هذا فإن بعض العلماء يجعل معنى الحديث ما نقل عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، فيكون معنى الحديث

بهذا الإطلاق مرادفاً للفظ (السنة) بمعناها العام. وبهذا الاعتبار سمى الإمام البخاري كتابه الشهير باسم (الصحيح من الحديث) مع أنه اشتمل على ما نسب إلى النبي ﷺ من أقوال وأفعال وتقاريرات. والسنة القولية كثيرة جداً منها (العمد قود) و (لا ضرر ولا ضرار) و (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فمن لم يستطع فبلسانه فمن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان).

٣٢٢ - ما يعتبر تشريعاً وما لا يعتبر تشريعاً من السنة القولية

وأقوال النبي ﷺ إنما تكون مصدراً للتشريع إذا كان المقصود بها بيان الأحكام الواردة في القرآن أو تشريعها ابتداءً أما إذا كانت في أمور دنيوية بحتة لا علاقة لها بالتشريع ولا مبنية على الوحي فلا تكون دليلاً من أدلة الأحكام ولا مصدراً تستنبط منها الأحكام الشرعية ولا يلزم اتباعها - من ذلك ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه وجعل له الإمام النووي عنواناً بقوله (باب وجوب امتثال ما قاله ﷺ دون ما ذكره ﷺ من معاش الدنيا على سبيل الرأي) وحديث الباب عن موسى بن طلحة عن أبيه قال: مررت مع رسول الله ﷺ يقوم على رؤوس النخل فقال (ما يصنع هؤلاء؟ فقالوا يلحقونه، يجعلون الذكر في الأنثى فتلقح. فقال رسول الله ﷺ (ما أظن يعني ذلك شيئاً) قال: فأخبروا بذلك فتركوه. فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال (إن كان ينفعهم ذلك فليصنعوه، فإني إنما ظننت ظناً فلا تؤاخذوني بالظن. ولكن إذا حدثتكم عن الله شيئاً فخذوا به فإني لن أكذب على الله عز وجل). وقد ورد هذا الحديث بألفاظ أخرى (منها) حديث أنس عند مسلم بلفظ (أن النبي ﷺ مرّ يقوم يلحقون فقال (لو لم تفعلوا لصلح) قال فخرج شيباً أي رديئاً فمرّ بهم فقال: (ما لِنُخْلِكُمْ؟ قالوا: قلت كذا وكذا قال: (أنتم أعلم بأمر دنياكم) وفي رواية: (إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر) قال العلماء: ورأيه في أمور المعاش وظنه ﷺ كغيره، فلا يمتنع

وقوع مثل هذا، ولا نقص في ذلك. وسببه تعلق همته بالآخرة ومعارفها. وأما ما قاله باجتهاده ورآه شرعاً: فيجب العمل به^(١).

٣٢٣ - ثانياً: السنة الفعلية

وهي ما فعله ﷺ كأداء الصلاة بأركانها وهيئاتها. ومثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ونحو ذلك. وأفعاله ﷺ منها ما يكون مصدراً للتشريع ومنها ما لا يكون وهاك البيان^(٢).

٣٢٤ - ما لا يعتبر من أفعاله ﷺ تشريعاً

أ - أفعاله الجبلية التي تصدر منه ﷺ بحسب طبيعته البشرية أي بصفته إنساناً كالأكل والشرب والمشي والقعود ونحو ذلك فهذه لا تدخل في باب التشريع، ولا تعجب متابعتها فيها أي في كيفية مباشرته لها، وإن كان بعض الصحابة يحرص على هذه المتابعة كعبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذه المتابعة أمر حسن.

ب - ما صدر عنه ﷺ بمقتضى خبرته الشخصية في الأمور الدنيوية البحتة مثل تنظيم الجيش والقيام بما يقتضيه تدبير الحرب وشؤون التجارة ومباشرة ما يظن فيه الربح ونحو ذلك. فهذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً للأمة لأن مبنائها التجربة وليس الوحي، والرسول ﷺ لم يلزم الأمة بها ولم يعتبرها من قبيل تشريع الأحكام. ولهذا لما أراد النزول بالمسلمين في مكان معين في غزوة بدر الكبرى قال له الحباب بن المنذر الخزرجي - وكان معروفاً بجودة الرأي والدراية في الحروب - يا رسول الله أرأيت هذا المنزل، أمتزلاً أنزلكه الله ليس لنا أن نتقدم أو نتأخر عنه أم

(١) السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج تأليف العلامة صديق حسن خان وهو شرح على ملخص صحيح مسلم للحافظ، المنذري ج ٩ ص ١٦٣ - ١٦٥.

(٢) شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ١٨٢، الآمدي، المرجع السابق، ج ١ ص ٢٤٧ - ٢٤٨ الشوكاني، المرجع السابق، ص ٣٥، ٣٦.

هو الرأي والحرب والمكيدة. فقال الرسول ﷺ: «بل هو الرأي والحرب والمكيدة» فقال: يا رسول الله فإن هذا ليس بمنزل، فامض بالناس حتى تأتي أدنى ماء من القوم فتنزله ثم نغور ما وراءه من الآثار ثم نبنى عليه حوضاً فنملاؤه ماءً ثم نقاتل القوم فنشرب ولا يشربون فقال ﷺ: «لقد أشرت بالرأي» ونفذ ما أشار به الحباب بن المنذر^(١).

ويلحق بهذا النوع أيضاً - في عدم اعتباره مصدراً للتشريع - إثبات وقائع الدعوى التي ينظر فيها لأن ذلك أمر تقديري له وليس تشريعاً للأمة، أما حكمه على فرض ثبوت وقائع الدعوى فهو تشريع للأمة ولهذا قال ﷺ: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فأنا أقطع له قطعة من النار»^(٢) ومعنى ألحن أي أقوم بها منه وأقدر عليها.

ج - ما ثبت كونه من خواصه ﷺ فهو له وحده ولا تشاركه الأمة فيه كاختصاصه ﷺ بالوصال في الصوم، والزيادة في النكاح على أربع وغير ذلك فهذه الأمور خاصة به ولا يصح متابعتها فيها من قبل الأمة. ففي النكاح قام الدليل على اقتصار الإباحة في الجمع حتى أربع زوجات، وفي الوصال في الصوم ورد النهي عنه في حق الأمة.

٣٢٥ - ما يعتبر تشريعاً للأمة من أفعاله ﷺ

أ - ما عرف أن فعله ﷺ بيان لنص مجمل جاء في القرآن، فبيانه تشريع للأمة ويثبت الحكم في حقها، ويكون حكم الفعل الذي صدر منه في هذه الحالة كحكم النص الذي بيّنه من حيث الوجوب أو الندب. ويكون الفعل منه ﷺ للمجمل أما

(١) السيرة النبوية في ضوء القرآن والسنة للدكتور محمد بن محمد أبو شهبه ج ٢ ص ١٣٣ - ١٣٤.

(٢) تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول لابن البدیع الشيباني ج ٤ ص ٥٦.

بصريح المقال أو بقرائن الأحوال. فمن صريح المقال في بيان المجمل قوله ﷺ: «صلُّوا كما رأيتموني أصلي» وقوله ﷺ: «خذوا عني مناسككم - أي مناسك الحج -» فأدأه الصلاة بيان لكيفية الصلاة التي أمرنا الله بها بقوله تعالى: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾ وأدأه مناسك الحج بيان للحج المفروض على المسلمين بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(١). وأما قرائن الحال الدالة على البيان فمثل قطعه ﷺ أو أمره بقطع يد السارق من الكوع. فهذا الفعل بيان للمراد من قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٢). وهذا على رأي من اعتبر أن النص القرآني نصاً مجملاً، أما من اعتبر (اليد) في هذا النص لفظاً مطلقاً فإنه اعتبر فعل النبي ﷺ مقيداً له، وهو أيضاً من ضروب البيان.

ب - ما فعله النبي ﷺ ابتداءً وعرفت صفته الشرعية من وجوب وندب وإباحة فإنه يعتبر تشريعاً للأمة فيثبت حكم ما فعله في حق المكلفين جميعاً لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾^(٣).

ج - ما فعله النبي ﷺ ولم تعرف صفته الشرعية، ولكن عرف أن في الفعل قصد القربة كقيامه ببعض العبادات دون مواظبة عليها فإن الفعل يكون مندوباً ومستحباً في حق الأمة. أما إذا لم يعرف في الفعل قصد القربة فإن الفعل يكون دالاً على الإباحة في حق الأمة، كالمزارعة والبيع والرهن ونحو ذلك.

٣٢٦ - ثالثاً - السنة التقريرية

وهي سكوته ﷺ عن إنكار قول أو فعل صدر في حضرته أو في غيبته وعلم به أو أخبر به. فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته لأن الرسول ﷺ لا يسكت على باطل أو منكراً، وإنما ينكره. ومن الأمثلة على هذا النوع من السنة ما أخرجه

(١) سورة آل عمران، الآية ٩٧.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣٨.

(٣) سورة الأحزاب، الآية ٢١.

الإمام البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل عليّ رسول الله ﷺ وعندي جاريتان تغنيان بغناء بعث، فاضطجع على الفراش وحول وجهه. ودخل أبو بكر رضي الله عنه وقال مزمارة الشيطان عند النبي ﷺ فأقبل عليه رسول الله ﷺ فقال دعهما. فلما غفل غمزتهما فخرجتا» وفي رواية لهذا الحديث جاء فيها: «دعهما يا أبا بكر إن لكل قوم عيداً، وهذا عيدنا» وجاء في شرحه: وفي عدم إنكاره دلالة على إباحة مثل ذلك الغناء في أيام العيد^(١) ومنه أيضاً ما أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «بينما المحبشة يلعبون عند النبي ﷺ في المسجد بحرابهم، دخل عليه عمر فأهوى إلى الحصا فحصبهم بها فقال النبي ﷺ: دعهم يا عمر»^(٢).

ومثل السكوت - سكوت النبي ﷺ - في الدلالة على جواز الفعل وإباحته استبشاره ﷺ بالفعل أو إظهار رضاه عنه أو استحسانه له بل إن هذا الرضا أو الاستحسان أظهر في الدلالة على إباحة الفعل من مجرد السكوت عنه. ويلاحظ هنا أن إباحة الفعل المستفادة من سكوت النبي ﷺ لا تعني أن الفعل لا يكون إلاّ مباحاً فقط فقد يكون الفعل واجباً بدليل آخر وعلى هذا فمجرد سكوت النبي ﷺ لا يفيد أكثر من إباحة الفعل^(٣) وقد يستفيد الفعل صفة الوجوب أو الندب من دليل آخر.

٣٢٧ - أنواع السنّة من حيث ورودها إلينا

السنّة من حيث طرق ورودها إلينا أي من حيث روايتها حتى وصولها إلينا

-
- (١) صحيح البخاري وشرحه للعسقلاني ج ٢ ص ٤٤٠ - ٤٤٣ وشرح العيني لصحيح البخاري ج ٦ ص ٢٦٨ - ٢٧٠، ٢٧٤.
- (٢) صحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ٦ ص ٩١ - ٩٢.
- (٣) الأسدي، المرجع السابق، ج ١ ص ٢٣٧ - ٢٤٨ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٢ ص ٦.

وهو ما يعبر عنه بسند السنة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: سنة متواترة، وسنة مشهورة، وسنة آحاد، وهذا التقسيم عند الحنفية. أما عند الجمهور فالسنة قسمان:

الأول: سنة متواترة.

الثاني: سنة الآحاد. أما السنة المشهورة التي قال بها الحنفية، فهي عندهم من أنواع سنة الآحاد، وليست هي قسماً قائماً بذاته^(١). وستتبع التقسيم الثلاثي الذي قال به الحنفية، فتكلم عن كل قسم على حدة لنعرف ما يكون تشريعاً من هذه الأقسام.

٣٢٨ - أولاً السنة المتواترة:

وهي التي رواها جمع كثير تحيل العادة تواطهم على الكذب أو وقوعه منهم من غير قصد التواطىء، عن جمع مثلهم، حتى يصل المنقول إلى النبي ﷺ، ويكون مستند علمهم المشاهدة أو السماع^(٢). فإذا تحققت شروط التواتر في نقل السنة أفاد اليقين بصحتها ونسبتها إلى النبي ﷺ، ويعبر عن ذلك بالعلم الضروري بصحة السنة، والمقصود بالعلم الضروري هو الذي يضطر إليه الإنسان بحيث لا يمكنه دفعه^(٣). لأن الثابت بالتواتر كالثابت بالمعاينة^(٤). وعلى هذا فالسنة المتواترة دليل من أدلة الأحكام ومصدراً تشريعياً لها بلا خلاف بين المسلمين^(٥). والسنة المتواترة قد تكون قولية وقد تكون فعلية. والقولية نوعان: لفظية ومعنوية،

(١) شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر لابن حجر العسقلاني ص ٦ - ٨، المستصفى ج ١ ص ٩١، الشوكاني ص ٤٩.

(٢) العسقلاني، المصدر السابق، ص ٣ - ٤، الشوكاني، المصدر السابق: إرشاد الفحول ص ٤٦، المستصفى للغزالي ج ١ ص ٩٠.

(٣) قواعد التحديث للقاسمي ص ١٢٨، المسودة في أصول الفقه ص ٢٣٣، العسقلاني، المرجع السابق، ص ٤.

(٤) أصول السرخسي ج ١ ص ٢٩١.

(٥) ابن حزم، المرجع السابق ج ١ خ ١٠٤، القاسمي، المرجع السابق ص ١٢٨.

فاللفظية ما تواتر لفظه مثل قوله عليه السلام: «من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار» والسنة المعنوية هي ما تواتر المعنى المشترك فيها دون اللفظ. أي ما تختلف ألفاظ الرواة فيها ولكنها كلها تشتمل على معنى واحد في جميع الروايات. ولا يلزم في هذا النوع من التواتر المعنوي أن يكون أصحاب كل رواية على حدة قد بلغوا حد التواتر، ولكن المعنى المشترك يشترط فيه بلوغ حد التواتر باعتبار مجموع الروايات. ولكن المعنى المشترك يشترط فيه بلوغ حد التواتر باعتبار مجموع الروايات. ومثال هذا النوع: كون الأعمال مبناهما النية وإن اعتبر هذه الأعمال بها. فهذا المعنى روي عن النبي ﷺ بصورة متواترة، فقد رويت أخبار كثيرة بالنية وإن اعتبر الأعمال يكون بها مثل قوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وقوله عليه الصلاة والسلام: «رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته» فهذا المعنى - اعتبار النية - تواتر عن النبي ﷺ، إذ جاء في أخبار كثيرة أجمعت على هذا المعنى، وإن اختلفت الألفاظ وتنوعت القضايا التي ذكرت النية بشأنها^(١).

٣٢٩ - ثانياً - السنة المشهورة:

وهي التي رواها عن النبي ﷺ واحد أو أكثر لم يبلغوا حد التواتر ثم تواترت في عصر التابعين وعصر تابعي التابعين^(٢). فالسنة المشهورة، إذن هي التي كانت في الأصل من سنن الآحاد أي نقلها عن النبي ﷺ عدد دون حد التواتر ثم اشتهرت وتواترت في القرنين الثاني والثالث الهجري أي في عصر التابعين^(٣). فالسنة المشهورة غير مقطوع بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ ولكنها مقطوع بصحة نسبتها

(١) التعريف بالقرآن والحديث لأستاذنا الشيخ الزفزاف رحمه الله ص ٢٤٠ - ٢٤١، القاسمي ص ١٢٨ - ١٢٩.

(٢) شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٧١١١ حاشية الأزيدي ج ٢ ص ١٩٦.

(٣) عصر التابعين هو العصر الذي تبع عصر صحابة رسول الله ﷺ، وعصر تابع التابعين هو الذي تلا عصر التابعين. ولا عبرة بالتواتر ولا بالشهرة بعد هذه العصور الثلاثة.

إلى الراوي لها عن الرسول. ولهذا قال الحنفية عنها أنها تفيد ظناً قوياً بصحتها كأنه اليقين وهو ما يسمى عندهم بعلم الطمأنينة بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ. . وهي منزلة السنة المتواترة عند الحنفية من جهة لزوم العمل بها وجعلها مصدراً تشريعياً للأحكام. ومن هذا النوع حديث: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» و«تحريم نكاح المرأة على عمتها أو على خالتها»^(١).

٣٣٠ - ثالثاً - سنة الآحاد

وهي ما رواها عن النبي ﷺ عدد من الرواة لم يبلغوا حد التواتر لا في عصر الصحابة ولا في عصر التابعين وتابعي التابعين، فهي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة وهذا على قول الحنفية. أما عند غير الحنفية فهي ما ليست متواترة^(٢). وهي عند الجمهور تفيد الظن الراجح بصحة نسبتها إلى الرسول ﷺ. وتفيد العلم لا الظن عند الظاهرية وبعض أهل الحديث.

٣٣١ - مدى حجية سنة الآحاد واعتبارها مصدراً للتشريع

لا خلاف بين المسلمين أن سنة الآحاد حجة على الأمة ويجب العمل بها والتقيد بأحكامها واعتبارها مصدراً للتشريع، ولكنهم اختلفوا في الشروط الواجب توافرها فيها لتكون حجة ومصدراً للتشريع ودليلاً من أدلة الأحكام. فالجمهور اكتفوا باتصال سند الرواية وبعدالة الرواة بينما اشترط المالكية والحنفية شروطاً أخرى إضافة إلى سند الرواية وعدالة الرواة لقبول خبر الآحاد والعمل بموجبه^(٣).

(١) أصول السرخسي ج ١ ص ٣٩٢.

(٢) شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ١١ - ١١٢.

(٣) أصول السرخسي ج ١ ص ٣٢١، الأحكام لابن حزم د ١ ص ١٠٨ وما بعدها. الشوكاني المرجع السابق، ص ٤٩ العزالي، المرجع السابق ج ١ ص ٩٣، الآمدي، المرجع السابق/ ج ٢ ص ٤٧ وما بعدها. الموافقات ج ٣ ص ٢١ - ٢٢ الإمام مالك للشيخ محمد=

٣٣٢ - أنواع الأحكام التي وردت في السنة

النوع الأول: أحكام موافقة لأحكام القرآن ومؤكدة لها (منها) تحريم شهادة الزور وقتل النفس ونحو ذلك .

النوع الثاني: أحكام مبينة لمعاني القرآن ومفصلة لمجمله من ذلك السنة التي بينت نصاب الزكاة ومقدار المسروق الذي تقطع فيه يد السارق .

النوع الثالث: أحكام مقيدة لمطلق القرآن كما في قطع يد السارق من الرسغ على رأي من اعتبر (اليد) الواردة في آية السرقة من نوع المطلق . وأحكام تخصص عام القرآن مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ﴾ وهذا عام في كل ميتة فيكون حكمها التحريم ولكن خص هذا الحكم بغير ميتة البحر لقوله ﷺ عن البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتة» .

النوع الرابع: حكم سكت عنه القرآن وجاءت به السنة لأن السنة مستقلة في تشريع الأحكام وأنها كالقرآن في هذا الباب، دل على ذلك قوله ﷺ: «ألا وإنني أوتيت القرآن ومثله معه» أي أوتيت القرآن وأوتيت مثله من السنة التي لم ينطق بها القرآن . ومن أمثلة ذلك: الحكم بشاهد ويمين، ووجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ، وميراث الجدة ونحو ذلك^(١) .

٣٣٣ - دلالة السنة على الأحكام

قلنا إن السنة من حيث ورودها إلينا قد تكون قطعية كما في السنة المتواترة وقد تكون ظنية كما في السنة غير المتواترة . وأما من جهة دلالتها على الأحكام فقد تكون ظنية وقد تكون قطعية، فهي كالقرآن من هذه الجهة، فتكون الدلالة ظنية إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى، وتكون الدلالة قطعية إذا لم يحتمل اللفظ إلا

= أبو زهرة ص ٣٠١ وما بعدها .

(١) الشوكاني، المرجع السابق، ص ٣٣ .

معنى واحداً، فمن الدلالة القطعية قوله عليه السلام: «في خمس من الإبل شاة» فلفظ (خمس) يدل دلالة قطعية على معناه ولا يحتمل غيره فيثبت الحكم لمدلول هذا اللفظ وهو وجوب شاة زكاة خمس من الإبل. ومن الدلالة الظنية قوله عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب» فهذا الحديث يحتمل التأويل، فيجوز أن يحمل على أن الصلاة لا تكون صحيحة معزية إلا بقراءة فاتحة الكتاب، ويحتمل أن يكون المراد من قوله (لا صلاة) أي لا صلاة كاملة إلا بقراءة فاتحة الكتاب، وبالتأويل الأول أخذ الجمهور، وبالتأويل الثاني أخذ الحنفية.

٣٣٤ - تفسير نصوص السنة النبوية

قلنا إن من السنة (السنة القولية) فهذه تخضع في تفسيرها إلى قواعد تفسير النصوص التي ذكرناها بالنسبة لتفسير نصوص القرآن. وما قلناه بصدد أنواع التفسير الفقهي والقضائي والتشريعي يقال هنا بالنسبة للسنة القولية. أما بالنسبة للسنة الفعلية، فهذه تعرف دلالتها من جهة الوجوب والندب والإباحة بالقرائن الدالة على أن المقصود من هذه السنة الفعلية هو بيان لنص مجمل في القرآن، أو عرفت صفته الشرعية من وجوب وندب وإباحة في أفعاله ﷺ ابتداء بموجب هذه القرائن.

المبحث الرابع الإجماع

٣٣٥ - تعريفه

الإجماع في اللغة العزم والتصميم على الشيء ومنه قوله ﷺ: «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل» أي لم يعزم عليه. ويقال: أجمع فلان على الأمر أي عزم عليه. ومن معناه أيضاً: الاتفاق، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾^(١) ويقال: أجمع القوم على كذا أي اتفقوا عليه مع العزم والتصميم. وفي اصطلاح علماء أصول الفقه: الإجماع هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة النبي ﷺ^(٢).

٣٣٦ - شروط الإجماع

وفي ضوء تعريف الإجماع في الاصطلاح نعرف أن الاتفاق المطلوب هو اتفاق المجتهدين وإن اتفاق غير المجتهدين لا يعتد به، وهذا هو:

الشرط الأول: والمجتهد هو القادر على استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها المعتبرة، وقد يعبر عنه بـ (الفقيه).

والشرط الثاني: اتفاق جميع المجتهدين، فلا يكفي فيه اتفاق أهل المدينة،

(١) سورة يونس، الآية ٧١.

(٢) الآمدي، المرجع السابق، ج ٤ ص ١١٥.

أو اتفاق أهل الحرمين: مكة والمدينة أو إجماع طائفة معينة، فلا يعد واحد من هذه الإجماعات الإجماع الاصطلاحي المقصود، وبالتالي فإن مخالفة الواحد تضر فلا ينعقد معها الإجماع الشرعي وهذا على رأي جمهور العلماء. وقال بعضهم لا تمنع انعقاد الإجماع مخالفة الواحد أو الإثنين والثلاثة. وقال بعض آخر إن اتفاق الأكثرين وإن لم يكن إجماعاً إلا أنه يعتبر حجة يلزم اتباعها. والراجح أن لا بد من اتفاق الجميع لتحقيق الإجماع وبدون هذا الاتفاق لا يكون إجماع ولا إلزام برأي الأكثرية^(١).

والشرط الثالث: أن يكون المجتهدون الذين يحصل باتفاقهم الإجماع مسلمين لأن الأدلة التي دلت على حجة الإجماع أفادت أن المجتهدين يجب أن يكونوا من الأمة الإسلامية كما جاء في تعريف الإجماع وهذا فضلاً عن أن موضوع الإجماع أمور شرعية تقوم على العقيدة الإسلامية أو تتصل بها أو تتفرع عنها.

والشرط الرابع: أن يكون اتفاقهم قد تم في لحظة إجماعهم على حكم المسألة فلا يشترط انقراض العصر أي لا يشترط موت جميع المجتهدين مصرين على إجماعهم. وقال بعضهم بشرط انقراض العصر لتحقيق الإجماع. والراجح إن هذا ليس بشرط لأن الشرط حصول اتفاقهم فإذا حصل الاتفاق حصل الإجماع وصار له كيانه المستقل ولم تعد له علاقة بالمجتهدين الذين كونه اتفاقهم.

والشرط الخامس: أن يكون اتفاق المجتهدين على حكم شرعي أي حكم مسألة شرعية مثل كونها واجبة شرعاً أو محرمة.. إلخ أما الإجماعات على مسألة غير شرعية كمسألة رياضية أو طبية أو لغوية فلا يكون واحد من هذه الإجماعات الإجماع المقصود والذي نتكلم عنه.

الشرط السادس: والإجماع الذي يكون مصدراً للأحكام الشرعية هو الذي يكون بعد وفاة النبي ﷺ، إذ العبرة بما يصدر عن النبي ﷺ في حياته لا بما يتفق

(١) انظر أدلة ما رجحته في كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ١٨٠.

عليه غيره. وقال بعضهم لا مانع من انعقاد الإجماع في عصر النبي ﷺ، والصواب ما قلناه^(١).

٣٣٧ - الإجماع مصدر للأحكام الشرعية

والإجماع إذا تحقق بشروطه كان حجة شرعية ومصدراً شرعياً للأحكام وكان موضوعه واجب الاتباع والأدلة على حجتيه وكونه مصدراً لأحكام كثيرة منها في الكتاب ومنها في السنة ومنها في المعقول. وقد ذكرناها في كتابنا الوجيز في أصول الفقه فارجع إليه إن شئت.

٣٣٨ - مستند الإجماع

لا بد للإجماع من مستند شرعي لأن القول في الدين بغير علم وبغير دليل شرعي قول بالهوى وهذا وسند الإجماع قد يكون من الكتاب أو من السنة فالإجماع على حرمة نكاح الجدات وبنات الأولاد مهما نزلت درجتهم، سنده قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخُوتُكُمْ وَقَوَاتِلُكُمْ أَنْفُسُهُنَّ وَآلُهَا أَنْفُسُهُنَّ وَنِصَابُهُمْ وَنِصَابُهُمْ وَنِصَابُهُمْ﴾^(٢) فقد انعقد الإجماع على أن المراد بالأمهات في الآية الكريمة الأصول من النساء فتشمل الجدات وإن نزلن وإن المراد من البنات: الفروع من النساء فتشمل البنات الصليات وبنات الأولاد وإن نزلن. ومن الإجماع المبني على السنة إجماعهم على أن ميراث الجدة هو السدس لأن الرسول ﷺ أعطى الجدة السدس في الميراث.

وقد اختلف العلماء في جواز انعقاد الإجماع عن اجتهاد أو قياس فجوزه الأكثرون ومنعه غيرهم كداود الظاهري وابن جرير الطبري. والراجح ما ذهب إليه الأكثرون فقد انعقدت اجتماعات كثيرة كان مستندها اجتهاداً أو قياساً. فقد أجمعوا

(١) انظر دليل ذلك في كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ١٨٢.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٣.

على جمع القرآن بعد وفاة النبي ﷺ وكان مستند هذا الإجماع ملاحظة المصلحة وملاحظتها نوع من الاجتهاد، وإجماعهم على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه^(١).

٣٣٩ - أهمية الإجماع في الوقت الحاضر

الإجماع مصدر مهم من مصادر الفقه الإسلامي ويمكن الاستفادة منه في معرفة الأحكام الشرعية للوقائع الجديدة وهي كثيرة في وقتنا الحاضر. إلا أن هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم إلا إذا تهيأ جمع الفقهاء وعرض المسائل عليهم ومعرفة آرائهم فيها. وهذا لا يتم - في رأينا - بصورة مجدية إلا عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع الفقهاء في العالم الإسلامي ويكون لهذا المجمع مكان معين وتهيء له جميع ما يلزمه من مال وكتب وكتبه... إلخ ويجتمع في أوقات معينة دورية وفق نظام معين وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة لدراستها والنظر في إيجاد الأحكام لها في ضوء نصوص الشريعة وقواعدها ومبادئها. ثم تنشر هذه الأحكام في نشرات دورية أو كتب خاصة لإطلاع الناس عليها؟ وإبداء أولى الرأي والعلم منهم رأيهم فيها، إذ يحتمل أن بعض الفقهاء لم يتيسر لهم الانضمام إلى المجمع الفقهي لأي سبب كان، على أن يطلب من هؤلاء إرسال آرائهم إلى المجمع الفقهي مباشرة أو إلى معتمده في كل قطر، ولا بأس من الاستعانة بدور الإذاعة لإذاعة آراء المجمع الفقهي زيادة في التبليغ ثم ينظر المجمع الفقهي فيما وصله من آراء حول ما نشر من آرائه فإذا ما اتفقت آراء أعضاء المجمع الفقهي على حكم كان حكماً مجمعاً عليه وكان هذا الإجماع قريباً من الإجماع المنصوص عليه عند علماء أصول الفقه إن لم يكن مثله تماماً ووجب العمل به.

(١) الآمدي، المرجع السابق، ٣٢٠.

المبحث الخامس العرف

٣٤٠ - تعريفه

العرف هو ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل. وهو والعادة بمعنى واحد عند الفقهاء، لأن العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عندها. فقولهم هذا ثابت بالعرف والعادة لا يعني أن العادة عندهم غير العرف وإنما هي نفسه، وإنما ذكرت للتأكيد لا للتأسيس^(١).

٣٤١ - أنواع العرف

العرف كما يتضح من تعريفه، قد يكون قولياً أو عملياً، عاماً أو خاصاً، وهو بجميع هذه الأنواع قد يكون صحيحاً أو فاسداً.

٣٤٢ - العرف العملي

هو ما اعتاده الناس من أعمال كالبيع بالتعاطي، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وإن المؤجل يحل بأقرب الأجلين: الفرقة في الحياة بطلاق ونحوه، أو بالفرقة بالموت. ومثل دخول الحمامات بدون تعيين مدة المكث فيها ولا مقدار الماء المستهلك.

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٥٢ وكتابنا المدخل لدراسة الشريعة ص ١٠١.

٣٤٣ - العرف القولي

هو ما تعارف عليه الناس في بعض ألفاظهم بأن يريدوا بها معنى معيناً غير المعنى الموضوع لها، أو تخصيص اللفظ بمعنى دون غيره مما يحتمله اللفظ من معاني، مثل تعارفهم إطلاق لفظ الولد على الذكور دون الإناث. وإطلاق اسم الدابة على ذوات الأربع من الحيوانات وإطلاق اسم اللحم على غير السمك.

٣٤٤ - العرف العام والعرف الخاص

والعرف بنوعيه القولي والفعلي قد يكون عاماً إذا شاع وفشا في جميع البلاد الإسلامية وسار عليه جميع الناس في هذه البلاد^(١). والخاص ما شاع في قطر أو بين أرباب حرفة معينة أو صنعة معينة. فمن العرف العملي العام الذي شاع في البلاد الإسلامية دخول الحمامات بدون تعيين مدة المكث فيها. ومن العرف الخاص، تقسيم المهر - في العراق - إلى معجل ومؤجل. وإعطاء علاوة على البيع إلى المشتري عند شرائه البرتقال كأن تعطى له عشر برتقالات زيادة على ما اشتراه، إذا كان ما اشتراه مائة برتقالة كما هو العرف في محافظة ديالى في العراق. ومن العرف القولي العام إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع من الحيوانات. ومن العرف القولي الخاص. الألفاظ التي اصطلح عليها أرباب الحرف والصنائع والتي يريدون بهذه الألفاظ معاني معينة عند إطلاقها.

٣٤٥ - العرف الصحيح والعرف الفاسد

والعرف الصحيح هو ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ولا حكماً شرعياً

(١) هذا ما قاله البعض، والراجع عندي أن العرف العام يصدق على شيوعه في قطر، كالعراق، ولا يشترط شيوعه في جميع البلاد الإسلامية، وإن الخاص ما شاع في إقليم من العراق - كمحافظة من محافظاته.

مجمعاً عليه، ولا يفوت مصلحة معتبرة شرعاً ولا يجلب مفسدة مطلوب دفعها شرعاً كتعارف الناس على ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب ونحوها يعتبر هدية ولا يدخل في المهر. وكتعارفهم عند عقد النكاح دعوة جمع من الناس لحضوره وتقديم الحلوى لهم. وكتعارف أهل بغداد قديماً بقيام أصحاب البيوت المراد بناؤها طعام الغداء إلى من يشتغل عندهم من عمال البناء، وكتعارف أهل العراق بأن المهر المؤجل لا يطالب به إلا بعد الفرقة بالطلاق ونحوه في الحياة أو بالموت. والعرف الفاسد ما كان مخالفاً لنص الشريعة الإسلامية أو لحكم شرعي مجمع عليه كتعارفهم على عقود الربا أو استقراضهم بالربا من المصارف، ومثل اعتيادهم على شراء أوراق اليانصيب، أو تعاطيهم الميسر عن طريق سباق الخيل أو الورق أو النرد.

٣٤٦ - حجية العرف

العرف حجة شرعية إذا كان صحيحاً ومصدراً معتبراً من مصادر الأحكام الشرعية والأدلة على حجيته وكونه مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية ما يأتي:

٣٤٧ - الدليل الأول على حجية العرف

أولاً: راعى الشرع الإسلامي أعراف العرب الصحيحة قبل الإسلام، من ذلك إقراره أنواع المتاجرات والمشاركات الصحيحة عندهم كالمضاربة والبيع والإجازات الخالية من المفاسد^(١). ووجدنا الشرع الإسلامي يستثنى (بيع السلم) من عموم نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده لجريان عرف أهل المدينة بذلك. ونهى الشرع عن بيع التمر بالتمر ورخص في (العرايا) وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بمثله من التمر خرصاً أي تخميناً لتعارفهم هذا النوع من البيع ولحاجتهم

(١) انظر شرح الكنز في فقه الحنفية للزيلعي حيث قال في ج ٥ ص ٥٢: فإن الناس في عهد النبي ﷺ كانوا يتعاملون المضاربة فتركهم عليها.

إليه. فدلّت هذه التصرفات من الشرع الإسلامي على رعايته للعرف الصحيح الذي استقرت عليه معاملات الناس. أما العرف الفاسد فقد رأينا الشرع الإسلامي لا يراعاه ولا يقيم له وزناً ويأمر بإبطاله وعدم العمل به (كالتبني) الذي كان شائعاً في الجاهلية، نهى عنه الإسلام بصريح القرآن. ومثل عادة أهل الجاهلية بعدم توريث النساء، أبطلها الإسلام وورث النساء.

٣٤٨ - الدليل الثاني - على حجية العرف

إن العرف في حقيقته يرجع إلى دليل من أدلة الشرع المعتبرة كالإجماع والمصلحة المرسلّة وسدّ الذرائع. فمن العرف الراجع إلى الإجماع دخول الحمامات، وجواز الاستئصال، فقد جرى العرف بهما دون إنكار. ومن العرف ما يرجع إلى تحقيق المصلحة ودرء الضيق والحرص وسائر أنواع المفسدة لأن العرف له سلطان على النفوس فمراعاته من باب التسهيل عليهم ورفع الحرج عنهم ما دام العرف صالحاً. ولأن جريان معاملاتهم بموجب ذلك يعني قبولهم له وتحقيق مصالحهم به. ثم إن في منعهم عن الأخذ بالعرف مشقة وحرَجاً، والحرص مرفوع لأنه مفسدة قال الإمام السرخسي في مبسوطه... لأن الثابت في العرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرَجاً بيناً^(١).

٣٤٩ - الدليل الثالث على حجية العرف

احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور، واعتبارهم إياه في اجتهادهم دليل على صحة اعتباره مصدراً للأحكام الشرعية لأن عملهم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي على صحة اعتباره فضلاً عن تصريح بعضهم بحجّيته وسكوت الآخرين عنه فيكون اعتباره ثابتاً بالإجماع.

(١) المبسوط للسرخسي في فقه الحنفية ج ١٣ ص ١٤.

٣٥٠ - شروط اعتبار العرف

يشترط لاعتبار العرف مصدراً للأحكام الشرعية ما يأتي:

الشرط الأول: أن لا يكون مخالفاً للنص بأن يكون صحيحاً كما في الأمثلة التي ضربناها للعرف الصحيح. ومثله أيضاً: تعارف الناس على أن الوديع مأذون له بتسليم الوديعة إلى من جرت العادة بجواز تسليم الوديعة إليه كزوجة المودع وأولاده. ومثله أيضاً وقف المنقول والشروط المقترنة بالعقود التي يقضي بها العرف الصحيح. فإن كان مخالفاً للنص فلا عبرة به كالتعامل بالربا وتوزيع الخمر في الولايات، وكشف العورات فهذا ونحوه غير معتبر^(١) والمقصود بالعرف المخالف للنص ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية كما في الأمثلة التي ضربناها، أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا يعد مخالفاً للنص فيعمل به في دائرته ويعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف، كما في عقد الاستصناع لتعامل الناس به دون إنكار، فيعمل به العرف، ويمنع ما عداه عملاً بقاعدة بيع المعدوم لا يجوز.

٣٥١ - ثانياً - الشرط الثاني لاعتبار العرف

أن يكون العرف مطرداً أو غالباً. ومعنى الاطراد أن تكون العادة معمولاً بها فلا تتخلف، وقد يعبر عنها بلفظ أن تكون كلية أو أن تكون عامة والمعنى أن يكون العرف مستفيضاً شائعاً بين الناس أو بين أهله معروفاً عندهم معمولاً به من قبلهم. ومعنى أن يكون (غالباً) أن العمل به لا يتخلف إلا نادراً.

هذا وإن المراد بالغلبة أو الاطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف وجرى العمل به فعلاً لا أن يوجد في الكتب الفقهية لاحتمال تغير العرف.

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ج ١٢ ص ١٩١، وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر.

٣٥٢ - ثالثاً - الشرط الثالث لاعتبار العرف

أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشاء هذا التصرف بأن يكون نشوء العرف سابقاً على وقت التصرف ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه . وعلى هذا يجب تفسير حجج الوقف والوصايا والبيوع وعقود النكاح وما يرد فيها من شروط واصطلاحات حسب عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم لا على عرف حادث بعدهم . فلو وقف شخص غلة عقاره على علماء بلده أو على طلبة العلم في بلده وكان العرف القائم وقت الوقف يعني بـ (العلماء) الذين لهم خبرة ظاهرة ومعرفة معترف بها بأمر الدين صرفت الغلة لهؤلاء دون غيرهم من العلماء . وكذلك إذا كان العرف القائم وقت العرف يعني أن المراد بـ (طلبة العلم) هو طلبة العلم الديني ، فإن غلة الوقف تصرف لهؤلاء دون غيرهم من طلبة العلوم الدنيوية .

٣٥٣ - الشرط الرابع لاعتبار العرف

أن لا يوجد اتفاق بخلافه من ذوي الشأن ، كما لو كان العرف في السوق بين التجار تقسيط ثمن البيع واتفق العاقدان صراحة على أدائه معجلاً وكاملاً ، أو كان العرف يقضي بأن مصاريف التصدير على المشتري أو أن تسجيل بيوعات العقارات في الدائرة المختصة يتحملها المشترون وجرى الاتفاق بين ذوي الشأن على خلاف ما يقضي به العرف ، عمل باتفاقهم ولم يعمل بالعرف والقاعدة في هذا الشرط هي (ما يثبت بالعرف بدون ذكر لا يثبت إذا نص على خلافه)^(١) .

٣٥٤ - العرف مرجع لتطبيق الأحكام

ويعتبر العرف أيضاً مرجعاً لتطبيق الأحكام على الحوادث والوقائع الجزئية من ذلك أن العدالة شرط لقبول الشهادة استدلالاً بقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ

(١) القواعد للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٧٨ .

مَنْكُورٌ»^(١) والعدالة عند الفقهاء ملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة. فما يخل بالمروءة يعتبر قادحاً بالعدالة، وما يخل بها يختلف باختلاف الزمان والمكان. ومن ذلك ما ذكره الإمام الشاطبي إذ يقول: «مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذي المروءات قبيح في البلاد الشرقية، وغير قبيح في البلاد الغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة وعند أهل المغرب غير قادح»^(٢) وكذلك عند تطبيق الحكم الوارد في النص القرآني ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) يرجع إلى العرف لتقدير النفقة لأن النص لم يبين مقدارها. قال الإمام الجصاص ما نصه: «إذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد لمثلها لم تعط. وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك ويجبر على نفقة مثلها»^(٤) وهكذا الحكم في كل ما أوجبه الشرع ولم يحدد مقداره يصار إلى العرف لتقديره.

٣٥٥ - بعض القواعد الفقهية المبنيّة على العرف^(٥)

أولاً: العادة محكمة

أي إن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. ومعنى (محكمة) أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم. ومن أمثلة هذه القاعدة: كل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات المبيع يدخل في البيع من

(١) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٢) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٦٧.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٧٨.

(٥) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ص ١٢، ١٢٥. القواعد لابن رجب الحنبلي

ص ٢٣٠، شرح المجلة للأستاذ علي حيدر ص ٤٠.

غير ذكر . والعادة إنما تعتبر إذا اطردت أي لم تتخلف ، أو غلبت بأن تتخلف أحياناً كما جاء في القاعدة الأخرى (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) ومن ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة .

ثانياً: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

أي ما جرى به يراعى دون اشتراطه في عقود الناس وتصرفاتهم . فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والأكل في المطاعم ، كل ذلك يستلزم دفع الأجرة لأن العرف يقضي بذلك وإن لم تذكر من قبل أطراف العقد . وكذلك اشتغال رجل لآخر دون اتفاق على أجرة ينظر إلى العرف فإن كان يقض له بالأجرة قضي له بها كالدلال ، وإن لم يقض له بها لم يستحق المشتغل أجرة .

ثالثاً: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

أي ما يقضي العرف بتعيينه يكون كالمعين بالنص الصريح ، كالتوكيل في البيع المطلق يحمل على البيع بثمن المثل . والودائع يقضي العرف أن يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وإن لم يشترط ذلك المودع .

رابعاً: لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان

الأحكام التي تتغير بتغيير الأزمان هي الأحكام المبنية على العرف والعادة لأنه بتغيير الأزمان تتغير حاجات الناس ، وبناء على هذا التغيير يتبدل أيضاً العرف ، وبتغيير العرف تتغير الأحكام المبنية عليه . أما الأحكام المبنية أو المستندة إلى أدلة شرعية ولم تبني على عرف وعادة فإنها لا تتغير كالقصاص من القاتل العمد . ومن تطبيقات هذه القاعدة إن القاعدة عند فقهاء الحنفية في ضمان المنافع هي (منافع المغصوب غير مضمونة) ولكن أفتى فقهاؤهم المتأخرون على وجوب الضمان على غاصب أموال اليتيم أو غاصب الوقف ، أو غاصب المال المعد للاستغلال لاعتقاد الناس وتساهلهم في الانتفاع بأموال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال ، على وجه الغصب . ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضاً ما ذهب إليه أبو حنيفة من الاكتفاء

بالعدالة الظاهرة، فلم يشترط تركية الشهود فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح على الناس واعتيادهم على التعامل بالصدق، ولكن في زمان أبي يوسف ومحمد لم يبق هذا الاعتیاد عند الناس فصار الأخذ بظاهر العدالة مفسدة وضياًعاً للحقوق فقلاً بلزوم تركية الشهود. وقال فقهاء الحنفية في هذا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه: إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. وما أحسن ما قاله الإمام القرافي في العرف وما ابتنى عليه أو يبتني من أحكام «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها. وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة ورددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق بين العلماء.. وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فأسقطه»^(١).

المبحث السادس الاجتهاد

٣٥٦ - تمهيد

قلنا إن القرآن هو المصدر الأول في التعرف على الحكم الشرعي، فإن لم يجده القاضي أو المفتي فيه تحوّل إلى السنّة للتحري عنه فيها لأن السنّة هي المصدر الثاني للأحكام. فإن لم يجده تحوّل إلى الإجماع فإن وجد الحكم فيه

(١) الفروق للفقهاء شهاب الدين القرافي المالكي ج ١ ص ١٧٦. وبهذا المعنى أو قريب منه في أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٩.

أخذه لأن الإجماع هو المصدر الثالث للأحكام فإن لم يجد الحكم فيه نظر في العرف فإن وجده فيه أخذه وحكم أو أفتى به لأن العرف هو المصدر الرابع للأحكام، فإن لم يجد الحكم فيه تحوّل إلى الاجتهاد لاستنباط الحكم. والاجتهاد بالرأي إما أن يأخذ شكل القياس أو الاستحسان أو المصلحة المرسلة أو سد الذرائع ونتكلم في فروع متتالية عن هذه الأنواع من الاجتهاد بالرأي.

المطلب الأول

القياس

٣٥٧ - تعريفه

القياس في اللغة يطلق على تقدير شيء بشيء، فيقال: قست الأرض بالمرآة أي قدرتها به. ويستعمل القياس في التسوية بين الشيئين، حسية كانت التسوية أو معنوية، فمن الأولى قول القائل: قست هذه الورقة بهذه الورقة بمعنى سويتها بها. ومن التسوية المعنوية قول القائل علم فلان لا يقاس بعلم فلان بمعنى لا يساويه أي لا يسوّى به. وفي اصطلاح علماء أصول الفقه، هو تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد النص بحكمها في الحكم المنصوص عليه لتساوي الواقعتين في علة الحكم^(١).

٣٥٨ - أركان القياس

ومن تعريف القياس يتبين لنا أن أركانه ما يأتي.

أولاً: الأصل، ويسمى: المقيس عليه، وهو ما ورد النص بحكمه.

(١) انظر تعاريف أخرى للقياس في شرح الورقات في الأصول لإمام الحرمين ص ١٩٧ - ١٩٨، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ١٩٨، والأحكام للآمدي ج ٣ ص ٢٦٣، والمستصفي للغزالي ج ٢ ص ٥٤.

ثانياً: حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ويراد تعديته للفرع.

ثالثاً: الفرع ويسمى المقيس، وهو ما لم يرد نص بحكمه ويراد أن يكون له حكم الأصل بطريق القياس.

رابعاً: العلة: وهي الوصف الموجود في الأصل والذي من أجله شرع الحكم فيه وبناء على وجوده في الفرع يراد تسويته بالأصل في هذا الحكم. أما الحكم الذي يثبت للفرع بالقياس فهو نتيجة عملية القياس أو ثمرته، فليس هو من أركان القياس.

٣٥٩ - القياس لا يثبت حكماً وإنما يكشفه

والقياس لا يثبت حكماً جديداً للمقيس وإنما يكشف عن أن حكمه هو نفس حكم المقيس عليه لتساويهما في علة الحكم. فعمل المجتهد في عملية القياس ينحصر في معرفة علة الحكم، ومعرفته بوجود هذه العلة في المقيس عليه كوجودها في المقيس فيظهر أن حكمهما واحد.

٣٦٠ - أمثلة على القياس

أولاً: ورد نص بتحريم الخمر وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١) والخمر عند فريق من الفقهاء اسم للشراب المسكر المتخذ من العنب^(٢). فهو أصل ورد النص

(١) سورة المائدة، الآية ٩٠.

(٢) الصحيح أن الخمر اسم لكل مسكر سواء كان من العنب أو من غيره لحديث رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام». ولكننا مثلنا بقول هذا الفريق من الفقهاء لتوضيح عملية القياس.

بحكمه وهو التحريم، ونبذ التمر أو الشعير فرع لم يرد النص بحكمه، ولكنه فيه علة الحكم وهي الإسكار، فيقاس على الخمر لاشتراكهما في العلة، ويكون له حكم الخمر وهو التحريم.

ثانياً: قتل الوارث مورثه: أصل، ورد النص بحكمه وهو حرمانه من الميراث والنص هو قول النبي ﷺ: «لا يرث القاتل» وعلة الحكم: اتخاذ القتل العمد العدوان - وهو جريمة - وسيلة الاستعجال الشيء قبل أوانه فيرد عليه قصده السيء ويعاقب بحرمانه وقتل الموصي له الموصي لم يرد النص بحكمه ولكن يوجد فيه علة الحكم الموجودة في قتل الوارث مورثه وهي استعجال الشيء قبل أوانه بطريق الإجرام، فيسوى بين هاتين الواقعتين في الحكم وهو الحرمان مما قصده كل منهما بجريمته فيحرم الموصى له القاتل من الموصى به كما يحرم القاتل الوارث من الميراث.

ثالثاً: ابتياع المسلم على ابتياع أخيه أو خطبته على خطبة أخيه لا يجوز لورود النص بالنهي عن ذلك وهو قول النبي ﷺ: «المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يخطب على خطبة أخيه أو يبتاع على بيع أخيه حتى يذر» وعلة الحكم هو ما في هذا التصرف من اعتداء على حق الغير وإيذاء له، وما يترتب على ذلك من عداوة أو بغضاء. واستئجار المسلم على استئجار أخيه المسلم واقعة لم يرد النص بحكمها فتقاس على الواقعة الأولى لاشتراك الواقعتين في علة الحكم وتسوى بها في هذا الحكم وهو النهي عنه.

رابعاً: البيع وقت النداء لصلاة الجمعة منهي عنه لورود النص بهذا الحكم وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَادَى لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ (١).

وعلة الحكم: هو ما في البيت من تعويق للسعي إلى الصلاة واحتمال

(١) سورة الجمعة، الآية ٩.

تفويتها. وهذه العلة موجودة في الاستئجار أو الرهن أو النكاح في هذا الوقت، فيكون حكم هذه التصرفات النهي عنها قياساً على البيع.

٣٦١ - شروط القياس

يشترط لصحة القياس جملة شروط (منها) ما يشترط في الأصل وهو أن لا يكون فرعاً لأصل آخر أي أن يثبت حكمه بنص أو إجماع لا بقياس. (ومنها) ما يشترط في حكم الأصل وهو أن يكون حكماً شرعياً عملياً ثبت بنص من الكتاب أو السنة، أما ما ثبت بإجماع، فمنهم من اعتبره ومنهم من لم يعتبره كما يشترط في حكم الأصل أن يكون معقول المعنى بأن يكون مبنياً على علة يستطيع العقل إدراكها وأن يكون لحكم الأصل علة يمكن تحققها بالفرع. وأن لا يكون حكم الأصل مختصاً به لأن اختصاص حكم الأصل به يمنع تعديته إلى الفرع. (ومنها) ما يشترط في الفرع وهو أن يكون غير منصوص على حكمه لأن القياس يرجع إليه إذا لم يوجد في المسألة نص، فإذا وجد النص امتنع القياس لأنه (لا اجتهد في معرض النص) كما يشترط في الفرع أن تكون فيه علة الأصل. ومن شروط القياس ما يتعلق (بالعلة) وهو أن تكون العلة وصفاً ظاهراً منضبطاً مناسباً للحكم ومتعدياً أي يمكن تعديته إلى الفرع غير مقصور على الأصل. وأن يكون هذا الوصف - وصف العلة - من الأوصاف التي لم يبلغ الشارع اعتبارها^(١).

٢٦٢ - أقسام القياس

معنى القياس - كما قلنا - اشتراك الفرع مع الأصل في العلة، إلا أن العلة قد تكون في الفرع أقوى منها في الأصل، وهذا هو القياس الأولي. وقد تكون مساوية لما في الأصل وهذا هو القياس المساوي. وقد تكون في الفرع أضعف منها في الأصل وهذا هو القياس الأدنى.

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ١٩٧ وما بعدها.

٣٦٣ - أولاً - القياس الأولي

وهو ما كانت علة الفرع أقوى من علة الأصل فيكون ثبوت حكم الأصل للفرع أولى من ثبوته للأصل بطريق أولى. مثل قوله تعالى في الوصية بالوالدين: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾^(١) فالنص ينهى عن التأفيف للوالدين، والعلة هي ما في هذه الكلمة من إيذاء لهما. والإيذاء موجود في ضرب الوالدين على نحو أشد من وجوده في كلمة (أف)، فيكون النهي عن ضربهما بالقياس على موضع النص بطريق القياس الأولى.

٣٦٤ - ثانياً - القياس المساوي

وهو ما كانت علة الحكم التي في الأصل موجودة بقدرها في الفرع، كما في تحريم أكل مال اليتامى ظلماً للثابت بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾^(١) وعلة الحكم هي الاعتداء على مال اليتامى وإتلافه، وإحراق مال اليتيم ظلماً يساوي واقعة أكل مال اليتيم ظلماً فيكون حكمه حكم أكله أي النهي عنه.

٣٦٥ - ثالثاً - القياس الأدنى

وهو ما كان تحقق العلة في الفرع أضعف مما في الأصل وإن كان الإثنان متساويين في تحقيق أصل المعنى الذي به صار الوصف علة كالإسكار فهو علة تحريم الخمر ولكن قد يكون على نحو أضعف في نبذ آخر. وإن كان في الإثنين صفة الإسكار.

(١) سورة الإسراء، الآية ٢٣.

المطلب الثاني الاستحسان

٣٦٦ - تعريفه

الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً، ويطلق أيضاً على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان مستقبلاً عند غيره. وفي الاصطلاح عرف بتعاريف كثيرة^(١):

منها: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

ومنها: الاستحسان ترك القياس للدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع.

ومنها: الاستحسان هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول.

ومنها: إثارة ترك مقتضى الدليل عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته.

ومنها: الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل شرعي خاص. ويخلص لنا من هذه التعاريف أن المقصود به هو العدول عن قياس جليّ إلى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي للدليل تطمئن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذلك العدول.

(١) الآمدي ج ٤ ص ٢٠٩، كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٣٢، روضة الناظر وجنة المناظر ج ص ٤٠٧ وما بعدها.

أ - الحكم المقرر في الفقه الحنفي أن الحقوق الارتفاقية كحق الشرب والمسيل والمرور للأراضي الزراعية لا تدخل في عقد البيع دون النص عليها، فهل يثبت هذا الحكم نفسه عند وقفها دون النص عليها في الوقف أم لا؟ قال الحنفية: القياس عدم دخولها، والاستحسان دخولها. وتوضح ذلك أن وقف الأرض الزراعية يتجاذبها قياسان:

الأول: قياسها على البيع.

والثاني: قياسها على الإجارة. والقياس الأول هو الأظهر المتبادر إلى الذهن بجامع ما في البيع والوقف من إخراج الملك من مالكه، ومقتضى هذا القياس الجلي عدم دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً للأرض بدون ذكرها في الوقف والنص عليها كما هو الحكم في البيع. والقياس الثاني أي قياسها بالإجارة مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف يفيد ملك الانتفاع بالعين دون تملك رقبته، وهذا قياس خفي لا يتبادر إلى الذهن بل يحتاج إلى شيء من التأمل، ومقتضى هذا القياس الخفي دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً بلا حاجة إلى النص عليها كما هو الحكم في الإجارة. فترجيح المجتهد القياس الخفي على القياس الجلي هو الاستحسان. ووجهه أي سنده، أن القياس الخفي أقوى تأثيراً من القياس الجلي لأن المقصود بالوقف الانتفاع من الموقوف لا تملك رقبته، وحيث أن الانتفاع لا يتأتى بدون حقوقها الارتفاقية، فيلزم دخولها في الوقف تبعاً كما هو الحكم بالإجارة.

ب - ومن الأمثلة على استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه البر، فقد جازت هذه الوصية استحساناً والقياس عدم جوازها وكذلك وقفه على نفسه جاز استحساناً والقياس عدم الجواز. وتوضيح هذا الاستحسان في هاتين المسألتين إن القاعدة العامة تقضي بعدم صحة التبرعات من قبل المحجور عليه لسفه حفظاً لماله، ولكن استثنيت وصيته في وجوه البر من

هذه القاعدة العامة لأن الوصية لا تفيد الملك إلاً بعد وفاة الموصي. والوقف كالوصية يحفظ المال على السفه، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة.

٣٦٨ - أنواع الاستحسان

الاستحسان قد يكون استثناء جزئي من أصل كلي أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي، كما قلنا، وهذه قسمة الاستحسان وأنواعه بالنظر إلى ما عدل عنه وما عدل إليه وقد ينظر إلى الاستحسان من جهة مستنده أي دليله أو ما يعبر عنه في الكتب الفقهية (بوجه الاستحسان) فيتنوع إلى الأنواع التالية:

٣٦٩ - أولاً - الاستحسان بالنص - أي ما كان مستنده النص

وهو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية يقتضي حكماً على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة. فالنص يستثني هذه الجزئية من الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى الأصل الكلي. فالقاعدة العامة والأصل الكلي يقضيان ببطالان بيع المعدوم، ولكن استثني السلم: وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد بنص خاص وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». ومثله أيضاً خيار الشرط فقد جاز استحساناً لورود النص بجوازه إلى ثلاثة أيام استثناء من الأصل الكلي في العقود القاضي بلزومها.

٣٧٠ - ثانياً - الاستحسان بالإجماع

ومثاله: عقد الاستصناع، فهو جائز استحساناً والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة. ووجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعاً.

٣٧١ - ثالثاً: الاستحسان بالعرف

كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه، كالكتب والأواني ونحوها على رأي بعض الفقهاء استثناء من الأصل العام في الوقف وهو أن يكون الوقف مؤبداً وهذا لا يتأتى إلا بوقف العقار وإنما جاز وقف المنقول الذي ذكرناه لجريان العرف به.

٣٧٢ - رابعاً - استحسان للضرورة

ومثاله العفو عن الغبن اليسير في المعاملات لعدم إمكان التحرز منه. ومنه أيضاً تطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزع قدر معين من الماء منها استحساناً للضرورة ودفعاً للحرص عن الناس.

٣٧٣ - خامساً - استحسان بالمصلحة

ومثاله: تضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة الناس إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة لا يمكن دفعها والتحرز منها، مع أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي أو بالتقصير لأنه أمين. ولكن أفتى كثير من الفقهاء بوجوب تضمينه استحساناً رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم نظراً لخراب الذمم وشيوع الخيانة لضعف الوازع الديني.

٣٧٤ - سادساً - استحسان بالقياس الخفي

وقد مثلنا له بوقف الأراضي الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية، وإن هذه الحقوق تدخل في الوقف تبعاً له.

المطلب الثالث المصلحة المرسلة

٣٧٤ - (مكرر) - تعريف المصلحة

المصلحة هي جلب المنفعة ودفع المضرّة أي المفسدة^(١) فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة وجانب سلبي هو دفع المفسدة. وقد تطلق المصلحة ويراد بها جانبها الإيجابي هي جلب المصلحة فقط، فيقرن معها دفع المفسدة كما في قول الفقهاء (دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة).

٣٧٥ - أنواع المصالح

والمصالح منها ما شهد الشارع له بالاعتبار، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء ومنها ما سكت عنه.

فالأولى: هي المصالح المعتبرة.

الثانية: هي المصالح الملغاة.

والثالثة: هي المصالح المرسلة.

٣٧٦ - المصالح المعتبرة

وهي ما اعتبرها الشارع بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها كحفظ الدين

(١) المستصفى للغزالي ج ٢ ص ١٣٩.

والنفس والعقل والعرض والمال، وهذه هي الضروريات أو المصالح الضرورية الخمس، وقد شرع الشارع الجهاد لحفظ الدين، والقصاص لحفظ النفس، وعقوبة شرب الخمر لحفظ العقل، وعقوبة الزنا لحفظ العرض والنسل، وعقوبة السرقة لحفظ المال.

٣٧٧ - المصالح الملغاة

وهي المصالح المتوهمة، غير الحقيقية، أو المرجوحة، التي أهدرها الشارع ولم يعتد بها بما شرعه من أحكام تدل على عدم اعتبارها، وهذه هي المصالح الملغاة. وسميت مصالح باعتبار ما يعتقده البعض أنها مصالح، (وملغاة) لأن الشارع ألغى اعتبارها. ومن أمثلتها، ما يظن من أن المصلحة تقضي بمساواة الأنثى للذكر في الميراث، إذا كانا أخوين شقيقين، فهذه مصلحة متوهمة ألغى الشارع اعتبارها بما شرعه من أن للذكر مثل حظ الأنثيين، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١) ومثل مصلحة المرابي في تكثير ماله بطريق الربا فقد أهدرها الشارع وألغاها ولم يقم لها أي اعتبار بما شرعه من تحريم الربا، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾. ومثل مصلحة الجبناء في القعود عن الجهاد، لحفظ نفوسهم من الهلاك بما شرعه الإسلام من أحكام الجهاد. ولا خلاف بين الفقهاء أن المصالح الملغاة لا يصح بناء الأحكام عليها.

٣٧٨ - المصالح المرسلة

وبجانب المصالح المعتمدة والمصالح الملغاة توجد مصالح لم ينص الشارع على إلغائها ولا على اعتبارها وهذه هي المصالح المرسلة. فهي مصلحة لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً. وهي مرسلة: لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه. فهي، إذن، تكون في الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص

(١) سورة النساء، من الآية ١١.

على حكمه حتى نقيسها عليه، ولكن فيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن، ومثل قتل الجماعة بالواحد، فكل من هاتين الواقعتين تحقق مصلحة وتدفع مفسدة إذا قلنا بمشروعية جمع القرآن، ومشروعية قتل الجماعة بالواحد.

٣٧٩ - حجية المصالح المرسلة

المصالح المرسلة حجة شرعية صرح بذلك كثير من الفقهاء وبنوا كثيراً من فقههم عليها كما نجد ذلك في فقه الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل... وقد نسب إلى الشافعية والحنفية القول بإنكار حجية المصلحة المرسلة واعتبارها من مصادر الأحكام في الشريعة الإسلامية ولكننا نجد في فقههم اجتهادات قامت على أساس المصلحة. ومن العلماء من أخذ بالمصلحة بشروط تجعلها من قبيل الضرورات التي لا يختلف العلماء في الأخذ بها وبناء الأحكام عليها كالإمام الغزالي إذ اشترط فيها أن تكون ضرورية وقطعية وكلية. ولكن الأدلة القوية ترجح القول بمشروعية الأخذ بالمصلحة المرسلة وبناء الأحكام عليها وإن أدلة المنكرين لها أدلة ضعيفة^(١).

٣٨٠ - شروط العمل بالمصلحة المرسلة

يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة أي اعتبارها دليلاً من أدلة الأحكام ومصدراً للأحكام الشرعية جملة شروط، هي ما ذكره المالكية وهم أكثر الفقهاء اعتماداً عليها وأخذاً بها ما يأتي^(٢).

١ - أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع فلا تخالف أصلاً من أصوله ولا تنافي

(١) انظر أدلة الطرفين في كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٣٨ - ٢٤٢.

(٢) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ٣٠٧ - ٣١٢.

دليلاً من أدلته بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها أو قربة منها ليست غريبة عنها.

٢ - أن تكون معقولة بذاتها، بحيث لو عرضت على العقول السليمة لتلقته بالقبول.

٣ - أن يكون الأخذ بها لحفظ ضروري أو لرفع حرج لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

وهذه الشروط في الواقع ضوابط للمصلحة المرسلة تبعدها عن مزالق الهوى ونزوات النفوس. ولكن ينبغي أن يضاف إليها شرطان آخران هما:

١ - أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم من أجلها مصلحة حقيقية لا وهمية.

٢ - وأن تكون المصلحة عامة لا خاصة، أي لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة بالذات.

٣٨١ - بعض الاجتهادات على أساس المصلحة المرسلة

أولاً: في المذهب المالكي.

قالوا بجواز بيعة المفضول مع وجود الفاضل، وجواز، فرض الضرائب على الأغنياء إذا خلا بيت المال - الخزانة العامة - من المال اللازم لمواجهة النفقات الضرورية للدولة كسد حاجات الجند، إلى أن يظهر مال في بيت المال يكفي لسد هذه النفقات^(٢). وأجازوا شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراحات، للمصلحة، لأنه لا يشهد لعبهم - عادة - غيرهم، وإن لم يتوافر فيهم شرط البلوغ وهو من شروط قبول الشاهد^(٣).

(١) سورة الحج، الآية ٧٨.

(٢) الإمام مالك تأليف الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٠٢.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٤.

ثانياً: عند الشافعية .

قالوا بجواز إتلاف الحيوانات التي يقاتل عليها الأعداء وإتلاف شجرهم إذا كانت حاجة القتال والظفر بالأعداء والغلبة عليهم تستدعي ذلك^(١).

ثالثاً: عند الحنفية .

قالوا بجواز حرق ما يغنمه المسلمون من العدو في القتال من متاع أو ضأن إذا عجزوا عن حمله، فيذبحون الضأن ويحرقون اللحم، وكذا يحرقون المتاع لئلا ينتفع به العدو^(٢).

رابعاً: عند الحنابلة .

أفتى الإمام أحمد بن حنبل بنفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه من شرهم^(٣) كما أفتى بتخصيص الرجل أحد أولاده بهبة دون إخوانه لمصلحة معينة كأن يكون مريضاً لا مال له أو محتاجاً أو طالب علم^(٤) وقال فقهاء الحنابلة: إن لولي الأمر أن يجبر المحتكرين على بيع ما عندهم بثمن المثل عند ضرورة الناس إليه . كما أن لولي الأمر أن يجبر أصحاب الحرف والصناعات التي يحتاجها الناس على العمل بأجر المثل إذا امتنعوا عن العمل بحرفهم وصناعاتهم^(٥) . وقالوا: من احتاج إلى إجراء الماء في أرض غيره من غير ضرر عليه - أي على صاحب الأرض - فله أن يمرره ولو جبراً على صاحب الأرض، وهذا هو المنقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأخذ به أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه وأخذ به فريق من الحنابلة . وهو الأولى والأرجح لأن التعسف في استعمال الحق منهي عنه في

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠ - ٦١ .

(٢) الرد على سير الأوزاعي للإمام أبي يوسف ص ٣ .

(٣) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٤ .

(٤) المغني ج ٦ ص ١٠٧ .

(٥) الطرق الحكمية ص ٢٢٢ - ٢٢٦ .

الشريعة الإسلامية، وهذه المسألة من تطبيقات نظرية أو قاعدة التعسف في استعمال الحق. ومن فتاوى الحنابلة: إن من اضطرَّ إلى السكن في بيت إنسان لا يجد المضطر سواه، وفي البيت متسع لصاحب البيت وللمضطر، ويجب على مالك البيت بذله للمحتاج بأجر المثل على رأي بعض الحنابلة وبالمجان على رأي البعض الآخر^(١).

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣٩ - ٢٤٠.

المطلب الرابع سد الذرائع

٣٨٢ - تعريف سد الذرائع

الذرائع هي الوسائل . والذريعة هي الوسيلة والطريق إلى الشيء سواء أكان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة، قولاً أو فعلاً. ولكن غلب إطلاق اسم (الذرائع) على الوسائل المفضية إلى المفساد، فإذا قيل هذا باب (سد الذرائع) فمعنى ذلك منع الوسائل المؤدية إلى المفساد.

٣٨٣ - ما لا يدخل في نطاق بحثنا عن سد الذرائع

الأفعال المؤدية إلى المفساد إن كانت بذاتها فاسدة محرمة فهذه بطبيعتها تؤدي إلى الشر والضرر والفساد كشرب المسكر المفسد للعقول، والقذف الملوث للأعراض والزنى المفضي إلى اختلاط المياه والأنساب، فهذه الأفعال لا تدخل في نطاق بحثنا عن (سد الذرائع) كمصدر من مصادر الأحكام أو من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفساد، ولا خلاف بين العلماء في منع هذه الأفعال باعتبارها محرمة بذاتها، فهي ممنوعة من هذه الجهة.

٣٨٤ - الأفعال المباحة بذاتها المفضية إلى المفساد

هذه الأفعال على أنواع، نذكرها فيما يلي لنعرف أيًا من هذه الأنواع يدخل في نطاق بحثنا عن (سد الذرائع).

٣٨٥ - النوع الأول

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً وقليلًا فتكون مصلحته هي الراجحة ومفسدته هي المرجوحة، كالنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها، ومثل زراعة العنب فهذه الأفعال لا تمنع بحجة ما قد يترتب عليها من مفسد، لأن مفسدتها مغمورة في مصلحتها الراجحة. وعلى هذا دل اتجاه التشريع الإسلامي، ولا خلاف فيه بين العلماء فالشرع الإسلامي قبل القضاء بالشهادة مع احتمال كذب الشهود، وقبل خبر الواحد العدل مع احتمال عدم ضبطه، ولكن لما كانت هذه الاحتمالات مرجوحة لم يلتفت الشارع إليها ولم يعتد بها.

٣٨٦ - النوع الثاني

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة كثيراً، فمفسدته في هذه الحالة أرجح من مصلحته كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكإجارة العقار لمن يستعمله استعمالاً محرماً كاتخاذ محلاً للقمار، وكسب آلهة المشركين في حضرة من يعرف أنه يسب الله عز وجل إذا سمع سب آلهة المشركين، وكبيع العنب لمن عرف عنه الاحتراف بعصره خمراً.

٣٨٧ - النوع الثالث

ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع - وهو مباح بذاته - لغير ما وضع له فتحصل المفسدة بسبب هذا الاستعمال: كمن يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا كأن يبيع خرقة بألف نسيئة ويعود ويشتريها من مشتريها بتسع مائة نقداً. والمفسدة في هذه الأحوال لا تكون إلا راجحة.

٣٨٨ - تحرير موضوع سد الذرائع

وموضوع سد الذرائع هو النوعان الثاني والثالث ففيهما وقع الخلاف بين

الفقهاء أيمنعان لإفضائهما إلى المفسدة أم لا؟ فالحنابلة والمالكية قالوا إن الأفعال من هذين النوعين تمنع. وغيرهم كالشافعية والظاهرية: قالوا لا تمنع. ووجهة هؤلاء: أن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة بحجة احتمال إفضائها إلى المفسدة. ووجهة المانعين أن سدّ الذرائع أصل من أصول التشريع في الإسلام قائم بذاته، ودليل معتبر من أدلة الأحكام ومصدراً شرعياً تؤخذ منه الأحكام، فما دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجعة، والشرعية جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ومنافذه فلا بدّ من منع هذه الأفعال المفضية إلى الفساد. فهؤلاء نظروا إلى مقاصد وغايات ومآلات الأفعال فقالوا بالمنع ولم يعتبروا إباحتها في ذاتها. وأولئك نظروا إلى إباحة الأفعال بذاتها ولم ينظروا نتائجها ومآلاتها فقالوا بعدم تحريمها، ترجيحاً منهم للإذن العام الشرعي الوارد بشأنها على الضرر المحتمل المتأتي منها.

٣٨٩ - القول الراجع

والراجع هو قول المانعين للأفعال المفضية إلى المفاسد من النوعين الثاني والثالث الذين ذكرناهما، وبالتالي يعتبر (سدّ الذرائع) أصلاً قائماً بذاته ومصدراً شرعياً تستقى منه الأحكام الشرعية، والأدلة على هذا الرجحان كثيرة وردت في الكتاب والسنة وفي اجتهادات الصحابة الكرام^(١) والذين لم يأخذوا بـ (سدّ الذرائع) أخذوا بمقتضاه في بعض اجتهاداتهم على أساس أصل آخر أو دليل آخر من أدلة الشرع، من ذلك، ما ذهب إليه بعض فقهاء المذهب الظاهري من بطلان بيع السلاح لمن يتيقن عدوانه به على الآمنين وبطلان بيع العنب لمن يتيقن أنه يعصره خمرأً لأن هذا الصنيع في الحالتين من باب التعاون على الإثم والله ينهى عن هذا التعاون لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوُزُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْمُدُونِ﴾^(٢) والحنفية أخذوا بتوريث مطلقة الفار منه باعتباره مذهباً لصحابي لم يعرف له مخالف. وعلى هذا فالمالكية

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢١ - ١٤٠ كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٤٧ - ٢٥٠.

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٣٨٤.

ومن نحا نحوهم لم ينفردوا بالأخذ بسدّ الذرائع، وإنما أخذوا بهذا الأصل أو بهذا المصدر أكثر من غيرهم وإلاً فالجميع يأخذون به من حيث الجملة ولا يخالفون في جواز الأخذ به ولكن دون اعتباره مصدراً مستقلاً لاستخراج الأحكام، ومع اختلاف في كثرة أو قلة الأحكام المبنية على هذا الأصل. وفي هذا يقول الفقيه المالكي المشهور القرافي: «وأما الذرائع، فقد أجمع العلماء على أنها ثلاثة أقسام:

أحدها: معتبر إجماعاً: كحفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم وسبّ الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسبّ الله تعالى.

وثانيها: ملغي إجماعاً كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر - أي خشية أن يعصر خمراً -.

وثالثهما: مختلف فيه كبيع الآجال: اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا. فحاصل القضية أننا قلنا بسدّ الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا^(١). ولكن مع هذا يبقى المالكية والحنابلة منفردين في اعتبار (سدّ الذرائع) أصلاً مستقلاً من أصول الأحكام ومصدراً تشريعياً قائماً بذاته، وبالتالي يكونون أكثر من غيرهم أخذ به وبناء الأحكام عليه.

٣٩٠ - علاقة سدّ الذرائع بالمصلحة المرسلة

أصل (سدّ الذرائع) يؤكد أصل (المصالح المرسلة) ويوثقه ويشدّ أزره لأنه يمنع الأسباب والوسائل المفضية إلى المفاسد وهذا وجه أكيد من وجوه المصلحة، فهو إذن متمم لأصل المصلحة المرسلة ومكمل له بل وقد تعتبر بعض صور سدّ الذرائع من صور المصالح المرسلة. ولهذا نرى من أخذ بمبدأ المصلحة المرسلة أخذ بمبدأ سدّ الذرائع^(٢).

(١) تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٠٠ نقلاً من هامش ص ٤١٦ من كتاب مالك لأستاذنا محمد أبو زهرة.

(٢) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٥٠.

المبحث السابع

نفاذ الأحكام الشرعية وتغييرها

٣٩١ - الأحكام الشرعية واجبة النفاذ في دار الإسلام

الأحكام الشرعية المستفادة من مصادرها المعتمدة، واجبة التنفيذ في دار الإسلام، وعلى القاضي المسلم أن يتحرى عنها ليعرفها ويطبّقها دون حاجة لأن يطالبه أصحاب الشأن بهذا التحري. كما أن على الأفراد في الإسلام أن يلتزموا بهذه الأحكام ويجعلوا سلوكهم في علاقاتهم فيما بينهم وفقاً لهذه الأحكام وإلاّ حقت عليهم المسؤولية وترتب على مخالفتهم لها ما تقرره الشريعة الإسلامية. وهذا الذي نقوله يسري على جميع الأفراد من مسلمين وغير مسلمين (ذميين ومستأمنين) والتزام المسلمين بأحكام الإسلام مردّه (إسلامهم) والتزام غير المسلمين بهذه الأحكام مردّه (عقد الذمة) الذي صيّرهم من مواطني دار الإسلام وأوجب عليهم الالتزام بأحكام الشرع، فهم من هذا الالتزام كالمواطنين المسلمين، وإن كان لهم (أي الذميين) بعض الأحكام الخاصة بهم التي قررتها الشريعة لهم بناء على عقيدتهم، ولكن هذه الأم الخاصة بهم مردّها الشريعة الإسلامية بمعنى أن اختصاصهم ببعض الأحكام مردّها الأحكام الموضوعية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وليس مردّه (الإحالة) إلى أحكام ديانتهم. وأما التزام (المستأمن) وهو غير المسلم الذي يدخل دار الإسلام بأمان فمرد هذا الالتزام عقد الأمان المؤقت معه الذي خوّله الدخول إلى دار الإسلام الذي يقضي التزامه بأحكام الشريعة الإسلامية مدة بقائه فيها، وما يختص به من أحكام رعاية لعقيدته، فإن مرد هذا الاختصاص هو الشريعة الإسلامية التي قررتها بموجب (أحكام موضوعية) تعتبر جزء

من أحكامها، وليس مرد هذا الاختصاص قواعد (الإسناد) أو قواعد (الإحالة) التي تأخذ بها القواعد القانونية في القانون الدولي الخاص الوضعي كما بينا من قبل.

٣٩٢ - لا يصح الدفع بالجهل بأحكام الشريعة الإسلامية

والقاعدة في دار الإسلام: لا يصح لمن فيها دفع مسؤوليته عن مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية بحجة جهله بأحكامها، لأن العلم بها مفترض فيمن فيها فلا يقبل من أحد اعتذاره بجهله هذه الأحكام الشرعية عن مخالفتها التي وقع فيها. لأن دار الإسلام دار تشييع فيها معرفة الأحكام الشرعية ويسهل لمن لا يعرفها أن يعرفها بالسؤال عنها.

٣٩٣ - ما تشمله قاعدة لا يصح الدفع بالجهل بالأحكام

والقاعدة التي ذكرناها وهي لا يصح الدفع بالجهل بالأحكام الشرعية لدفع المسؤولية عن مخالفتها، هذه القاعدة تسري بالنسبة للأحكام الشرعية الثابتة في كتاب الله أو في سنة رسوله ﷺ أو ما اتفق عليه الإجماع، أو العرف الصحيح عند عدم الاتفاق على مخالفته. كما يشمل الأحكام الاجتهادية التي يختارها ولي الأمر ويأمر بتطبيقها في دار الإسلام لما له من سلطة في اختبار الأحكام الاجتهادية والأمر بتطبيقها. وفي هذه الحالة يجب أن يقوم نشرها بالطرق المعتادة لنشر القوانين، ولا بأس من تحديد مدة زمنية لاحقة على النشر يصبح ما اختاره من أحكام واجب التنفيذ. كذلك تسري القاعدة المذكورة على ما يجتهد فيه القاضي ويحكم به في الدعاوي المنظورة أمامه فلا يقبل من أحد أطراف الدعوى الاحتجاج لدفع المسؤولية عنه بأن له اجتهاداً آخر يخالف اجتهاد القاضي وبالتالي لا يكون مسؤولاً عما قضى به حكم القاضي، ولا يقال ذلك ولا يجوز الاحتجاج به لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.

٣٩٤ - الدفع بالجهل بالوقائع مقبول

وإذا كان الدفع بالجهل بالقانون الإسلامي في دار الإسلام غير مقبول، فإن الدفع بالجهل بالوقائع مقبول كمن نكح امرأة جاهلاً أنها محرمة عليه بسبب الرضاعة، أو كمن شرب عصير العنب جاهلاً تخمّره فسكر، فلا جريمة في الحالتين، كما أن النسب يثبت منه في الحالة الأولى إذا كان قد دخل بالمرأة جاهلاً بتحريمها كما قلت. ومن أمثلة الجهل بالوقائع أيضاً جهله أن هذا الشيء ليس له فأخذه على أنه ملكه كمسافر نزل من السيارة فأخذ (حقيبة) تشبه حقيبته ظاناً أنها له، فإذا قبض عليه متلبساً بهذا الفعل فلا يعتبر سارقاً مال الغير إذا ثبت جهله بها. ومنه أيضاً جهل الوكيل بعزل موكله له، ولهذا ينفذ تصرفه في حق موكله قبل علمه به.

٣٩٥ - تغيير الأحكام الشرعية أو إبطالها

تغيير الأحكام الشرعية أي إبطالها كلية أو نسخها بغيرها، فيه تفصيل نوجزه بالآتي:

أولاً: لا نسخ في الأحكام القطعية في الكتاب والسنة.

إن القاعدة الثابتة التي هي من أصول العقيدة الإسلامية هي: (أن سلطة التشريع) هي لله وحده على سبيل الحصر فلا يشاركه فيها أحد قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾^(١) ﴿أَلَا لَهُ الْحُكْمُ﴾^(٢) وعلى هذا الأساس كان الحكم بغير ما أنزل الله كفراً قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(٣) والذي يبيح لنفسه أو لغيره سلطة تشريع الأحكام فإنه ينخرط في سلك الشرك والمشركين قال

(١) سورة الأنعام، الآية ٥٧ وسورة يوسف، الآية ٤٠ والآية ٦٧.

(٢) سورة الأنعام، الآية ٦٢.

(٣) سورة المائدة، الآية ٤٤.

تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ سَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾^(١) وعلى هذا فكل حكم ثابت في القرآن الكريم كأنصبه الورثة، وعقوبات الحدود وحرمة الربا ونحو ذلك لا يجوز مطلقاً تغييره أو إبطاله أو نسخه أو تعديله لا من قبل رئيس الدولة ولا من حكومته ولا من مجلس الأمة ولا من الأمة مجتمعة. وكذلك القول بالنسبة للأحكام الثانية بالسنة كالميراث بالعصوبة ولأن التشريع الناسخ أو المعدل يجب أن يكون بقوة التشريع المنسوخ أو أقوى منه وحيث أن الشريعة الإسلامية هي من عند الله أوحى الله بها إلى رسوله محمد ﷺ باللفظ والمعنى وحيث أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع لأن محمداً ﷺ خاتم النبيين، قال الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾^(٢) فلا يتصور مجيء رسول آخر من الله تعالى بشريعة جديدة، وهذا يعني بقاء الشريعة الإسلامية وعدم نسخها مطلقاً.

٣٩٦ - اعتراض ودفعه

وقد يقال على وجه السؤال أو الاعتراض بأن للمجتهدين الحق في الاجتهاد واستخراج الأحكام التي لم يرد لها نص في القرآن ولا في السنة النبوية، فكيف يقال أن (سلطة التشريع) هي من حق الله وحده؟ والجواب على ذلك أن (التكييف الشرعي) للاجتهاد هو أنه (كاشف) لأحكام الله وليس بمنشئ لها كما ذكرنا ذلك عند كلامنا عن القياس الذي هو من ضروب الاجتهاد. فالله تعالى هو الذي أذن للمجتهدين بهذا (الكشف) أي بهذا الاجتهاد للمجتهدين، كما أنه هو الذي أخبرنا بصريح القرآن بأن التشريع من حقه وحده، فلا يتصور ولا يجوز حمل هذا (الاذن) للمجتهدين بالاجتهاد هو أذن لهم بالشركة والاشتراك فيما هو من خصائص الله وحقوقه الخالصة.

(١) سورة الشورى، الآية ٢١.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

٣٩٧ - اعتراض آخر ودفعه

وقد يقال هنا أيضاً على وجه السؤال أو الاعتراض بأن من أنواع الاجتهاد، اجتهاد المجتهدين في تفسير نصوص الأحكام في الكتاب وفي السنة، وقد يختلفون في هذا التفسير كما في تفسير النصوص التي تحتل ألفاظها أكثر من معنى، ويقبل منهم هذا التفسير والاختلاف فيه وهذا يعني أن لهم سلطاناً في التشريع عن طريق هذا التفسير الذي يتضمن تعيين الحكم المطلوب من النص الذي تتحمل أكثر ألفاظه أكثر من معنى. والجواب: أن الشرع إذن لهم بمثل هذا الاجتهاد، ولكن تفسيرهم هنا يعتبر (كشافاً) للمعنى المقصود من النص الذي تحتل ألفاظه أكثر من معنى، لأن التفسير للنص يلحقه بالنص ويجعله جزءاً منه فكأنه (مشرع) هذا النص هو الذي أراد أخذ المعنى أو الحكم الذي (كشف) عنه المجتهد باجتهاده، فلا يكون تفسير المجتهد في هذه الحالة إنشاءً لحكم شرعي وإنما هو كشف له. وقد يقال ولكن المجتهدين قد يختلفون في هذا (الكشف) وحكم الله واحد، فكيف ساغ ذلك أو كيف يسوغ ذلك إلا على القول بأن لهم (سلطة التشريع) والجواب، إذا كان النص يحمل أكثر من حكم بناء على أن ألفاظه تتحمل أكثر من معنى وإن الله تعالى أذن للمجتهدين أن يجتهدوا في معرفة المعنى المطلوب وبالتالي الحكم المطلوب من النص، فمعنى ذلك أن الله تعالى (شرع) هذا النص وجعل حكمه هو الحكم الذي يتوصل إليه المجتهد باجتهاده، فليس، إذن، هناك (تشريع) من المجتهدين. ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ من المجتهدين. ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ وكلمة قروء تحتل المراد منها (الأطهار) كما يحتمل أن المراد بها (الحيضات) فالحكم بالتربص هو ثلاثة قروء على المعنى الذي يرجحه المجتهد، أي على معنى الطهر أو الحيض، وهذا حكم الله، ولا معقب لحكمه.

٣٩٨ - ثانياً - الأحكام المجمع عليها

الإجماع إذا انعقد بشروطه كان حجة قطعية، وهو لا ينعقد إلا بناء على

مستند شرعي كما قلنا، وقد يكون مستنده اجتهاداً أو قياساً، والاجتهاد قد يكون ملاحظة المصلحة أو درء المفسدة، وقد قال الأكثرون بجواز انعقاد الإجماع بناء على اجتهاد أو قياس. وهذا ما رجحناه لوقوع إجماعات مبناها المصلحة^(١) فإذا كان مستند الإجماع ملاحظة المصلحة ثم تغيرت هذه المصلحة، فيبدو جواز انعقاد إجماع جديد مستنده المصلحة الجديدة.

٣٩٩ - ثالثاً - الأحكام المبنية على العرف

الأحكام الشرعية المبنية على العرف والعادة، يجوز تغييرها إذا تغير العرف، ولهذا جاءت القاعدة الفقهية (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) ولأن أساس اعتبار العرف لبناء الأحكام عليه هو الشرع الإسلامي نفسه، فمن البديهي إذا تغير هذا العرف ونشأ عرف جديد صحيح بشروطه التي بيّناه، فلا شك أن الحكم القديم الذي ابني على العرف القديم يبطل ويعتبر العرف الجديد وما قد بني عليه.

٤٠٠ - رابعاً - الأحكام المبنية على الاجتهاد

وإذا كان مصدر الحكم الشرعي الاجتهاد الصحيح المسموح به، سواء كان هذا الاجتهاد مبنياً على مراعاة المصلحة أو سدّ الذرائع، وزالت المصلحة، أو الوصف عن الذرائع بكونها مفضية إلى المفسدة، فلا مانع من تغيير الأحكام التي بنيت عليها. وكذلك القول في الأحكام المبنية على (الاستحسان) إن كان وجه الاستحسان ملاحظة المصلحة. أما الأحكام التي أثمرها القياس وكشف عنها، فهذه يمكن القول بتغييرها إذا ظهر قياس أقوى من القياس الأول. أو ضرورة تقضي بمخالفته بالرغم من حجية هذا القياس. أو كانت هناك قضايا تتجاذبها عدة أقيسة واختار أحدها ولي الأمر ثم ترك هذا الاختيار ولي أمر آخر غير الأول أو لاحق به.

(١) الفقرة ٣٣٨.

٤٠١ - سريان الشريعة الإسلامية من حيث الزمان مبدأ عدم رجعية الشريعة الإسلامية

المبدأ: في الشريعة الإسلامية أن أحكامها لا تسري على الوقائع السابقة عليها وإنما تنطبق على الوقائع اللاحقة بعد نفاذها وهذا ما يقرره مبدأ عدم رجعية القانون أو عدم سريان القانون على الماضي فهو يطبق على الوقائع التي تحدث بعد نفاذه ولا يطبق على ما سبقه من وقائع وأحداث، والأصل في هذا المبدأ في الشريعة، والتي أخذت به القوانين الوضعية، قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١).

٤٠٢ - ضوابط مبدأ عدم رجعية الشريعة الإسلامية

ولأجل تحديد نطاق مبدأ عدم رجعية الشريعة الإسلامية لا بد من بيان الوقائع التي لها علاقة بموضوع الأحكام الشرعية مع بيان زمن وقوعها ومدى خضوعها للأحكام الشرعية الجديدة.

٤٠٣ - الفرض الأول

وقائع جديدة حدثت بعد نفاذ الأحكام الشرعية الجديدة مثل قضايا الإرث التي حدثت بعد نفاذ الأحكام الشرعية الجديدة، فهذه القضايا الإرثية تحكمها هذه الأحكام الشرعية الجديدة. وكذلك ما يصدره وليّ الأمر من اختيارات لبعض الأحكام الاجتهادية تسري على موضوعها إذا حدث بعد نفاذ هذه الاختيارات.

٤٠٤ - الفرض الثاني

وقائع سابقة على نفاذ الأحكام الشرعية الجديدة وقد أنتجت تلك الوقائع

(١) سورة الإسراء، الآية ١٥.

آثارها كاملة قبل نفاذ الأحكام الشرعية الجديدة. فهذه الوقائع لا شأن للأحكام الجديدة بها. ومثالها أنهم كانوا يتوارثون بسبب التبني ثم نسخ التبني، فما مضى من إرث بسببه قبل تحريمه يعتبر أنه قد مضى ولا تسري الأحكام الجديدة بشأن تحريم التبني وتحريم ما ابتنى عليه من حق التوارث على ما مضى من وقائع التبني وما ابتني عليها. وكذلك الإرث الذي كان في أول الأمر بسبب الهجرة، فالمهاجرون من مكة إلى المدينة كانوا يتوارثون فيما بينهم بهذا السبب، وكذلك كانوا يتوارثون بسبب الأخوة التي آخى بها رسول الله ﷺ بين المهاجرين والأنصار ثم نسخ الإسلام التوارث بالهجرة والمؤاخاة وجعل التوارث بسبب القرابة قال تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ﴾^(١) فالتوارث بالقرابة لا يسري على ما تم من توارث بأسباب أخرى وكذلك الحكم بالنسبة لما يأمر به ولي الأمر من أحكام اجتهادية فإنها لا تسري على الوقائع السابقة على هذه الأحكام المختارة. وكذلك لو نشأ عرف جديد يقضي بحكم جديد يخالف ما كان يقضي به العرف القديم الذي نشأت في ظله وقائع معينة وأنتجت آثارها بموجب ذلك العرف، فإن العرف الجديد لا يسري على الوقائع القديمة. وكذلك ما كان يعتبر جائزاً ولا عقاب على فعله ثم حرم الفعل وشرع عقاب عليه، فإن التشريع الجديد لا يسري على الماضي مثل تحريم الخمر بعد أن كان مسكوتاً عنه وترتيب عقوبة بعد تحريمه.

٤٠٥ - الفرض الثالث

وقائع نشأت في ظل قواعد مرعية وما زالت تنتج آثارها في ظل الأحكام الشرعية الجديدة، أو أن آثارها لم تنتج بعد حين صدرت الأحكام الشرعية الجديدة. فإن الأحكام الشرعية الجديدة تسري على آثار هذه الوقائع وإن كان وقوعها قبل تشريع الأحكام الجديدة. ومثالها تحريم الربا، فإنه يسري على العقود

(١) سورة الأحزاب، الآية ٦.

الربوية فيبطلها ويبطل آثارها من الربا ولو نشأ عن عقود ربوية قبل تحريم الربا. ومثاله أيضاً تحريم الجمع بين أكثر من أربع زوجات في وقت واحد، فمن عقد على عشر نسوة قبل أن يسلم ويخضع للأحكام الإسلامية فإن التحريم يسري عليه، ويؤمر بإبقاء ما لا يزيد على أربع ومفارقة الباقيات، فقد جاء في الحديث الشريف أن غيلان بن سلمة القفي أسلم وله عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار أربعاً منهم ويفارق الباقيات^(١). ومثاله أيضاً، إلغاء الشرع الإسلامي (التبني) ولو نشأ قبل تحريمه، فإن الشرع الجديد يسري عليه فلا يقره ولا يقر آثاره ومثاله أيضاً لو أن ولي الأمر اختار الرأي الاجتهادي الذي يقول بأن سن البلوغ للذكر ثمان عشرة سنة بعد أن كان يعتبر البلوغ بإكمال خمس عشرة سنة، فإن الرأي المختار الجديد يسري على من لم يبلغ سن الثامنة عشرة حتى لو بلغ سن الخامسة عشرة قبل صدور الرأي الجديد، ولكن التصرفات التي تمت قبل التشريع الجديد وبعد بلوغه السن القديم وهو (١٥) سنة تعتبر تصرفات سليمة.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٦٠، سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٧٥.

الباب الثالث
الحق
في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
الفصل الأول
تعريف الحق وبيان صلته بالشريعة والقانون
المبحث الأول
تعريف الحق

٤٠٦ - تعريف الحق في القانون^(١)

اختلف فقهاء القانون الوضعي في تعريف الحق، ومرد اختلافهم هو نظرهم إلى موضوع الحق أو إلى صاحبه، أو إلى الجمع بين هاتين النظرتين، ونذكر فيما يلي التعاريف التي قيلت للحق في ضوء النظرات التي أشرنا إليها.

٤٠٧ - التعريف الأول

نظر أصحاب هذا التعريف إلى صاحب الحق فوجدوا في إرادة هذا الشخص هو العنصر الجوهري في الحق ولهذا عرفوا الحق بأنه (قدرة إرادية) أو (سلطة إرادية) لهذا الشخص يستعملها في ظل حماية القانون. فالحق عند هؤلاء هو (سلطة) أو (قدرة) يعترف بها القانون لفرد معين لأن يستعمل إرادته لإجراء عمل

(١) الدكتور عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ٢٦١ وما بعدها.

معين. فحق الملكية مثلاً هو سلطة إرادية للمالك. بمقتضاها يستطيع أن يستعمل هذا المالك الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه في حماية القانون. ويسمى أصحاب هذا التعريف بأصحاب الاتجاه الشخصي.

٤٠٨ - التعريف الثاني

وأصحاب هذا التعريف نظروا إلى محل الحق أو موضوعه، ولم ينظروا إلى صاحبه، ولذلك عرفوه (بأنه مصلحة يحميها القانون) ويطلق على أصحاب هذا التعريف بأصحاب الاتجاه الموضوعي.

٤٠٩ - التعريف الثالث

وأصحاب هذا التعريف أسسوا تعريفهم على الجمع بين (الإرادة) إرادة صاحب الحق، وبين (المصلحة) موضوع الحق، لذلك يسمى أصحاب هذا التعريف بأصحاب المذهب المختلط. وعلى أساس نظرتهم هذه عرفوا الحق بأنه (سلطة إرادية يعترف بها القانون ويحميها، محلها مال أو مصلحة) أو (بأنه سلطة يقصد بها خدمة مصلحة ذات طابع اجتماعي، فأصحاب هذا التعريف وهم من أصحاب المذهب المختلط يقدمون عنصر (الإرادة) ويغلبونه على عنصر (المصلحة). وهناك فريق آخر من أصحاب المذهب المختلط يغلبون عنصر المصلحة على عنصر الإرادة فيعرفون الحق بقولهم: «إن الحق هو المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة إرادية لصاحبها».

٤١٠ - التعريف الرابع

ويقوم هذا التعريف على أساس تحليله الحق إلى عنصرين هما: عنصر الاستثثار وعنصر التسلط، فالاستثثار والتسلط، هما عنصرا الحق في نظر أصحاب هذا التعريف، وهم يعرفونه بأنه (استثثار وتسلط). فلا بد من معرفة المقصود

بـ (الاستثثار) والمقصود بـ (التسلط) حتى يتبين لنا مضمون التعريف الذي قالوه (للحق) وأجزؤه بكلمتين أو بكلمة مركبة هي (استثثار وتسلط) فهذان العنصران في نظر أصحاب هذا التعريف وجهان لحقيقة واحدة ولذلك عرفوه بهاتين الكلمتين.

٤١١ - المقصود بعنصر (الاستثثار)

المقصود بالاستثثار في الحق، وهو أحد عنصريه، اختصاص شخص على سبيل الانفراد بشيء أو بقيمة ما. فصاحب الحق، إذن هو من يستأثر بشيء معين أو بقيمة معينة. فالاستثثار في هذا التعريف هو (المصلحة) التي قال بها أصحاب التعريف الثاني، فالمصلحة لا تصبح حقاً إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصيص والانفراد. و (الاستثثار) أيضاً يستعاض بها عن فكرة (القدرة الإرادية) التي قال بها أصحاب التعريف الأول. فالمجنون أو الطفل مثلاً يظل صاحب حق بما له من الاستثثار واختصاص ببعض الأشياء أو القيم وإن انعدمت الإرادة لديه.

٤١٢ - عنصر التسلط

وهذا العنصر في الواقع نتيجة ملازمة (الاستثثار) فما دام الشيء مملوكاً لصاحب الحق، لزم من ذلك الاعتراف له بنوع من التسلط عليه، وهذه هي الناحية الشخصية للحق. أما المقصود بهذا (التسلط) عند أصحاب هذا التعريف فهو سلطة التصرف بحرية في الشيء (محل الحق). وهذا التصرف بحرية في الشيء يخول صاحب الحق التصرف فيه مادياً باستعماله أو بعدم استعماله وباتلافه إذا شاء، والتصرف فيه تصرفاً قانونياً بنقله مثلاً إلى الغير أو بترتيب حق عليه للغير. ثم إن هذا التسلط يختلف في مضمونه ومداه حسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق. فالأشياء المادية، تحتل التسلط الكامل والتصرف بكل صوره، لأن هذه الأشياء تخضع خضوعاً كاملاً للإنسان. أما الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان كحقه في سلامة جسمه وحقه في الحياة وفي الحرية مثلاً، فالتسلط فيها محدود بحكم

طبيعتها فهي جزء من كيانه قبل أن تكون حقوقاً مملوكة له. ولهذا كان التسلط أو التصرف فيها مقصوراً على التمتع بها وصيانتها واستعمالها دون النزول عنها أو نقلها إلى الغير أو إعدامها. أما الحقوق التي يكون موضوعها أداءً معيناً يقدمه شخص لآخر (وهذا هو الحق الشخصي أو حق الدائنية) فالتسلط في هذا النوع من الحق لا يقع على شخص المدين به وإنما يقع على هذا الأداء المطلوب من المدين باعتباره يمثل قيمة مالية معينة. وهذا التسلط يخوّل صاحب الحق المطالبة به أو عدم المطالبة به، ويخوله أيضاً التنازل عنه للمدين بإبرائه منه، أو النزول عنه للغير بحوالته له، ولكن هذا الحق لا يخوّل صاحبه بالتسلط على شخص المدين.

٤١٣ - تعريف الحق في الشريعة الإسلامية

أ - تعريف الحق في اللغة^(١)

لفظ (الحق) له معاني كثيرة في اللغة. منها: أنه نقيض الباطل ومنها الثبوت والوجوب قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾^(٢) أي ثبتت ووجبت. ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا أي يجب عليك أن تفعل كذا. ويقال: أحق الله الحق أي أظهره وأثبتته للناس. وبهذا المعنى ورد قوله تعالى: ﴿وَيُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُحِقَّ الْحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ وَيَقْطَعَ دَابِرَ الْكَافِرِينَ﴾^(٣) واستحق الشيء يستحقه أي استوجبه قال تعالى: ﴿فَإِنْ عُرِيَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّ إِثْمًا﴾^(٤) أي استوجبا إثمًا. ولفظ الحق كثير الورد في القرآن الكريم، وتعيين المراد به يختلف باختلاف المقام الذي وردت فيه الآيات ولكن معناه العام لا يخلو من معنى الثبوت أو المطابقة للواقع.

(١) لسان العرب ج ١١ ص ٢٣٢ - ٢٣٣، معجم ألفاظ القرآن الكريم، وضع مجمع اللغة

العربية ج ١ ص ٢٨٨ - ٢٨٩، المعجم الوسيط ج ١ ص ١٨٧.

(٢) سورة الزمر، الآية ٧١.

(٣) سورة الأنفال، الآية ٧.

(٤) سورة المائدة، الآية ١٠٧.

٤١٤ - ب - الحق في إصطلاح الفقهاء

لم يعن الفقهاء في تعريف الحق في الاصطلاح، فكأنهم اكتفوا بمعانيه اللغوية، فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً، أي ثابت بحكم الشرع وإقراره وكان له بسبب ذلك حمايته. وعلى هذا الأساس عرفه بعض الفقهاء المحدثين: بأنه ما ثبت بإقرار الشرع وأضفى عليه حمايته.

٤١٥ - ج - الحق في اصطلاح علماء أصول الفقه^(١)

الحكم عند علماء أصول الفقه هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع، وأفعال المكلفين التي تعلق بها خطاب الله تعالى: أما أن يكون المقصود بها تحصيل مصلحة عامة أو مصلحة خاصة، فإن كانت الأولى فهي حق الله، وإن كانت الثانية فهي حق العبد. وقد يجتمع في الفعل الواحد الحقان ويكون حق الله هو الغالب، وقد يجتمع فيه الحقان ويكون حق العبد هو الغالب. وعلى هذا الأساس قسموا (الحق) إلى هذه الأربعة الأقسام وعرفوا حق الله بأنه ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ولهذا نسب إلى رب الناس جميعاً لعظم خطره وشمول نفعه مثل الجهاد وعرفوا حق العبد بأنه ما تعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير وضمان المتلفات وعرفوا (ما اجتمع فيه الحقان وحق الله هو الغالب) بأنه ما كان المراد منه تحصيل المصلحتين ولكن إرادة تحصيل المصلحة العامة هي الأظهر والأغلب، ومثلوا لهذا (بحد القذف) أي بعقوبة من يتهم غيره بالزنا، فإن هذه العقوبة تزجر الناس من اقتراف جريمة القذف وفي ذلك منفعة إلى عموم العباد أي مصلحة عامة ظاهرة، وفيها أيضاً مصلحة خاصة للمقذوف أديها يدفع العار عنه وتظهر براءته مما قذف به، ولكن المصلحة العامة هي الغالبة. وعرفوا «ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد هو الغالب» بأنه ما فيه

(١) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ج ٢ ص ٥١٥ - ١٥٤.

المصلحتان: العامة والخاصة، والخاصة هي الغالبة، ومثلوا لها بـ (القصاص) في جريمة القتل العمد، فيه مصلحة عامة لما فيه من ردع وزجر من قتل الأبرياء. وفيه مصلحة خاصة لأولياء القتيل لما فيه من شفاء غيظ صدورهم بالاقتصاص ممن قتل عزيزهم، ومصلحتهم هي الغالبة.

٤١٦ - التعريف المختار للحق في الشريعة الإسلامية

وفي ضوء ما قدمناه نختار لتعريف الحق في الشريعة الإسلامية الآتي: «الحق ما كان لصاحبه الاختصاص بشيء على وجه الانفراد بحكم الشرع وحمايته وتحقق به مصلحة عامة أو خاصة مادية أو معنوية».

المبحث الثاني
صلة الحق بالشرعة الإسلامية والقوانين الوصفية
المطلب الأول
صلة الحق بالقوانين الوضعية^(١)

٤١٧ - تمهيد

ذكرنا من قبل أن القانون يعني مجموعة القواعد الاجتماعية التي تنظم سلوك الأفراد فيما بينهم، ويجبرون على طاعتها بقوة السلطة العامة ويإنزال العقاب الذي تتضمنه هذه القواعد، فوظيفة القانون، إذن، تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم وبذلك يمكن إقامة نظام مستتب في المجتمع يهيء للجميع فرصة العيش الهادئ بلا تصادم ولا نزاع. ويتحقق هذا التنظيم الذي أشرنا إليه بما يوجب القانون على الأفراد أو يفرضه لهم من حقوق بعضهم على بعض، وبذلك يحصل قدر من التوازن بين المصالح المتعارضة بين الأفراد في روابطهم المختلفة، ومن هنا ظهرت العلاقة بين القانون والحق. فالقانون هو الذي يقرر هذه الحقوق للأفراد ويقابل ذلك ما يقرره من واجبات عليهم، فالحقوق والواجبات متقابلة، ولا يستأثر البعض بالحقوق ولا يتحمل بالواجبات نحو الغير، وإنما يستأثر بالحقوق ويتحمل بالواجبات، وبهذا يتحقق التوازن بين المصالح المتنافرة بين الأفراد.

٤١٨ - أيهما الأصل لغيره الحق أم القانون

وإذا كان فقهاء القانون الوضعي لا يختلفون في وجود هذه الصلة بين الحق

(١) البدرائي، المرجع السابق، ٢٥٩ - ٢٦٠.

والقانون، إلا أنهم يختلفون في مسألة أخرى هي: أيهما الأصل لغيره: الحق أم القانون. بمعنى هل القانون هو المؤسس على الحق، أي ما قام القانون إلا للاعتراف بالحق للفرد أو للأفراد وبحماية هذا الحق أو الحقوق لهم. أما أن الحق هو الذي يقوم على أساس القانون ويستند إليه، بمعنى لولا القانون لما كان هناك حق ولا حقوق للأفراد؟

٤١٩ - الرأي الأول: لأصحاب المذهب الفردي

وهؤلاء يركزون على الفرد ويولونه جل اهتمامهم ورعايتهم وكأنه لا يعيش في المجتمع، فعندهم أن (الفرد) هو الغاية والهدف من كل تنظيم قانوني فلا هدف ولا غاية للقانون إلا رعاية هذا الفرد وحماية حقوقه، وعدم الانتقاص منها إلا بأدنى قدر ممكن حتى لا تتعارض حقوقه مع حقوق غيره، فهم يغفلون يد القانون وبالتالي الدولة من التدخل في علاقات الأفراد وفيما يرتبونه فيما بينهم من حقوق وواجبات، وإن على الدولة أن تكون (شرطياً) يحمي استعمال الأفراد لحقوقهم والتمتع بها عن طريق القانون الذي تضعه لهذا الغرض وتصوغ قواعده لتحقيق هذا الهدف. ويفصلون مذهبهم هذا مع التعليل والتبرير فيقولون: إن الفرد يولد متمتعاً بحقوق طبيعية بصفته إنساناً، وإنه يتمتع بهذه الحقوق قبل وجود القانون بل وقبل وجود المجتمع المنظم. فوظيفة القانون، إذن ليست إنشاء الحقوق الفردية بل حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الأفراد من التمتع بها.

٤٢٠ - الرأي الثاني: رأي أصحاب المذهب الاجتماعي

وهؤلاء يقفون في الجهة المقابلة لأصحاب المذهب الفردي ويرون عكس ما يرونه، فهم يقولون إن الجماعة هي الغاية والهدف من كل تنظيم قانوني. وبالتالي فيجب التركيز على المجتمع وحقوقه ولا يجوز للفرد أن يتمسك بحقوق مزعومة يفترضها لنفسه في مواجهة الجماعة. فليس للفرد من الحقوق إلا الحقوق التي

تعطيها له الجماعة وتظهرها وتعلنها وتثبتها فيما تضع من قواعد قانونية . وبالتالي لا يتمتع الفرد بحقوق إلا تلك الممنوحة له من القانون، فالقانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد، فلا تقتصر وظيفة القانون على مجرد حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها والممنوحة للفرد من قبله وإنما هو يمنحها وهو يحافظ عليها، فالقانون، عندهم هو أساس الحقوق وليس العكس .

٤٢١ - الرأي الثالث / رأي المتوسطين

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف بين أنصار المذهبين الفردي والاجتماعي، فالثابت والواقع فعلاً، أن ما يتمتع به الأفراد من حقوق يستند إلى القانون، فالقانون هو مصدره ثم هو بعد ذلك يتكفل به وبحمايته . ولكن لا يعني هذا أن القانون له سلطان مطلق فيما يقرره من حقوق وفيما يمنحه منها للأفراد، فقواعده ترتكز على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجبات ومقتضيات العدل المثالية، وهذه كلها تقر أن للأفراد حقوقاً معينة لا يملك القانون الوضعي إنكارها والسطو عليها بحجة أنه هو مانحها، فالصلة بين الحق والقانون صلة وثيقة لا يمكن إغفال أحدهما من أجل الآخر، فالقاعدة القانونية إذا كانت قانوناً باعتبارها قاعدة اجتماعية تفرض نظاماً معيناً، فإنها هي نفسها التي تخول الحق للفرد وتمنحه سلطة يتمكن بها من أن يعمل على وجه معين في علاقاته مع غيره .

المطلب الثاني

صلة الحق بالشرعية الإسلامية

٤٢٢ - تمهيد

للحق صلة وثيقة بالشرعية الإسلامية التي هي وحي من الله تعالى لرسوله ﷺ ليلتغها للناس فأحكامها تحدد سلوك الأفراد فيما بينهم بما تفرضه لهم من حقوق وما توجبه عليهم من واجبات لتحقيق التوازن بين مصالحهم، فالحق له صلة بالشرعية وتظهر هذه الصلة من وجوه:

أ - أن الشريعة الإسلامية هي التي منحت - أو بالأحرى - أن الله هو الذي قرر الحقوق للفرد ومنحها له .

ب - وفي منحها الحقوق للأفراد لاحظت الفرد باعتباره فرداً له كيانه الخاص وباعتباره كائناً اجتماعياً يعيش في المجتمع .

ج - وعلى أساس هذه النظرية المزدوجة للإنسان أخذت بالنزعتين الفردية والاجتماعية دون اقتصار على إحداهما، مع ترجيح للنزعة الاجتماعية ومقتضياتها عند تزامنها مع مقتضيات النزعة الفردية .

د - ثم إن الشريعة وضعت حدوداً في منحها الحقوق للأفراد من جهة كيفية استعمالها والغرض من هذا الاستعمال والترجيح فيما بينها عند التزاحم، ونذكر فيما يلي بإيجاز شيئاً عن هذه الأمور التي أشرت إليها :

٤٢٣ - الشريعة الإسلامية هي مانحة الحقوق للأفراد

قلنا إن الحق هو ما يثبت بالشرع أي بحكم الشرع، أي بالشريعة الإسلامية التي هي من عند الله، فالله تعالى هو منشئ الحقوق ومانحها للإنسان، ولولا ذلك لما ثبت للإنسان حق، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً له بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل»^(١).

٤٢٤ - حقوق الأفراد تقابلها واجبات عليهم

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قررت بأن حقوق الأفراد هي ثابتة لهم بإثبات الله لها بمنحها لهم فإن الله تعالى مع منحه الحقوق هذه لهم أوجب عليهم

(١) الموافقات للشاطبي، ج ٢ ص ٣٧٧.

الواجبات، فالواجبات هي الأخرى وجبت عليهم بإيجاب الله أي بحكمه ولولا هذا الإيجاب من الله تعالى لما وجبت عليهم. فالله تعالى هو المنفرد بالحكم وما يتضمنه من منح للحقوق وإيجاب للواجبات.

٤٢٥ - الحكم الشرعي وعلاقته بالحقوق والواجبات

يعرف علماء أصول الفقه الحكم الشرعي بقولهم: «هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع» ويقسمون هذا الحكم إلى حكم تكليفي وحكم وضعي. ويقسمون الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام، منها: الإيجاب ويقولون عنه هو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والإلزام وأثره في فعل المكلف الوجوب، والفعل المطلوب على هذا الوجه هو الواجب^(١). فالواجبات، إذن، هي ما أوجبه الله على الإنسان المكلف (البالغ العاقل) ولولا هذا الإيجاب من الله تعالى لما وجبت على الإنسان. وكذلك نجد في بقية أقسام الحكم التكليفي ما يقرر الحقوق للإنسان، فمن أقسام هذا الحكم (التحريم) ومن جملة ما حرّمه الله تعالى: الاعتداء على حياة الغير أو ماله أو عرضه أو حريته، ومعنى ذلك حق الإنسان بالتمتع بحق الحياة وحق تملك الأموال، وحقه في حرية الرواح والمجيء. ومن أقسام الحكم التكليفي أيضاً (التخيير) أي إباحة الفعل أو الترك للمكلف، وفي هذه الإباحة تكمن حقوق كثيرة للإنسان، منها: حقه في اختيار العمل أو تركه. وفي (الحكم الوضعي) ومنه جعل الشيء سبباً لآخر، نجد حقوقاً تثبت للإنسان مثل حق الملكية، إذ يثبت هذا الحق بمباشرة الإنسان أسباب ثبوت الحق، تلك الأسباب التي شرّعها الله، وجعلها أسباباً مفضية إلى الملكية، مثل الاستيلاء على المباح أو مباشرة عقد الشراء أو كونه وارثاً للمتوفى بسبب قرابته منه.

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ١٨ - ٢٠.

٤٢٦ - السبيل لمعرفة الحقوق والواجبات

وإذا كانت الحقوق والواجبات للأفراد تثبت بإرادة الله تعالى الدينية الشرعية، وإن هذه الإرادة هي الأحكام التي شرّعها، فإن السبيل إلى معرفتها هو معرفة هذه الأحكام التي تثبت بها هذه الحقوق والواجبات، وهذه الأحكام هي التي اشتمل عليها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، والمصادر الشرعية الأخرى.

٤٢٧ - النزعة الفردية والاجتماعية في منح الحقوق

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية بمنحها الحقوق والواجبات للأفراد والجماعة لاحظت كون الفرد كياناً مستقلاً وذاتاً متميزة ومسؤولاً ومسؤولة مباشرة عن أفعاله وعن قيامه بواجباته فشرّعت له من الحقوق والواجبات ما ينسجم وهذه الحقيقة الفردية له، كما أنه شرّعت له من الحقوق والواجبات باعتباره فرداً يعيش في المجتمع وبالتالي يكون له كيان اجتماعي متميز مما يستلزم إعطاءه حقوقاً معينة وإيجاب واجبات عليه بهذا الاعتبار أيضاً. كما أن الشريعة الإسلامية لاحظت الجماعة كياناً مستقلاً عن أفرادها فشرّعت لها من الحقوق ما يحفظ مصالحها وأوجبت عليها من الواجبات ما يحفظ حقوق الأفراد. وإذا حصل تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة رجّحت مصلحة الجماعة، وقد فصلنا هذه المسائل من قبل^(١).

٤٢٨ - أصول وقيود الحقوق والواجبات

وقد وضعت الشريعة الإسلامية أصولاً معينة وقيوداً معينة للحقوق والواجبات التي شرّعتها للأفراد والجماعة بالاعتبارات التي ذكرتها لها ولهم. فمن هذه الأصول والقيود:

(١) انظر الفقرات من ١٠٢ - ١٣١.

أولاً: استعمال الحقوق والواجبات وفقاً لما شرّعه الله، وأن يقف المكلف عند حدود ما شرّعه الله من واجبات وما منحه من حقوق فلا يتدع أشياء لم يوجبها الله تعالى عليه فيجعلها من الواجبات، ولا أن يحدث لنفسه حقوقاً لم يقرها الله تعالى له، لأن الحقوق والواجبات مما ينفرد الله تعالى بتشريعها، وإلا كان مبتدعاً والابتداع في الإسلام مرفوض غير مقبول.

ثانياً: ومنها أن يكون قصد المكلف من استعماله الحقوق وآدائه الواجبات موافقاً لقصد الشارع من تشريعه هذه الحقوق والواجبات لا أن يقصد خلاف ما قصده الشارع. ومنها: أن يقدم الأحق بالتقديم من الحقوق والواجبات ومن قواعد التقديم: تقديم حق الجماعة - مصلحتها - على حق الأفراد، وهذا عند إمكان ملاحظة المصلحتين. ومن هذه القواعد: تقديم الواجب العيني على الكفائي، ومنها: تقديم الواجب على المندوب، والأوجب على الواجب، ومنها: أن لا يترتب على استعماله الحقوق ضرراً بالآخرين، لأنه لا ضرر ولا ضرار، فاستعمال الحقوق في الشريعة مقيد بعدم حصول ضرر بالغير من جراء هذا الاستعمال، لأن من حق الغير سلامتهم من لحوق الضرر بهم عند استعمال صاحب الحق حقه، قال الإمام الشاطبي: «لأن طلب الإنسان لحظة - أي لحقه - حيث أذن له لا بد فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين»^(١).

(١) الموافقات للشاطبي، ج ٢ ص ١٨٨.

المبحث الثالث
أنواع الحقوق
في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية
المطلب الأول
أنواع الحقوق في القوانين الوضعية^(١)

٤٢٩ - تقسيم الحقوق وأنواع كل قسم

يجري فقهاء القانون الوضعي، عادة، على تقسيم الحقوق إلى قسمين كبيرين:

الأول: الحقوق السياسية.

الثاني: الحقوق المدنية. والحقوق السياسية تسمى بهذا الاسم لأنها تحمي المصالح السياسية للجماعة. وأما الحقوق المدنية فهي تحمي مصالح الأفراد الخاصة سواء كانت مالية أو غير مالية. ونتكلم فيما يلي عن هذين القسمين وما يندرج تحت كل قسم من أنواع.

٤٣٠ - أولاً - الحقوق السياسية

وهذه الحقوق تخوّل الشخص حق المساهمة في إدارة شؤون الحكم في بلده، وهي، عادة قاصرة على الوطنيين دون الأجانب، مثل: حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق تولّي الوظائف العامة. وإذا كان الأصل في الحقوق

(١) الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٨ وما بعدها، والدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

السياسية أنها تثبت للوطنيين دون الأجانب إلا أنها مع ذلك لا تثبت لجميع الوطنيين بل لمن تتوافر فيهم شروط معينة كشرط البلوغ لمباشرة حق الانتخاب والترشيح.

٤٣١ - ثانياً - الحقوق المدنية

وتشمل هذه الحقوق سائر الحقوق غير السياسية وتثبت لجميع الأفراد بصرف النظر عن جنسياتهم أي سواء كانوا مواطنين أو أجانب، لأن هذه الحقوق لازمة لمباشرة الفرد العادي نشاطه داخل المجتمع، وما دامت صفة الإنسان هي التي تستوجبها.

٤٣٢ - أنواع الحقوق المدنية

والحقوق المدنية تنقسم إلى قسمين:

الأول: حقوق عامة.

الثاني: حقوق خاصة ولكل من هذين القسمين أنواع أو أقسام، نوجز القول فيها فيما يلي:

٤٣٣ - الحقوق العامة

الحقوق العامة، أو الحريات العامة، هي الحقوق المقررة للإنسان باعتباره إنساناً، والملازمة لطبيعته الآدمية كحقه في الحياة والحرية بجميع مظاهرها. وهذه الحقوق تهدف إلى إحاطة شخص الإنسان - جسمه وروحه - بالرعاية والاحترام الواجبين له. وهي تمثل الحد الأدنى للحريات التي يجب على القانون أن يعترف بها للفرد في المجتمعات الحديثة، ولذلك يقرر بعضها في التشريع الأساسي للدولة أي في الدستور. كما يتضمن حماية بعضها الآخر قانون العقوبات حيث يقرر عقاباً

على كل من يعتدي - بغير وجه حق - على الآخر بقتله أو بجرحه. وقد نصّت المواثيق الدولية العامة في عصرنا الحاضر على هذه الحقوق بعد أن اعترفت بها التشريعات في الدول المختلفة. وقد أشار القانون المدني المصري إلى الحقوق العامة في المادة (٥٠) منه وسماها الحقوق الملازمة للشخصية ونص على حمايتها بقوله: «الكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

٤٣٤ - مزايا الحقوق العامة

وتمتاز الحقوق العامة بأنها حقوق غير مالية أي لا تقوم بمال. كما أنها لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها بالبيع مثلاً فلا يجوز للشخص أن ينزل عن حريته ببيع نفسه رقيقاً، ولا أن يبيع لغيره حق الانتخاب أو الترشيح، كما أنها لا تسقط بالتقادم أي بعدم استعمالها مهما طال الزمن - زمن عدم استعمالها - فالفرد قد يقعد عن إبداء رأيه، أو لا يشترك في الانتخابات مع توافر الشروط فيه حتى يبلغ الخمسين من عمره مثلاً ثم يعود فيشارك في الانتخابات وفي إبداء رأيه، ولا يستطيع أحد أن يمنعه من ذلك بحجة عدم استعمال حقه في إبداء الرأي أو في الترشيح في الانتخابات. ومن الحقوق العامة حرية الفرد في الانتقال والإقامة والعمل والتملك والتعاقد وحرمة المسكن... إلخ، ويلاحظ في ذكر أنواع الحقوق العامة، أن أي تعداد لها لا يكون جامعاً، ولذلك يكتفي الفقه وشراحه بالتمثيل لها ببعض الحريات بصيغ عامة تسمح بأن تشمل كل حرية عدداً من الحقوق. ولكن يمكن القول بأن الضابط لها كونها من الحقوق اللاصقة بالإنسان باعتباره إنساناً ولا يمكنه التخلّي عنها. وإن أي انتقاص لها يعتبر انتقاصاً في آدميته وكونه إنساناً يجب أن تكون له هذه الحقوق والتمتع بها ليرتقي بها عن مستوى الحيوان. ولهذا لا يجوز للدولة أو القانون الذي تضعه أن تضيق هذه. وإذا اضطرت إلى هذا التضيق للمصلحة العامة، فيجب أن يكون بقدر ما تقضي به الضرورة والمصلحة العامة لا أكثر من ذلك وإلاً وقعت الدولة وقانونها في التعسف باستعمال السلطة.

٤٣٥ - الحقوق الخاصة

وهذه هي القسم الثاني من الحقوق المدنية، وهذه الحقوق هي التي تنشأ بمقتضى القانون الخاص بفروعه المختلفة كالقانون المدني والقانون التجاري. وهذه الحقوق تكفل للشخص مزاولة نشاطه سواء في نطاق الأسرة أم في نطاق المعاملات المالية ولذا فهي تنقسم إلى قسمين:

الأول: حقوق الأسرة وهي الحقوق التي تقررها قوانين الأحوال الشخصية.

الثاني: الحقوق المالية التي تقررها قواعد المعاملات المالية.

٤٣٦ - حقوق الأسرة

وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة سواء كان ذلك بسبب الزواج أو النسب. فلأفراد الأسرة، بعضهم قبل بعض، حقوق وعلى كل منهم واجبات، والقصد منها حفظ تماسك الأسرة باعتبارها خلية في كيان المجتمع. ومن هذه الحقوق، حق الزوج في القوامة على زوجته، وحق النفقة للزوجة على زوجها، وكولاية الأب على أولاده الصغار وكحق الأبناء على الآباء في الإنفاق عليهم، وكحق بعضهم على بعض في الإرث... إلخ وهذه تحكمها الشريعة الإسلامية مباشرة أو تحكمها قوانين وضعية مأخوذة من الأحكام الشرعية.

٤٣٧ - الحقوق المالية

وهي التي تنشئها قوانين الأحوال العينية أو قواعد المعاملات. ويقوم موضوع أو محل هذه الحقوق بالنقود. وتنقسم هذه الحقوق إلى ثلاثة أنواع:

الأول: الحق العيني ومحلّه - موضوعه - شيء مادي كحق الملكية.

والثاني: الحق الشخصي ومحلّه عمل كدين القرض.

والثالث: الحق المعنوي ومحلّه شيء غير مادي أي شيء معنوي كحق المؤلف.

٤٣٧ - (مكرر) - منهج بحث الحقوق المالية

نتكلم فيما يلي عن هذه الأنواع الثلاثة للحق المالية بثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول الحقوق العينية

٤٣٨ - تعريف الحق العيني

هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معيّن على شيء معين كحق الملكية. والحق العيني يقابله واجب - كما هو الشأن في جميع الحقوق - ويتمثل هذا الواجب في التزام الناس كافة باحترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه، فهو واجب عام وإن كان سلبياً مقتضاه الامتناع عن الاعتداء على هذا الحق. وهذا الحق أو الحقوق العينية قسمان:

الأول: حقوق عينية أصلية.

والثاني: حقوق عينية تبعية.

٤٣٩ - الحقوق العينية الأصلية

الحق العيني الأصلي هو الذي يقوم بذاته أي لا يستند في وجوده إلى حق آخر كحق الملكية. والحق العيني الأصلي إما أن يرد على مال الشخص نفسه كالملكية وإما أن يرد على مال الغير كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الارتفاق.

٤٤٠ - حق الملكية

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً، نظراً لما يخوله صاحبه من سلطات، وهو ما أشارت إليه المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه» واستعمال الشيء يقصد به استخدام الشيء فيما أعد له. أما استغلال الشيء فالمراد به الحصول بطريق غير مباشر على الثمار القابل لإنتاجها كتأجير الأرض أو الدار والحصول على أجرها. وأما التصرف في الشيء فقد يكون تصرفاً مادياً بتغيير شكله أو إتلافه أو استهلاكه كهدم منزل، وقد يكون التصرف قانونياً ببيعه أو هبته أو تقرير حق عيني عليه كحق الارتفاق.

٤٢١ - الحقوق المتفرعة عن الملكية

يقصد بالحقوق المتفرعة عن الملكية الحقوق العينية التي تقتطع بعض عناصرها لمصلحة شخص آخر غير المالك. وهذه الحقوق في القانون المصري حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق الحكر وحق الارتفاق.

٤٤٢ - أولاً - حق الانتفاع

وهو الحق الذي بمقتضاه يكون لشخص استعمال مال مملوك لغيره واستغلاله. أما التصرف فيبقى للمالك الذي يطلق عليه في هذه الحالة اسم (مالك الرقبة). ويستطيع المالك أن يرتب هذا الحق على ملكه بعمل قانوني أي بعقد أو وصية، عندئذٍ يحدد العقد أو الوصية سلطات المنتفع على المال موضوع حق الانتفاع ويحدد كذلك مدته فإن لم تحدد مدته كان حقاً للمنتفع طول حياته. وعلى كل حال فالانتفاع ينتهي بانتهاء حياة المنتفع ولو كانت الوفاة قبل انتهاء المدة المحددة له.

٤٤٣ - ثانياً - حق الاستعمال

وهو حق عيني يخوّل صاحبه استعمال الشيء بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته الخاصة فقط، فإذا ورد هذا الحق على حديثة فليس لصاحب هذا الحق من ثمارها إلا مقدار ما يحتاجه هو وأسرته فقط، أما ما زاد عن حاجته وحاجة أسرته فليس له أن يتصرف فيه.

٤٤٤ - حق السكن

وإذا كان حق الاستعمال مقررّاً على منزل معد للسكن سمي الحق في هذه الحالة بحق السكن وخوّل صاحبه بالسكن فيه فقط، أي ليس له الانتفاع بها بغير السكن كاستخدامها كمكتب أو متجر، ولذا فهو يعتبر أضيق نطاقاً من حق الاستعمال. ويلاحظ هنا، كما قلنا، أن كلاً من الانتفاع والاستعمال والسكن حقوق عينية لأنها تقتضي التخلية بين صاحب الحق وبين الشيء ومنحه سلطة مباشرة عليه تتيح له أن يباشر حقه دون وساطة أحد.

٤٤٥ - رابعاً - حق الحكر

وهو حق عيني يخوّل للمحتكر الانتفاع بأرض الغير عن طريق البناء عليها أو الغراس فيها في مقابل أجره الحكر وهي أجره المثل. ويملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر. وينتقل هذا الحق بوفاة المحتكر إلى ورثته ويلاحظ أن هذا الحق ونظامه اقتبس من الفقه الإسلامي، وهو في الحقيقة نوع من الإيجار، قال به فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لأعيان الوقف الخبرة التي لا تكفي غلتها لتعميرها ولا يمكن استبدالها، فكان القاضي الشرعي يأذن لناظر الوقف بتأجيرها مدة طويلة إلى من يقوم بتعميرها بالبناء عليها أو بالغراس فيها، بأجرة غير ثابتة أي تتغير بالزيادة أو بالنقصان مع زيادة أو نقصان أجره المثل أي الأجرة التي يستحقها مثل العين المحكرة.

٤٤٦ - خامساً - الحقوق الارتفاقية

وواحدها يسمى (حق الارتفاق) وهي حقوق تقرر لخدمة عقار يسمى العقار المخدم، على عقار آخر غير مملوك لمالك العقار الأول يسمى العقار الخادم. كما يسمى العقار المخدم بالعقار المرتفق. ويسمى العقار الخادم بالعقار المرتفق به. ومن أمثلة الحقوق الارتفاقية حق الارتفاق بالمرور الذي يوجد طريقاً على العقار الخادم لمصلحة العقار المخدم. هذا وإن الارتفاقات تعتبر حقوقاً عينية لأنها توجد سلطة مباشرة لصاحب العقار المخدم على العقار الخادم تجعل انتفاعه بحقه غير متوقف على تدخل صاحب العقار الخادم.

٤٤٧ - الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية التي تكلمنا عنها وتسمى الحقوق العينية الأصيلة، وهي تسمى كذلك لأنها تقوم بنفسها وتطلب لذاتها بقصد الحصول على المنافع التي تخولها، لأنها تكون مجموعة من الحقوق تقابل مجموعة أخرى من الحقوق العينية لا تقوم بذاتها بل تستند في وجودها إلى حقوق أخرى، ولا تقصد لذاتها بل يقصد بها ضمان الوفاء بهذه الحقوق ولذا تسمى الحقوق العينية التبعية. وهي حقوق عينية لأنها تحقق لصاحبها سلطة مباشرة على شيء، وهي تبعية لأنها تقوم لضمان حق شخصي. والحقوق العينية المخصصة للضمان هي حق الرهن الحيازي، وحق الرهن الرسمي، وحق الاختصاص وحق الامتياز.

٤٤٨ - أولاً - الرهن الحيازي

وهذا الرهن ينشأ من اتفاق بين الدائن والمدين بمقتضاه يسلم المدين إلى الدائن شيئاً ضماناً لدين عليه أو على غيره، فيرتب القانون على هذا الشيء حقاً عينياً يخوله حبس هذا الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم هذا الدائن (المرتهن) الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء

في أي يد يكون. والشيء الذي يترتب عليه الرهن الحيازي قد يكون عقاراً أو منقولاً، وهو في جميع الأحوال يجب تسليمه إلى الدائن أي نقل حيازته من الراهن (المدين) إلى الدائن (المرتهن) حتى ينشأ الرهن وأن يظل هذا الشيء المرهون في حيازة الدائن (المرتهن) حتى وفاء الدين.

٤٤٩ - ثانياً - الرهن الرسمي

وهذا الرهن ينشأ باتفاق بين الدائن والمدين، يكسب الدائن بمقتضاه حقاً عينياً على عقار مخصص لوفاء دينه، وبه يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في الرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون. ويشترط في الاتفاق الذي ينشأ هذا الرهن أن يكون بعقد رسمي أي يوثقه موظف مختص في دائرة التسجيل العقاري وهذه الرسمية في هذا الرهن تغني عن نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن، ولهذا يبقى بيد المدين الراهن ويباشر هذا سلطاته عليه كمالك، ولكن يكون للدائن المرتهن، بموجب هذا الرهن، حق التبع أي حقه في تتبع المرهون في أي يد انتقل إليها كما لو تصرف فيه المدين بالبيع. كما يخول هذا الرهن الرسمي الدائن الحق في استيفاء دينه من ثمنه إذا بيع العقار المرهون عند التنفيذ عليه، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين الذين يلونه في المرتبة وهذا ما يعرف بحق الأفضلية.

٤٥٠ - الفروق بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي

وإذا كان الرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه يخول الدائن المرتهن حق التبع وحق الأفضلية إلا أنه يختلف معه في أمرين:

الأول: أن الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول بعكس الرهن الرسمي فهو لا يرد إلا على العقار.

ثانياً: إن الرهن الحيازي يتطلب انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين إلى

الدائن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه، في حين أنه في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للمدين.

٤٥١ - ثالثاً - حق الاختصاص

وهو حق عيني تبقي يقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدره القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ. فهذا الحق - حق الاختصاص - له شبه بالرهن الرسمي فيما يرتبه من حقوق لصاحبه، ومن جهة وروده على العقار فقط دون المنقولات وأنه لا يقتضي نقل حيازة الشيء من يد المدين إلى يد الدائن صاحب الاختصاص.

٤٥٢ - رابعاً - حقوق الامتياز

حق الامتياز حق عيني تبقي يتقرر لبعض الديون بمقتضى نص في القانون بسبب طبيعتها وهو على نوعين:

الأول: حق امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات.

الثاني: حق امتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين.

وهذا الحق - بنوعيه - مضمونه أولوية يقررها القانون لبعض الحقوق تجعل الوفاء بها مقدماً على غيرها من ثمن عين معينة من أموال المدين أو من ثمن جميع أمواله.

الفرع الثاني الحق الشخصي

٤٥٣ - تعريفه^(١)

الحق الشخصي عبارة عن (رابطة قانونية بين شخصين - دائن ومدين - يلتزم بمقتضاها المدين في مواجهة الدائن بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين) ويدخل بعضهم صورة ثالثة في محل التزام المدين هي في الواقع صورة من الالتزام بعمل، وهي الحالة التي يلتزم فيها شخص بنقل الملكية أو بتقرير حق عيني آخر، فيعرفونه بقولهم: الحق الشخصي رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يكون للدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء كنقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني تبقي عليه كالرهن أو القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل أو بالامتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن مزاوله نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع. ويسمى هذا الحق بالحق الشخصي بالنظر إليه من ناحية الدائن، ويسمى (التزاماً) أو (ديناً) إذا نظرنا إليه من ناحية المدين.

٤٥٤ - التفريق بين الحق الشخصي والحق العيني^(٢).

إن الأمر الجوهرى في الحق العيني - كما مر بنا - هو تلك السلطة المباشرة

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، ص ١٩٩، البدراوى، المرجع السابق، ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٢) المرجعين السابقين.

التي للشخص على الشيء التي تخوله الحق في استعمال هذا الشيء أو استغلاله والتصرف فيه. بينما لا يوجد في الحق الشخصي سلطة لشخص على شيء، وإنما يوجد فيه رابطة قانونية بين صاحب الحق - الدائن - وبين الملتزم بالواجب المقابل للحق - وهو المدين - وتستلزم هذه الرابطة تدخل المدين ووساطته حتى يصل الدائن إلى حقه، ذلك أن موضع الحق - محله - هو عمل امتناع عن عمل يلتزم به المدين، ولهذا فإن الدائن لا يستطيع أن يصل إلى موضوع حقه إلا عن طريق المدين نفسه، فمن حصل من مقاول على التزام ببناء منزل لحسابه لا يمكنه أن يصل إلى حقه إلا عن طريق المقاول (المدين). ومن يقرض آخر مبلغاً من النقود لا يمكنه أن يحصل على حقه إلا بالرجوع إلى المدين المقترض. ومن ناحية أخرى لما كان الحق الشخصي عبارة عن رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بإعطاء الدائن شيئاً أو القيام له بعمل، أو الامتناع عن عمل، كان من الممكن أن تتعدد صور الحق الشخصي تعدداً لا ينتهي لأن صور الإعطاء أو العمل أو الامتناع عنه لا يمكن حصرها. ولكن الحق الشخصي في جميع هذه الصور لا يلزم إلا المدين ولذا جاز تعدده - كما قلنا - تعدداً لا يدخل تحت حصر بشرط أن لا يخالف النظام العام والآداب. أما الحقوق العينية - ويقابلها دائماً التزام على الكافة هو واجب احترامها فلا يجوز أن يترك حراً في إنشاء ما يريد منها وتحميل الكافة واجب احترامها بمحض إرادته ولذا وردت هذه الحقوق العينية في القانون على سبيل الحصر. هذا وإن الأصل في الحقوق العينية الدوام والبقاء ما دام الشيء محل الحق باقياً. أما الحق الشخصي فإنه يكون مؤقتاً لأن محله عمل أو امتناع عن عمل، فينتهي بالوفاء أو بسقوطه بمضي المدة.

الفرع الثالث الحقوق الذهنية أو المعنوية

٤٥٥ - تعريف هذه الحقوق

يقصد بالحقوق الذهنية أو المعنوية تلك الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية أي على أشياء غير محسوسة هي من نتاج فكر الإنسان، ومنها حق المؤلف على مصنفه، وهذا أهم ما يبدو لنا من هذا النوع من الحقوق^(١).

٤٥٦ - المقصود بالمؤلف^(٢)

يقصد بالمؤلف كل شخص ينتج إنتاجاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أياً كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الإنتاج ينطوي على قدر من الابتكار ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف، وهذا ما عناه المشرع المصري في قانون حماية حق المؤلف الصادر سنة ١٩٥٤ برقم ٣٥٤ حيث نص بمادته الأولى على أن يتمتع (بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة) ولكن ليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل، وإنما المقصود به أن يتميز الإنتاج الفكري بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه سواء في جوهر الفكرة المعروضة أو في مجرد طريقة عرضها أو التعبير أو الترتيب

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٢) الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق ص ٤٨٣.

والتبويب أو الأسلوب. وفي توافر عنصر الابتكار في الإنتاج الذهني على هذا النحو اعتبر صاحبه مؤلفاً يتمتع بحماية القانون.

٤٥٧ - طبيعة الحقوق الذهنية، ومنها حق المؤلف^(١)

تكيّف الحقوق الذهنية، ومنها حق المؤلف، بأنها حقوق من نوع خاص ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين: حق معنوي، وحق مالي. فلا بد من بيان المقصود بهذين الحقين اللذين يكونان طبيعة الحقوق الذهنية، ومنها حق المؤلف على مصنفه.

٤٥٨ - أولاً - الحق المعنوي في هذه الحقوق

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين الإنتاج الفكري أو الذهني وبين شخص مبتكره، أو بين المصنف وبين مؤلفه. ولذلك يخوّل هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد صلته الوثيقة بمصنفه وسعة سلطانه عليه، وهذه السلطات هي:

١ - سلطة النشر، يعطي الحق المعنوي للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه، ذلك أن هذا المصنف يمثل الجانب الذهني والفكري من شخصيته، فيكون هو صاحب السلطة في تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر.

٢ - سلطة تعيين نسبة المصنف إلى مؤلفه: للمؤلف الحق في نشر مصنفه حاملاً اسمه الصريح أو المستعار، وحقه في الدفاع ضد أي اعتداء عليه، وله في حالة نشره باسم مستعار أن يكشف عن اسمه الصريح متى شاء فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالزول عنه أو عدم استعماله مهما طالّت المدة.

٣ - يعطي الحق المعنوي للمؤلف سلطة إدخال ما يراه من تعديلات

(١) الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٤٨٨ - ٤٩٢.

أو تغييرات في مصنفه وله حق الاعتراض على ما يدخله الغير من تعديلات أو تغييرات في مصنفه، دون إذن منه، عند نشره.

٤ - يعطي الحق المعنوي للمؤلف السلطة في سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه لأنه هو مبتكره وموجده، وله مساس ظاهر بشخصيته، وقد يرى في وقت ما أن مصنفه لم يعد ملائماً لما استقر عليه فكره الآن أو لأي سبب آخر يراه مبرراً لإعدام مصنفه القديم ومنع نشره وتداوله.

٤٥٩ - ثانياً الحق المالي في هذه الحقوق^(١)

وهذا هو الحق الثاني أو العنصر الثاني المكوّن للحقوق الذهنية، ومنها حق المؤلف على مصنفه، وهذا الحق المالي يتمثل في حق المؤلف في استغلال إنتاجه الذهني أو الفكري استغلالاً مادياً أو الاستفادة منه مالياً لأنه من نتاجه. وقد يتنازل المؤلف عن احتكار استغلال مصنفه مادياً، إلى الغير بعوض مالي أو بغير عوض، لمدة زمنية أو بدون تحديد مدة، وقد يكون التنازل حال حياة المؤلف أو بعد وفاته عن طريق الوصية، وهذا الحق المالي باعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمؤلف ينتقل بوفاته إلى ورثته. وهذا الحق المالي على خلاف الحق المعنوي ليس مؤبداً بل هو حق مؤقت ينقضي بصفة عامة بمضي خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وفي هذه الحالة لا يصبح استغلال المصنف مالياً قاصراً على أحد لأنه يمضي هذه المدة يعتبر المصنف جزءاً من التراث الفكري للمجتمع البشري.

٤٦٠ - الفروق بين الحق المعنوي والحق المادي وما يترتب عليها^(٢)

أولاً: الحق المعنوي باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية لا يجوز

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٤٩٣ - ٤٩٧.

التعامل فيه بنقله إلى الغير أو النزول عنه أو الحجز عليه، لأنه حق مرتبط بشخصية المؤلف وبالتالي لا يدخل في عناصر الذمة المالية.

ثانياً: يمكن أن يكون للمصنف صاحبان:

الأول: صاحب الحق المعنوي وهو دائماً المؤلف يبتكر المصنف.

والثاني: صاحب الحق المالي إذ قد يكون للمبتكر وقد يكون لغيره إذا نزل المؤلف عن حق احتكار استغلال المصنف مادياً، وسواء كان هذا التنازل للغير بعوض أو بغير عوض، وقد يكون نهائياً أو مؤقتاً وقد يكون منجزاً حال حياة المؤلف أو مضافاً إلى ما بعد الموت بالوصية، وقد يكون شاملاً أو قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه.

ثالثاً: وما دام الحق المعنوي يعتبر انعكاساً لشخصية المؤلف فيبقى دائماً للمؤلف - بالرغم من نزوله عن حقه المالي في استغلاله - سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالي. فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أي تعديل أو تبديل في المصنف يضر بسمعته الفكرية. وله كذلك إذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف إلى المتنازل له عن الاستغلال المادي بل وله سلطة وقف هذا الاستغلال المالي بعد بدئه بسحب المصنف من التداول، وسلطة إدخال تعديلات جوهرية عليه. ولكن إذا استعمل المؤلف سلطاته هذه وتسبب بضرر للمتنازل له عن استغلال المصنف أن يعرضه عن هذا الضرر فضلاً عما يمكن أن يكون من المؤلف وهو يستعمل سلطاته هذه تعسفاً في استعمال الحق، يزيد من مسؤوليته عن تعويض المستغل المتنازل له عن كافة ما لحقه من أضرار.

رابعاً: - يعتبر الحق المالي - باعتباره ذا صفة مالية بحتة عنصراً - من عناصر الذمة المالية ويتنقل بالوفاة إلى الورثة، ولكن هذا الحق المالي ليس بالحق المؤبد بل هو حق مؤقت ينقضي بمضي مدة معينة هي عادة مضي خمسين سنة بعد وفاة المؤلف. وتبرير ذلك أن إعطاء المؤلف احتكار استغلاله إنما هو في الحقيقة من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافئ جهده الذهني وهو ما يتحقق عادة في

ظرف مدة معينة. أما الحق المعنوي فهو حق مؤبد لا ينقضي بمدة معينة بل يبقى ثابتاً للمؤلف مدة حياته ثم ينتقل إلى ورثته ويكون لهم بموجب هذا الحق المعنوي الدفاع عن احترام نسبة المصنف إلى المؤلف واحترام مضمونه حاملاً اسمه أو الاسم المستعار الذي اختاره. فيكون مركزهم مركز الحارس لتراث مورثهم الفكري ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالي بمضي المدة القانونية المقررة له.

المطلب الثاني

أنواع الحقوق في الشريعة الإسلامية

٤٦١ - تمهيد

الحقوق التي تكلمنا عنها بجميع أنواعها في القوانين الوضعية تناولها فقهاء الشريعة وإن لم يعطوا لها الأسماء التي تعطى لها الآن إلاّ الحقوق الذهنية أو المعنوية ومنها ما يعرف بحق المؤلف، حيث لم أقف على قول للفقهاء القدامى حول هذه الحقوق بالمعنى الذي يراد بها في القوانين الوضعية. وسنتكلم فيما يلي عن هذه الحقوق المختلفة بأنواعها المتعددة وذلك بفروع متتالية على النحو التالي.

الفرع الأول

الحقوق السياسية

٤٦٢ - تعريفها

سبق أن عرفنا الحقوق السياسية ونعيد هنا بعض ما قيل في تعريفها عند فقهاء القانون الوضعي فمن ذلك قولهم في تعريفها (هي الحقوق التي يساهم الفرد بواسطتها في إدارة شؤون البلاد أو في حكمها)^(١) أو هي الحقوق التي يكتسبها

(١) القانون الدولي الخاص للدكتور جابر جاد عبد الرحمن ج ١ ص ٢٧٢.

الفرد باعتباره عضواً في هيئة سياسية - أي في دولة - كحق تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح^(١) فهذه الحقوق يكتسبها الفرد باعتباره منتسباً إلى دولة معينة أي يحمل جنسيتها ويعتبر من مواطنيها وبالتالي تكون له هذه الحقوق في الدولة التي ينتسب إليها وبواسطة يساهم في إدارة شؤونها.

أولاً: حق تولي الوظائف العامة

٤٦٣ - طبيعة هذا الحق

وطبيعة هذا الحق - حق تولي الوظائف العامة - كما يبدو لي، أنه في جوهره تكليف من الدولة الإسلامية لمواطنيها بتولي الوظائف العامة لتقديم خدمة معينة للدولة وللناس عن طريق هذه الوظيفة، وإطلاق كلمة (حق) على هذا التكليف، من باب (التسامح) أو للدلالة على أن تولي الوظائف العامة من باب (المباح).

٤٦٤ - الدليل على أن هذا الحق تكليف

والدليل على أن تولي الوظائف العامة (تكليف) وليس (بحق) للفرد في دار الإسلام، حديث البخاري الذي أخرجه في صحيحه عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، قال: «دخلت على النبي ﷺ أنا ورجلان من قومي فقال أحد الرجلين: أمرنا يا رسول الله - أي أسند لنا عملاً أو وظيفة في الدولة - وقال الآخر مثله. فقال ﷺ: إنا لا نولي هذا من سألنا ولا من حرص عليه»^(٢)، ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف، أنه لو كان تولي الوظائف العامة حقاً للمسلم بمعنى إلزام الدولة بإجابته إذا طلبه لما كان طلبه سبباً لمنعه منه، لأن صاحب الحق لا يمنع من

(١) أصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ص ٢٦٨.

(٢) صحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ١٣ ص ١٢٥.

آدائه له إذا طلبه أو حرص عليه، لأن الحقوق لا تسقط بالمطالبة بل تتأكد. وهذه بالنسبة لمن يتولاها، وتعني (تكليفاً) من قبل الدولة الإسلامية لمن تسنده هذه الوظيفة له.

٤٦٥ - الغرض من تولي الوظائف العامة

والغرض من تولي الوظائف بالنسبة لمن يتولاها هو إما تحصيل الرزق الحلال، أو القيام بها حسة ابتغاء مرضاة الله. وبالنسبة للدولة تمكينها من القيام بواجباتها عن طريق إسناد الوظائف العامة إلى الأكفاء الأمناء للقيام لمتطلبات وظائفهم التي تحقق أغراض الدولة وهي تحقيق مصالح الناس ودرء المفساد عنهم.

ثانياً: حق الانتخاب وحق الترشيح

٤٦٦ - انتخاب رئيس الدولة والترشيح لمنصبه

رئيس الدولة، وهو الخليفة أو (الإمام) أو (أمير المؤمنين) حسب تسميات الفقهاء المسلمين لمن يتولى منصب رئاسة الدولة. هو الذي يختاره المسلمون بانتخابهم الحر، وبهذا الانتخاب تثبت خلافته وتجب طاعته وعلى هذا نص الفقهاء قال ابن قدامة في كتابه القيم، (المغني) «من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معوثته»^(١) ولا يعترض علينا بأن (الخليفة) قد تثبت له بعهد الخليفة السابق له بالخلافة. لأن إمامة المعهود له بالخلافة لا تثبت له بمجرد عهد الخليفة السابق له وإنما تثبت له ببيعة المسلمين له أو ببيعة أهل العقد والحل - نواب الأمة - له ورضاهم به، وعلى هذا نص الفقهاء. قال الفقيه أبو يعلى

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ١٠٦.

الحنبلي «لأن الإمامة - الخلافة - لا تنعقد للمعهود إليه بنفس العهد، وإنما تنعقد بعهد المسلمين... ثم قال: إن إمامة المعهود إليه تنعقد بعد موته باختيار أهل الوقت»^(١) ومعنى ذلك كله أن التكليف الشرعي لولاية العهد هو ترشيح لمنصب الخلافة وليس تعييناً لمن يتولى هذا المنصب. هذا ويستطيع كل شخص مستكمل شروط الخلافة أن يرشح نفسه أو يرشحه غيره، ويبقى للأمة حق انتخاب من تراه أهلاً لتولي هذا المنصب. كما يحق لكل مواطن في دار الإسلام أن يشترك في انتخاب الخليفة إذا توفرت فيه شروط مباشرة حق الانتخاب، وهذه الشروط المذكورة في كتب الفقه.

٤٦٧ - أساس حق الأمة في انتخاب الخليفة

وأساس حق الأمة الإسلامية في انتخاب الخليفة أنها مخاطبة بخطابات الشرع التي تتضمن مسؤوليتها عن تنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية مثل قوله تعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٣) وما دامت الأمة الإسلامية مسؤولة عن تنفيذ أحكام الإسلام ومطالبة بهذا التنفيذ، فهي تملك - بتمليك الشارع لها - سلطة تنفيذ هذه الأحكام وحيث أن جماعة المسلمين، أي الأمة الإسلامية لا تستطيع أن تباشر سلطتها بصفتها الجماعية لتعذر ذلك في الواقع، فقد ظهرت فكرة النيابة في مجال الحكم، وذلك بأن تنتخب الأمة من ينوب عنها في مباشرة سلطاتها لتنفيذ ما هي مكلفة بتنفيذه شرعاً، وذلك النائب المختار هو الخليفة، لأن إنابة المالك لغيره في مباشرة وتنفيذ ما يملكه أمر جائز شرعاً.

(١) أبو يعلى الحنبلي في كتابه الأحكام السلطانية ص ٩.

(٢) سورة الأعراف، الآية ٣.

(٣) سورة المائدة، الآية ٣٨.

٤٦٨ - علاقة الخليفة بالأمة

وإذا كانت الأمة الإسلامية هي التي تنتخب الخليفة فهو إذن وكيلها ونائب عنها. وقد أدرك الفقهاء طبيعة هذه العلاقة بين الخليفة والأمة وبينوا أن تصرف الخليفة في شؤون الدولة هو عن طريق النيابة عن الأمة. قال الفقيه الماوردي - وهو يتكلم عن أثر موت الخليفة فيمن عينهم أمراء على أمصار المسلمين - قال رحمه الله: «إذا كان تقليد الأمير من قبل الخليفة لم ينزل بموت الخليفة، لأن تقليد الخليفة نيابة عن المسلمين»^(١).

ثالثاً: انتخاب مجلس الشورى (مجلس النواب) والترشيح لعضويته

٤٦٩ - أهمية الشورى في الإسلام

المشاورة أمر رغب فيه الإسلام وأرشد إليه في أقل الأمور، من ذلك بين المشاورة بين الزوجين في أمر فطام طفلهما وتحديد وقته ومدته قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾^(٢) فإذا كان الإسلام يرغب في التشاور في أمر الفطام فالتشاور في الأمور العظام أولى بالرعاية والاهتمام في حكم الإسلام ومن هذه الأمور تشاور الخليفة مع أهل الشورى نواب الأمة.

٤٧٠ - الشورى من قواعد الحكم في الإسلام

مبدأ الشورى من أركان نظام الحكم في الإسلام به صرح القرآن وجاءت به السنة وعليه أجمع الفقهاء، وهو حق للأمة وواجب على الخليفة وتركه موجب لعزله. قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(٣) وإنما أمر الله تعالى نبيه بالمشاورة

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٣) سورة آل عمران، الآية ١٥٩.

ليقتدي به المسلمون^(١) فلا غنى لولي الأمر عن المشاورة^(٢) فمن لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب^(٣).

٤٧١ - مجلس الشورى ينوب عن الأمة في المشاورة

وإذا كان من واجب الخليفة أن يشاور الأمة، فإن هذا قد يتعذر دائماً وفي كل شأن من شؤونها ومن هنا برزت النيابة عن الأمة في المشاورة. وهؤلاء هم أهل الحل والعقد، الذين يشاورهم الخليفة عادة، وقد كانوا في السابق معروفين لا يحتاجون إلى انتخاب من الأمة. وأما الآن فلا يمكن معرفتهم، وإنما السبيل إلى معرفتهم هذا هو الرجوع إلى الأمة لتختارهم بانتخاب حر نزيه ومن هؤلاء، يتكون (مجلس الشورى) أو (مجلس النواب) الذي ينوب أعضاؤه عن الأمة في المشاورة التي يقوم بها الخليفة أو ولي الأمر. والذين ينتخب (مجلس الشورى) جميع أفراد الأمة الإسلامية المكلفين، كما يجوز لكل فرد أن يرشح نفسه أو يرشحه غيره لعضوية هذا المجلس إذا توفرت فيه شروط العضوية التي يقررها فقهاء الأمة الإسلامية.

الفرع الثاني الحقوق العامة

٤٧١ - (مكرر) - تعريفها

هي الحقوق المقررة للإنسان باعتباره إنساناً وتقتضيها طبيعته الآدمية وتكريم الله له، ومنها حقه في التمتع بالحرية.

(١) تفسير الطبري ج ٤ ص ٩٤، تفسير الرازي ج ٩ ص ٦٦.

(٢) السياسة الشرعية لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ١٦٩.

(٣) تفسير القرطبي ج ٤ ص ٢٤٩.

٤٧٢ - أولاً - الحرية الشخصية

يراد بالحرية الشخصية حرية الإنسان في الرواح والمجيء وهو أمن مطمئن على سلامته وكرامته من أي اعتداء عليه، كما تعني هذه الحرية عدم جواز القبض عليه أو حبسه أو معاقبته دون وجه حق - وتعني هذه الحرية أيضاً حرية الإنسان في التنقل داخل الدولة التي يعيش فيها وحرية في الخروج منها والعودة إليها^(١).

٤٧٣ - الحرية الشخصية ضرورية للإنسان

كَرَّمَ اللهُ تَعَالَى بَنِي آدَمَ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(٢). ومن لوازم هذا التكريم ومقتضياته تمتع الإنسان بالحرية الشخصية بالمعنى الذي بيناه، لأن هذه الحرية من الحقوق العامة التي منحها الله تعالى لعباده فلا يجوز لأحد أن يسلبها منهم لأن في سلبها إهداراً لآدميتهم واعتداء عليهم وظلماً فاحشاً، ولهذا كان من أعظم ما تصاب به المجتمعات البشرية من شر وضرر أن يتسلط عليها حكام ظلمة يسلبون الناس حرياتهم ويذلونهم فيصرون بعد هذا السلب والإذلال كالبهائم لا تملك من أمرها شيئاً.

٤٧٤ - الحرية الشخصية مكفولة للإنسان بحكم الشريعة الإسلامية

والحرية الشخصية للإنسان في دار الإسلام - الدولة الإسلامية - مكفولة له بحكم الشريعة الإسلامية. فالاعتداء على الغير في بدنه أو ماله أو عرضه ظلم، والظلم حرام في الشريعة الإسلامية قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْسِدُوا إِيَّاكَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُقْسِدِينَ﴾^(٣) وفي الحديث القدسي عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، عن

(١) القانون الدولي الخاص للدكتور عز الدين عبد الله ج ١ ص ٢٧٨.

(٢) سورة الإسراء، الآية ٧٠.

(٣) سورة البقرة، الآية ١٩٠.

رسول الله ﷺ أنه قال - فيما يرويه عن ربه - تعالى: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظلموا...» إلخ وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في شرحه هذا الحديث «ولهذا كان العدل أمراً واجباً في كل شيء وعلى كل أحد، والظلم محرماً في كل شيء ولكل أحد، فلا يحل ظلم أحد أصلاً سواء كان مسلماً أو كافراً أو كان ظالماً. وقوله: «وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا» هذا خطاب لجميع العباد أن لا يظلم أحد أحداً»^(١).

٤٧٥ - حق الحياة مصون ومحترم

وحق الحياة حق محترم ومصون في حكم الشريعة الإسلامية فلا يجوز الاعتداء على الغير بإزهاق روحه بغير وجه حق، فإن هذا الفعل من الكبائر قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾^(٢) وفي الحديث الشريف الذي أخرجه البخاري وغيره أن النبي ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق... إلخ»^(٣).

٤٧٦ - تشريع القصاص لحماية حق الحياة للناس

والشريعة الإسلامية مع تقرير حق الحياة للناس في المجتمع الإسلامي وتحريمها القتل العمد والعدوان وتأثيم فاعله ومعاقبته في الآخرة، فإنها قررت عقاباً صارماً في الدنيا على من يرتكب جريمة القتل، وهذا العقاب هو القصاص الذي فيه من الردع والزجر والعدل ما ليس في غيره من عقوبات القتل العمد في القوانين الوضعية الذي لا توقعه إلا باقترانه بظروف مشددة زيادة على شرط العمدية

(١) فتاوى ابن تيمية، طبعة فرج الله كردي ج ١ ص ٣٣٦ - ٣٣٧ وص ٣٥١ - ٣٥٢.

(٢) سورة النساء، الآية ٩٣.

(٣) التاج الجامع للأصول من أحاديث الرسول ج ٣ ص ٤.

وتجعله حقاً للمجتمع وليس حقاً لأولياء القتيل مما جرأ الناس على ارتكاب هذه الجريمة وتسلسل آثارها. وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾^(١).

٤٧٧ - الإلزام والإلتزام لدفع الإعتداء عن الغير

ولا يكفي في شرعة الإسلام أن لا يعتدي المسلم على غيره بل يجب عليه أن يمنع المعتدي من الاعتداء وأن ينصر المعتدى عليه بالوقوف إلى جانبه ضد المعتدي، لأن الإعتداء ظلم، والظلم منكر وحرام، والمنكر يجب رفعه ودفعه ومنع وقوعه، جاء في الحديث النبوي الشريف لا أن النبي ﷺ قال: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً. قالوا يا رسول الله: هذا ننصره مظلوماً فكيف ننصره ظالماً؟ قال تأخذ فوق يديه» أي تكفه عن الظلم بالفعل إن لم يكف عنه بالقول، وعبر عنه بالفوقية إشارة إلى الأخذ بالاستعلاء والقوة^(٢). وأخرج الإمام البخاري أن رسول الله ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه» ومعنى (لا يسلمه) أي لا يتركه مع من يؤذيه ولا فيما يؤذيه، بل ينصره ويدفع عنه الأذى والظلم وهذا أخص من ترك الظلم والاعتداء^(٣).

٤٧٨ - لا يجوز الاعتداء على حرية الإنسان

وكما لا يجوز الاعتداء على حياة الإنسان بإزهاق روحه بغير وجه حق ولا على ما دون النفس بجرحه أو قطع أعضائه لا يجوز أيضاً الاعتداء على حرите بإلقاء القبض عليه وإيداعه السجن دون وجه حق (لأن الأصل براءة الذمة) فلا يجوز قلب هذه القاعدة بجعل الأصل انشغال الذمة بالجرح حتى تثبت برائه.

(١) سورة البقرة، الآية ١٧٩.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ٥ ص ٩٨.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ٥ ص ٩٧.

٤٧٩ - لا يجوز تعذيب المتهمين

وإذا كان لا يجوز حبس من لا تثبت إدانته لا يجوز من باب أولى تعذيب الموقوفين، المتهمين بارتكاب الجريمة، لذلك أوصى الفقيه المشهور أبو يوسف الخليفة هارون الرشيد أن يأمر ولاته أن لا يفعلوا ذلك وأن يراقبوا مدراء السجون حتى لا يجري في سجونهم مثل هذه المظالم فقال له في وصيته: «... فإنه بلغني أنهم يضربون الرجل في التهمة وفي الجناية الثلاثمائة والمئتين وأكثر وأقل وهذا مما لا يحل ولا يسمع. كما بلغني أن ولاتك يضربون، وأن رسول الله ﷺ نهى عن ضرب المصلين. ومعنى هذا الحديث عندنا - والله أعلم - أنه نهى عن ضربهم من غير أن يجب عليهم حد يستحقون به الضرب... إلخ»^(١).

٤٨٠ - الذميون كالمسلمين في التمتع بالحرية الشخصية

وغير المسلمين من (الذميين) الذين يعيشون في دار الإسلام يتمتعون بالحرية الشخصية كما يتمتع بها المسلمون ومن القاعدة الفقهية بشأن الذميين (لهم ما لنا وعليهم ما علينا) وفي الحديث النبوي الشريف: «من آذى ذمياً فأنا خصمه، ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة»^(٢) وقال علي رضي الله عنه: «إنما دفعوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا»^(٣).

٤٨١ - حرية التنقل

وللفرد حرية التنقل في دار الإسلام، وفي كتاب الله قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلَاةُ فَانْتَشَرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٤) وقال الإمام القرطبي في هذه الآية:

-
- (١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص ١٥١.
 - (٢) الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ٤٧٣.
 - (٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ١١٦، المغني لابن قدامة ج ٨ ص ٤٤٥.
 - (٤) سورة الجمعة، الآية ١٠.

هذا أمر إباحة، أي إذا فرغتم من الصلاة فانتشروا في الأرض للتجارة والتصرف في حوائجكم^(١) وقد يكون التنقل من مكان إلى مكان مندوباً إذا كان الغرض منه الاعتبار والاتعاض بما حل بالماضين. قال تعالى: ﴿فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَتْ عَاقِبَةُ الْمُكَذِّبِينَ﴾^(٢) أي سيروا في الأرض معتبرين كيف صار آخر أمرهم - أي المكذبين - الخراب والعذاب والهلاك^(٣).

٤٨٢ - الخروج من الدولة والرجوع إليها

وللمسلم الحق والحرية في الخروج من الدولة والرجوع إليها للسياحة أو التجارة، فإن هذا الرجوع والدخول يدخل في مفهوم ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ وهو أمر يدل على الإباحة، وما يدل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(٤) وهذا يدل على إباحة التنقل، ويدخل في مفهوم التنقل الخروج من الدولة والرجوع إليها.

٤٨٣ - حق الدولة في تضيق حرية التنقل

حرية التنقل وإن كان من الحقوق العامة إلا أنه يجوز للدولة - ممثلة بالسلطة التنفيذية فيها - أن تقييد هذه الحرية في مكان دون مكان أو في وقت دون وقت رعاية للمصلحة العامة، كمنع ولي الأمر التنقل قرب الحدود للدولة، أو قرب الثكنات العسكرية أو الحصون العسكرية ودليلنا على المنع أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه منع بعض الصحابة من مغادرة المدينة إلا بإذن منه لمصلحة

(١) تفسير القرطبي ج ١٨ ص ١٠٨.

(٢) سورة النحل، الآية ٣٦.

(٣) تفسير القرطبي، ج ١٠ ص ١٠٤.

(٤) سورة تبارك، الآية ١٥.

رآها وهي مشاورتهم وإبقاؤهم بقربه، ولأن المباح إذا صار ذريعة إلى فساد أو ضرر منع عنه على أساس أصل سد الذرائع وفي هذا يقول الإمام الشاطبي «فإنه - أي المباح - إذا كان ذريعة إلى ممنوع، صار ممنوعاً من باب سد الذرائع لا من جهة كونه مباحاً»^(١).

٤٨٤ - الذمي كالمسلم في حرية التنقل

والذمي في دار الإسلام كالمسلم في حرية التنقل لأنه من الحقوق العامة. والحرية الشخصية، ومنها حرية التنقل كالمسلم، إلا في الأماكن التي تقصد للعبادة كأرض الحرم في مكة والمدينة، فإنه يمنع من الانتقال إليها والمكث فيها.

٤٨٥ - حرمة المسكن

والمقصود بحرمة المسكن حق الشخص في انفراده بمنافع مسكنه والخلوة فيه وعدم السماح لأحد بالدخول فيه إلا بإذنه لأن مسكن الإنسان عادة هو محل أسراره وراحته ولذلك أوجبت الشريعة الاستئذان للدخول إلى بيوت الغير وعدم دخولها بدون هذا الاستئذان - الإذن - قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾^(٢) فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ أَنْزِعُوا فَأَنْزِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ عَلِيمٌ^(٣)﴾^(٢).

٤٨٦ - حرية الرأي

هو حق للفرد في اختيار الرأي الذي يراه في أمر من الأمور العامة أو الخاصة وإبداء هذا الرأي وإسماعه للآخرين.

(١) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٠٣.

(٢) سورة النور، الآيتان ٢٧، ٢٨.

٤٨٧ - حرية الرأي حق للمسلم وواجب عليه

حرية الرأي بالمعنى الذي ذكرته حق ومكفول للمسلم وثابت له لأن الشريعة الإسلامية أقرته له، وما أقره الشرع الإسلامي للفرد لا يملك أحد نقضه أو سلبه منه أو إنكاره عليه. بل إن حرية الرأي واجب على المسلم لا يجوز أن يتخلى عنه لأن الله تعالى أوجب عليه النصيحة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولا يمكن القيام بهذه الواجبات الشرعية إلا بتمتعه بحق إبداء الرأي وحرية فيه، فكانت حرية الرأي له وسيلة إلى القيام بهذه الواجبات وما لا يتأتى الواجب إلا به فهو واجب. ومن النصوص التي وردت في النصيحة وفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قول رسول الله ﷺ: «الدين النصيحة. قلنا: لمن يا رسول الله؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم» رواه الإمام مسلم وقال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: «... وأما النصيحة لأئمة المسلمين فمعاونتهم على الحق وطاعتهم فيه وأمرهم به ونهيهم عن مخالفته، وتذكيرهم برفق وإعلامهم بما غفلوا عنه ولم يبلغهم من حقوق المسلمين»^(١). وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٢). وواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، يستلزم تمتعهم بحرية الرأي، وحيث قد أمرهم الله بهذا الواجب فهذا يعني منحهم حق إبداء رأيهم فيما يرونه معروفاً وفيما يرونه منكراً وفيما يأمرهم به وينهون عنه. وكذلك واجب المشاورة على ولي الأمر يستلزم تمتع من يشاورهم بحرية إبداء آرائهم.

٤٨٨ - لا يجوز إيذاء الشخص لإبداء رأيه

وإذا كانت حرية الرأي والتعبير عنه وإياداه من الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية لكل مسلم ومسلمة في دار الإسلام فلا يجوز إيذاء الشخص لقيامه بإبداء

(١) شرح الأربعين النووية للإمام النووي ص ٣٥ - ٣٧.

(٢) سورة التوبة، الآية ٧١.

رأيه، لأن الشرع أذن له بذلك، وقد ردت امرأة على عمر بن الخطاب وهو يخطب في المسجد في مسألة المهور فلم يمنعها بل اعترف بأن الصواب معها.

٤٨٩ - حدود حرية الرأي

قلنا أن حرية الرأي والتعبير عنه من الحقوق المعترف بها في الشريعة الإسلامية للفرد في المجتمع الإسلامي ولكن حماية هذا الحق للفرد إنما يكون ما دام هو ملتزماً بالحدود الشرعية لحرية الرأي والتعبير عنه فإذا خرج صاحب الرأي عن هذه الحدود الشرعية كما لو صار استعماله لحرية الرأي أداة إيذاء وإضرار بالآخرين أو إثارة فتنة أو تجاوز لحق الشرع أو طعناً في الدين وتسفيهاً لأحكامه أو دعوة للخروج عليها ونحو ذلك فإنه يمنع من ذلك، لأن من حق الآخرين أن لا يضرهم أحد وأن من حق الشرع أن تحترم أحكامه لأن الدار دار الإسلام وليست دار كفر، ودار الإسلام يحكمها ويحكم فيها الإسلام ومن أحكامه عدم إظهار الكفر فيها ومن الكفر الطعن في الدين وتسفيه أحكامه بل إن مثل هذا الطعن في الدين يعتبر ردة من المسلم يعاقب عليها ولا يشفع له تشبثه بحقه بحرية الرأي لأنه مسلم وبإسلامه التزم أحكام الإسلام وعدم الخروج عليها. فالرأي إذن أي إبدائه أو التمسك بحرية الرأي كل ذلك يقف ويمنع إذا صار أداة أضرار بالآخرين ودعوة إلى التمرد على أحكام الدين وخروج عن نطاق الشرع.

٤٩٠ - ما يلاحظه المسلم في استعماله حرية الرأي

وينبغي للمسلم وهو يستعمل حقه في إبداء رأيه أن يتوخى في ذلك الأمانة والصدق فيقول ما يراه حقاً وإن كان هذا الحق مرأً وصعباً عليه لأن الغرض من حرية الرأي إظهار الحق والصواب وإفادة السامع به وليس الغرض منه التمويه وإخفاء الحقيقة. وأن يقصد بإعلام رأيه إرادة الخير للأمة وأن لا يبغى برأيه ولا بإعلانه الرياء والسمعة أو التشويش على المحق أو إلباس الحق بالباطل أو بخص

الناس حقوقهم أو تكبير سيئات ولاية الأمور وتصغير حسناتهم وتصغير شأنهم والتشهير بهم وإثارة الناس عليهم للوصول إلى مغنم. كما يلزم عند إبداء الرأي مراعاة المبادئ الإسلامية والأحكام الشرعية، فيزن كل قول يقوله - وهو يعبر عن رأيه - بميزان الشرع حتى لا يقع في الشطط أو قول الباطل الذي يوقعه في معاصي اللسان، وفيما هو محظور شرعاً.

٤٩١ - حق العمل

حق العمل من الحقوق العامة للفرد في دار الإسلام، لأن العمل مباح ومرغب فيه بالشرع دل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(١) وجاء في تفسيرها: الأمر بالانتشار في الأرض للإباحة، والمعنى إذا فرغتم من الصلاة فانتشروا في الأرض للتجارة والتصرف في حوائجكم، وابتغوا من فضل الله أي من رزقه بالبيع والشراء ونحوهما^(٢) وقال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(٣) وجاء في تفسيرها إن الله تعالى جعل الأرض سهلة يمكن السلوك والاستقرار عليها، فامشوا في أطرافها وطرقها وفجاجها وحيث أردتم في أقاليمها بأنواع التسبب والتكسب^(٤). وجاء في تفسير الألوسي: واستدل بالآية على نذب التسبب والكسب^(٥) فمباشرة العمل حق من حقوق الفرد، لا يجوز منعه منه ما دام العمل مشروعاً.

٤٩٢ - حق الفرد في العمل وحرية فيه

وما دام أن مزاولة الأعمال من حقوق الأفراد وأن الشرع رغب بالعمل فلا

(١) سورة الجمعة، الآية ١٠.

(٢) تفسير الرازي، ج ٥ ص ٩، وتفسير القرطبي ج ١٨ ص ١٠٨.

(٣) سورة تبارك، الآية ١٥.

(٤) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٣٩٧.

(٥) تفسير الألوسي ج ٢٩ ص ١٥.

يجوز منعه منه كما لا يجوز إجباره عليه وهذا هو الأصل فيما يملك الفرد من حقوق: له أن يمارسها وله أن يترك مباشرتها واستعمالها، إذ لا معنى لكون الشيء حقاً للفرد إلا ما قلناه، أي له مباشرته وله تركه. كما أن ما يزاوله من أعمال يتم ذلك باختياره لا إجباره من قبل الغير ولو كان ولي الأمر. فتحصل عندنا من ذلك: أن العمل مباح، وما هو مباح كان من حق الفرد ممارسته، كما له تركه وإباحته غير مقصورة على نوع معين وإنما تشمل كل ما لم يحرمه الشرع أو يكرهه من الأعمال. وأيضاً من مظاهر ولوازم إباحة العمل، أن للفرد حق اختيار العمل الذي يرغب فيه. ولكن قد يجبر الفرد على عمله تحقيقاً للمصلحة العامة، كما لو امتنع أرباب حرفة أو صناعة عن عملهم وكان في الناس حاجة إلى عملهم، جاز لولي الأمر أن يجبرهم على العمل بأجر المثل^(١).

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٤٧.

الفرع الثالث الحقوق الخاصة حقوق الأسرة والحقوق المالية

٤٩٣ - المقصود بحقوق الأسرة

نريد بحقوق الأسرة، الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة، وتختلف هذه الحقوق باختلاف مركزه فيها، وتقوم هذه العضوية في الأسرة على أساس النسب أو الزوجية. ومن هذه الحقوق، الحقوق بين الوالدين وأولادهم، وحقوق الإرث فيما بينهم جميعاً وحقوق الأسرة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية.

٤٩٤ - الشريعة الإسلامية نظمت حقوق الأسرة

ويلاحظ هنا أن الشريعة نظمت حقوق الأسرة تنظيماً دقيقاً ومفصلاً، فبينت حقوق أعضائها وواجباتهم باعتبارهم من أفرادها، وباعتبار أن الأسرة هي الخلية الأولى التي يقوم عليها بناء المجتمع وتكوينه، وكلما كان التنظيم لها تنظيمياً دقيقاً واسعاً مفصلاً كلما كان ذلك أدعى إلى تماسك الأسرة وبنائها على أساس قوي فتعكس آثاره على المجتمع وتماسكه.

٤٩٥ - الشريعة الإسلامية تحكم حقوق الأسرة

والشريعة الإسلامية هي التي تحكم حقوق الأسرة في الوقت الحاضر إما بصورة مباشرة في البلاد التي تطبق الشريعة رأساً كالمملكة العربية السعودية

واليمن، وإما بصورة غير مباشرة وهي التي أخذت قوانينها الوضعية بخصوص الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية وفنتها، كما في مصر والعراق، وغيرهما. ومع هذا فتبقى في هذه البلاد الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي لحكم مسائل الأسرة التي لم تتناولها قوانينها الوضعية المتعلقة بالأحوال الشخصية^(١).

٤٩٦ - الحقوق المالية

وهذه الحقوق هي التي تنشئها قوانين الأحوال المدنية - كالقانون المدني مثلاً - أو قواعد المعاملات المالية^(٢) وهي أنواع - كما ذكرنا من قبل - حسب اصطلاحات القانون الوضعي: فهناك ما يسمى بالحقوق العينية، وبالحق الشخصي، وبالحق المعنوي. ونتكلم عن هذه الأنواع لبيان حكمها وطبيعتها في الشريعة الإسلامية.

أولاً - الحق العيني

٤٩٧ - تعريفه وأنواعه

قلنا فيما سبق أن الحق العيني هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين كحق الملكية. وإن هذا الحق العيني ينقسم إلى: حقوق عينية أصلية. وحقوق عينية تبعية. وأوسع الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية، ويتفرع من حق الملكية: حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق. وإن الحقوق العينية التبعية تشمل الرهن الحيازي والرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز. ونتكلم عن هذه الحقوق جميعاً مبينين أحكامها ومعانيها في الشريعة الإسلامية.

(١) الفقرة ٤٣٦.

(٢) الفقرة ٤٣٧.

أ - حق الملكية

٤٩٨ - تعريفه في الاصطلاح الشرعي^(١)

إذا حاز شخص شيئاً وكان له وحده دون غيره حق الانتفاع به والتصرف فيه شرعاً أصبح هو المالك، والشيء هو المملوك، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشرع الإسلامي ويرتب عليها آثارها، وهذه العلاقة هي الملك أو الملكية (نسبة إلى الملك) التي من آثارها تمكين المالك من الانتفاع بالشيء المملوك له والتصرف فيه بأنواع التصرفات. فحق الملكية، إذن، اختصاص بالشيء يقره الشرع الإسلامي ويخول صاحبه حق أو سلطة الانتفاع بالشيء والتصرف فيه على وجه الانفراد عند عدم المانع الشرعي. وعلى هذا لا يعتبر قيم المجنون الذي يتصرف بمال المجنون مالاً لأنه يستقل بالتصرف فيه لولا مانع الجنون ولذلك إذا زال هذا المانع عاد الممنوع وهو استقلالية المالك بالتصرف فيه.

٤٩٩ - خصائص حق الملكية

حق الملكية باعتباره تاماً هو الذي يرد على ذات الشيء - رقبته - وعلى منفعته، وهو حق عيني أصلي في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي. ولهذا الحق جملة خصائص نوجزها في الآتي.

أولاً: حق الملكية غير موقوف بوقت معين ينتهي بانتهائه، لأن حق الملكية لا يقبل التقييد بالزمان والمكان، فهو حق دائم يبقى قائماً ما دام الشيء المملوك قائماً ولا ينتهي إلاً بانعدامه أو بإخراجه من ملك صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة صاحبه حيث ينتقل إلى الورثة.

ثانياً: للمالك حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف في الشيء

(١) الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٠٨ - ٢٠٩، مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحفيف ص ٨.

المملوك له بطريق غير مباشر كأن يؤجره ويأخذ أجرته وهذا هو حق الاستغلال. وله أن يتصرف به بأي نوع من أنواع التصرفات كأن يعدمه أو يرهنه أو يبيعه، أي يتصرف به التصرفات المادية أو القانونية، وهذا هو حق التصرف. فحق التصرف أعم من حق الاستعمال وحق الاستغلال، إذ أنه يشملها ويشمل غيرهما من التصرفات القولية والفعلية^(١). وهذه السلطات التي يملكها صاحب حق الملكية، خوله بها القانون - الشريعة الإسلامية - وبيأشرها بحمايتها له.

ثالثاً: ليس على المالك ضمان الشيء المملوك له إذا أتلفه أو عدمه هو، لأن الضمان يستحقه المالك، والإنسان لا يكون مديناً لنفسه فلا يجب عليه الضمان، لأن إيجابه في هذه الحالة نوع من العبث، والأحكام لا تشرع للعبث. ولكن قد يترتب على إتلافه بعض الأحكام (كالتعزير) وهي عقوبة، إذا كان ما أتلفه ذا روح وكان إتلافه على وجه العبث والتلهي أو بصورة غير مشروعة، كمن يجعل حيواناً مملوكاً له هدفاً لرمايته ليتمرن على الرمي. وقد يكون إتلافه أمانة على سفهه تستوجب الحجر عليه.

٥٠٠ - طبيعة حق الملكية

لا شك أن الشريعة الإسلامية تعترف بحق الملكية الفردية وتحترمه وترعاه وتقرر لحفظه وحمايته وسائل كثيرة. فهي من جهة ترتب التزاماً عاماً على الكافة باحترام ملك الغير، وتعتبر التجاوز عليه من الكبائر الجالبة لسخط الله وعذابه في الآخرة، وهي من جهة أخرى تقرر العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن لم تردعه وسائل الإرشاد والتوجيه والتهديد، مثل عقوبة السارق والمختلس والغاصب. هذا من جهة اعترافها بحق الملكية وحمايته. ومن جهة أخرى تقرر أن لصاحب حق الملكية الانفراد باستغلال والتمتع بشئ الذي يملكه والتصرف فيه. إلا أن انفراد صاحب الحق في الملكية لا يعني أنه حق مطلق للفرد لا يرد عليه أي قيد ولا

(١) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٤١.

تتدخل الشريعة في تنظيمه، فالحقيقة أن الشريعة الإسلامية نظمت هذا الحق وقيدته بقيود كثيرة لم يعد معها حقاً مطلقاً بل أصبح أشبه ما يكون بـ (وظيفة) معينة يقوم بها المالك بحماية الشريعة ورعايتها وحسب توجيهها وأوامرها والقيود التي وضعتها بشأن هذا الحق. فالمالك في نظر الشريعة (كالوكيل) لا يتصرف في ملكه إلا في الحدود التي شرعها الله تعالى لتحقيق الخير والنفع له وللجماعة، وبالتالي عليه أن يخضع للقيود التي وضعتها الشريعة لهذا الحق. يدل على ما قلناه قوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾ قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية الكريمة: ﴿مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾ دليل على أن أصل الملك لله سبحانه وإن العبد ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضي الله... إلى أن قال: وهذا يدل على أنها - أي الأموال - ليست أموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها إلا بمنزلة النواب والوكلاء فاغتنموا الفرصة فيها قبل أن تزال عنكم إلى من بعدكم^(١) وأيضاً لو كان حق الملكية حقاً مطلقاً يخول صاحبه مطلق السلطات التي ذكرناها دون قيد ولا شرط لما وجد نظام الحجر على السفينة ومنعه من التصرف حتى يرشد.

٥٠١ - قيود حق الملكية^(٢)

أما قيود حق الملكية فتظهر في تنظيم الشريعة الإسلامية لهذا الحق إيجاداً وبقاءً وتنميةً واتفاقاً وتحميلاً له حقوق معينة للآخرين. فمن جهة إثبات أو ثبوت هذا الحق أنه لم يثبت أصلاً.

(١) جاء في المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي: الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة. ونصت المادة (١١٦١) من القانون المدني اليمني بقولها «المالك الشيء وحده في حدود القانون الشرعي حق الانتفاع به واستعماله واستغلاله والتصرف فيه... الخ». وجاء في المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري «المالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

(٢) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٢٣٨.

لولا إثبات الشرع له واعترافه به وحمايته له . وكذلك وجوده، فما كان ليوحد لولا اعتراف وإقرار الشرع لأسبابه . وأسبابه التي اعترف بها هي : العمل المشروع بأنواعه، والعقود والتصرفات، والميراث . فهذه هي الأسباب المنتجة لحق الملكية الذي تعترف به الشريعة الإسلامية وتحترمه وتحميه وتلزم الكافة باحترامه . فإذا ثبت هذا الحق لشخص فعليه أن يتصرف بموضوعه على الوجه المشروع، وأن يؤدي ما أوجبه الشرع فيه من حقوق . وأخيراً فإن الشريعة مع احترامها لحق الملكية الفردية تبيح لولي الأمر نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة ولو جبراً على صاحبها تحقيقاً للمصلحة العامة بعد تعويضه التعويض العادل .

ب - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

٥٠٢ - أولاً - حق الانتفاع

وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المتفع فله أن يستوفي المنفعة بنفسه أو يملكها لغيره بعوض أو بدون عوض كشخص أوصى لآخر بمنافع داره لمدة معينة ينتفع بها كيف يشاء، فإن للموصي له أن يسكنها أو يؤجرها لغيره . وأسباب هذا الحق الإجارة أو الوقف أو الوصية وهذا الحق يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة فيجوز لمؤجر السيارة أن يقيد مستأجرها باستعمالها داخل صنعاء فقط وأن يستعملها نهاراً لا ليلاً وأن ينقل بها الأشخاص لا البضائع ونحوها . ولا يجري الإرث في حق الانتفاع وهذا عند الحنفية، وعند غيرهم يجري الإرث فيه . ويجب تسليم العين إلى مالك المنفعة - صاحب حق الانتفاع فيها - ليستوفي منفعتها على الوجه الجائز له وأن يحافظ عليها وأن يردها إلى صاحبها عند انتهاء مدتها، وينتهي حق الانتفاع بانتهاء مدة الانتفاع أو بموت المتفع - هذا عند الأحناف - وعند غيرهم يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع . كما ينتهي هذا الحق بموت مالك العين . . إلى غير ذلك من أحكام حق الانتفاع المقررة في كتب الفقه . وقرر القانون اليمني في مادته (١٣٢٧) على أن حق الانتفاع حق مؤقت لشخص على عين

مملوكة للغير يخوله استعمالها واستغلالها والتصرف في منفعتها طبقاً لما يقضي به سند إنشائه. وجاء في المادة (١٣٣٤) في هذا القانون إن هذا الحق ينتهي بانتهاء المدة أو التلف أو التنازل أو يحكم القضاء أو موت المنتفع ما لم ينص القانون أو سبب إنشاء حق الانتفاع على خلاف ذلك.

٥٠٣ - ثانياً - حق الاستعمال

وهذا حق يخول صاحبه سلطة استعمال الشيء الذي يتعلق به هذا الحق لنفسه وأسرته فقط كما لو أوصى له بأرضه ليستغلها بالزراعة فقط أو ليتخذها مخزناً لبضائعه فلا يجوز أن يستعملها إلا فيما اتفق عليه.

٥٠٤ - ثالثاً - حق السكن

هذا وإذا كان حق الاستعمال مقررأ على منزل معدّ لسكن يسمى الحق في هذه الحالة بـ (حق السكن) كما لو أوصى شخص لآخر أن يسكن داره لمدة كذا من السنين، فليس له أن يستعمل هذه الدار في غير ما أوصى له به الموصي وهو سكناها فقط. ويلاحظ هنا أن كلاً من حق الاستعمال وحق السكن صورة مقيدة لحق الانتفاع يقتصر على حق استعمال الشيء دون استغلاله. كما يلاحظ أن كلاً من حق الانتفاع والاستعمال والسكن حقوق عينية لأنها تقتضي التخلية بين صاحب الحق وبين الشيء محل الحق، ومنحه سلطة مباشرة تتيح له أن يباشر حقه دون وساطة أحد.

٥٠٥ - رابعاً - حق الحكر

حق الحكر حق يخول للمحتكر الانتفاع بأرض الغير بالبناء عليها أو الغراس فيها مقابل أجرة الحكر وهي أجر مثل الأرض المحكرة. وهو نوع من الإيجار لمدة طويلة، قال فقهاء الشريعة الإسلامية به بالنسبة لأعيان الوقف الخربة التي لا يمكن

تعميرها بغلتها ولا يمكن استبدالها فجوزوا للقاضي بالإذن لناظر الوقف بتأجيرها لمدة طويلة إلى من يقوم بتعميرها بالبناء عليها أو بالغراس فيها بإيجار، غالباً ما يكون زهيداً، وقد يكون ثابتاً وقد يكون متغيراً بالزيادة والنقصان بناء على زيادة أو نقصان أجر المثل، أي الأجرة التي يستحقها مثل العين المحكرة. وقد اعترف القانون المدني المصري بحق الحكر كحق عيني ولكن قصره على الأراضي الموقوفة وشرط لجوازه بأن يكون لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة وأن لا تزيد مدته على ستين عاماً، وهذه التحديدات يتسع لها الاجتهاد الفقهي ما دام الملاحظ فيه مصلحة الوقف.

٥٠٦ - خامساً - حقوق الارتفاق

ويراد بها حقوق الانتفاع العيني، وهي حقوق مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر دون نظر إلى مالكة. ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول إلى أرض أخرى. وتسمية هذه الحقوق بـ (حقوق الارتفاق) تسمية حديثة أطلقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدري باشا الذي جعل أحكام المعاملات الشرعية بشكل مواد متسلسلة أطلق عليها هذا الاسم (مرشد الحيران)، وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الأول^(١) وحق الارتفاق يتعلق بالعقار المقرر لمنفعته وليس بمالكة ولهذا فهو لا ينتقض بانتقال ملكية هذا العقار الذي يسمى (المخدوم) من شخص إلى آخر. كما لا ينتقض هذا الحق بانتقال ملكية العقار الذي عليه هذا الحق والذي يسمى بالعقار (الخادم). ومن حقوق الارتفاق ما يأتي^(٢).

٥٠٧ - أ - حق المجرى

وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بإمرار الماء في العقار الأول

(١) كتاب المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٤٤ - ٢٤٦.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٢٩٧.

لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام . وقد يكون المجرى - الأرض التي يمر فيها الماء - ملكاً لصاحب الأرض التي يخترقها وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض الذي ينتفع به وقد يكون مشتركاً بين الاثنين . ومن أحكام هذا الحق أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من إمرار الماء فيه وإصلاحه وتعميقه وتعهده بين الحين والحين . كما أن على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الأرض التي يمر فيها، فعليه مثلاً أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح . كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء إذا كان هذا ضرورياً لدفع الضرر عن الأرض التي يمر فيها المجرى .

٥٠٨ - ب - حق المسيل

ومعناه حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى على سطح الأرض أو في أنابيب حتى يصل مستودعه أو مستقره . وقد يكون مصدر هذا الماء أرضاً زراعية أو داراً أو مقهى أو مصنعاً أو أي عقار آخر . كما أن هذا المجرى الذي تصرف فيه هذه المياه قد يكون ملكاً للمنتفع به وقد يكون مملوكاً للذي يمر المسيل في أرضه . ويبقى هذا الحق ثابتاً للعقار المنتفع به (أي العقار المخدم) وأن غيره صاحبه كأن كان داراً فجعلها حديقة أو مصنعاً أو كان أرضاً فجعلها داراً . وليس لمن يمر المسيل في أرضه أن يمانع في ذلك أو يعارض إمرار وتصريف هذا الماء، اللهم إلا إذا كان فيه ضرر فاحش لا يمكن تلافيه فله، منعه . وأخيراً فإن نفقات إصلاح المجرى الذي تمر فيه هذه المياه يتحملها المنتفع به دون غيره، كما هو الحكم في حق المجرى لأن الغرم بالغنم . فحق المسيل يختلف عن حق المجرى، من حيث أن الأول يعني حق تصريف الماء الزائد أو غير الصالح، أما الثاني فيعني جلب الماء الصالح وإمراره في أرض الغير لسقي صاحب هذا الحق .

٥٠٩ - ج - حق المرور

ويقصد به حق الإنسان في أن يصل إلى عقاره المملوك له بالمرور في طريق

عام أو خاص . أما المرور في الطريق العام فهذا حق ثابت لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الإضرار بالغير . ويثبت لهم هذا الحق سواء كانت عقاراتهم واقعة على هذا الطريق أم لا . ولمن كان عقاره واقعاً على الطريق العام حق آخر زيادة على حق المرور وهو حق الارتفاق به أي الانتفاع به بفتح الأبواب والنوافذ عليه . ولا يجوز لأحد أن يتنفع بالطريق العام على نحو يضر الناس أو يعيق سيرهم أو يضيق سعة الطريق كإنشاء بناء أو دكة أو حاجز أو شرفة واطئة ونحو ذلك . أما إذا لم يكن في الإحداث ضرر ولا أذى للناس ولا أي تعويق للمرور فيه فإنه يجوز ولكن بشرط إذن ولي الأمر على رأي الإمام أبي حنيفة خلافاً لمن لا يشترط إذن ولي الأمر^(١) .

أما المرور في الطريق الخاص ، فهذا الحق إما أن يثبت لشخص واحد أو أكثر ، والطريق الخاص إما أن يكون مملوكاً لصاحب حق المرور فيه ولكنه يقع في ملك غيره ، وإما أن يكون مملوكاً لصاحب الأرض التي يخترقها هذا الطريق الخاص . ويثبت لأصحاب الطريق الخاص الحق في فتح الأبواب والنوافذ عليه على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس ولا يجوز على غير هذا الوجه إلا بإذن الآخرين أصحاب الحق فيه لأنه كالمال المشترك بينهم . وهذا الطريق إن كان متفرعاً من طريق عام وإن كان خاصاً بأصحابه إلا أنه ليس لهم سده أو إنشاء باب على مدخله وغلق هذه الباب متى شاؤوا ، كما ليس لهم إزالة هذا الطريق بإلحاقة بعقاراتهم لأن حق العامة تعلق به منذ إنشائه وهو حق التجائهم إليه ودخولهم فيه عند الازدحام في الطريق العام . إلا أنه إذا كان منذ إنشائه معزولاً عن الطريق العام حيث أقيم له باب على مدخل فإنه في هذه الحالة لا تعلق لحق العامة به وبالتالي يجوز لأصحابه التصرف بإغلاقه أو بإزالته إذا شاؤوا .

٥١٠ - د - حق التعلي

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلاً

(١) كتابنا المدخل للدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

كما في دار مكونة من طبقتين: سفلى وعليا، وكل طبقة مملوكة لشخص، أي تكون السفلى للمالك والعليا للمالك آخر، فبهذا يكون لصاحب العليا حق القرار على ذلك السفلى والانتفاع بسقفه وإن لم يكن مالكا له إذ هو مملوك لصاحب السفلي. وهذا الحق يبقى قائما وإن انهدم البناء الأسفل أو الأعلى ولصاحب العلو أو لوارثه من بعده الحق في بناء وإحداثه من جديد حين يريد. وحق التعلي لا يباع استقلالاً عند الحنفية لأنه ليس بمال وإنما يباع ضمن علو بناؤه قائم فعلاً. ويجوز بيعه مستقلاً عند غير الحنفية كالمالكية والحنابلة، بل وحتى إذا لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل^(١).

ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفلى متعلقاً بملك آخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرراً بصاحبه. فليس للمالك السفلى مثلاً أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه إلى الانهدام كما ليس للمالك العلو أن يبنى عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤه بالسفلى. وإذا هدم مالك السفلى بناءه أجبر على إعادته وإعادة بناء العلو. أما إذا انهدم لوهمه وضعفه فإن مالكة لا يجبر على إعادته ولكن للمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على إعادة بنائه أو يراجع المحكمة لأخذ الإذن منها بإعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع عليه بما أنفق. وإذا انهدم العلو أو هدمه مالكة فإنه لا يجبر على إعادته إذ لا ضرر على صاحب السفلى من ذلك.

ثانياً - الحقوق العينية التبعية

٥١١ - أ - الرهن الحيازي^(٢)

وهو من الحقوق العينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٤٢، فتح القدير، شرح الهداية، ج ٥ ص ٥٠٥.
(٢) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٣٠٣ - ٣٠٤.

أموال المدين. وسميت تبعية، كما سبق أن قلنا لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها بل مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به.

٥١٢ - تعريفه

عرف بأنه «احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من المدين»^(١).

٥١٣ - مشروعيته

وقد ثبت مشروعيته بالكتاب والسنة فمن الكتاب وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾^(٢) وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد. وقد قال العلماء أن الرهن جائز في السفر بنص الآية، وفي الحضر ثابت بسنة الرسول ﷺ. وذكر السفر في الآية الكريمة ليس شرطاً أو قيداً لجواز الرهن وإنما خرج مخرج الغالب، فليس كون الرهن في الآية في السفر مما يحظره في غيره.

٥١٤ - من شروط الرهن الحيازي: القبض

ويشترط في الرهن الذي نتكلم عنه وجاء ذكره في الآية وفي السنة حيازته أي تسليمه إلى الدائن المرتهن، ولا يصح بدون هذا القبض، ولهذا إذا رجع الرهن إلى الراهن باختيار المرتهن بطل الرهن وهذا ما صرح به المالكية محتجين بقوله تعالى: ﴿فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾ فإذا خرج عن يد القابض لم يصدق ذلك اللفظ ﴿فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾

(١) أحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٤٠٧ - ٤١٤، وكتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٣٥.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٣.

عليه فلا يصدق عليه حكماً. وعلى هذا إذا رهنه قولاً ولم يقبضه فعلاً - أي لم يسلمه المرهون - لم يوجب ذلك حكماً لقوله تعالى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ قال الشافعي رحمه الله: لم يجعل الله الحكم إلا برهان موصوف بالقبض فإذا عدت الصفة وجب أن يعدم الحكم.

٥١٥ - لا يغلق الرهن

جاء في الحديث الشريف «لا يغلق الرهن» وهو أن يشترط المرتهن الدائن - أن الرهن أي الشيء المرهون يكون عوضاً عن دينه إن لم يسدده المدين بأجله، وكان هذا فعل الجاهلية فنهى عنه النبي ﷺ بهذا الحديث. وللرهن أحكام كثيرة مذكورة في كتب الفقه نكتفي منها بما ذكرناه ونضيف إليها حكماً آخر وهو أن المدين إذا لم يسدد الدين جاز للدائن المرتهن بيع الرهن واستيفاء دينه من ثمنه ورد الباقي إلى المدين وإن لم يبق شيء من الثمن بعد استيفاء الدين لم يلزم الدائن برد شيء إلى المدين، وإن لم يف ثمن الرهن بسداد الدين كان الباقي من الدين ديناً في ذمة المدين ولا يلزم بتقديم رهن جديد بالباقي من الدين. هذا وإن الرهن الحيازي في الشريعة الإسلامية يمكن أن يكون عقاراً أو منقولاً، ولكن لا بد من القبض كما ذكرناه.

٥١٦ - ب - الرهن الرسمي

وهذا كما قلنا باتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون أمام موظف رسمي يوثق اتفاقهما بتسجيله في السجل الخاص ويوقع عليه الطرفان بحضوره. ولا يشترط في هذا الرهن قبض المرهون وإنما يكتفي بالتأشير على العقار بأنه مرهون. لأن هذا الرهن لا يمكن أن يقع إلا على العقار ولا يصح في المنقول بخلاف الرهن الحيازي. ويكون للدائن حق الأولوية في استيفاء دينه عند بيعه، وحق تبعه في أي يد ينتقل إليها. وهذا الرهن لم يتطرق إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، لأنه - كما

يبدو - لم يقع في التعامل فلم يتكلموا فيه . ولكن يمكن القول بجوازه في الوقت الحاضر لأن تسجيل هذا الرهن في السجل الرسمي يقوم مقام القبض ، ولأن الغرض من الرهن توثيق الدين وضمان استيفائه وهذا المقصود حاصل في هذا النوع من الرهن . وقد نص عليه القانون المدني المصري في المادة (١٠٣٠) .

٥١٧ - ج - حق الاختصاص

أشرنا إليه من قبل وخلاصته أنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار مملوك للمدين بموجب أمر يصدره القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ ، وبناء على طلب هذا الدائن . وهذا الحق له شبه بالرهن الرسمي فيما يرتبه للدائن من حقوق ، ومن جهة عدم وروده إلّا على العقار وأنه لا يحرم المدين من حيازة هذا العقار . ولم أقف على قول لفقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا الحق ومدى حق الدائن الذي استحصل حكماً بدينه في التقدم إلى القاضي بمثل هذا الطلب ولكن يبدو لي أن لا مانع من الأخذ به إذا أمر به ولي الأمر باعتباره رأياً اجتهادياً .

٥١٨ - د - حق الامتياز

وهذا الحق مضمونه أولوية يقررها القانون لبعض الحقوق بجعل الوفاء بها مقدماً على غيرها من الحقوق من ثمن عين معينة من أموال المدين أو من ثمن جميعها ، كما ذكرنا من قبل . وهذه الأولوية في إيفاء بعض الديون خروج على قاعدة مساواة الدائنين العاديين في استيفاء ديونهم من أموال المدين حتى إذا لم تف أمواله لإيفاء جميع الديون قسمت عليهم قسمة الغرماء أي بنسبة ديونهم . ولكن وجود حق امتياز لأحد الدائنين يجعله مفضلاً على الآخرين فيستوفي دينه أولاً ثم يليه الدائنون الآخرون . ولا يثبت هذا الحق إلّا بنص بالقانون . وقد عرفت المادة (١١٣٠) من القانون المدني المصري حق الامتياز بأنه (أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته) . فهل يوجد مثل هذا الحق في الفقه الإسلامي؟ يوجد ما

يمكن القياس عليه أو يستأنس به، فقد جاء في فقه الحنفية في تعدد المتفق عليهم - أي تعدد المستحقين للنفقة - إذا كان من تجب عليه النفقة لا يستطيع الإنفاق عليهم جميعاً ففي هذه الحالة، كما جاء في (الدر المختار) في فقه الحنفية يقدم الأحق في النفقة كما في الأبوين وفي الأب والطفل. قال صاحب الدر المختار «لو لم يقدر على نفقة أحد والديه فالأم أحق. ولو له أب وطفل فالطفل أحق به..» قال ابن عابدين تعليقاً على هذا القول: قوله: «فالأم أحق لأنها لا تقدر على الكسب ويؤيده ما رواه أبو داود والترمذي وحسنه عن معاوية القشيري، قلت يا رسول الله: من أبر؟ قال أمك. قلت ثم من؟ قال أمك. قلت ثم من؟ قال أمك. قلت ثم من؟ قال أبك ثم الأقرب فالأقرب»^(١). وكذلك نص الحنابلة على أن نفقة الزوجة تقدم على سائر الأقارب^(٢). وعلى هذا يجوز تقديم ديون بعض الدائنين على بعض في الاستيفاء إذا ضاقت أموال المدين عن إيفائها جميعاً وبالتالي يجوز لولي الأمر أن يعين ما تكون به الأولوية لبعض الديون في الاستيفاء من أموال المدين لمعنى في الدين الذي يستحق الأولوية.

الفرع الرابع الحق الشخصي في الشريعة الإسلامية

٥١٩ - تعريفه

يمكن تعريف الحق الشخصي في الفقه الإسلامي، بما ذكرناه من تعريف له في القانون الوضعي، لأن معناه وعناصره معروفة لدى الفقهاء، ولهذا يعرفون (العقد) وهو مصدر مهم من مصادر الالتزام - والالتزام هو الحق الشخصي منظور فيه إلى المدين - «بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٣ ص ٦١٦.

(٢) كشف القناع في فقه الحنابلة ج ٣ ص ٣١٦.

الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه»^(١) والمعقود عليه، هو محل أو موضوع الحق الشخصي. وقد يكون إعطاء الشيء - أي نقل ملكيته - وقد يكون عملاً، كتعاقد مريض مع طبيبه على إجراء عملية جراحية له، وقد يكون امتناعاً عن عمل جرى العرف بجوازه^(٢).

٥٢٠ - التفريق بين الحق الشخصي والحق العيني

وما قلناه في أوجه التفريق بين الحق الشخصي والحق العيني في فقه القانون الوضعي يقال هنا ولهذا نرى فقهاء الشريعة الإسلامية يرتبون نتائج هي في الحقيقة ناتجة عن الفروق بين هذين الحقين. فيقولون مثلاً أن (حق الملكية) وهو حق عيني، حق دائم لا يقبل التوقيت في أصله بينما الحقوق الشخصية، مثل عقد الاستئجار يقبل ذلك وينتهي دائماً إما بانتهاء مدته أو بموت المؤجر أو بموت المستأجر عند الحنفية. وكذلك يرتبون على حق الملكية حق التصرف الكامل بموضوع هذا الحق تصرفاً مباشراً للمالك، وليس الأمر كذلك بالنسبة لما للدائن قبل المدين إذ لا يستطيع اقتضاء حقه من مدينه إلا بواسطة المدين على وجه الاختيار منه أو على وجه الإجبار عليه من قبل القاضي.

(١) كتابنا مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٨٨.

(٢) كتابنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٣٠٧.

الفرع الخامس الحقوق المعنوية أو الذهنية ومنها (حق المؤلف)

٥٢١ - تمهيد

ذكرنا فيما سبق أن المقصود بالحقوق المعنوية، أو الحقوق الذهنية كما يسميها البعض ترد على أشياء معنوية غير محسوسة هي من نتاج فكر الإنسان، ومنها حق المؤلف على مصنفه. وإن القانون الوضعي اعترف بهذه الحقوق وقرر لها حمايته، ورتب على ذلك لصاحبها حقوقاً معنوية منها حقه في نسبة نتاجه إليه والتفرد بنشره إذا أراد ذلك... الخ. كما اعترف بحقه في الاستفادة (مادياً) من هذا النتاج وكل ذلك بشروط معينة أشرنا إليها فيما سبق. ونريد هنا أن نتبين حكم الشريعة الإسلامية بهذه الحقوق من جهة اعترافها بها وما ترتبه لها من حماية وما تقرره لأصحابها من حقوق، ونقتصر في بحثنا هنا على حق التأليف، أو حق المؤلف، بالنطاق الذي اعترف به القانون الوضعي وأقره للمؤلف.

٥٢٢ - حق المؤلف جديد على الفقه الإسلامي

لم يتطرق الفقهاء القدامى في بحوثهم عن الحقوق، عن حق المؤلف على ما يصنفه أو يؤلفه لأنهم كما يبدو لم يروا حاجة لمثل هذا البحث، لعدم تعامل الناس به، ولا مطالبة لأحد بمثل هذا الحق. ولكن الأمر اليوم قد اختلف تماماً، وأصبح من المتعارف عليه والشائع بين الأفراد وأصحاب النتاج الفكري المطالبة بحقوقهم المادية عن هذا النتاج ولزوم اختصاصهم به والتفرد بالتصرف فيه، بما يناسبه من تصرف، كما يتصرفون في موضوع حقوقهم المالية الأخرى.

النتاج الفكري أو الذهني مثل تصنيف المصنفات ذات الأصالة العلمية أو الابتكار في موضوع أو في العرض أو في التبويب هي من نوع (المنافع). وقد اختلف الفقهاء في اعتبار المنافع من الأموال. فقال الحنفية: المنافع لا تعتبر أموالاً، واستدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن إحرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لأنها أعراض لا تبقى زمانين بل تحدث آنأ بعد آن فلا يمكن إحرازها وبالتالي لا تعتبر مالاً، فهي قبل أن تحدث معدومة، والمعدوم ليس بمال، وبعد حدوثها لا يمكن إحرازها وما لا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً. ولكن إذا لم تكن بذاتها مالاً إلا أنها تصير مالاً بالعقد كالإجارة - استحساناً - لورود النص بذلك وجريان العرف به^(١). واحتج الجمهور على مالية المنافع، بأن المال مخلوق لصالح الآدمي، والمنافع كذلك. وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها. وبأن الأعيان إنما تكون مالاً باعتبار الانتفاع بها، لأن الانتفاع بها هو المقصود، فما لا ينتفع به لا يكون مالاً فكيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً؟^(٢) وأيضاً فالشرع الإسلامي أجاز أن تكون المنافع مهراً، والمهر لا يكون إلا مالاً بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾^(٣) فالمنافع إذن من الأموال. كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به وهذا آية كونها مالاً، إذ لو لم تكن مالاً في ذاتها لما صارت مالاً بالعقد لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تؤكد خصائصها^(٤).

(١) تبين الحقائق شرح كتر الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة النساء، الآية ٢٤.

(٤) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ج ١ ص ١٧١ - ١٧٢.

٥٢٤ - الراجح أن المنافع أموال

وقول الجمهور هو الراجح، فالمنافع تعتبر أموالاً، لما احتجوا به، وبدلالة الحديث الصحيح الذي رواه الإمام البخاري في صحيحه عن سهل بن سعد الساعدي، وفيه: أن النبي ﷺ قال للرجل هل معك من القرآن شيء؟ قال معي سورة كذا وسورة كذا. قال ﷺ: اذهب فقد أنكحتها بما معك من القرآن^(١) وقد ترجم الإمام البخاري لهذا الحديث بقوله: «باب التزويج على القرآن وبغير صداق» وقال ابن حجر العسقلاني تعليقاً على ترجمة البخاري (أي على تعليم القرآن وبغير صداق مالي) ثم قال ابن حجر بهذا الحديث: واستدل به على جواز جعل المنفعة صداقاً ولو كان تعليم القرآن^(٢). وبهذا الحديث النبوي الشريف وبغيره من الأدلة قال الشافعية والظاهرية والزيدية بمالية المنافع. وكذلك قول الإمام أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه مجتمعاً بحديث الرسول ﷺ ولأن تعليم القرآن أو سورة منه منفعة معينة مباحة فجاز جعلها مهراً كتعليمها نحوه أو فقهاً^(٣) كذلك قال القائلون بجعل تعليم القرآن مهراً للزوجة، أن يكون المهر تعليمها صناعة معينة أو يعلمها فقهاً أو لغة أو نحوه أو غير ذلك من العلوم الشرعية أو العلوم المباحة^(٤).

٥٢٥ - النتائج الفكرية والعرف

هذا وقد جرى العرف على اعتبار النتائج الفكرية ومنه وضع المصنفات والمؤلفات من المنافع ذات القيمة المالية وبالتالي يكون للمؤلف حق مالي وحق

(١) صحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ٩ ص ٢٠٥.

(٢) صحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ٩ ص ٢٠٥.

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٦٨٣ - ٦٨٤، المجموع شرح المذهب للنووي ج ١٥ ص ٤٨٤، المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٤٥٤، شرح الأزهار في فقه الزيدية ج ٢ ص ٢٥٥.

(٤) المغني ج ٦ ص ٦٨٢ - ٦٨٣، المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٤٨٤، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٤، شرح الأزهار في فقه الزيدية ص ٢٥٥ - ٢٥٨.

معنوي على مؤلفه، حق معنوي بنسبته إليه وانفراده بحق نشره وتوزيعه. وحق مالي يتمثل بقابلية هذا النتاج الفكري للمعاوضة المادية. والعرف يصلح أن يكون مصدراً للحقوق ما دام لا يخالف نصاً شرعياً ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية وهو هنا لا يخالف شيئاً من نصوص الشريعة ومبادئها. بل يمكن أن يقاس حق المؤلف المادي على نتاجه الفكري، على حق (المعلم) فيما يتقاضاه من عوض مادي على إلقائه المحاضرات العلمية والتدريسية وكل الفرق أن (المعلم) يلقي دروسه شفهاً وتعليمه شفهاً، والمؤلف يضع تعليمه في كتاب مطبوع يتداوله الناس فهو أولى بالعوض المادي من (المعلم).

٥٢٦ - حق المؤلف ووضع القواعد لتنظيمه

وما دام أن حق المؤلف، مصدره كونه (منفعة) لا شك فيها وبالتالي يعتبر مالاً والمال يصلح للمعاوضة ويؤكد كونه مالاً تعامل الناس به واعتبارهم إياه من الحقوق المالية فإنه يستطيع أن يتعاقد مع الناشر على طبع مؤلفه والاتفاق معه على كيفية هذا الطبع وعدد المطبوع ومقدار العوض الذي يستحقه كما يجوز لولي الأمر أن يضع القواعد التنظيمية لهذا الحق وكيفية حمايته، وليس في ذلك ما يخالف الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني أركان الحق

٥٢٧ - ركن الحق

قلنا فيما سبق أن الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص يحميها القانون. ومن هذا يتبين أن للحق ركنين هما: صاحب الحق، ومحل الحق. وصاحب الحق هو الشخص^(١).

٥٢٨ - منهج البحث

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

- المبحث الأول: أشخاص الحق في القانون الوضعي.
- المبحث الثاني: أشخاص الحق في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الثالث: محل الحق في القانون الوضعي.
- المبحث الرابع: محل الحق في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول أشخاص الحق في القانون الوضعي

٥٢٩ - المقصود بالشخص في اصطلاح القانون^(٢)

الشخص في اللغة العادية هو الإنسان أو الفرد. ولكن في الاصطلاح القانوني

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق ص ٢٠٧.

(٢) الدكتور البدراوي، المرجع السابق ص ٣٢٤ - ٣٢٥.

يراد به معنى خاص، فالشخص في القانون هو من يتمتع بالشخصية القانونية، وهي صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وتثبت هذه الشخصية القانونية لكل إنسان منذ ولادته وتلازمه حتى وفاته، ويقتصر عمل القانون على مجرد الاعتراف بها وتقريرها. وهذه الشخصية القانونية التي تثبت لكل إنسان تثبت أيضاً لبعض المجموعات من الأشخاص والأموال كالجمعيات والشركات وتسمى أشخاصاً اعتبارية أو معنوية، ولها - كالإنسان الطبيعي - صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. فالإلى جانب الأشخاص الطبيعيين نجد الأشخاص الاعتباريين، فلا بد من الكلام عنهما للتعريف بهما وذلك في مطلبين متتاليين: الأول: للشخص الطبيعي. والثاني: للشخص الاعتباري.

المطلب الأول

الشخص الطبيعي^(١)

٥٣٠ - تمهيد

الشخص الطبيعي هو الإنسان الفرد قلنا أن الشخصية القانونية - وهي أهلية الوجوب - تثبت له بمجرد ولادته حياً، وتلازمه طيلة حياته وتنتهي بوفاته. ومتى ولد الإنسان حياً اختير له اسم يتميز به عن غيره، وتحدد مركزه القانوني في المجتمع الذي يعيش فيه. وهذا المركز القانوني يتحدد بجملة من الصفات يطلق عليها الشرح اصطلاح (الحالة). وقوام هذه (الحالة) أو عناصرها هي انتساب الشخص إلى دولة معينة، وإلى أسرة معينة، وإلى دين معين. ومن باشر الإنسان تصرفات قانونية، افترض أن له محلاً يخاطب بشأنها، وهذا المحل هو الذي يسمى في الاصطلاح بـ (الوطن). ويلاحظ أن الأفراد وإن تساوا في الشخصية القانونية، أي في أهلية الوجوب إلا أنهم يختلفون في ما يسمى بـ (أهلية الأداء) وهي تعني

(١) البدرائي، المرجع السابق ص ٣٢٦ وما بعدها، وأنور سلطان، المرجع السابق ص ٢١٠ وما بعدها.

مدى صلاحياتهم في صدور الأفعال منهم على وجه يعتد بها. وعلى هذا فالكلام عن الشخص الطبيعي يقتضينا الكلام عن بدء الشخصية القانونية التي يتمتع بها وانتهائها وعن مميزات الشخصية القانونية وهي الحالة (التي تحدد مركزه بالنسبة إلى دولة معينة وإلى أسرة معينة وإلى دين معين) والاسم هو وسيلة التعرف عليه - أي على الشخص الطبيعي - وأخيراً الوطن الذي يساعد في العثور على المكان الذي يقيم فيه. ثم نتكلم عن الأهلية التي يتمتع بها سواء كانت أهلية وجوب أو أهلية أداء، وكل ذلك في فروع متتالية على النحو التالي:

الفرع الأول: بدء الشخصية القانونية وانتهائها.

الفرع الثاني: مميزات الشخصية القانونية - الميزة الأولى - الاسم.

الفرع الثالث: الميزة الثانية - الحالة.

الفرع الرابع: الميزة الثالثة - الموطن.

الفرع الخامس: الأهلية.

الفرع الأول

بدء الشخصية القانونية وانتهائها

(مدة الشخصية)

٥٣١ - بدء الشخصية القانونية للإنسان بولادته حياً

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً، وعلى هذا نص القانون المدني المصري في مادته (٢١) إذ قال (شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً) وكذلك نص القانون المدني اليمني في المادة (٣٨) إذ قال (الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً).

وتثبت حياة المولود بكل ما يستدل به عليها من صوت المولود وبكائه وتنفسه وحركته. وواقعة الميلاد من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود.

٥٣٢ - أهلية الجنين (الحمل المستكن)

تثبت للجنين في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة يكتسب على أساسها بعض الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول: كالإرث والوصية، ولكن لا تثبت عليه حقوق للغير. وقد نصّ القانون المصري قانون الموارث رقم (٧٧) لسنة (١٩٤٣) على أنه (يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى) وكذلك نص القانون المدني اليمني على توريث الحمل وصحة الوصية له^(١). فإن ولد حياً أخذ الموقوف له من تركة قريبه المتوفى والموصي به، وإن ولد ميتاً رد الموقوف إلى ورثة المتوفى أو الموصي. فالقانون المدني اليمني والقانون المدني المصري متماثلان بالنسبة للمركز القانوني للجنين في بطن أمه. بالنسبة إلى إثبات واقعة الولادة وولادة الجنين حياً وما إلى ذلك.

٥٣٣ - انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بانتهاء حياته أي بموته. والموت واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات المعتبر كما نصت على ذلك المادة (٣٠) من القانون المدني المصري وكذلك نص القانون المدني اليمني بالمادة (٣٨) على أن (الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته). فالأصل في انتهاء الشخصية القانونية أن يكون بالموت حقيقة ولكن تنتهي أيضاً بالموت الحكمي. بالنسبة للمفقود، فما المقصود بالمفقود وما أحكامه ومتى يحكم بموته؟ هذا ما نبينه في الفقرة التالية.

(١) المادة ٢٢٠ من القانون المدني اليمني.

٥٣٤ - مركز المفقود

المفقود هو الغائب الذي لا يعرف حاله: أحي هو أم ميت. وتحكم أمور المفقود وما يتعلق به أحكام الشريعة الإسلامية وما شرع بشأنه من قوانين وضعية، وهذا في مصر فقد نصت المادة (٣٢) من القانون المدني المصري (يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام في قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية) وكذلك نص القانون المدني اليمني في المادة (٥٤) على بعض أحكام المفقود مثل تعيين وكيل عنه أو اعتماد الوكيل الذي وكله المفقود قبل فقده... الخ.

٥٣٥ - حكم المفقود

أحكام المفقود تختلف باختلاف الحالات التي يكون فيها وهي:

أولاً: حكمه في حالة فقده وقبل أن يصدر القاضي حكماً بموته.

ثانياً: حكم المفقود في حالة حكم القاضي بموته وأثر ذلك.

ثالثاً: الحكم في حالة ظهوره حياً بعد أن صدر الحكم القضائي بموته. ولكل من هذه الحالات الثلاث أحكام خاصة تتعلق بالمفقود نفسه وبذوي العلاقة به. نذكر بعض الأحكام المتعلقة بهذه الحالات، والتفصيل موجود في كتب الفقه الإسلامي.

٥٣٦ - حكم المفقود في حالته الأولى في القانون المصري

حكم المفقود طيلة مدة فقده أنه يعتبر حياً بالنسبة لحقوقه التي كانت له قبل فقده وبالنسبة للأحكام التي تترتب على ثبوت موته، ويعتبر ميتاً في حق اكتساب حقوق جديدة أي يعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته. وعلى ذلك يكون حكم المفقود في هذه الحالة ما يلي:

أولاً: مال المفقود لا يقسم على ورثته لأنه يعتبر حياً في حقوقه التي كانت له قبل فقده ومنها بقاء ملكيته. وتبقى عليه النفقة في ماله على من كانت تجب لهم عليه كنفقة زوجته وأولاده لأن سقوط النفقة حكم يترتب على موته، وقد اعتبرناه حياً فلا تسقط عنه النفقة الواجبة لغيره. وكان مقتضى ذلك بقاء الرابطة الزوجية وعدم التفريق بينه وبين زوجته، ولكن القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩، في مصر، أجاز للزوجة أن تطلب إلى القاضي تطليقها طلاقاً بائناً إذا غاب الزوج بلا عذر سنة فأكثر إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ثانياً: المفقود لا يرث أحداً ممن مات وهو لا يزال يعتبر مفقوداً ولا يستحق ما يوصي به له، لأنه يعتبر ميتاً بالنسبة لهذه الأحكام التي تكسبه حقوقاً جديدة، ولكن قانون الموارث المصري نص على الاحتفاظ بنصيبه من الميراث وكذا ما أوصي له به، على فرض أنه حي حتى يتبين أمره، فإن ظهر أنه حي أخذ الموقوف له من ميراث ووصية، وإن حكم عليه بالوفاة أي اعتبر ميتاً بحكم القاضي رد الموقوف إلى مستحقه.

٥٣٧ - حكم المفقود في حالته الأولى في القانون اليمني^(١)

يظل ماله ملكاً له ولا يقسم على ورثته لأنه يعتبر حياً طيلة مدة فقده، والإنسان لا يورث وهو حي. ولا تسقط عنه النفقة الواجبة عليه شرعاً لزوجته وأولاده ومن يلزمه الإنفاق عليهم. وبالنسبة لزوجته نصت المادة (٥٠) من قانون الأسرة اليمني على أنه لزوجته الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق. أما بالنسبة لميراثه من الغير فقد نصت المادة (٣٧) من قانون الموارث اليمني: بأن النصيب الشرعي للمفقود يخرج من التركة ويوقف، فإن ظهر المفقود حياً حقيقة أو بحكم الحاكم

(١) الدكتور الشامي، المرجع السابق ص ١٩١.

وقت موت المورث أخذه وإلا فإن نصيبه الموقوف يوزع على من يستحقه من الورثة وقت وفاة المورث.

٥٣٨ - حكم الحالة الثانية للمفقود في القانون المصري

وهذه الحالة، هي الحكم من القاضي بموت المفقود أي باعتباره ميتاً ويترتب على هذا الحكم من تاريخ صدوره ما يترتب على موت المفقود حقيقة في هذا الوقت، وذلك بالنسبة لحقوقه. وأما بالنسبة لمال غيره فيعتبر من يوم الفقد. ويترتب على ذلك ما يأتي:

أولاً: يرد نصيبه الذي أوقف له من الميراث إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه. وكذلك الوصية ترد إلى ورثة الموصي وعلى هذا نصت المادة (٤٦) من قانون الموارث المصري، بقولها: «يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه».

ثانياً: أما أمواله فتعتبر تركه يوم الحكم بموته، وتقسم هذه التركة بين ورثته الموجودين وقت الحكم. كما نص على ذلك قانون الموارث المصري.

ثالثاً: تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ صدور حكم القاضي بموته ما لم يكن قد طلقت منه قبل ذلك، ولها بعد انقضائها أن تتزوج بمن تشاء. وعلى هذا نصت المادة (٢٢) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩).

٥٣٩ - الحالة الثانية للمفقود والحكم الواجب فيها في اليمن

يصدر القاضي حكمه القاضي باعتبار المفقود ميتاً وفقاً لما جاء في المادة (١١١) من قانون الأسرة اليمني بعد مضي أربع سنوات من غيابه إذا كان خروجه في حالة يغلب معها الهلاك كفقده في حالة الحرب. أما إذا كان خروجه في سياحة

فلا يصدر القاضي حكمه إلا بعد مضي (٧٠) سنة من تاريخ ميلاده. فإذا أصدر القاضي حكمه بموت المفقود فإن الأحكام المترتبة على ذلك هي ما يأتي.

أولاً: يوزع ماله - باعتباره تركه - إلى ورثته الموجودين وقت الحكم بموته.

ثانياً: يرد نصيبه الذي أوقف له من تركه مورثه إلى مستحقه وترد الوصية له إلى ورثة الموصي.

ثالثاً: تعدد زوجة المفقود عدة الوفاة من تاريخ الحكم بموته ولها بعد أن تنقضي عدتها أن تتزوج بمن تشاء.

٥٤٠ - الحالة الثالثة / ظهور المفقود حياً بعد الحكم في مصر

إذا صدر حكم القاضي بموت المفقود فإن ما يترتب عليه ما يأتي:

أولاً: بالنسبة لأمواله التي قسمت بين ورثته فإنه يستردها إن كانت قائمة أو يسترد الباقي منها، وكذلك يفعل بالنسبة للموصى به يسترده من أيدي ورثة الموصي أو الباقي منه. ولا يضمن هؤلاء شيئاً إذا كانوا قد استهلكوا ما آل إليهم ميراثاً أو وصية لأن يدهم عليه كانت يداً شرعية استولوا عليه بإذن شرعي وحكم شرعي سليم. وكذلك الحكم إذا خرج مال الإرث أو الوصية إلى أيدي الغير فلا يرجع المفقود هذا الغير بحجة استحقاقه لهذا المال الموروث أو الموصى به لأن الغير تملك هذا المال بسبب شرعي من يد تسوغ لها كل التصرفات الشرعية.

ثانياً: بالنسبة لزوجته التي اعتدت كل عدة الوفاة فإنها تعود إليه إذا لم تكن قد تزوجت غيره، أو تزوجت بغيره ولم يدخل بها، أو يكون قد دخل بها وهو عالم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها، وتكون الزوجة لزوجها الثاني إذا دخل بها غير عالم بحياة المفقود ما لم يكن قد عقد عليها في عدة وفاة الزوج الأول. وهذا كله ما قضت به المادة الثانية من القانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٣٠) المصري.

٥٤١ - حكم الحالة الثالثة في القانون اليمني

وهذه الحالة هي فيما إذا حكم القاضي بموت المفقود ثم ظهر أنه حي، فإن الحكم الواجب التطبيق في هذه الحالة في اليمن هو كما يأتي:

أولاً: بالنسبة لماله الذي وزع كتركة على ورثته فإنه يسترده أو الباقي منه ولا يضمنون ما استهلكوه من هذا المال كله أو بعضه لأنهم بسبب شرعي هو حكم القاضي.

ثانياً: بالنسبة لما كان محجوزاً له من تركة قريبة أو ما كان موصى له به فإنه يسترد ما بقي بأيدي ورثة قريبه أو ورثة الموصي ولا يضمنون ما استهلكوه أو باعوه منها.

ثالثاً: بالنسبة للزوجة، إن كانت قد طلبت فسخ النكاح للغية - غية زوجها - وحكم القاضي لها بذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها ثم ظهر زوجها الأول حياً فهي زوجة الثاني لا الأول أما إذا تزوجت بعد الحكم بموته وبعد أن اعتدت عدة الوفاة فهي للأول لا الثاني لأنها لم تطلب الفسخ للغية، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٢) من قانون الأسرة اليمني.

الفرع الثاني الميزة الأولى للشخصية القانونية (الاسم)

٥٤٢ - الاسم من حقوق الشخصية والمميزة لها

لكل إنسان الحق في أن يميز ذاته باسم من الأسماء، الذي هو في الواقع من حقوق الشخصية ومن علاماتها المميزة لها بحيث لا تختلط بغيرها. وترتب على ذلك أن الإنسان يبقى محتفظاً باسمه ما بقيت شخصيته، ولا يجوز له أن يتصرف في اسمه أو ينزل عنه للغير. كما أن الحق في الاسم لا يسقط بالتقادم أي بعدم استعمال ولو لمدة طويلة، فلو أن إنساناً لم يستعمل لقب أسرته مدة كان له الحق في العودة لاستعماله مهما طالّت مدة عدم استعماله. كما لا يجوز للإنسان أن يبدل في اسمه أو يغيره بل يجب عليه أن يلتزم في تلك الحدود التي رسمها القانون. ثم أن أي اعتداء على اسمه عن طريق استعمال الغير له أو انتحاله يعطي لصاحب الاسم طلب منعه من ذلك من الجهة المختصة بالدولة، وإن لم يتحقق له ضرر بذلك الاستعمال..

٥٤٣ - تكوين الاسم

يتكون الاسم عادة من الاسم الشخصي واللقب وهو اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص. وهذا اللقب - لقب الأسرة - يكون مشتركاً بين جميع أفراد الأسرة الواحدة. والقانون المدني المصري لا يسمح للمرأة أن تحمل لقب زوجها، بخلاف

الحال في القوانين الغربية، فتبقى المرأة في مصر مثلاً محتفظة باسمها الأصلي ولقب أسرتها. فلقب الأسرة يلحق الأولاد ولا يلحق الزوجة.

٥٤٤ - الاسم التجاري

والمقصود بالاسم التجاري: الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة لتمييز متجره أو تجارته وقد يكون هو نفس الاسم المدني للشخص أو اسماً آخر. وفي الحالتين يكون الاسم التجاري عنصراً من عناصر المتجر المادية، ويكون بالتالي ذا طابع مالي فتسري عليه أحكام الحقوق المالية فيجوز التصرف فيه أو التنازل عنه للغير وتملكه بالتقادم^(١).

الفرع الثالث

الميزة الثانية للشخصية القانونية

(الحالة)

٥٤٥ - تعريف حالة الشخص

الحالة هي مجموع من الصفات يترتب على توافرها آثار قانونية معينة تؤثر في تحديد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات. وقوام (الحالة) وعناصرها هي انتساب الشخص إلى دولة معينة وإلى أسرة معينة وإلى دين معين^(٢). ويلاحظ هنا أنه لا تأثير - في الأصل - (لحالة) الشخص أي مركزه في الدولة أو الأسرة على حقوقه الشخصية أي على حرياته العامة لأن هذه الحقوق تثبت للإنسان لمجرد آدميته ودون النظر إلى أي اعتبار^(٣).

(١) البدراوي، المرجع السابق ص ٣٣٩.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٣) البدراوي، المرجع السابق ص ٣٤٠.

٥٤٦ - العنصر الأول للحالة - انتساب الشخص إلى دولة معينة -

ينتسب كل شخص عادة إلى دولة معينة يرتبط بها برباط الجنسية. ويكون من مواطنيها. فالجنسية علاقة بين الفرد والدولة تفيد إنسابه إليها واعتباره من مواطنيها. أو هي صفة في الشخص تفيد ما ذكرناه. وتحديد الجنسية إما أن يتم على أساس قاعدة الدم فيأخذ الولد جنسية أبيه، وأحياناً جنسية أمه، وإما أن يتم تحديد الجنسية على أساس قاعدة محل الميلاد بإعطاء الشخص جنسية الدولة التي يولد على إقليمها بصرف النظر عن جنسية أبويه، والجنسية في الحالتين تعتبر جنسية أصلية تثبت للشخص عند ولادته على أساس رابطة الدم أو الإقليم. وهناك ما يسمى بالجنسية الطارئة أو اللاحقة أو المكتسبة وهي التي تكتسب بعد ولادة الشخص عن طريق الزواج أو التجنس أو أي سبب آخر غير رابطة الدم أو رابطة الإقليم.

٥٤٧ - أهمية الجنسية للإنسان

وتظهر أهمية الجنسية للإنسان من جهة التمتع بالحقوق، فحامل جنسية الدولة يعتبر من الوطنيين فيها ويتمتع بالحقوق السياسية وغيرها. بينما من لا يحمل جنسية هذه الدولة يعتبر (أجنبياً) فلا يتمتع بمثل ما يتمتع به (الوطني) من حقوق سياسية، بل وربما لا يساويه أيضاً في التمتع بالحقوق المالية كما لو كان ممنوعاً عليه تملك العقارات مطلقاً أو تملك نوع منها مثل الأراضي الزراعية.

٥٤٨ - العنصر الثاني للحالة - انتساب الشخص إلى أسرة معينة^(١)

الأسرة مجموعة من الأفراد الذين تربطهم رابطة القرابة. والقرابة قد يكون سببها الزوجية وهذه قرابة الزوج وزوجته. وقد يكون سببها الاجتماع في أصل

(١) الدكتور البدرائي، المرجع السابق ص ٣٥٤ - ٣٥٩.

مشترك واحد وتسمى قرابة الدم أو قرابة النسب . وقد يكون سببها العلاقة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وهذه قرابة المصاهرة .

أ - قرابة النسب :

وهذه القرابة قائمة على أساس الاشتراك في أصل واحد، وعلى هذا نصت المادة (٤٣) من القانون المدني اليمني، إذ قالت «أقارب الشخص هم الذين يجمعهم معه أصل مشترك» ونصت المادة (٣٤) من المجموعة المدنية المصرية على أن (أسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك). ويستوي في هذه القرابة أن يكون التفرع عن طريق الذكور أو الإناث فالشخص يتصل بأقرباء أبيه وبأقرباء أمه على حد سواء .

وقرابة النسب نوعان: الأول: قرابة مباشرة. والثاني: قرابة الحواشي. والقرابة المباشرة أو قرابة الأولاد، هي القرابة التي تنحصر في عمود النسب، أي قرابة من نزل بعضهم من بعض مباشرة، فهي قرابة الأصول والفروع، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٤) من القانون المدني اليمني بقولها: «القرابة نوعان: قرابة مباشرة وقرابة غير مباشرة، والقرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع، والقرابة غير المباشرة هي الصلة بين شخصين يجمعهما أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر. كما نصت المادة (٣٥) من القانون المدني المصري على أن «القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع» والأصل هو من نزل عنه الشخص سواء من ناحية أبيه أو من ناحية أمه. والفرع هو كل من نزل عن غيره .

أما قرابة الحواشي، وهي قرابة غير مباشرة، فتقوم بين أشخاص يشتركون في أصل مشترك دون تسلسل عمودي فيما بينهم، فهي قرابة بين أشخاص لم ينزل بعضهم عن بعض مباشرة ولكن يجمعهم أصل مشترك. وفي هذا المعنى تقول الفقرة الثالثة من المادة (٣٥) من القانون المدني المصري «أن قرابة الحواشي هي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر» فهي تفترض وجود كل من القريين على عمود نسب خاص، ويجتمعان عند الأصل

المشترك، وعلى هذا يعتبر من الحواشي الإخوة والأخوات والأصل المشترك بينهم الأم والأب ويعتبر الحواشي أيضاً الأعمام والعمات وفروع هؤلاء بعضهم لبعض. هذا وتحسب درجة القرابة المباشرة وغير المباشرة على أساس أن كل طبقة تقدر بدرجة مع استبعاد حساب الأصل أو الأصل المشترك فقد نصت المادة (٤٥) من القانون المدني اليمني على أن «تحسب صلة القرابة المباشرة على أساس أن كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج الأصل الذي تحسب القرابة إليه، وتحسب درجة القرابة غير المباشرة باعتبار الفرع درجة صعود إلى الأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر ولا يحسب الأصل المشترك» وكذلك نصت المادة (٣٧) من القانون المدني المصري على كيفية حساب درجة القرابة المباشرة أي القرابة بين الأصول والفروع فقالت: «يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل» كما نصت المادة (٣٦) من القانون المدني المصري على كيفية حساب درجة القرابة بين الحواشي فقالت: «وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك بعد درجة» فالقانون المدني والمصري متماثلان في كيفية حساب درجة القرابة المباشرة وغير المباشرة، أي بين الأصول والفروع، وبين الحواشي. فمثلاً في القرابة المباشرة إذا أردنا حساب القرابة بين الجد وابن ابنه وجدناها درجتين: إذ يحسب ابن الابن بدرجة ثم الابن بدرجة فيكون المجموع درجتين، أما الجد وهو الأصل فلا يدخل في الحساب. والمثال على حساب درجة القرابة بين الحواشي، حساب القرابة بين أولاد العم فإننا نجد بها أربع درجات لأن ابن العم يحسب درجة وأبوه درجة أما الجد الأصل المشترك فلا يحسب فيكون المجموع درجتين من جهة ابن العم إلى جده. وبالمثل هناك درجتان من الجهة الأخرى أيضاً فيكون المجموع أربع درجات هي درجة القرابة بين أولاد العمومة وهي أيضاً بين أولاد الخؤلة.

ب - قرابة المصاهرة.

والمراد بها العلاقة التي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، فقد نصت المادة (٣٧) من القانون المدني المصري على أن «أقارب أحد الزوجين

يعتبرون من القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر» فكأن الأسرة تشمل إلى جانب الأقارب عن طريق النسب أو الدم الذين سبق ذكرهم من الأصول والفروع والحواشي، تشمل أيضاً أقارب الزوج الآخر أي أصوله وفروعه وحواشيه، فالزوج يرتبط بأقاربه هو برابطة النسب، ويرتبط بأقارب زوجته برابطة المصاهرة ولهذا يعد من أقارب الشخص أبو زوجته وأمها وأخوتها وأخواتها. الخ. ويلاحظ هنا أن أقارب الزوج لا يدخلون في أسرة أقارب الزوجة بل يعتبرون فقط أقارب للزوجة هي نفسها، كما أن أقارب الزوجة لا يدخلون في أسرة أقارب للزوج بل هم فقط أقارب الزوج نفسه. فقرابة المصاهرة لا تربط بين أقارب الزوجين بل هي تربط بين أقارب أحد الزوجين والزوج الآخر، فلا قرابة بين شقيق الزوج ووالد الزوجة وأمها. وتحسب درجة القرابة في المصاهرة كما تحسب في قرابة النسب تماماً فقد نصت المادة (٣٧) من القانون المدني المصري على أن «أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج» فمثلاً إذا أردنا أن نحسب درجة القرابة بين الزوج وابن عم زوجته، حسبنا أولاً درجة القرابة بين الزوجة وابن عمها فتكون نفس درجة قرابتها له هي نفس درجة قرابة زوجها له. وحيث أن درجة قرابة ابن العم هي في الدرجة الرابعة فيكون ابن عم الزوجة قريباً لزوجها من الدرجة الرابعة أيضاً. وكذلك يكون أبو الزوجة قريباً للزوج من الدرجة الأولى وأخوتها وأخواتها أقارب زوجها من الدرجة الثانية، وعمها وعمتها وخالها وخالتها أقارب لزوجها من الدرجة الثالثة. ويلاحظ هنا أن صلة الزوج بزوجه ليست صلة مصاهرة بل هي صلة زوجية.

٥٤٩ - أهمية الانتساب إلى أسرة معينة، وآثار القرابة

الانتساب إلى أسرة معينة يعني وجود قرابة بين أفرادها، إضافة إلى صلة الزوجية بين الزوجين. وتظهر أهمية هذه القرابة، وصلة الزوجية في تحديد الحقوق والواجبات العائلية. أي في تحديد ما يسمى بـ (حقوق الأسرة) تبعاً لمركز الفرد في الأسرة. ولكن إلى جانب هذه الحقوق غير المالية التي يترتب على القرابة فإن

القربة تنشئ حقوقاً مالية وهي الحق في الإرث والحق في النفقة. وبالإضافة إلى ذلك فهناك آثار تترتب على نوع القربة من ذلك اعتبار القربة مانعاً من موانع الزواج فقربة النسب تحرم على الإنسان الزواج بأربع طوائف من الأقارب هم: الأصول والفروع وفروع الأبوين وفروع الأجداد والجندات بمرتبة واحدة فقط «أي العمات والخالات لا غير». ومن آثار القربة أيضاً ما نصت عليه المادة (٦١) من قانون السلطة القضائية على أنه: يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى ويجب عليه التنحي عن نظرها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك في الأحوال التالية:

١ - إذا كان قريباً أو صهرأ لممثل النيابة العامة أو لأحد الخصوم أو وكيله حتى الدرجة الرابعة.

٢ - إذا كان له صلة قربة أو مصاهرة للدرجة الرابعة - أي لأحد الخصوم - أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المخاصمة وبأحد مديريها.

٥٥٠ - الميزة الثالثة - انتساب الشخص إلى دين معين

وهذا هو العنصر الثالث من عناصر (الحالة) للشخص، فما زال للدين أثر في نطاق الأحوال الشخصية وحقوق الأسرة، في مصر ونحوها من البلاد الإسلامية التي أخذت بالقوانين الوضعية، ولكن تركت مسائل الأحوال الشخصية تحكمها الشرائع الدينية لمواطنيها لا سيما الشريعة الإسلامية. وعلى هذا الأساس اختلفت الحقوق والواجبات التي تثبت للشخص في نطاق الأحوال الشخصية بناء على نوع الدين الذي ينتسب إليه. فللمسلم مثلاً حق الطلاق وله الجمع بين أربع زوجات بخلاف غير المسلم. ومن ذلك أيضاً اعتبار اختلاف الدين مانعاً من الإرث فقد نصت المادة السادسة من قانون الموارث المصري على أنه «لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم بعضاً».

الفرع الرابع

الميزة الثالثة للشخصية القانونية

(المواطن)

٥٥١ - تعريف المواطن

المواطن هو المكان الذي يفترض أن الشخص يباشر فيه أعماله القانونية وأنه هو المكان الذي يخاطب فيه بشأن هذه الأعمال. فالمواطن إذن، هو المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية، فإليه توجه الأوراق المطلوب إعلانها وإعلامه بها كصحيفة الدعوى أو الإنذارات، كما أن على أساس هذا المكان يتم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع أو في تحديد مكان الوفاء بالالتزام. وبعبارة موجزة يعتبر المواطن المقر القانوني للشخص^(١).

٥٥٢ - كيفية تحديد المواطن

ويمكن تحديد موطن الشخص وفق أحد تصورين: الواقعي أو الحكمي. والتصور الواقعي مقتضاه أن يتحدد المواطن بالمكان الذي يقيم فيه الإنسان عادة، فالمواطن في هذا التصوير الواقعي أو الحكمي. والتصور الواقعي مقتضاه أن يتحدد المواطن بالمكان الذي يقيم فيه الإنسان عادة، فالمواطن في هذا التصوير الواقعي هو محل الإقامة المعتاد. أما التصوير الحكمي للمواطن فمقتضاه أن يتحدد المواطن بالمكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه وليس المكان

(١) مكرر، البدراوي، المرجع السابق ص ٣٦٣، ٣٦٤، وأنور سلطان المرجع السابق ص ٢٢٢.

الذي يقيم فيه عادة. فمركز الأعمال أو مركز النشاط الرئيسي هو الذي يحدد موطن الشخص، وعلى ذلك يفترض افتراضاً قاطعاً بأن الشخص موجود حيث يوجد مركز أعماله. وبناء على هذا التصوير الحكمي لا يمكن أن يكون للشخص إلا موطن واحد ذلك أن مناط الموطن في هذا التصور هو المركز الرئيسي للأعمال، والمركز الرئيسي للأعمال لا يكون إلا واحداً، فإذا كان للشخص عدة مراكز للأعمال فلا بد أن يكون من بينها واحد فقط هو الذي يعتبر مركزاً رئيسياً وبالتالي يكون هو موطنه. ولكن في التصوير الواقعي يمكن تعدد الموطن كما لو كان لشخص زوجتان وكل منهما تقيم في بلد وقسم إقامته بينهما كان معنى هذا أن لهذا الرجل موطنين. كما يمكن تصور انعدام الموطن وفقاً لهذا التصوير الواقعي الذي يبنى موطن الشخص على مكان إقامته المعتاد، فمعنى ذلك أنه إذا لم يكن للشخص محل مستقر يقيم فيه على وجه الاعتياد لم يكن له موطن ما. ومثال ذلك البدو الرحل الذين لا يقر لهم قرار في مكان معين. ويلاحظ أخيراً أنه في التصوير الواقعي للموطن لا يشترط لتحقيق الموطن للشخص الإقامة الدائمة في المكان دون انقطاع، لأن المنظور إليه وجود عنصر الاستقرار والإقامة المعتادة في هذا المكان فلا يضر غيبة الشخص مدة عن هذا المكان وبنيته الرجوع إليه بعد قضاء حاجته التي استلزمت مفارقة مكانه الذي يقيم فيه حيث يقضي حاجته ويعود إليه.

٥٥٣ - الموطن في القانون اليمني^(١)

نصت المادة السابعة من قانون المرافعات اليمني على أن (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة). وقضت المادة الثامنة منه بأنه يجوز أن يكون للشخص الواحد في وقت واحد أكثر من موطن. وتظهر أهمية الموطن في القانون اليمني أن الأوراق القضائية مثل صحيفة الدعوى والإنذار وإعلان الأحكام القانونية يجب أن تسلم للشخص أو تترك له في موطنه وهذا ما قضت به المادة (١٦) من

(١) البدرائي، المرجع السابق ص ٣٦٥ - ٣٦٧.

قانون المرافعات اليمني. وأن المنظور إليه في تحديد اختصاص المحاكم محلياً هو موطن الشخص كما تنص بذلك المادة (٥٢) من قانون المرافعات اليمني، وأن الوفاء بالتزامات يكون في موطن المدين ما لم يتفق على غير ذلك، كما تنص على ذلك المادة (٥٥٩) من القانون المدني اليمني.

هذا وإن الموطن للشخص في اليمن إما أن يكون اختيارياً وإما أن يكون قانونياً وإما أن يكون إلزامياً. فالموطن الاختياري هو الذي يختاره الشخص بأن يجعل فيه محل إقامته المعتادة، والموطن القانوني هو الذي يحدده القانون بالنسبة للقاصر ومن في حكمه وهو وفقاً للمادة (٩) من قانون المرافعات موطن النائب عنه قانوناً. والموطن الإلزامي هو المكان الذي اتخذته الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين فقد نصت المادة السابعة من قانون المرافعات اليمني على ذلك بقوله: «ويكون المكان الذي يباشر الشخص فيه تجارة أو مهنة أو حرفة أو وظيفة موطناً بالنسبة لإدارة هذه الأعمال».

الفرع الخامس

الأهلية

٥٥٤ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء^(١)

قلنا أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بمجرد ولادته، وتعني هذه الشخصية صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق ولأن تقرر عليه واجبات. ويطلق على هذه الصلاحية أيضاً اصطلاح (أهلية الوجوب). على أن التمتع بالحقوق وقابلية الشخص لتحمل الواجبات شيء، وقدرة الشخص على أن يقوم بالأعمال التي تتولد عنها تلك الحقوق وهذه الواجبات أو الالتزامات شيء آخر. وهذه القدرة على مباشرة الأعمال القانونية التي تتولد عنها الحقوق والالتزامات هي التي تسمى في الاصطلاح بـ (أهلية الأداء). فأهلية الأداء هي القدرة على مباشرة الأعمال القانونية أي صلاحية الإنسان لتوجيه إرادته توجيهاً من شأنه إحداث الأثر القانوني الذي يريده.

٥٥٥ - مناهة أهلية الأداء

مناهة أهلية الأداء هو التمييز، لأنه بهذا التمييز تصبح إرادته صالحة لتفهم ما توجه إليه وما تنشده من إحداث أثر قانوني معين. ويترتب على ذلك أن الشخص إذا كان فاقداً للتمييز كان فاقداً لأهلية الأداء، وإذا كان غير مستكمل للتمييز كان ناقص الأهلية، وإذا استكمل التمييز ببلوغه عاقلاً رشيداً كان كامل أهلية الأداء.

(١) البدرابي، المرجع السابق ص ٣٧٥ - ٣٨٠، وأنور سلطان، المرجع السابق ص ٢٢٨.

٥٥٦ - قواعد الأهلية من النظام العام

أحكام الأهلية تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها فلا يجوز للشخص مثلاً أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء ولا الاتفاق على تعديلها وعلى هذا نصّت المادة (٤٨) من القانون المدني المصري بقولها «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها».

٥٥٧ - تدرج الإنسان في أهلية الأداء

قلنا إن مناط أهلية الأداء هو التمييز، والتمييز يتأثر بسن الإنسان وعلى هذا يمكن اعتبار تدرج الإنسان في أهلية الأداء ثلاثة أدوار يمر بها من حين ولادته إلى وفاته وهي:

الدور الأول: من حين ولادته إلى سن السابعة من عمره، ويكون الشخص في هذا الدور صغيراً غير مميز ويعتبر عديم أهلية الأداء، وعلى هذا نصت المادة (٤٥) من القانون المدني على أن (كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز) وفي القانون المدني اليمني اعتبر سن التمييز بعشر سنوات.

الدور الثاني: ويبدأ من سن التمييز (سبع سنوات) إلى سن الرشد. وفي هذا الدور يكون الشخص صبيّاً مميزاً، ولكن غير كامل التمييز ومن ثم يعتبر ناقص الأهلية، وعلى هذا نصت المادة (٤٦) من القانون المدني المصري (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية).

الدور الثالث: ويبدأ من بلوغ الشخص سن الرشد وينتهي بالوفاة. وسن الرشد هي (٢١) سنة ميلادية كاملة. وفي هذا الدور يعتبر الشخص بالغاً رشيداً ومن ثم كامل الأهلية وعلى هذا نص القانون المدني المصري في مادته (٤٤). وفي القانون المدني اليمني اعتبر سن الرشد بـ (١٥) سنة.

٥٥٨ - تصرفات الشخص نظراً لأهلية الأداء

الصبي غير المميز لا تعتبر تصرفاته حتى ما كان نافعاً نفعاً محضاً له فهو غير أهل لقبول الهبة مثلاً. أما الصبي المميز فتعتبر تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة. ولا تعتبر الضارة له مثل تبرعته بأمواله. وأما الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء فتعتبر قابلة للإبطال لمصلحة القاصر في مصر. أما البالغ الرشيد فتعتبر جميع تصرفاته سواء كانت النافعة له أو الضارة به أو الدائرة بين النفع والضرر.

٥٥٩ - عوارض الأهلية

قد يعرض على الأهلية - أهلية الأداء - بعد كمالها ما يؤدي إلى انعدامها أو نقصانها. وهذه العوارض هي الجنون والعتة والسفه والغفلة، وقد نص على هذه العوارض القانون اليمني والمصري.

٥٦٠ - أولاً - الجنون والعتة

والجنون هو ذهاب العقل لآفة تصيب الشخص فتفقده التمييز. أما العتة فهو نقصان العقل واختلاله لا زواله بالكلية كالجنون، ولكن القانون المدني المصري واليمني قد ساوى بينهما في الحكم فاعتبرهما فاقدي التمييز، عديمي الأهلية. فقد نصت المادة (٥٢) من القانون المدني اليمني (من لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنوناً أو معتوهاً يكون فاقد الأهلية) وفي القانون المدني المصري نصت المادة (٤٥) من المجموعة المدنية على أنه (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون).

٥٦١ - ثانياً - السفه والغفلة

السفيه هو الذي يتصرف بخلاف موجب الشرع والعقل. والغفلة من لا يهتدي

صاحبها إلى التصرفات الرباحة أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته . وقد نص القانون المدني المصري على أن تصرفات السفه وذي الغفلة تعتبر كتصرفات الصبي المميز إذا وقعت بعد قرار الحجر عليها (المادة ١١٥ من القانون المدني المصري) وفي القانون المدني اليمني: أن حكم السفه حكم الصبي المميز بعد صدور حكم الحجر عليه (المادة ٦٤) من القانون المدني اليمني .

المطلب الثاني الشخص الاعتباري^(١)

٥٦٢ - تمهيد وتعريف

ذكرنا أن الشخصية القانونية تثبت للإنسان من وقت ولادته . فالإنسان هو الشخص في نظر القانون، ولكن ليس هو الشخص الوحيد بل يوجد بجانبه ما يسمى بالشخص المعنوي أو الاعتباري ويعرف الشخص المعنوي أو الاعتباري بأنه كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تقوم لتحقيق غرض معين ويمنحها القانون الشخصية القانونية لتحقيق ذلك الغرض .

٥٦٣ - عناصر وجود الشخص الاعتباري

لا بد لنشوء الشخص الاعتباري من توافر عنصرين :

الأول: عنصر موضوعي وهو وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين مشروع .

الثاني: عنصر شكلي وهو أن يكون هناك اعتراف من الدولة لتلك الجماعة

(١) الدكتور البدرائي، المرجع السابق، ص ٤١٢ وما بعدها . وأنور سلطان، المرجع السابق ص ٢٤٠ وما بعدها .

من الأشخاص أو لتلك المجموعة من الأموال بالشخصية القانونية، وأن يكون اعتراف الدولة بذلك صريحاً أو ضمناً بقرار يصدر من إحدى سلطات الدولة.

٥٦٤ - انتهاء الشخص الاعتباري

قلنا أن ابتداء قيام الشخص المعنوي أو الاعتباري يكون من تاريخ اعتراف الدولة بالشخصية القانونية لهذا الشخص المعنوي أو الاعتباري. وينتفي هذا الشخص الاعتباري بأسباب متعددة، منها: انتهاء الأجل المحدد له في سند إنشائه ومنها: إذا تحقق الغرض من إنشائه، ومنها: إذا ثبت استحالة تحقيق هذا الغرض، ومنها: انقضاءه بالحل، وهذا الحل قد يكون اختصارياً بإرادة المكونين لهذا الشخص الاعتباري كالاتفاق على حل الجمعية أو الشركة وقد يكون الحل إجبارياً أي بقرار من السلطة الإدارية أو بحكم قضائي. ومتى انتهت شخصية الشخص المعنوي صفيت ذمته أي سددت ديونه من أمواله ووزع المتبقي من أمواله وفقاً لما جاء في سند إنشائه.

٥٦٥ - مدى الشخصية القانونية المقررة للشخص الاعتباري

متى نشأ الشخص الاعتباري ثبتت له الشخصية القانونية فأصبح أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا أن هذه الشخصية لا يمكن أن تماثل الشخصية القانونية الثابتة للإنسان لما بين الشخص الطبيعي والاعتباري من اختلاف في طبيعة كل منهما وتكوينه والغرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري. فهناك في الواقع قيدان على شخصية الشخص الاعتباري.

أحدهما: مستمد من طبيعته وتكوينه.

والثاني: مستفاد من غرض إنشائه وبيان ذلك أن هناك الحقوق الملازمة لصفة الإنسان وهذه لا يمكن أن تنقرر للشخص الاعتباري بحكم طبيعته، فحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج والطلاق والقرابة كحقوق الإرث والنفقة والنسب ونحوها تثبت

للإنسان باعتباره كائناً طبيعياً ولا يمكن أن تقرر للشخص الاعتباري. ولهذا نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري على أن (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون) ونصت المادة (٩٠) من القانون اليمني على أن (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق وفق سند إنشائه إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية) والقيد الثاني الوارد على شخصيته القانونية مستفاد من الغرض الذي أنشئ من أجله هذا الشخص الاعتباري، ويطلق على هذا القيد عادة (مبدأ التخصص) أو (قيد التخصص) فشخصية الشخص الاعتباري ومدى ما يتمتع به من حقوق يجب أن يظل مقصوراً على ما هو لازم لتحقيق الغرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري. فمثلاً لا يجوز لجمعية خيرية أن تمارس التجارة للربح لأنها أنشئت لغرض مالي. ولا يجوز لشركة أنشئت للقيام باستغلال معين أن تقوم بأعمال قانونية لا تتصل بهذا الاستغلال.

٥٦٦ - خصائص الشخصية للشخص الاعتباري

يتميز الشخص الاعتباري كما يتميز الشخص الطبيعي باسم وموطن وحالة كما يتميز بذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له. ونتكلم فيما يلي بإيجاز عن هذه الخصائص.

٥٦٧ - أولاً: الاسم

للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي اسم يعرف به ويميزه عن الأشخاص الآخرين ويجب أن ينص على هذا الاسم في سند إنشائه، وهو يستمد عادة من الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه.

٥٦٨ - ثانياً: موطن الشخص الاعتباري

للشخص المعنوي موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئه.

ويتحدد موطنه بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. ويتحدد مركز إدارة الشخص المعنوي عادة في نظامه الأساس. وإذا كان للشخص الاعتباري فروع في أماكن مختلفة، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع.

٥٦٩ - ثالثاً: الحالة

الشخص الاعتباري لا يتسبب إلى أسرة معينة ولا إلى دين معين ولكن ينسب إلى دولة معينة أي يتمتع بجنسية دولة معينة، وهذه الجنسية مستقلة عن جنسية أعضائه.

٥٧٠ - رابعاً: الذمة

للشخص الاعتباري ذمة خاصة به مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتباري كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري الرجوع على الأموال الخاصة لهؤلاء الأشخاص.

٥٧١ - أنواع الشخص الاعتباري (المعنوي)

الشخص المعنوي أو الاعتباري ينقسم إلى قسمين: أشخاص عامة تخضع بالتالي إلى أحكام القانون العام. وأشخاص معنوية خاصة وتخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص.

٥٧٢ - الأشخاص المعنوية العامة

وعلى رأس هذه الأشخاص الدولة، فالدولة شخص معنوي، بل هي أقدم

الأشخاص المعنوية وهي تكتسب شخصيتها من اعتراف الدول بها. وبجانب الدولة توجد سلطات محلية هي المحافظات والمدن والقرى. كما نجد المؤسسات العامة وهي المصالح العامة التي تنشئها الدولة وتمنحها شخصية مستقلة عنها وعن المحافظات والمدن لتقوم بأحد المرافق العامة كالتعليم ومثالها الجامعات.

٥٧٣ - الأشخاص المعنوية الخاصة

وعلى رأس هذه الأشخاص المعنوية الخاصة المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام وهي مؤسسات ينشئها الأفراد أو جمعيات خاصة لم تنشئها الدولة أو فروعها. وهذه الأشخاص المعنوية الخاصة تنقسم إلى قسمين:
الأول: جماعات الأشخاص.

والثاني: مجموعات الأموال. ومن القسم الأول: الشركات، والشركة جماعة من الأشخاص تسعى إلى غاية مادية. أما الجمعية فهي جماعة من الأشخاص تقوم لتحقيق غرض معين غير الربح المادي كغرض خيري أو ديني أو رياضي. أما مجموعات الأموال فهي حبس مال ذي ريع على تحقيق ورعاية غرض معين ومثالها الوقف وهو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني
أشخاص الحق في الشريعة الإسلامية
المطلب الأول
الشخص الطبيعي

٥٧٤ - الشخص الطبيعي وثبوت الشخصية القانونية له

الشخص الطبيعي هو صاحب الحق وهو كل إنسان حي، إذ ثبتت له شخصية قانونية - أي أهلية وجوب - منذ ولادته، وبها يصير أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، ولا خلاف في هذا بين فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول
بدء الشخصية القانونية وانتهائها
للشخص الطبيعي

٥٧٥ - تبدأ الشخصية القانونية للإنسان

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان من وقت ولادته حياً. ويستدل على حياته بكل مظهر من مظاهر الحياة مثل صوت المولود وحركاته كبكائه وتنفسه وتحرك أعضائه. كما أن واقعة الولادة، وهي واقعة مادية تثبت بكل وسائل الإثبات. ومن هنا يكون مناط أهلية الوجوب هو (الحياة) أي كون الإنسان حياً، وحيث إن هذه الحياة تبدأ فيه على نحو كامل عند ولادته، فيكون بدء أهلية وجوبه من وقت ولادته.

٥٧٦ - ثبوت أهلية وجوب ناقصة للجنين

وتثبت للجنين وهو في بطن أمه شخصية قانونية ناقصة أو أهلية وجوب ناقصة على أساسها يصلح لاكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول وهي حق الإرث والوصية والاشتراك في غلة الوقف ولكن بشرط أن يولد حياً، أما الالتزامات فهو لا يلتزم بشيء منها وهو جنين. فإذا ولد ميتاً رد ما أوقف له من ميراث أو وصية أو غلة وقف إلى مستحقي ذلك.

٥٧٧ - انتهاء الشخصية القانونية للإنسان

وتنتهي الشخصية القانونية للإنسان بموته لأن مناطقها الحياة وقد فانت بالموت فتندم الشخصية. ولكن قد تنتهي الشخصية القانونية بالموت الحكمي وهذا بالنسبة للمفقود.

٥٧٨ - المفقود

المفقود هو الذي غاب عن أهله أو بلده ولا يدري أهو حي أم ميت ولا يعلم له مكان^(١).

٥٧٩ - القاعدة في حال فقده

القاعدة في حال فقده، أي قبل أن يتبين حاله، وقبل أن يصدر القاضي حكمه بموته هي: (يعتبر حياً في حق ماله، ميتاً في حق غيره)^(٢) وعلى هذا لا يورث ماله، لأن الإنسان لا يورث وهو حي. وكذلك لا يرث من قريبه إذا مات، لأن الشرط في الوارث أن يكون حياً وقت موت مورثه، وحياة المفقود غير متيقنة وقت

(١) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٩٩.

(٢) المبسوط ج ٣٠ ص ٥١.

وفاة قريبه. ولكن يوقف له حصة من الميراث باعتباره حياً على وجه الاحتياط لا على وجه الاستحقاق^(١). فإذا ظهر حياً أخذ الموقوف له من الميراث، وإن ظهر ميتاً أو حكم بموته رد الموقوف له من المال إلى ورثة المتوفى.

٥٨٠ - حكم زوجة المفقود^(٢)

ولزوجة المفقود طلب التفريق من زوجها إذا توافرت شروط معينة يختلف الفقهاء في تقديرها، والقاضي يجيبها إلى طلبها بعد مضي المدة التي قررها الفقهاء وهي أربع سنوات على رأي بعضهم كالحنابلة والمالكية وهي تستحق النفقة من مال زوجها المفقود ما دامت الزوجية باقية.

٥٨١ - حكم القاضي بموت المفقود

وللقاضي بعد المدة التي يغلب على الظن أنه هلك بعدها أن يصدر القاضي حكمه - بناء على طلب ذوي الشأن - بموت المفقود، فتعتد زوجته عدة الوفاة من تاريخ صدور الحكم، ويقسم أمواله على ورثته الموجودين في وقت صدور الحكم بموته.

٥٨٢ - ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته

وإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته وكانت أمواله قد قسمت على ورثته، فإنه يسترد ما يجده من أمواله في يد الورثة، وما لم يجده بيد الورثة لاستهلاكه.

(١) المبسوط ج ١١ ص ٣٤ - ٣٥، شرح السراجية ص ٢٢٣، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧، المغني ج ٦ ص ٣٢٢ - ٣٢٤، كشف القناع ج ٢ ص ٥٩١، الشرح الكبير للدروير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٨٧ - ٤٨٨.

(٢) المغني ج ٧ ص ٤٨٩، كشف القناع ج ٣ ص ٢٦٥، الشرح الصغير للدروير وحاشية الصاوي ج ١ ص ٥٤٠.

رجع عليهم بمثل ماله المثلي أو بقيمته إن كان قيمياً، وبهذا صرح الحنابلة^(١).

وأما بالنسبة لزوجته، فإن لم تكن قد تزوجت فهي زوجته بنكاحها الأول أي لا تحتاج إلى تجديد عقد النكاح معه وبهذا صرح الفقهاء^(٢). وإذا كانت زوجته قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثاني فهي زوجة المفقود ترد إليه بنكاحها الأول، وبهذا صرح الحنابلة والشافعية والمالكية^(٣). وإن كان قد دخل بها الزوج الثاني فزوجها الأول - المفقود - بالخيار إن شاء أرادها فتكون زوجته بالعقد الأول عليها، وبين تركها وأخذ مهرها من زوجها الثاني وعلى هذا أن يعيد عقد النكاح عليها لأنه تبين بطلان نكاحها بمجيء زوجها الأول حياً ولأن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها^(٤).

الفرع الثاني

الميزة الأولى للشخص الطبيعي ذي الشخصية القانونية (الاسم)

٥٨٣ - تسمية المولود

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ أمر تسمية المولود يوم سابعه.. ويستفاد من هذا الحديث الشريف أن تسمية المولود تكون في اليوم السابع من ولادته^(٥) ولكن وردت أحاديث أخرجه البخاري تفيد أن النبي ﷺ سمى بعض المولودين في يوم ولادتهم^(٦).

-
- (١) كشف القناع ج ٢ ص ٥٩١.
 - (٢) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٣٠٠، الشرح الكبير للدروير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٠.
 - (٣) المغني ج ٧ ص ٤٩٢، المجموع ج ١٦ ص ٦٧٦، الشرح الكبير للدروير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٠.
 - (٤) المغني ج ٧ ص ٤٩٣ - ٤٩٤.
 - (٥) جامع الترمذي وشرحه تحفة الأحوذ ج ٨ ص ١٢١.
 - (٦) صحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ٩ ص ٥٨٧، وصحيح مسلم بشرح النووي ج ١٤ ص ١٢٥ =

٥٨٤ - اختيار الاسم الحسن

هذا ومن المستحب اختيار الاسم الحسن للمولود، وتجنب الأسماء القبيحة أو التي تكره التسمية بها. ففي حديث أخرجه أبو داود في سننه عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم»^(١).

٥٨٥ - يجوز تغيير الاسم

ويجوز تغيير الاسم إذا كان فيه قبح، أو فيه تزكية لصاحبه، ومن ذلك الحديث الذي أخرجه البخاري في صحيحه أن النبي ﷺ غيّر اسم ابن (أبي أسيد) لما سأله عن اسمه وقال النبي ﷺ ولكن اسمه: المنذر. وأن (زينب) كان اسمها (برة) فقيل: تزكي نفسها. فسمّاها رسول الله رسول الله ﷺ (زينب)^(٢) هذا وإذا حدد ولي الأمر الخطوات الواجب اتباعها، فعلى ولي الطفل أو من يريد تغيير اسمه أن يتبع هذه الخطوات لتغيير اسمه وإعلان ذلك.

الفرع الثالث

حالة الشخص الطبيعي

٥٨٦ - الحالة للشخص الطبيعي من مميزات الشخصية له

ذكرنا أن مميزات الشخصية للشخص الطبيعي، الاسم، والحالة، وتعني انتساب الشخص إلى دولة معينة وإلى أسرة معينة ودين معين، والموطن، وقد تكلمنا عن (الاسم) وتكلم عن الحالة بعناصرها الثلاث:

(١) سنن أبي داود ج ١٣ ص ٢٩١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٤ ص ١٢٠، وصحيح البخاري بشرح العسقلاني ج ١٠ ص ٥٧٥.

٥٨٧ - أولاً - انتسابه إلى دولة معينة

وهذا الانتساب حاصل، فالمسلم يعتبر حاملاً جنسية دار الإسلام ولذلك يقول الفقهاء: المسلم من (أهل دار الإسلام) أي منتسباً إليها ومن مواطنيها، وحامل جنسيتها، وأساس حمل جنسيتها وتابعيته لها هو الإسلام ولهذا فهو في مركز (الوطني) فيتمتع بجميع الحقوق السياسية إضافة إلى تمتعه بالحقوق العامة والخاصة. وهذا بخلاف (الأجنبي) وهو الذي لا يحمل جنسية دولة أخرى غير دولته. هذا وإن (الذمي) وهو غير المسلم ومرتبطة مع الدولة الإسلامية (دار الإسلام) برباط عقد الذمة، وبه يصير من (أهل دار الإسلام) وهي تسمية تشعر بأنه صار من منتسبيها. ومن المواطنين فيها، وبالتالي يمكننا القول بأنه يحمل جنسية هذه الدار - دار الإسلام - ويكون حمله لهذه الجنسية على أساس عقد الذمة، فجنسيته، إذن، بهذا التخييج جنسية لاحقة أو مكتسبة وليست جنسية أصلية كما هو الحال بالنسبة للمسلم^(١).

٥٨٨ - ثانياً - الانتساب إلى أسرة معينة

الأسرة كما ذكرنا، مجموعة من الأفراد، تربطهم رابطة القرابة، التي ينشئها اشتراكهم في أصل مشترك واحد، وتسمى قرابة الدم أو قرابة النسب. وقد يكون الرابطة بينهم أعضاء الأسرة هي (الزوجية) وهذه الرابطة خاصة بالزوجين.

٥٨٩ - رابطة الأصول والفروع والحواشي

وأفراد الأسرة الذين تربطهم رابطة النسب، أو رابطة الدم قد يكونون من الأصول والفروع، وهذه هي القرابة المباشرة، وتختص بالمنتسبين إلى عمود النسب - الآباء والأمهات - والمتفرعين عنه كالأبناء والبنات والأجداد والجندات.

(١) انظر كتابنا أحكام الذميين والمستأنسين في دار الإسلام في بحث جنسية الذمي.

وقد يكونون من الحواشي وهم الذين يشتركون في أصل مشترك أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. وللأقارب من هؤلاء مراكز قانونية معينة في ضوء نوع قرابتهم بعضهم من بعض، وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات. وكذلك بالنسبة للزوجين في علاقاتهما فيما بينهما.

٥٩٠ - قواعد النسب في نظام الأسرة

وقواعد النسب، أي قواعد تثبيت علاقة كل فرد مع غيره من أفراد الأسرة من جهة قرابته القائمة على أساس رابطة الدم، هذه القواعد لا يجوز تغييرها أو الاتفاق على ما يخالفها فالولد ينتسب إلى أبيه الذي خلق من مائه على أساس عقد النكاح الصحيح بينه وبين أم هذا الولد، وما يترتب على هذه النسبة من نشوء علاقات نسبية فيما بينه وبين غيره من أفراد الأسرة. ولذلك يقرر الفقهاء أن في (النسب) حق الله وحق صاحب الشأن فيه كالولد في انتسابه إلى أبيه. أما حق الله فيتمثل في أمره بطاعته فيما شرعه من قواعد بشأن النسب، وأما حق صاحب الشأن في النسب كالولد فمن حقه أن ينسب إلى الذي خلقه الله من مائه بنكاح شرعي صحيح، وما يترتب على هذا النسب من حقوق للولد على والده ومن حقوق للوالد عليه. وما ينشأ من هذا الانتساب إلى أبيه من علاقات أخرى مع الآخرين المتصلين بصلة القرابة مع أبيه.

٥٩١ - إبطال نظام التبني

وحيث أن علاقة أفراد الأسرة تقوم على أساس القرابة القائمة على رابطة النسب، والناشئة عن الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا مجال في الشرع لاعتبار أولاد الغير من أفراد أسرة الشخص عن طريق تبني هؤلاء الأولاد. ولهذا أبطل الإسلام نظام التبني الذي كان معمولاً به في الجاهلية ولفترة في أول نزول الإسلام، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي

السَّيْلُ ﴿١﴾ وبإبطال هذا النظام بطلت كل آثاره وهو جعل ولد الغير ولداً شرعياً للمتبنّي، وبالتالي لا يكون من أفراد الأسرة ولا يتمتع بحقوقها، وعلى الذين لهم أولاد بالتبني أن يتخلوا عنهم ويقطعوا نسبتهم إليهم وينسبواهم إلى آبائهم الحقيقيين قال تعالى: ﴿خَلِيلِينَ فِيهَا أَبَدًا لَا يَجِدُونَ وَلِيًّا﴾ (٢).

٥٩٢ - احتساب درجة القرابة

وتحتسب درجة القرابة بين أفراد الأسرة، سواء كانت القرابة فيما بين الأصول والفروع، أو فيما بين الحواشي، تحتسب درجة قرابة هؤلاء بنفس الطريقة التي ذكرناها من قبل في بحثنا عن انتساب الشخص إلى أسرة معينة في القوانين الوضعية، فلا نعيده هنا ونكتفي بالإحالة إليه.

٥٩٣ - قرابة المصاهرة

قلنا إن القانون المصري نص على أن (أقارب) أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وتعليقنا وتعقيبنا على ذلك هو: إن كان المقصود اعتبار، من ذكرتهم هذه المادة، من أفراد أسرة المسلم، وما يترتب لهم من حقوق الأسرة كالنفقة وحق التربية والطاعة، وما إلى ذلك، فهذا غير صحيح ولا مقبول في النظر الشرعي، وكذلك إذا أريد بما ذكر، تنزيلهم منزلة أفراد الأسرة المرتبطين برابطة الدم والنسب من جهة ما يحل لهم وما يحرم مطلقاً في كل شيء وبالنسبة لجميعهم، فهذا أيضاً غير صحيح. ولكن إذا أريد بجعلهم على النحو الذي قرره هذه المادة، من جهة ما يترتب على ذلك من بعض الأحكام الدنيوية مثل منع القاضي من رؤية الدعوة لأن أحد أطرافها من تربطه به رابطة القرابة أو المصاهرة إلى درجة معينة فهذا مقبول شرعاً.

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤.

(٢) سورة الأحزاب، الآية ٥.

٥٩٤ - الحكم الشرعي في رابطة المصاهرة

والحكم الشرعي بين الأفراد التي تربطهم فيما بينهم رابطة المصاهرة وهي المتأتية من عقد نكاح بين رجل وامرأة، أن بعض هؤلاء تقع (حرمة النكاح) فيما بينهم بسبب رابطة المصاهرة وهؤلاء هم: أ - أمهات الزوجات لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾. ب - وكذلك الربات وهن بنات الزوجة من غير الزوج وكذلك زوجات الأبناء من الأصلاّب وكذلك منكوحة الأب. وهذه الأصناف ذكرتهم الآية الكريمة وهي: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ...﴾^(١) وفي تحريم نكاح زوجة الأب قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢). وبناء على هذين الآيتين قال الفقهاء أن المحرمات مؤبداً بالمصاهرة أربعة أصناف:

أولاً: أمهات الزوجات وإن علون.

ثانياً: زوجات الآباء وإن علون.

ثالثاً: زوجات الأبناء وإن من الأصلاّب - أي ليسوا أبناء بالتبني - وإن نزلوا.

رابعاً: بنات الزوجة من زوجها السابق لزوجها الحالي^(٣).

٥٩٥ - ما يترتب على الانتساب إلى أسرة معينة

ويترتب على الانتساب إلى أسرة معينة، تحديد الحقوق والواجبات لأفراد

(١) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٢.

(٣) انظر تفصيل القول في هذه الأصناف في كتابنا المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ج ٦ ص ٢٠٧ وما بعدها.

الأسرة بعضهم قبل بعضهم على أساس مراكزهم القانونية داخل الأسرة المبنية على نوع القرابة ودرجتها فيما بينهم. ومن هذه الحقوق ما هو من الحقوق المدنية مثل حق الطاعة للزوج على زوجته، وحق الولد على أبيه في تربيته. ومنها ما هو حقوق مالية مثل حق التوارث بين أفراد الأسرة، وحق النفقة فيما بينهم، وكل ذلك بموجب قواعد وأحكام تفصيلية جاءت بها الشريعة الإسلامية ولا نجد لها نظيراً في القوانين الوضعية، مما يجعل (الأسرة) مترابطة متينة متماسكة وبالتالي يكون المجتمع الإسلامي متيناً متماسكاً مترابطاً لأن الأسرة هي عماد المجتمع^(١) كما يترتب الانتساب إلى أسرة معينة تحديد نوع القرابة التي يكون عليها أفرادها فيما بينهم وبين غيرهم من الأقارب الذين قد لا يكونون أعضاء الأسرة الواحدة. وفي ضوء هذا التحديد قد يمنع الشاهد من الشهادة لقريبه، ويمنع القاضي من النظر في دعوى قريبه إلى درجة معينة من القرابة^(٢). ونحو ذلك من الأحكام الشرعية المترتبة على القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة أو التي تقيمها مع غيرهم من الأقارب خارج نطاق الأسرة.

٥٩٦ - ثالثاً: ومن عناصر الحالة الانتساب إلى دين معين

الانتساب إلى دين معين أمر مهم للغاية في نظر الشريعة الإسلامية، فعلى أساسه يتبين نوع المركز القانوني والشخصية القانونية للإنسان وما يتمتع به من حقوق وما يتحمله من واجبات، وما يسري عليه من أحكام. وهذه الحقوق والآثار والأحكام التي تترتب على نوع الدين الذي ينتسب إليه الشخص ويعتقده تدخل في نطاق القانون العام والخاص. فعلى أساس (الإسلام) الذي يعتنقه الشخص يصير من أهل دار الإسلام ويحمل جنسيتها ويتمتع بكامل الحقوق السياسية والعامة والخاصة، وتجب عليه سائر التكاليف الشرعية باعتباره من أهل دار الإسلام كالقتال

(١) انظر تفصيل ما قلناه في كتابنا المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم.

(٢) انظر ذلك في كتابنا نظام القضاء في الشريعة الإسلامية.

في سبيل الله وطاعة ولي الأمر... إلخ. وفي نطاق المعاملات المالية يلتزم بجميع أحكامها. وفي نطاق الجرائم والعقوبات يسري عليه أحكامه وهكذا. أما غير المسلم، فهذا يتحدد مركزه القانوني في دار الإسلام على أساس عقد الذمة بالنسبة (للذمي) وعلى أساس عقد الأمان المؤقت الذي يدخل به في دار الإسلام ويصير (مستأمنًا) أي أجنبي في دار الإسلام، مع مراعاة لدين غير المسلم من ذمي أو مستأنس إلى الحد الذي رأت الشريعة الإسلامية مراعاته، وبموجب أحكام موضوعية وليس بموجب قواعد (الإحالة) أو (الإسناد)^(١).

(١) انظر كتابنا أحكام الذميين والمستأنسين في دار الإسلام.

الفرع الرابع

الموطن

٥٩٧ - موطن الشخص

ذكرنا أن المقصود بالموطن هو المكان الذي يفترض أن الشخص يباشر فيه أعماله القانونية، وإنه هو المكان الذي يخاطب فيه بشأن هذه الأعمال. وأنه على أساسه يتم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الذي يتعلق بمعاملاته. وقلنا أن تحديده يكون بموجب أحد تصويرين: الواقعي أو الحكمي. والتصوير الواقعي يقتضي أن يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الإنسان عادة. فالموطن وفق هذا التصوير هو محل الإقامة المعتاد للشخص المراد معرفة موطنه ليخاطب فيه بشأن معاملاته، ولتعرف المحكمة التي تختص في النظر بشؤون معاملاته هذه.

٥٩٨ - موطن الشخص في الفقه الإسلامي

والظاهر لنا، أن موطن الشخص بالمعنى الذي ذكرناه يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ونستأنس لما نقول، أن الغالب أن الشخص يعيش في البيت الذي أعده لسكنه، وأنه يباشر أعماله حيث يسكن ويقيم، وأنه إذا غادره لبعض الوقت لأغراض أعماله فهو في نية الرجوع إليه. وقد أشار القرآن الكريم باختصاص الفرد بسكن أو بيت له بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾^(١).

(١) سورة النور، الآية ٢٧.

٥٩٩ - الدليل على أن موطن الشخص حيث يقيم

ويمكن الاستدلال بأن موطن الشخص في الشريعة الإسلامية هو المكان الذي يقيم فيه عادة بما يقرره الفقهاء بشأن المحكمة المختصة بنظر دعاوى الناس، فمن أقوالهم في هذا المجال، ما ذهب إليه الحنفية في قولهم: «إذا كان في المصر قاضيان، كل واحد منهما في محله على حدة، ف وقعت خصومة بين رجلين، أحدهما في محلة والآخر في محلة أخرى، والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضي محله والآخر يأباه. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى العبرة للمدعى. وقال محمد - أي محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة - لا، بل للمدعي عليه. وعليه الفتوى»^(١) والعبرة بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد أن كلاً منهما ذهب إلى تحديد المحكمة المختصة بناء على (الموطن) وهو الذي يقيم فيه الشخص عادة، وكل الخلاف بينهما أن أبا يوسف نظر إلى (موطن) المدعى وأن محمداً اعتبر موطن المدعى عليه. وجاء أيضاً في فقه الحنفية: «ولو تنازع الجندي والبلدي في قضية، وأراد كل منهما أن يحكم قاضيه فالعبرة لقاضي المدعى عليه»^(٢) وفي فقه المالكية: «إذا كان الشيء المدعى فيه في غير بلد المدعي عليه، فقال ابن الماجشون: الخصومة حيث المدعي فيه. وقال مطرف واصبغ - من أصحاب مالك وفقهاء المذهب المالكي - حيث المدعي عليه»^(٣) أي كان في غير بلد المدعي عليه، وسواء كان ذلك منقولاً أو عقاراً.

٥٩٩ - يجوز لولي الأمر أن يحدد موطن الشخص

ومع ما قلناه فإن لولي الأمر أن يختار (التصوير الحكمي) الذي ذكرناه، في

(١) واقعات المفتين في فقه الحنفية تأليف قدرى أفندي ص ٢١٩.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) منح الجليل في مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ١٤٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٨٣ - ٨٤.

تحديد موطن الشخص، فيجعل المكان الذي فيه مركز أعمال الشخص هو موطنه لا محل إقامته، لأنها من مسائل الاجتهاد الذي يسوغ فيها أن يختار ولي الأمر رأياً منها ويأمر بتطبيقه.

الفرع الخامس

الأهلية في الشريعة الإسلامية

٦٠٠ - تعريف الأهلية

الأهلية في اللغة تعني الصلاحية، يقال فلان أهل لغمل كذا، إذا كان صالحاً للقيام به وفي اصطلاح علماء أصول الفقه تنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

٦٠١ - أهلية الوجوب

هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(١) أي صلاحيته لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات. وتكون هذه الأهلية بالذمة، أي تثبت هذه الأهلية للإنسان بناء على ثبوت الذمة له. والذمة في الاصطلاح وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه^(٢) وهي بهذا المعنى الاصطلاحي تثبت لكل إنسان، إذ ما من مولود يولد إلّا وله ذمة، وبالتالي يكون أهلاً للوجوب له وعليه^(٣) وعلى هذا يمكن القول أن أساس ثبوت أهلية الوجوب. ولهذا تثبت هذه الأهلية للجنين - وإن كانت ناقصة - لوجود الحياة فيه وإن لم تكن كاملة، ولذلك تثبت له أهلية وجوب ناقصة. ولما كانت حياة الإنسان هي أساس ثبوت أهلية الوجوب فهي تلازمه مدى حياته ولا تفارقه حتى الموت.

(١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٦.

(٢) التوضيح وشرحه للفتازاني ج ٢ ص ١٦١.

(٣) أصول البزدوي ج ٢ ص ١٣٥٧.

٦٠٢ - أهلية الأداء

وهي صلاحية الإنسان لأن يطالب بأداء الحقوق التي عليه، ولأن تعتبر أقواله وأفعاله وتترتب عليها آثارها الشرعية، بحيث إذا صدر منه تصرف كان معتبراً ومعتداً به شرعاً وأساس هذه الأهلية (التمييز) لا الحياة.

٦٠٣ - الأهلية الكاملة والناقصة

كل من أهلية الوجوب والأداء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة نظراً للأدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه في بطن أمه إلى انفصاله عنها وتمازج عقله ثم موته. وهذه الأدوار هي:

أولاً: دور الجنين.

ثانياً: دور الانفصال إلى التمييز.

ثالثاً: من دور التمييز إلى سن البلوغ.

رابعاً: دور ما بعد البلوغ عاقلاً رشيداً.

٦٠٤ - الدور الأول - دور الجنين

الجنين في بطن أمه قد ننظر إليه كجزء من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب، وقد ننظر إليه من جهة كونه نفساً مستقلة ومنفرداً عن أمه بالحياة ومتهيئاً للانفصال عنها وصيرورته إنساناً قائماً بذاته، فنحكم بوجود الذمة له وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب، وقد لوحظت هاتان الجهتان فلم تثبت له ذمة كاملة، كما لم تنف عنه الذمة بإطلاق، وإنما أثبت له ذمة ناقصة صالحة للوجوب له لا عليه، فتثبت له الحقوق التي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف، أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالهبة، فلا تثبت له وإن كانت نفعاً محضاً له. ولا

يجب عليه أي حق للغير لنقصان أهليته.. هذا وإن ما يثبت له من حقوق وهو جنين إنما يستحقها وتثبت له ثبوتاً قطعياً إذا ولد حياً، أما إذا ولد ميتاً فلا يثبت له شيء مما قلناه من ميراث أو وصية أو استحقاق في الوقف. أما أهلية الأداء فلا وجود لها بالنسبة للجنين.

٦٠٥ - الدور الثاني - من الانفصال إلى التمييز

الجنين متى انفصل حياً ثبتت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة فتجب الحقوق له وعليه. وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كما تجب على البالغ العاقل لكمال الذمة وثبوت الأهلية بها، إلا أنه لما كان نفس وجوب الحق على الإنسان ليس مقصوداً لمجرد الوجوب ولذاته وإنما المقصود من الوجوب هو حكمه، وهو أدائه، فكل حق يمكن أدائه عن الصبي فهذا الحق يجب عليه، وما لا يمكن أدائه عنه لا يجب عليه، ويترتب على هذا ما يأتي:

أولاً: بالنسبة لحقوق العباد: ما كان منها حقوقاً مالية كضمان المتلفات أو نفقة أو أجرة ونحو ذلك فهذه تجب على الصبي إذا وجدت موجباتها عليه، لأن المقصود منها المال، وأدائه يحتمل النيابة، فيؤديه الولي نيابة عنه. وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص لا يجب على الصبي لأنه لا يصلح لحكمه وهو المؤاخذه بالعقوبة لعدم تمييزه كما أن هذا الحق لا يتحمل النيابة إذ لا يجوز معاقبة الولي نيابة عن الصبي. وهذا بخلاف (الدية) تجب على الصبي لأن أدائها يتحمل النيابة فتجب عليه.

ثانياً: حقوق الله تعالى ما كان عبادة محضة كالصلاة لا تجب على الصبي لأن العبادات المحضة لا تؤدي نيابة، كما أنه غير مكلف بها لقصور عقله وتمييزه. ولكن العبادات المالية كالزكاة فإنها كذلك لا تجب عند بعض الفقهاء إلحاقاً بالعبادات المحضة، وعند بعض آخر من الفقهاء تجب لأنها حق مالي للفقراء وأدائه يحتمل النيابة.

أما أهلية الأداء فمعدومة تماماً في حق الصبي في هذا الدور لعدم تمييزه، والتمييز بالعقل أساس أهلية الأداء. ولهذا لا يطالب الصبي بأداء شيء بنفسه، وما وجب عليه من حقوق يطالب بها وليه ويؤديها عنه. ولعدم أهليته للأداء لا يترتب على أقواله أثر قانوني.

٦٠٦ - الدور الثالث - من دور التمييز إلى سن البلوغ

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير السنة السابعة - وهو سن التمييز - وينتهي بسن البلوغ. وفي هذا الدور تثبت للإنسان أهلية وجوب كاملة، لأنها إذا ثبتت للصغير غير المميز، فثبوتها للصغير المميز - وهو أحسن منه حالاً - أولى. فثبت له وعليه الحقوق على النحو الذي فصلناه بالنسبة للصغير غير المميز في الدور الثاني. أما أهلية الأداء فثبتت للصغير في هذا الدور ناقصة لتقصان عقله وتمييزه، ويترتب على ذلك ما يلي:

أولاً: التصرفات النافعة له نفعاً محضاً تصح منه كقبول الهبة والصدقة والوصية دون الحاجة إلى إجازة من وليه.

ثانياً: التصرفات الضارة بالصغير ضرراً محضاً، وهي تلك التي تخرج من ملكه شيئاً بدون مقابل كالهبة، فهذه التصرفات تقع منه باطلة ولا يملك الولي ولا الوصي تصحيحها بالإجازة، لأنهما لا يملكان مباشرتهما في حق الصغير فلا يملكان إجازتها، لأن مبنى الولاية رعاية مصلحة الصغير، وليس من مصلحته إخراج شيء من ماله بلا عوض.

ثالثاً: التصرفات المترددة بين النفع والضرر بحسب أصلها ووضعها كالبيع والإجازة وسائر المعاوضات المالية، تقع من الصغير صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الولي.

٦٠٧ - الدور الرابع - دور ما بعد البلوغ

إذا بلغ الإنسان عاقلاً ثبتت له أهلية أداء كاملة وصار أهلاً لتوجيه الخطاب، وتكليفه بجميع التكاليف الشرعية. أما أهلية الوجوب فهي كاملة وثابتة في حقه. ولكن مع هذا فقد لا يتمتع الشخص بالأهلية الكاملة: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، لظروف معينة وليس في قصور في الأساس الذي تقوم عليه هذه الأهلية بنوعيتها، (كالأجنبي) لا يتمتع بالحقوق السياسية التي يتمتع بها الوطني. وقد لا يتمتع بنفس الحقوق العامة والخاصة التي يتمتع بها الوطني أيضاً نظراً لمركز الوطني وكونه يحمل جنسية الدولة التي ينتمي إليها بخلاف الأجنبي مما يجعلهما يختلفان ببعض الحقوق كما يختلفان ببعض الواجبات مثل الخدمة العسكرية يتحملها الوطني ولا يتحملها الأجنبي.

٦٠٨ - عوارض الأهلية

علمنا أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان ناقصة في دور الجنين ثم تصير كاملة بعد ولادته، وتبقى ملازمة له ما دامت الحياة فيه. أما أهلية الأداء فهي لا تثبت للإنسان في دور الجنين، ولا تثبت للصغير غير المميز، ثم تثبت ناقصة للصغير المميز ثم تكمل له إذا ما كمل عقله بالبلوغ عاقلاً. فأهلية الأداء أساسها التمييز بالعقل فإن كان قاصراً كانت ناقصة وإن كان كاملاً كانت كاملة والعقل القاصر بتمييزه القاصر هو عقل الصبي المميز ومن في حكمه، والعقل الكامل بالتمييز المعتبر هو عقل البالغ غير المجنون وغير المعتوه^(١). ولكن قد يعرض للإنسان بعد كمال أهليته من الأمور ما يزيلها أو ينقصها ولا يؤثر فيها بالإزالة والنقصان ولكن يغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له، وهذه هي التي تسمى بعوارض الأهلية، فهي حالة لا تكون لازمة للإنسان وتكون منافية للأهلية.

(١) التوضيح للفتازاني ج ٢ ص ١٦٤.

٦٠٩ - أنواع العوارض

تنقسم العوارض إلى قسمين:

الأول: عوارض سماوية.

والثاني: عوارض مكتسبة.

والعوارض السماوية هي التي تثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار الإنسان، ولهذا نسبت إلى السماء، لأن ما لا اختيار للإنسان فيه ينسب إلى السماء، على معنى أنه خارج عن قدرة الإنسان مثل الجنون والعتة والمرض.

أما العوارض المكتسبة فهي ما كان للإنسان فيها كسب واختيار وهي نوعان:

الأول: ما كان للإنسان فيها كسب واختيار من نفسه كالجهل والهزل والسكر.

والثاني: ما يكون من غيره عليه وهو الإكراه. وهذه العوارض وأثرها في الأهلية بنوعها محل درساتها في أصول الفقه، والفقه^(١).

المبحث الثالث

الشخص الاعتباري في الشريعة الإسلامية

٦١٠ - تمهيد

قلنا أن المقصود بالشخص الاعتباري أو المعنوي هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تقوم لتحقيق غرض معين ويمنحها القانون الشخصية القانونية. وبناء على هذه الشخصية، تصير له أهلية الوجوب وأهلية الأداء إلا أنه

(١) انظر كتابنا أصول الفقه من ص ١٠٢ - ١٤٤.

نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما فإن مدى أهلية الوجوب المقررة للشخص الاعتباري أضيق نطاقاً من أهلية الوجوب المقررة للشخص الطبيعي، ويرجع ذلك إلى طبيعة تكوين الشخص الاعتباري من ناحية، وإلى الغرض الذي من أجله أنشئ من ناحية أخرى^(١).

٦١١ - هل في الشريعة الإسلامية شخص اعتباري؟

إن فكرة الشخص الاعتباري موجودة في الفقه الإسلامي، ورتب فقهاء الشريعة الإسلامية أحكاماً لا يمكن تفسيرها إلا على أساس فكرة الشخصية المعنوية. من ذلك (الشخصية الاعتبارية للدولة) ومن مظاهر ذلك ما يعقده الخليفة من معاهدات، فإنها تسري عليها ويلتزم الجميع بها سواء الأفراد وولاية الأمر فيها. ومن ذلك ما عقده النبي ﷺ من (صلح الحديبية) مع قريش فإن بنودها شملت جماعة المسلمين ودولتهم في المدينة، كما شملت جميع الأفراد المسلمين، وإن الذي تولى تنفيذها هو النبي ﷺ باعتباره إماماً للمسلمين وحاكماً لهم ولذلك رد النبي ﷺ من جاء مسلماً من قريش عملاً ببنود المعاهدة.

٦١٢ - من تطبيقات فكرة الشخص الاعتباري في الشريعة الإسلامية

قال الفقيه الماوردي وهو يتكلم عن موت الخليفة والوزير وأثر ذلك في سلطة أمير البلد فقال ما نصه: «وإذا كان تقليد الأمر من قبل الخليفة لم ينزل بموت الخليفة، وإن كان من قبل الوزير انزل بموت الوزير لأن تقليد الخليفة نيابة عن المسلمين، وتقليد الوزير نيابة عن نفسه» ووضح من ذلك أن الماوردي يثبت لجماعة المسلمين (شخصية اعتبارية) وهذه لا تزول إذا مات الخليفة لأنه عين أمير البلد نيابة عنهم بما لهم من شخصية قانونية تمكنهم من تعيين (الخليفة) وتخويله بعض ما يملكون من سلطة بينما في تعيين الوزير لأمر البلد، فهذا تعيين من قبل

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٤١.

نفسه وكأنه لا يصدر عنه باعتباره نائباً أي عن الأمة بل نيابة عن الخليفة فافترق الحكم في تعيين كل منهما لأمر البلد. وكذلك نجد فكرة الشخص الاعتباري في نظام (بيت المال) حيث يضاف إليه كل ما للدولة الإسلامية من حقوق مالية باعتبارها حقوقاً لها، وكل ما يجب على الدولة صرفه وإنفاقه يضاف إلى بيت المال باعتبار هذا الواجب المالي حقاً على بيت المال.

٦١٣ - نظام الوقف وفكرة الشخص الاعتباري

ونجد فكرة الشخص المعنوي الاعتباري واضحة جلية في نظام الوقف الإسلامي، إذ يقوم هذا النظام على أساس - حبس مجموعة من الأموال لتحقيق أغراض خيرية وهذا الصنيع نوع من أنواع الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التي تعطى لمجموعة من الأشخاص أو لمجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين.

٦١٤ - انتهاء الشخص الاعتباري

ويتهيء الشخص الاعتباري بتحقيق الغرض الذي قام من أجله أو باستحالة تحقيق هذا الغرض، ومن الأول كما لو قامت جماعة معينة لتحقيق غرض معين كبناء مسجد أو مدرسة وتم هذا البناء. ومن الثاني خراب الوقف وزوال معالمه بالكلية كما لو كان الوقف أرضاً زراعية فتآكلت بفعل جريان ماء النهر حتى زالت معالمها.

٦١٥ - مدى الشخصية القانونية المقررة للشخص الاعتباري

ذكرنا أن الشخص الاعتباري وأن تتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي إلا أنه لا يتلقى من الحقوق ولا يلتزم من الالتزامات إلا ما يناسب تكوينه. وعلى هذا فحقوق الأسرة لا يتمتع بها وكذلك ما هو خارج نطاق الغرض الذي من أجله أنشئ، فلا يصح لجمعية خيرية أن تمارس أعمالاً لتجارة الربح المادي.

٦١٦ - اسم الشخص الاعتباري وموطنه وحالته

يحق للشخص المعنوي أن يحمل اسماً معيناً خاصاً به يميزه عن غيره، كما يكون له موطن مستقل و متميز عن موطن الأشخاص المكونين له أو عن موطن الشخص المكون له، كالوقف، يكون مكانه حيث هو، بغض النظر عن مكان وموطن منشئه. أما بالنسبة (للحالة) فهذه تظهر بعلاقته بالدولة التي يقيم فيها ويحمل جنسيتها. وقد تعترف الدولة للشخص الاعتباري بجنسية أخرى غير جنسيتها، فيكون حكمه حكم (الأجنبي) من حيث التابعين والجنسية.

٦١٧ - أهلية الأداء للشخص الاعتباري

إن مناط أهلية الأداء الإرادة والتمييز، ولا يتوافر للشخص الاعتباري ذلك ولذلك فلا يتصور أن يباشر التصرفات القانونية إلا بواسطة من يمثلونه من أشخاص طبيعيين يقومون بهذه التصرفات بالنيابة عنه ولحسابه. وهذا يشبه (ناظر) الوقف أو (المتولي على الوقف) يقوم بإدارة شؤون الوقف ويحصل حقوقه ويوزع غلاته على مستحقيها.

٦١٨ - ذمة الشخص الاعتباري

وللشخص الاعتباري ذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له أو ذمة (المتولي) على شؤونه كما في الوقف، فإن ما يستدينه (متولي الوقف) أو (ناظر الوقف) بإذن من المحكمة لتعمير الوقف إنما يضاف هذا الدين إلى الوقف وليس إلى المتولي، وكذا ما يستحقه الوقف من حقوق تعود إليه وتدخل في ذمته كعنصر دائن من عناصر ذمته المالية. وكذلك ذمة شركة الأموال، لها ديونها المستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين لها.

المبحث الرابع محل الحق في القوانين الوضعية^(١)

٦١٩ - تعريف محل الحق

محل الحق هو موضوعه أي ما يرد عليه الحق، ويجب التفريق بين محل الحق وبين مضمون الحق. فمضمون الحق هو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، أما محل الحق فهو ما يرد عليه الحق، بهذا المضمون، سواء كان شيئاً أو عملاً.

٦٢٠ - اختلاف محل الحق باختلاف أنواع الحق

يختلف محل الحق باختلاف أنواعه فمحل الحق العيني شيء من الأشياء المادية يباشر عليه صاحب الحق سلطة معينة. والحق الذهني يرد على شيء غير مادي، فالنتاج الذهني هو محل الحق الذهني. ومحل الحق الشخصي عمل امتناع عن عمل. لأن الحق الشخصي رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها، أحدهما: وهو المدين بالقيام بعمل أو بالإلتزام عن عمل.

٦٢١ - منهج البحث

وبناء على ما تقدم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:
الأول: الكلام عن الأعمال باعتبارها محلاً للحق الشخصي.
والثاني: الأشياء باعتبارها محلاً للحق العيني.

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٥٢ - ٢٦٥، الدكتور البدراري، المرجع السابق، ص ٤٤٠ - ٤٨٠، الدكتور حسن كيرة ص ٧٠٣ وما بعدها، الدكتور الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

المطلب الأول الأعمال محل الحق الشخصي

٦٢٢ - صور العمل محل الحق الشخصي

قلنا أن محل الحق الشخصي القيام بعمل أو الامتناع عنه، أي سواء كان العمل إيجابياً أو سلبياً ومن العمل الإيجابي التزام العامل بالقيام بعمل معين، والتزام الوكيل بتنفيذ العمل الموكّل له، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والتزام البائع بتسليم المبيع. ومن العمل السلبي، التزام بالامتناع عن عمل معين مثل التزام المستأجر بعدم التغيير في العين المؤجرة، والتزام شخص بالامتناع عن مزاحمة آخر في تجارته في محلة معينة. ومن صور الالتزام بعمل الالتزام بنقل حق عيني أو إنشائه ومثاله التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري. وهذه الصورة من الالتزام جرى اصطلاح القانون على تسميتها بـ (الالتزام بإعطاء شيء) ولا يراد بالإعطاء هنا مجرد تسليم شيء، فالالتزام بالتسليم هو التزام بعمل، وإنما يراد به نقل ملكية أو نقل أو إنشاء حق عيني على شيء. ولا يخرج الالتزام بالإعطاء أي بنقل أو إنشاء الحق العيني عن أن يكون صورة من صور الالتزام بعمل.

٦٢٣ - شروط العمل، محل الحق

ويشترط في العمل ليكون صالحاً لموضوع الحق أي محله، جملة شروط هي

أن يكون ممكناً ومعيناً ومشروعاً، فإذا فقد شرطاً من هذه الشروط لم يصلح أن يكون محلاً للحق. ونذكر فيما يلي كلمة موجزة عن كل شرط.

٦٢٤ - الشرط الأول: أن يكون ممكناً.

أي أن يكون العمل محل الحق يمكن القيام به فإذا كان مستحيلًا بذاته لا يتصور إمكان فعله، لم يصلح أن يكون محلاً للحق الشخصي وبالتالي لا يتحقق الالتزام له. والمقصود بالاستحالة المانعة من تحقق شرط الإمكان هي الاستحالة المطلقة المتأتية من ذات العمل وبالنسبة لكل الأشخاص. وإذا كان العمل إعطاء شيء أي نقل ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه فيشترط في هذا الشيء أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود أو محتمل الوجود وفقاً لقصد المتعاقدين.

٦٢٥ - الشرط الثاني: التعيين

وهذا الشرط يعني أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين وفق ظروف الاتفاق. وإذا كان المحل إعطاء شيء - نقل حق ملكيته أو ترتيب حق عيني عليه - فيشترط في هذا الشيء أن يكون معيناً، وتعيينه يتحدد بكونه شيئاً مثلياً أو قيمياً.

٦٢٦ - الشرط الثالث: مشروعية العمل

ويجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي، مشروعاً يقره القانون ولا يخالف النظام العام ولا الآداب. فالالتزام بارتكاب جريمة معينة أو دفع مال مقابل علاقة جنسية غير مشروعة أو بيع مخدرات، لا يصلح واحد من هذه الأمور أن يكون محلاً للحق الشخصي.

المطلب الثاني الأشياء (محل الحق العيني)

٦٢٧ - الشيء والمال

المقصود أصلاً بالشيء كل ما لا يعد شخصياً ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحس أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصور، ولذلك فالشيء إما مادي، وإما معنوي. ومن المعنوي المصنفات الفكرية. وينبغي عدم الخلط بين (الشيء) و (المال) ذلك أن المال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المادية أيأ كان نوعه وأياً كان محله شيئاً أو عملاً، وبذلك يعتبر (مالاً) الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالي، وحق الدائنية. أما (الشيء) فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلاً مباشراً للحقوق التي تخول (التسلط) أو موضوعاً لمحل الحقوق التي تخول الاقتضاء. (فالمال) هو الحق ذو القيمة المالية. أما الشيء فهو محل ذلك الحق. ومثال ذلك عندما يملك شخص أرضاً، فحق الملكية هو المال، والأرض هو الشيء.

٦٢٧ - (مكرر) - ما يشترط في الشيء ليكون محلاً للحق العيني

نصت المادة (٨١) من القانون المدني المصري: ١ - كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية فالشرط في الشيء ليصلح أن يكون محلاً للحق العيني. فلا بد من بيان الأشياء التي تخرج بطبيعتها عن التعامل فيها وبيان الأشياء التي لا يجيز التعامل فيها وإن كانت هي بذاتها تصلح لمثل هذا التعامل.

٦٢٨ - الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها

وهذه الأشياء يمكن الانتفاع بها من قبل الجميع ولكن لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والانتفاع بها، مثل الشمس والهواء والبحار العامة، ولكن لو أمكن بطريقة ما حيازة شيء من الهواء أو الماء كما في إحراز الهواء بضغطه بأوعية خاصة، أو إحراز الماء بأنابيب ففي هذه الحالة يصبح التعامل فيه يكون صالحاً لأن يكون محلاً للحق العيني.

٦٢٩ - الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون

هناك أشياء يمكن التعامل فيها بطبيعتها التي تقبل مثل هذا التعامل، ولكن القانون لاعتبارات معينة يراها جديرة بملاحظتها يحرم التعامل ببعض الأشياء، ومثالها الأموال العامة، فهذه الأموال بطبيعتها تقبل التعامل فيها ولكن كونها مخصصة لمنفعة عامة، لم يجوز القانون التعامل فيها رعاية لهذه المنفعة العامة. كذلك قد يمنع القانون من التعامل ببعض الأشياء، دفعاً للأضرار المتوقعة منه، كتحريم التعامل بالمخدرات أو الأطعمة المغشوشة.

المطلب الثالث

تقسيمات الأشياء محل الحق العيني

٦٣٠ - التقسيم الأول: الأشياء العامة والأشياء الخاصة

الشيء العام هو المملوك للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام والمخصص للنفع العام فيشترط لاعتبار الشيء عاماً شرطان:

الأول: أن يكون مملوكاً للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام كالبلديات أو المؤسسات العامة.

الثاني: أن يكون مخصصاً للنفع العام. فإن لم يتحقق هذا الشرط كان الشيء

مملوكاً للدولة أو للشخص العام ملكية خاصة. وهذه تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الأشياء المملوكة للأفراد.

٦٣١ - حكم الأشياء العامة

لا يجوز التصرف بالشئ العام ما دام محتفظاً بهذا الوصف. فإذا زال عنه هذا الوصف أصبح من الأشياء الخاصة المملوكة للدولة. والتصرف الممنوع بالشئ العام هو التصرف الذي يتنافى مع تخصيص الشئ للنفع العام كبيعه مثلاً. أما إذا لم يتناف هذا التصرف مع تخصيص الشئ للنفع العام فلا مانع منه مثل ترخيص البلديات لشغل جزء من الطريق العام لأحد الأفراد. ولا يجوز الحجز على الأشياء العامة ولا يمكن تملك الأشياء العامة بالتقادم.

٦٣٢ - الأشياء الخاصة وحكمها

وهي الأشياء المملوكة ملكية خاصة للأفراد أو للدولة وهذه تخضع لما تخضع له هذه الأشياء في الأحكام القانونية المتعلقة بنوع التصرف الواقع عليها كبيعها أو إيجارها أو نحو ذلك.

٦٣٣ - التقسيم الثاني: العقارات والمنقولات

العقار كما جاء تعريفه في القانون المدني المصري - المادة ١/٨٢ - هو: «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار» والمنقول كما جاء في نفس هذه المادة بعد أن ذكرت تعريف العقار (وكل ما عدا ذلك فهو منقول) وفي القانون المدني اليمني (١١٧٢) (العقار هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف).

٦٣٤ - أهمية هذا التقسيم

تظهر أهمية هذا التقسيم من وجوه عديدة نص عليها القانون منها:

أ- أن الملكية لا تنتقل بالنسبة للعقارات إلاّ بتسجيلها في الدائرة المختصة، أما المنقولات فإنها تنتقل بمجرد: التعاقد عليها.

ب- الحيازة في المنقول مرتبطة بالملكية، ومن ثم جاءت القاعدة: الحيازة في المنقول سند الملكية. أما في العقارات، فحيازتها متميزة عن الملكية إذ ليس من الضروري اعتبار حائز العقار مالكا له.

ج- النزاع حول العقار تختص بالنظر فيه محكمة محل العقار، أما بالنسبة للنزاع شأن المنقول فالاختصاص في نظره لمحكمة موطن المدعى عليه.

د- أن بعض الحقوق لا ترد إلاّ على العقار كالرهن الرسمي وحق الارتفاق.

هـ- من حيث تملك الأجانب، نجد أن معظم القوانين الوضعية تحرّم على الأجانب تملك العقارات أو تقيّد حقهم في تملكها، ولا يسري هذا التحريم أو التقييد عادة على المنقولات.

و- وهناك أحكام أخرى يختلف فيها العقار عن المنقول، منها البدء ببيع منقولات التركة لسداد دينها، وعند عدم الكفاية يباع عقاراتها وهذا كله إن لم يكن في التركة نقود. ومنها أيضاً في إجراءات التنفيذ هي على المنقول أبسط من إجراءات التنفيذ الجبري على العقار.

٦٣٥ - أنواع العقارات

أولاً: العقارات بطبيعتها.

وهذه هي التي يصدق عليها تعريف القانون المدني المصري الذي ذكرناه وهو: (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار) وإذن فيلزم لاعتبار الشيء عقاراً توافر شرطين: الأول أن يكون حائزاً لصفة الاستقرار والثاني أن لا يمكن نقله بدون أن يعتريه خلل أو تلف أي بدون أن تتغير ذاتيته، ولا أهمية بعد ذلك لكون الشيء قد اكتسب الثبات والاستقرار بأصل خلقه كما هو شأن

الأرض أو كان ذلك يرجع إلى صنع صانع كما هي الحال بالنسبة للمباني والأشجار المغروسة. وبناء على ذلك يعتبر عقاراً بطبيعته ما يأتي:

أ - الأرض فهي عقار ثابت بطبيعته حائز لصفة الاستقرار من أصل خلقته. ولكن ما يستخرج منها من معادن أو ما ينقل من أثربتها وأحجارها يعتبر من المنقولات بمجرد فصلها عنها.

ب - الأبنية: تعتبر الأبنية باتصالها بالأرض عقاراً وهي حائزة لصفة الاستقرار بصنع صانع. ولفظ (بناء) ينصرف إلى جميع أجزائه التي لا يتم إلا بها كالأبواب والشبابيك والمصاعد.

ج : النباتات: تعتبر الأشجار والنباتات عقارات بالطبيعة إذا اتصلت بالأرض اتصالاً مباشراً، أي امتدت جذورها في الأرض. وتعتبر النباتات أشياء ثابتة وبالتالي عقارات بغض النظر عن قيمتها وعن مدة تمكّنها وبقيائها في الأرض. ووصف العقار يشمل ثمار النباتات أيضاً ما دامت متصلة بها. وإذا انفصلت النباتات من الأرض صارت منقولة.

٦٣٦ - ثانياً: العقار بالتخصيص

جاء في المادة (١١٧) من القانون المدني اليمني (العقار هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته واستغلاله، وكل ما عدا ذلك فهو منقول). ونصّت المادة (٨٢) في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري على أنه (ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يصنعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله). والظاهر من هاتين المادتين في القانون المدني المصري واليمني أنه يتعين لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: اتحاد مالك العقار والمنقول.

يجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، وعلى هذا لو استأجر مالك العقار منقولات أو استعارها وخصصها لخدمة أرضه لم تعتبر هذه عقارات بالتخصيص. على أنه لا يشترط أن يكون مالك العقار ملكية كاملة بل يكفي أن يكون شريكاً فيه على الشيوع.

الشرط الثاني: أن يوضع منقول طبيعته في عقار بطبيعته سواء كان هذا العقار أرضاً أو بناء. على أنه لا يجوز أن يفهم من عبارة (ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه) (أن القصد هو وضع الشيء مادياً في العقار، وإنما المقصود من هذا الوضع هو إلحاق الشيء بخدمة العقار واستعماله واستغلاله، وليس معنى ذلك هو استلزام وضع المنقول في العقار على وجه الاستمرار، فالمواشي والآلات المستعملة في خدمة أرض مالكيها تعتبر عقارات بالتخصيص.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار واستغلاله لا لخدمة المالك. فالمنقول لا يعد عقاراً بالتخصيص إلا إذا أعدّ لخدمة العقار واستغلاله. ولكن ليس معنى هذه أن يكون هذا المنقول ضرورياً أو لازماً لهذا الاستغلال أو تلك الخدمة بل يكفي أن يكون المنقول مخصصاً بالفعل لخدمة العقار واستغلاله وأن يكون استعماله نافعاً، فالمنقولات التي يعود من استعمالها منفعة في استغلال العقار تعتبر ثابتة بالتخصيص، وتقدير ذلك راجع إلى قاضي الموضوع فهو الذي يقرر ما إذا كانت المنقولات مستعملة لخدمة العقار أو لا، وهل للاستعمال مبرر من لزوم أو نفع أم لا. فهو الذي يقرر مثلاً عدد الماشية الكافية لزراعة قطعة أرض، فلا يعتبر منها عقاراً بالتخصيص إلا العدد الكافي لاستغلالها وما زاد على ذلك احتفظ بطبيعته المنقولة.

ومن قبيل العقارات بالتخصيص في مجال الاستغلال التجاري مفروشات الفنادق وأدوات المطاعم. وكذلك تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات الموضوعة في أماكن العبادة، كالفرش، ومكبرات الصوت. وتلك الموضوعة في المدارس والمستشفيات كالأسرة والمكاتب والآلات والعقاقير.

٦٣٧ - التقسيم الثالث للأشياء: القيمي والمثلي

وتقسم الأشياء إلى مثلية وقيمية. وقد عرفت المادة (٨٥) من القانون المدني المصري الأشياء المثلية بقولها: «الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن» فالأشياء المثلية هي التي تقدرها بعدد، كقطع النقود ذات الفئة الواحدة، أو المقيسات كالقمماش إذا كان نوع واحد بأوصاف واحدة أو المكيلات كالقمح من نوع واحد. أما الأشياء القيمية فهي التي يقوم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يكون لها مثل بنفس هذا الوصف وبالتالي لا يمكن أن يحل محلها في الوفاء كالعقارات من أرض ومنازل، والحيوانات، والكتب الخطية، واللوحات الفنية.. إلخ. هذا وإن العبرة في وصف الشيء بأنه شيء مثلي أو قيمي هو في إمكان قيام شيء آخر من جنسه ونوعه ومقداره ومقامه في الوفاء بحسب قصد المتعاقدين، أو عدم إمكان ذلك، فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار شيء مثلي شيئاً قيمياً وبالعكس، كما في حالة إعاره كتاب للاطلاع عليه ورده بعينه، أو قيام شركة بتقسيم أرض معدة للبناء إلى قطع متساوية متماثلة. وهذا وإن الأشياء المثلية، تسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالنوع، والأشياء القيمية تسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالذات.

٦٣٨ - أهمية التفريق بين المثلي والقيمي

وتظهر أهمية التفريق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية من وجوه كثيرة منها:

أولاً: إذا كان موضوع الالتزام أو المعقود عليه شيئاً مثلياً جاز للمدين الوفاء بشيء مماثل له أما إذا كان قيمياً فلا يمكن أن يقع الوفاء إلا بذات الشيء المتفق عليه.

ثانياً: ينقضي التزام المدين بتسليم شيء قيمي إذا هلك هذا الشيء لاستحالة

تنفيذه، أما إذا كان موضوع الالتزام تسليم شيء مثلي معين بنوعه فإن الالتزام لا ينقضي بدعوى هلاك الشيء الذي كان يعتمد عليه في الوفاء لأن المثليات لا تهلك. وعليه أن يفي بإلزامه لأنه يمكن الاستعاضة عن الهالك بمثله.

ثالثاً: لا تقع المقاصة إلا بين النقود والمثليات المتحدة في النوع والجودة.

رابعاً: تنتقل ملكية المنقول القيمي بمجرد التعاقد عليه، أما الشيء المثلي فلا تنتقل ملكيته إلا بالفرز، ويتم ذلك الفرز بالكيل أو المقاس أو العد أو الوزن وذلك عادة وقت التسليم.

٦٣٩ - التقسيم الرابع للأشياء - قابليتها أو عدم قابليتها للاستهلاك

(وهذا التقسيم من حيث قابلية الأشياء أو عدم قابليتها للاستهلاك. وأساس هذا التقسيم هو النظر إلى طبيعة الشيء من حيث أثر استعمال فيه، فالأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها كالخضر والفواكه. وقد عرفت المادة (١/٨٤) من القانون المدني المصري بقولها «الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو في إنفاقها» ونصت المادة (١١٨) من القانون المدني اليمني (... يكون المال قابلاً للاستهلاك إذا كان استعماله فيما أعد له ينحصر في استهلاكه أو إنفاقه، فيعتبر كل ما أعد له في المتاجر قابلاً للاستهلاك. أما غير القابل للاستهلاك فهو المال الذي أعد للانتفاع به أو استغلاله مع بقاء عينه كالأرض الزراعية والدور والحوانيت) أما الأشياء التي لا تقبل الاستهلاك فهي تلك التي لا يترتب على استعمالها لأول مرة هلاكها بل إن ذاتيتها تبقى مع استعمالها. ويستوي بعد ذلك أن يؤدي استعمالها إلى نقص قيمتها أو حتى إلى هلاكها مع مرور الزمن أو لا يؤدي إلى ذلك، كالأراضي والملابس.

٦٤٠ - الاستهلاك المادي والاستهلاك الحكمي

وقد يكون الاستهلاك مادياً كاستهلاك الطعام، وقد يكون قانونياً - أي

حكماً - بخروج الشيء من ذمة صاحبه كاستهلاك النقود بإنفاقها لأنه لا يمكن استعمالها إلا بإنفاقها. وكذلك ما يوضع في المتاجر من أشياء للبيع فهي معدة لأن يبيعها التاجر لطالبها فتخرج منه إلى غيره. وقد نص القانون المدني المصري في مادته (٢/٨٤) تطبيقاً لهذا الاستهلاك القانوني أو الحكمي بقوله: «فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع» ومعنى ذلك أن ما يعد في المحال التجارية للبيع كالكتب والملابس، وإن كان من الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال إلا أنه يعرضها للبيع تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك قانوناً أي حكماً».

٦٤١ - أهمية هذا التقسيم

أولاً: هناك عقود لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء التي تعتبر غير قابلة للاستهلاك كعقد الإيجار وعقد العارية حيث يلتزم المستأجر والمستعير برد المأجور أو المستعار فلا يمكن أن يرد الإيجار والعارية إلا على أشياء لا تهلك بمجرد استعمالها. أما الأشياء التي تهلك بالاستعمال فإنها لا تصلح إلا أن تكون موضوعاً لعقد آخر هو عقد القرض ويسمى أحياناً عارية الاستهلاك. فالقرض ينقل ملكية الشيء إلى المقرض على أن يرد - عند حلول الأجل - شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته.

ثانياً: وهناك حقوق عينية لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء التي تهلك باستعمالها تلك هي الحقوق العينية المقررة على مال الغير والتي تعطي صاحبها حق استعماله، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الارتفاق فهذه حقوق لا يمكن ورودها إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

المبحث الرابع
محل الحق في الشريعة الإسلامية
الأعمال
(محل الحق الشخصي)

٦٤٢ - محل الحق الشخصي عمل أو امتناع عن عمل

أن ما يرد عليه الحق الشخصي في الشريعة الإسلامية قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، فمن الأول التزام المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر، ومن الثاني التزام الزوج بالامتناع عن إخراج زوجته من غير بلدها بموجب شرط في عقد النكاح.

٦٤٣ - ما يشترط في العمل محل الحق

يشترط في العمل ليصلح أن يكون محلاً للعقد أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً.

أولاً: شرط الإمكان، أي يمكن للملتزم بالعمل أن يكون القيام به ممكناً لا مستحيلاً فإن كان مستحيلاً عقلاً أو عادة - كعبور المحيط سباحة - كان الالتزام باطلاً لأن العمل غير صالح ليكون محلاً للالتزام لمخالفته للقاعدة الفقهية (لا تكليف بمستحيل). وكذلك لو تعاقد على حصاد زرع أو تلقيح نخله أو نقل أثنائه فتبين أن الزرع أو النخل أو الأثاث قد احترق. وكذلك الامتناع عن العمل أن يكون هذا الامتناع ممكناً، كما في التزام الزوج بعدم زواجه على امرأته بموجب

شرط في عقد النكاح. وإذا كان محل الحق الشخصي إعطاء شيء أي نقل حق عيني كنقل ملكية شيء فيشترط في هذا الشيء أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود، ويستثنى من ذلك محل عقد السلم حيث أنه معدوم وقت التعاقد غير موجود ولكنه صح الالتزام بتسليمه استثناء بحكم الشرع. ومثله المبيع في عقد الاستصناع فإنه جاز العرف العام به ولأنه محتمل الوجود. وأن يكون مع وجوده مقدوراً على تسليمه فلا يجوز بيع البعير الشارد ولا بيع الطير في السماء لأن محل العقد تسليم شيء غير مقدور على تسليمه^(١).

ثانياً: أن يكون العمل معيناً كاللزام العامل بتفريغ بضاعة من سيارة معينة أو بصبغ دار معروف المساحة بصبغ معين، وكاللزام البائع بنقل ملكية داره المعروفة الأوصاف. وإذا كان العمل إعطاء شيء فيجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، وكيفية تعيينه تختلف باختلاف نوع الشيء من كونه من المثليات أو القيميات، فالقيمي يكون تعيينه بما يميزه عن غيره، فالأرض مثلاً تعين بموقعها وحدود مساحتها. وإذا كان من المثليات فيعين بجنسه ونوعه ومقداره.

ثالثاً: أن يكون مشروعاً فلا يجوز أن يكون محل الالتزام القيام بعمل يعتبر جريمة في الشرع الإسلامي، أو منهياً عنه كاللزام بتسليم خمر أو خنزير بموجب عقد بيع من قبل المسلم. ويدخل في حدود مشروعية العمل عدم مخالفته للنظام العام والآداب حسب مفاهيم الشرع الإسلامي، فلا يجوز أن يكون العمل إقامة علاقات جنسية غير مشروعة لقاء دفع مبلغ من المال.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥، ص ١٤٦ - ١٤٧، كشاف القناع ج ٢ ص ١٥.

المطلب الثاني الأشياء (محل الحق العيني)

٦٤٤ - الشيء والمال

ذكرنا أن فقهاء القانون الوصفي يفرقون بين المال والشيء، ويقولون عن المال بأنه حق ذو قيمة مالية وإن الشيء هو محل هذا الحق. فعندما أملك داراً فحق الملكية هو المال، والدار هي الشيء محل الحق هذا الحق ولكن الظاهر أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون محل الحق ما تتحقق فيه صفة (المالية) أي أن يكون مالاً، وبهذا يساوون بين المال وبين الشيء الذي يصلح أن يكون محلاً للحق، فهم لم يعرفوا المال بأنه هو الحق وإنما اعتبروا المال هو الشيء الذي يرد عليه الحق^(١) ولهذا راحوا يعرفون المال حتى يعرف به صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للحق الذي لا يرد إلا على (المال) مبينين خصائصه، حتى إذا ما تحققت في شيء صار مالاً وصلح أن يكون محلاً للحق.

٦٤٥ - تعريف المال

عرفه بعض الفقهاء بأنه ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة^(٢). وعرفه آخرون بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار^(٣).

(١) الدكتور الشامي، المرجع السابق ص ٢٣٣.

(٢) رد المحتار في شرح الدر المختار للفقهاء ابن عابدين ج ٤ ص ٣.

(٣) تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٢٧٥.

٦٤٦ - التعريف المختار للمال

والتعريف المختار للمال ما قاله البعض من أن المال هو: كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد^(١) فهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحقق إذا توافر فيه إمكان حيازته وإمكان الانتفاع به .

٦٤٧ - ما يقرب على التعريف المختار للمال

أولاً: ما نحوزه وننتفع به فعلاً يعد من الأموال كالدور والأراضي والثياب والحيوان ونحو ذلك .

ثانياً: ما لا نحوزه فعلاً ولكن نتمكن من حيازته يعد مالاً أيضاً لأن الحيازة الفعلية ليست بشرط ثبوت مالية الشيء وإنما الشرط إمكان الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به ، وعلى هذا يعتبر السمك في الماء مالاً وكذا الطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن في باطن الأرض .

ثالثاً: ما لا نتمكن من حيازته لا يعتبر مالاً وإن كنا ننتفع به فعلاً مثل ضوء الشمس ونور القمر .

رابعاً: ما لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعتبر مالاً وإن وقعت الحيازة عليه فعلاً كقطرة ماء أو حبة رز . والانتفاع المعتاد هو الانتفاع الذي جرت به عادة الناس وتيقن طبيعة الشيء ويحقق المنفعة التي خلق من أجلها . فالرز مثلاً منفعته أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق هذا الغرض ، وما جرى انتفاع الناس به على هذا النحو فلا يعتبر مالاً .

خامساً: ما منع الشرع الإسلامي الانتفاع به منعاً عاماً يسري في حق الناس جميعاً لا يعتبر مالاً وإن حازه الإنسان وانتفع به فعلاً كالهيئة حتف أنفها فلا يعد

(١) مختصر المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٢ .

شيء من لحمها أو شحمها مالا. أما جلدها فيعتبر مالا بعد دبغه. وإنما كان الحكم هو ما ذكرناه لأن كون الشيء ينتفع به أو لا ينتفع به حكم شرعي، فإذا أباح الشرع الإسلامي الانتفاع بشيء ثبتت مالية هذا الشيء وصار مالا في نظر الشرع وصلاح أن يكون محلاً لتصرفاتهم، وما منع الشرع الإسلامي الانتفاع به لم يعتبر مالا. وإذا كان الانتفاع بالشيء جائزاً في حق البعض دون البعض الآخر صار هذا الشيء مالا، ولهذا تعتبر الخمر مالا لانتهاء البعض بها ونهي الشرع للمسلمين من التعرض لهم بشأنها وكذا الخنزير.

وبناء على ما تقدم، كل شيء يعتبره الشرع الإسلامي (مالاً) لتحقيق أوصافه أو معانيه، يصلح هذا الشيء أن يكون محلاً للحق العيني ولسائر التصرفات القانونية.

٦٤٨ - تقسيمات المال

يقسم المال إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة، فهو بالنظر إلى حماية الشارع له: مال متقوم وغير متقوم. وبالنظر إلى استقراره وعدم تحوله: عقار ومنقول. وبالنظر إلى تماثل أجزائه وآحاده: مثلي وقيمي. وبالنظر إلى مالكة: مال عام ومال خاص. إلى تقسيمات أخرى نص عليها القانون الوضعي ويتسع القول فيها في الفقه الإسلامي مثل تقسيم المال إلى قابل للاستهلاك وغير قابل له.

٦٤٩ - التقسيم الأول - المتقوم وغير المتقوم

المال المتقوم هو ما صار في حيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار. كالدور والسيارات والثياب والكتب ونحوها. وعلى هذا ما ليس في حيازة الإنسان لا يعد مالا متقوماً كالطير في الهواء والسمك في الماء. وكذلك ما كان في حيازة الإنسان ولا يباح له الانتفاع به شرعاً لا يعد مالا متقوماً كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، وأما بالنسبة لغير المسلم فيعتبر مالا متقوماً لنهي الشرع

عن التعرض له بشأنهما. والمقصود بحالة السعة والاختيار الأحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار، فالخمر يجوز الانتفاع بها في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشاً جاز له شربها، والميتة يجوز أكلها عند الاضطرار إليها ولكن مع هذا لا يعتبر الخمر والميتة من الأموال المتقومة لعدم جواز الانتفاع بها شرعاً في الأحوال العادية. والمال غير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه الأمران: الحيازة وجواز الانتفاع به في حالة السعة والاختيار أو لم يتوافر فهي أحد الأمرين كالخمر في حق المسلم.

٦٥٠ - ما يترتب على قسمة المال إلى متقوم وغير متقوم

أولاً: من أتلف مالاً متقوماً للغير وجب عليه الضمان مثلياً إن كان مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً لأن الشرع منحه حمايته. أما غير المتقوم فلا حرمة له ولا حماية وبالتالي لا يضمن متلفه أي شيء. فإذا أتلف إنسان سمكة في الماء أو حيواناً غير مملوك في الفلاة فلا ضمان على المتلف. وكذلك إذا أتلف مسلم لمسلم خمرأً أو خنزيراً فلا ضمان على المسلم لأن الخمر غير متقومة في حق المسلم، أما لو أتلفها لذي فإن الضمان يجب عليه لأن الخمر مال متقوم في حق الذمي، وهذا عند الحنفية والمالكية، ولا ضمان عليه عند الشافعي والحنابلة وغيرهم وحجتهم في عدم الضمان أن ما لا يكون متقوماً في حق المسلم لا يكون متقوماً في حق الذمي^(١).

ثانياً: المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات. وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرأً لم يصح البيع ولكن لو باعها ذمي إلى ذمي صح البيع لتقوم الخمر في حقهما^(٢).

(١) الأم للشافعي ج ٤ ص ١٣١، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٧١، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦.

(٢) أحكام القرآن الجصاص ج ٢ ص ٤٣٦، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٣.

٦٥١ - التقسيم الثاني - المثلي والقيمي

المال المثلي هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير لا يعتد به مع وجود نظائره في السوق . وهذا النوع من المال يقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعدد . ومن الأموال المثلية في الوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها الآلات إذا اتحدت في المادة والصفة والصنع وقد تقدر بالمقياس كالمتر والياردة والذراع مثل المنسوجات والأقمشة ، وقد تقدر بالعدد كالأواني والملاعق والكتب ونحوها .

أما المال القيمي فهو ما لا يمثل له في الأسواق أو له ولكن بتفاوت كبير لا يتسامح به عادة كالدور والأراضي والحيوانات كالإبل ونحوها والكتب المخطوطة ونحوها .

٦٥٢ - ما يرتب على قسمة المال إلى مثلي وقيمي

أ - المثلي: يثبت ديناً في الذمة إذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي فإنه لا يثبت ديناً في الذمة .

ب - الضمان في إتلاف المثل يكون بمثله ، وفي القيمي يكون بقيمته .

٦٥٣ - التقسيم الثالث - العقار والمنقول

العقار ما لا يمكن نقله بحال من الأحوال ، وليس ذلك إلا الأرض . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان سواء تغيرت هيأته أو لم تتغير . وعند فقهاء المذهب المالكي : المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيأته وصورته دون تغيير ، فإن تغيرت فهو عقار أو بحكم العقار ، وعلى هذا الأساس فالشجر والبناء يعتبران من العقار في المذهب المالكي^(١) .

(١) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٦٣ .

٦٥٤ - ما يترتب على تقسيم المال إلى عقار ومنقول

ويترتب على تقسيم المال إلى عقار ومنقول جملة أحكام شرعية نذكر منها ما يأتي:

أ - الشفعة تجري في العقار دون المنقول إلا على رأي بعض الفقهاء.

ب - يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة، وليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوغ شرعي كبيعه إيفاء للدين أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات المذكورة في كتب الفقه.

ج - عند بيع أموال المدين وفاء لدينه، يجب البدء ببيع المنقول أولاً، فإن لم يف ذلك بيع عقاره.

د - الأصل في الوقف وروده على العقار أما المنقول فلا يرد عليه الوقف إلا إذا جرى به العرف.

هـ - حق الارتفاق يرد على العقار لا على المنقول.

٦٥٥ - التقسيم الرابع - الأموال العامة والأموال الخاصة

ويقوم هذا التقسيم على صفة المالك فإن كانت الدولة هي المالكة والمال مخصص للنفع العام، فالمال من الأموال العامة، وإن كان المالك فرداً وهو المستأثر بالتصرف فيه فالمال مال خاص أي أن ملكيته ملكية خاصة. وعلى هذا فالأموال المخصصة للنفع العام كالطرق العامة والجسور، والأنهار العظيمة كلها من الأموال العامة للدولة. وما يملكه الأفراد ملكية خاصة كالدور ونحوها فهو من الأموال الخاصة التي ترد عليها ملكية خاصة.

٦٥٦ - ما يترتب على هذا التقسيم للأموال

لا يجوز التصرف بالأموال العامة بالبيع ونحوه لأن هذه التصرفات تنافي

طبيعة هذه الأموال وما خصصت له وهو النفع للناس دون تخصيص بعضهم بهذا النفع. ولكن إذا زالت هذه الصفة عن المال العام جاز للدولة أن تتصرف فيه، كما لو استغنت عن طريق عام لإنشاء غيره جاز لها التصرف بالطريق المتروك بالبيع ونحوه لزوال صفة العمومية عنه. وقد تتملك الدولة بعض الأموال ملكية خاصة كما يملك الأفراد الأموال ملكية خاصة، وفي هذا الحال يجوز لها التصرف فيه كما يتصرف الفرد فيما يملكه من أموال.

٦٥٧ - تقسيمات أخرى للمال

هذا ويمكن القول بتقسيمات أخرى للأموال، يقول بها فقهاء القانون الوضعي، في تقسيماتهم للأشياء، لأن هذه التقسيمات تقوم على اعتبارات معينة، لاحظها فقهاء الشريعة الإسلامية، بدليل ما رتبوه من أحكام مناطها مناط التقسيم الذي يقوله فقهاء القانون الوضعي، فمثلاً يقول فقهاء القانون الوضعي بأن الأموال القابلة للاستهلاك لا تصح أن تكون محلاً لعقد الإيجار والعارية لأنهما يستلزمان رد المأجور والمستعار إلى المؤجر والمعير، ولكن يصح عقد القرض في الأموال المستهلكة لأن المال المقرض يهلك باستعماله ويجب رد مثله. وهذا ما يقرره فقهاء الشريعة فيما يصح فيه القرض.

المطلب الثالث شروط المحل في الحق العيني

٦٥٨ - القاعدة في الشريعة الإسلامية

القاعدة في الشريعة الإسلامية، في شروط المحل في الحق العيني وفي سائر الحقوق المالية، أي ما يشترط فيما يصلح أن يكون محلاً في الحق العيني وسائر الحقوق المالية، هذه القاعدة هي الآتية.

(كل ما يصح التعامل فيه شرعاً يصح أن يكون محلاً للحق العيني وسائر الحقوق المالية).

٦٥٩ - شرح هذه القاعدة وما يترتب عليها

الذي يصح التعامل فيه شرعاً هو الذي تتحقق فيه صفة (المالية والتقوم) ولم ينه الشرع الإسلامي عن التعامل به. وشرط (المالية والتقوم) يتحقق في كل شيء أباح الشرع الانتفاع به، وحيز فعلاً، وأمكن الانتفاع به على الوجه المعتاد في حال السعة والاختيار، أي في غير حالة الضرورة والاضطرار. ويترتب على ذلك ما يأتي.

أولاً: ما يخرج عن التعامل بطبيعته - وإن أمكن الانتفاع به - لا يصح التعامل به كأشعة الشمس مثلاً، لعدم إمكان حيازتها واستئثار أحد بها، وبالتالي عدم إمكان التعامل بها. ومثله أيضاً الأموال المخصصة للنفع العام مثل أموال الدولة المخصصة لهذا النفع، لأن طبيعتها وهي رصدتها للنفع العام يتنافى مع ترتيب حق

عيني عليها كحق الملكية . ومثله أيضاً (الأموال الموقوفة) فهي بوقفها خرجت عن قابليتها للتعامل لمنافاة ذلك لما خصصت له ولما آلت إليه طبيعتها من عدم جواز استئثار أحد بملكيتها .

ثانياً: كذلك ما لا يتأتى الانتفاع به على وجه معتاد ملائم له ، مثل حبة رمل أو قطرة ماء لا يصلح واحد منها أن يكون محل الحق العيني .

ثالثاً: ما نهى الشرع الإسلامي عن التعامل فيه لتحريمه كالخمر أو الخنزير في حق المسلمين لا يصلح أن يكون واحد منهما محلاً لحق عيني لأنه لا يصح التعامل فيهما .

رابعاً: ما نهى الشرع الإسلامي عن التعامل فيه سداً لذرائع الفساد لا يصلح أن يكون محلاً للحق العيني ، كحق الملكية ومثاله بيوع العينة توصلاً بها إلى أكل الربا ، صورة هذه البيوع أن يبعه (خرقة) بألف نسيئة ثم يعود ويشتريها منه بتسعمائة نقداً ، فلا تصح هذه (الخرقة) محلاً لحق الملكية عليها بهذا العقد الباطل . ومثله أيضاً بيع السلاح لمن تيقن أنه سيرتكب به جريمة قتل عمد عدواناً ، فلا يصلح هذا السلاح للبيع أن يكون محلاً لحق الملكية عليه المترتب على عقد البيع . ومثله بيع العنب لمن تيقن أنه يصنعه خمراً

خامساً: ما نهى ولي الأمر عن التعامل فيه لما يراه من المصلحة ودرء المفسدة لا يصلح أن يكون محلاً لحق عيني يترتب على هذا التعامل ، كما لو منع ولي الأمر تملك عقار في منطقة معينة ، ومثل منع ولي الأمر بيع السلاح ، فإن هذا السلاح لا يصح التعامل فيه وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية عليه .

الفصل الثالث مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول مصادر الحق في القوانين الوضعية^(١)

٦٦٠ - تمهيد

تبين مما ذكرناه سابقاً أن الحق يعني مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل شخص يحميها القانون. فالقانون هو مصدر جميع الحقوق. غير أن القانون يعتبر مصدراً مباشراً للحق، وفي حالات أخرى، وهي الغالبة مصدراً غير مباشر.

٦٦١ - متى يكون القانون مصدراً مباشراً أو غير مباشر للحق

يكون القانون مصدراً مباشراً للحق، إذا تناوله بنص خاص، كما في حق النفقة التي ينص عليها القانون ورتبها على علاقة القرابة أو الزوجة.

ويكون القانون مصدراً غير مباشر لنشوء الحق وتولده لصاحبه، إذا كان يتطلب لنشوءه حدوث (واقعة معينة) فتكون هذه الواقعة هي المصدر المباشر

(١) الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٦٩ - ٢٧٨، والدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤٤٧ - ٤٥٢، الدكتور البدرائي، المرجع السابق ص ٤٨٣ - ٥٠٣.

للحق، أي السبب المباشر الذي يرتب القانون عليه تولد الحق لصاحبه. كعقد البيع مثلاً، إذا تم فإنه يترتب عليه انتقال ملكية المبيع للمشتري، فيكون عقد البيع وهو (الواقعة) هو المصدر المباشر أو السبب المباشر لحق المشتري في ملكية البيع، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر لهذا الحق. ويطلق على (الواقعة) التي تعتبر مصدراً مباشراً أو سبباً مباشراً للحق اسم (الواقعة القانونية).

٦٦٢ - تعريف الواقعة القانونية التي هي مصدر للحق وأنواعها

الواقعة القانونية، بالمعنى الذي بيناه عنها، وهو كونها مصدراً مباشراً لنشوء الحق، يمكن تعريفها بأنها كل حدث يرتب القانون عليه أثراً قانونياً. أي نشوء حق معين لشخص من الأشخاص بناء على هذا الحدث أو الأمر الذي وقع.

والوقائع القانونية فقد تكون طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها وهذه هي (الواقعة الطبيعية). وقد تكون (اختيارية) أي صادرة عن الإنسان، ثم أن هذه الوقائع الاختيارية، قد ينظر إليها كعمل مادي صادر عن الإنسان دون النظر إلى إرادته فيطلق عليها (الأفعال المادية). وقد ينظر إليها باعتبار ما قصده أو اتجهت إليه الإرادة من إحداث أثر قانوني وهذه هي (الأعمال والتصرفات القانونية) ونتكلم بإيجاز عن كل نوع من هذه الأنواع.

٦٦٣ - أولاً: الواقعة الطبيعية

قلنا أن الوقائع الطبيعية هي الأحداث التي تقع دون تدخل الإنسان، ومن أمثلتها ميلاد الشخص والقراءة ومرور الزمن والموت وحدوث الزلزال، فهذه الأحداث قد تكون سبباً لاكتساب الحق فبالميلاد تبدأ شخصية الإنسان وتمتعه بأهلية الوجوب وصورته أهلاً لما له من الحقوق ولما عليه من الواجبات، وميلاد الشخص على إقليم معين قد يكسبه جنسية دولة هذا الإقليم وما يترتب على ذلك من حقوق خاصة. والقراءة وهي أيضاً واقعة طبيعية تترتب عليها حقوق مختلفة

كالنفقة والإرث. ومرور الزمن يجعل القاصر رشيداً ويجعل له حق مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ويجعل الحق المؤجل حالاً فيستطيع صاحبه مقاضاة المدين بأدائه. والموت يترتب عليه انتقال أمواله إلى ورثته أي ينشأ بهذا الموت حقهم في الميراث. وحدوث الزلزال قد يجعل للشخص حقاً في انقضاء التزامه باعتبار الزلزال قوة قاهرة تحول دون إمكان تنفيذ الالتزام وتجعله مستحيلاً. وهكذا تكون الوقائع الطبيعية سبباً قانونياً لنشوء الحق لصاحبه أو لانقضاء الالتزام الذي عليه.

٦٦٤ - ثانياً: الواقعة الاختيارية

وهي الفعل الصادر عن الإنسان سواء قصد به ترتيب قانوني معين عليه، وهذا هو العمل أو التصرف القانوني، أو لم يكن مقصوداً به ترتيب هذا الأثر القانوني عليه وهذا هو الفعل المادي. ونتكلم فيما يلي عن كليهما: العمل القانوني، والفعل المادي.

٦٦٥ - الفعل المادي بغض النظر عن قصد وإرادة فاعله

وهو الفعل الذي يصدر من الإنسان ويرتب عليه القانون أثراً قانونياً سواء اتجهت إرادة الإنسان إلى إحداث هذا الأثر القانوني أو لم تتجه إليه ولم تقصد إحداثه بهذا الفعل فالقانون في هذا النوع من الفعل يركز على الفعل ذاته ولا يهتم بإرادة صاحبه، وبالتالي يرتب الأثر القانوني الملائم لهذا الفعل بغض النظر عن إرادة صاحبه.

٦٦٦ - من أمثلة الفعل المادي وما يترتب عليه

٦٦٧ - أولاً: الفعل الضار

إذا ما ارتكب الشخص فعلاً يحدث ضرراً للغير، ترتب للمضرور حق

بالتعويض قبله، وسواء أكان يقصد هذا الإضرار بالغير أو لم يقصده ولكن وقع منه نتيجة خطأ أو إهمال، وهذا الفعل الضار هو قوام المسؤولية التقصيرية التي لها ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

٦٦٨ - ثانياً: الفعل النافع (الإثراء بلا سبب)

ومعناه أن يصدر عن شخص فعل لا يلزمه وتسبب عنه نفع للغير، فعلى هذا الغير أن يعرض فاعل هذا الفعل عما خسرته في قيامه بهذا الفعل الذي نفع هذا الغير، وهذا ما يعرف بـ (الإثراء بلا سبب) مثل أن يقوم المستأجر بترميمات في المأجور هي واجبة على المؤجر فيكون للمستأجر حق الرجوع على المؤجر بالنفقة على هذه الترميمات تعويضاً له.

٦٦٩ - من تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب

من أهم تطبيقات نظرية (الإثراء بلا سبب) دفع غير المستحق والفضالة. ودفع غير المستحق يعني قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفي له رد ما أخذه لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره. والفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد، دون أن يكون ملزماً بذلك، شأناً عاجلاً لحساب شخص آخر كإطفاء حريق شب في منزل الغير، أو جني محصول يخشى عليه من التلف... إلخ، فالفضالة إذن تعني قيام شخص بأداء خدمة عامة لشخص آخر دون تفويض منه وحقق بذلك نفعاً لمن يقوم بالعمل لمصلحته، فيرتب القانون بناء على هذا النفع أن يرد (المنتفع) للفضولي قيمة ما خسرته في سبيل قيامه بالعمل، أي أن القانون يجعل للفضولي حقاً في التعويض، وهو حق يتقرر بناء على ما حصل عليه (المنتفع) من منفعة بعمل الفضولي.

٦٧٠ - العمل أو التصرف القانوني

العمل القانوني أو التصرف القانوني هو ما اتجهت إليه إرادة الإنسان لإحداث أثر قانوني معين بهذا العمل. وقد يتم التصرف القانوني باتفاق إرادتين وهذا هو العقد كعقد البيع وقد يتم بإرادة واحدة كالوصية والوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين (الجعالة) هذا وإن الأثر القانوني الذي تتجه الإرادة إلى إحداثه بالفعل الصادر عنها قد يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله.

المبحث الثاني مصادر الحق في الشريعة الإسلامية

٦٧١ - تمهيد

قلنا فيما سبق أن الحق في الاصطلاح الشرعي مصلحة مادية أو معنوية يحميها الشرع الإسلامي. فالشريعة الإسلامية هي مصدر الحقوق جميعاً. وهذا الحق إنما يثبت للإنسان بإقرار الشرع له وحمايته له، ولولا هذا الإقرار والحماية ما كان للإنسان حق، قال الإمام الشاطبي: «لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً له بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل»^(١) وهذا الحق الذي ثبت للشخص قد يكون مصدره الشرع الإسلامي مباشرة، كحق الإرث للقريب الوارث» وحق الزوجة في النفقة على زوجها. وقد يكون الحق للإنسان مصدره الشرع الإسلامي ولكن بصورة غير مباشرة وهو الذي يقره الشرع لصاحبه بناء على واقعة معينة أو مباشرته سبباً معيناً كثبت ملكية المبيع للمشتري وثبت حقه على المبيع بحكم الشرع إذا باشر المشتري عقد البيع الذي هو سبب حق المشتري في ملكية المبيع. وإنما ينتج حق المشتري في ملكية المبيع بسبب عقد البيع الذي أقره الشرع الإسلامي وجعله سبباً مرضياً إلى مسببه أي حق ملكية المبيع.

٦٧٢ - متى تكون الشريعة الإسلامية مصدراً مباشراً أو غير مباشر للحق

وتكون الشريعة الإسلامية مصدراً مباشراً للحق إذا تناوله نصوصها كما في حق الإرث للوارث فهو حق يتلقاه صاحبه من الشرع مباشرة ما دام قد قام فيه سببه

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٧٧.

من قرابة أو رابطة زوجية . وتكون الشريعة الإسلامية مصدراً غير مباشر للحق إذا رتبته على واقعية معينة، بمعنى إذا حصلت هذه الواقعة المعينة نتج عنها أثر معين من حق لشخص أو التزام على آخر بحكم الشرع . وهذه الواقعة التي يرتب الشرع عليها أثراً شرعياً يمكن أن نسميها (بالواقعة الشرعية) مقابلة (لواقعة القانونية) التي يسمون بها الواقعة ذات الأثر القانوني .

٦٧٣ - تعريف الواقعة الشرعية وأنواعها

ويمكن تعريف الواقعة الشرعية بأنها كل (حدث) يرتب عليه الشرع الإسلامي أثراً شرعياً أي حقاً معيناً لشخص أو التزاماً عليه . وهذه الواقعة الشرعية، كالواقعة القانونية، التي تكلمنا عنها قد تكون (واقعة طبيعية) لا دخل لإرادة الإنسان فيها وقد تكون واقعة اختيارية أي تكون فعلاً صادراً من الإنسان، بقصد إحداث أثر شرعي معين، وهذا هو التصرف الشرعي، وقد تكون الواقعة الاختيارية فعلاً صادراً من الإنسان من غير قصد لإحداث أثر شرعي وهذا هو الفعل المادي .

٦٧٤ - أولاً - الواقعة الطبيعية

وهذه كما قلنا، ما يقع من حوادث لا دخل للإنسان فيها مثل ولادته وكونه ذكراً أو أنثى ومثل مرور الزمن . ومثل قرابته وموته . فهذه الحوادث تقع دون تدخل إرادة الإنسان، ومع هذا إذا وقعت ترتبت عليها آثار شرعية هي التي قررها الشرع الإسلامي عند وقوع هذه الأحداث . فولادة الشخص ذكراً يكون سبباً - بجعل من الشرع - لتمتع هذا الشخص بحقوق معينة من الميراث أو من الولاية، وكونه قريباً من غيره يجعله متمتعاً بحقوق معينة وملتزمًا بواجبات معينة من حق بالنفقة، وامتناع من نكاح بسبب القرابة إذا كانت محرمة . ومرار الزمن وهو حدث يتكرر ويجري دون دخل لإرادة الإنسان في جريانه، ومع هذا يترتب عليه حق القاصر في أن يكون بالغاً رشيداً وبالتالي حقه في إيقاع التصرفات بنفسه، ومضي زمن العدة يجعل للمعتدة حق الزواج، ويجعل الدين الآجل حالاً يعطي لصاحبه الحق في

اقتضائه . والموت يترتب عليه حق الورثة في الميراث . . وهكذا نجد أن وقائع معينة لا دخل لإرادة الإنسان في وقوعها ، ومع هذا إذ وقعت رتب الشرع الإسلامي عليها حقوقاً معينة .

٦٧٥ - ثانياً - الفعل المادي

وهذا الفعل يترتب الشرع الإسلامي عليه أثراً قانونياً بغض النظر عن إرادة صاحبه إحداث هذا الأثر أو لم ترده . فالمنظور إليه في هذا النوع من فعل الإنسان الفعل ذاته وليس النظر إلى اتجاه إرادة صاحبه . ونريد هنا بالأثر الشرعي المترتب على الفعل ذاته الأثر الحقوقي المالي وليس الأثر الجنائي العقابي فإن ترتيب هذا الأثر يقوم على ملاحظة اتجاه الإرادة وهل قصدت ارتكاب فعلٍ يعتبر جريمة أم لا ، وقد يترتب على الفعل الواحد أثره الشرعي المالي والعقابي كالذي يحرق مال غيره قصداً فيجب عليه الضمان - وهذا حق مالي - لصاحب المال ، كما يجب عليه عقاب وهذا حق جزائي للجماعة .

٦٧٦ - من أمثلة الفعل المادي وما يترتب عليه، الفعل الضار الذي يسبب ضرراً للغير

فإذا صدر فعل أضرّ بالغير وجب الضمان على أصحاب الفعل بغض النظر عن قصده، بل بغض النظر عن صدور فعله عن خطأ، كل ما يلاحظ لوجوب الضمان وجود العلاقة السببية بين الفعل الضار وبين الضرر، ولذلك قال الفقهاء تصويراً لهذا المبدأ وتوكيداً له، قالوا: لو أن طفلاً انقلب وقت ولادته على شيء فأتلفه وجب عليه الضمان، ومن المعلوم لا يتصور وجود خطأ أو إهمال من هذا المولود، لأن افتراض الخطأ ينبغي أن يبنى على إمكانية قدرة الشخص على التمييز بين الخطأ والصواب، أو يفترض ذلك فيه لوجود إرادة عنده أو تمييز، وهذا المولود لا يتصور وجود أي قدر من الإرادة أو التمييز، فلا يجوز افتراض الخطأ فيه .

٦٧٦ - (مكرر) - العمل أو التصرف القانوني (الشرعي) وأنواعه

والمراد بالتصرف الشرعي: كل ما يصدر عن شخص بإرادته لإحداث ما قصده بفعله ويرتب عليه الشرع الإسلامي نتائج حقوقية. وهو نوعان: تصرف فعلي وتصرف قولي. والتصرف الفعلي بفعل مادي يقصد الوصول إلى نتائج معينة، والشارع يرتب على ذلك آثاراً شرعية معينة، كالغصب مثلاً. والتصرف القولي هو ما يصدر عن الإنسان بإرادته من قول يرتب الشرع عليه أثراً شرعياً^(١) وهو ثلاثة أنواع:

الأول: تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق إرادتين، كما في البيع وعقد الإجارة، وهذا هو العقد.

والثاني: تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد وينشأ به التزام من صدر عنه هذا القول بمجرد إرادته وعبارته بإنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه كالوقف والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة وهذا النوع من التصرف هو الذي يسمى تصرف بالإرادة المنفردة.

والثالث: تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق أو إسقاطه، وإنما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية أو جزائية تتضمن حقوقاً معينة، كالدعوى، وهي طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي وليس هو إنشاء حق، وكالحلف على نفي ما يدعيه الخصم من حقوق لنفسه فهو - أي الحلف - أخبار يترتب عليه إسقاط ما يدعيه المدعي لنفسه من حق، وكالأقوال التي تكون جريمة وما يترتب عليها من حق للمعتدى عليه من قبل مرتكب الجريمة^(٢).

(١) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦٥، المدخل الفقهي العام للزرقاء ص ١٩٤ - ١٩٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٤١ - ١٩٥.

الفصل الرابع

حماية الحق واستعماله

المبحث الأول

حماية الحق واستعماله

في القوانين الوضعية

٦٧٧ - تمهيد

قلنا إن الحق مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون. بمعنى أن صاحب الحق يستأثر بما يخوله الحق من سلطان أو مكنات في موضوع الحق، وإن على الغير أن يحترموا هذا الحق المقرر لصاحبه، فإذا خرجوا على التزامهم، كان لصاحب الحق أن يلتجأ إلى السلطة العامة لحمايته ضد المعتدين على حقه، ما دام هو - أي صاحب الحق - يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، فإن خرج هو على مشروعية الاستعمال لحقه فقد الحماية له. فما هي وسائل الحماية التي يقرها القانون للحق، ثم ما هي ضوابط استعمال الحق استعمالاً مشروعاً أو غير مشروع؟ هذا ما نبينه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

حماية الحق في القوانين الوضعية

٦٧٨ - الدعوى هي وسيلة الحماية

لا يجوز لمن وقع عليه الاعتداء أن يقوم بحماية نفسه دفاعاً عنه، وإنما عليه أن يلتجأ إلى القضاء بدعوى طالباً فيها رد الاعتداء على حقه وإزالة ما نشأ عنه^(١).

(١) وهذا فيما عدا حالة الدفاع الشرعي حيث يجيز القانون لمن تعرض للاعتداء حال على شخصه أو ماله أن يدفع الاعتداء بنفسه بشروط معينة سبق وأن أشرنا إليها.

٦٧٩ - الدعوى المدنية والدعوى الجنائية

والدعوى، التي هي وسيلة الحماية، والتي يخولها القانون لصاحب الحق حماية لحقه، قد تكون دعوى مدنية وقد تكون دعوى جنائية. أما الدعوى المدنية فهي التي يرفعها الشخص للدفاع عن حق خاص أو مدني ولذلك سميت بالدعوى المدنية. وأما الدعوى الجنائية فهي التي يقيمها المجتمع عن طريق ممثله أو نائبه (النيابة العامة) وذلك في الأحوال التي يكون الاعتداء فيها على حق للمجتمع مباشرة، أو على حق الفرد - صاحب الحق - باعتبار أن هذا الحق في هذه الحالة ليس اعتداء على الفرد صاحب الحق فقط بل على المجتمع نفسه. ولما كان المقصود هنا - فيما يعتبر اعتداءً على المجتمع - هو الدفاع عن المجتمع، فإن الذي يملك تحريك الدعوى أمام القضاء، هو من يمثل المجتمع، أي تلك الهيئة التي تسمى بـ (النيابة العامة) والدعوى التي يرفعها في هذه الحالة تسمى (الدعوى العمومية أو الدعوى الجنائية) هذا وإن القضاء الذي يختص بنظر الاعتداء على الحقوق الخاصة للأفراد بدعواهم المدنية هو القضاء المدني. والقضاء الذي يختص بنظر الدعاوى الجنائية أو العمومية هو القضاء الجنائي. على أن يلاحظ أن للفرد - في الحالة التي يكون فيها الاعتداء على حقه جريمة - أن يتقدم إلى القضاء الجنائي بدعواه المدنية وذلك تبعاً للدعوى الجنائية، على أن يكون المطلوب هو التعويض عن الضرر الذي لحقه من الجريمة. وملاحظة أخرى، أن الفرد إذا اختار رفع دعواه إلى القضاء المدني لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجنائية وتبعاً للدعوى الجنائية، ولكن إذا ترك دعواه المرفوعة أمام المحاكم الجنائية جاز له أن يرفعها أمام المحاكم المدنية وهي جهة الاختصاص العادي^(١) ومهما يكن من أمر فإن صاحب الحق في لجوئه إلى القضاء إنما يريد رد اعتداء المعتدي عنه أو تعويضه عما لحقه من ضرر من جراء اعتداءه عليه بعد وقوعه.

(١) الدكتور البدرائي ص ٥١٠ - ٥١٤.

المطلب الثاني استعمال الحق

٦٨٠ - تمهيد

إن القانون إذ يحمي الحق لصاحبه ضد أي اعتداء عليه، ويمكنه من الاستئثار بمنافع حقه يلزمه أيضاً أن يستعمل السلطات التي يخولها له هذا الحق على نحو مأمون لا يلحق بالغير ضرراً، فكما أن الشخص يخطئ إذا هو تجاوز حدود حقه فهو يخطئ أيضاً إذا هو استعمل حقه استعمالاً خاطئاً يؤدي إلى الإضرار بالغير، لأن استعماله هذا يصدق عليه (التعسف في استعمال الحق) فيكون مسؤولاً عما يسببه تعسفه هذا من ضرر بالغير. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (أن المشروع أحلّ النص الخاص بتقرير) نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع القانون... وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما استقرت عليه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب^(١).

٦٨١ - نصان من القانون المدني المصري بشأن التعسف في استعمال الحق

وقد أورد القانون المدني المصري في شأن نظرية التعسف في استعمال الحق، نصين هما المادة الرابعة والمادة الخامسة وهما:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري ج ١ ص ٢١ وما بعدها نقلاً عن كتاب البدراوي، المرجع السابق ص ٥١٧.

أولاً: نصت المادة الرابعة على أن (من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر).

ثانياً: ونصت المادة الخامسة (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية):

أ - إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير.

ب - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب البتة ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

٦٨٢ - معيار التعسف في استعمال الحق

أوردت المادة الخامسة من القانون المدني المصري ثلاثة معايير للتعرف على وجود التعسف في استعمال الحق.

الأول: قصد الإضرار بالغير.

الثاني: ضالة المصلحة من استعمال الحق بالنسبة لما يصيب الغير، أي رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً.

الثالث: عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من استعمال الحق.

ونبين فيما يلي حدود كل معيار من هذه المعايير^(١).

٦٨٣ - أولاً - قصد الإضرار بالغير

وهذا المعيار يقوم على أساس أن القصد الأصلي لصاحب الحق في استعمال

(١) البدراوي المرجع السابق، ص ٥١٨ - ٥٢١.

حقه هو الإضرار بالغير. فهذا هو الدافع الأصلي لاستعمال حقه، ولا نطمس هذا القصد بتحقيق بعض المنافع لصاحب الحق القاصد الإضرار بالغير. ومثال ذلك أن يئني الشخص في داره حائطاً عالياً يحجب النور عن جاره، ولا قصد له من ذلك إلا هذا الغرض المؤذي والضرار بجاره. وقصد الإضرار يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات بما فيها القرائن. ومن هذه القرائن انعدام المصلحة في استعمال صاحب الحق حقه ووقع الضرر بالغير بسبب هذا الاستعمال.

٦٨٤ - ثانياً - رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً

ولا ينجو صاحب الحق من تهمة التعسف في استعمال الحق، إذا كان ما يرمي إليه مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الجسيم الذي يلحق بالغير من جراء استعماله وتطبيقاً لهذا المعيار نصت المادة (٢/٧١٨) من القانون المدني المصري على أنه «ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

٨٣٥ - ثالثاً - عدم مشروعية المصلحة

ويعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا قصد صاحبه من وراءه استعماله تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومثال ذلك أن يفصل رب العمل العامل لمجرد الانتقام منه. أو تفصل دائرة معينة أحد موظفيها إرضاء لغرض شخصي لا يمت إلى المصلحة بصلة.

المبحث الثاني
حماية الحق واستعماله
في الشريعة الإسلامية
المطلب الأول
حماية الحق
في الشريعة الإسلامية

٦٨٦ - تمهيد

الحق في الشريعة الإسلامية، مصلحة مادية أو معنوية، تحميها الشريعة الإسلامية، لأن الحق في الشريعة الإسلامية مصدره حكم الشريعة الإسلامية فهي التي تمنحه لمستحقه وتقرر وتعلن حمايتها له، بأن تلزم الكافة بعدم التعرض له وعدم الاعتداء عليه، حتى يتمكن صاحب الحق من استعمال سلطاته التي يخولها الحق له. فإذا نازعه أحد في هذا الحق بأن يمنعه من استعماله، أو اعتدى عليه ليسلبه إياه، كان لصاحب الحق اللجوء إلى السلطة العامة لحماية حقه من هذا الاعتداء، وتمكينه من الاستئثار بمنافعه وبتعويضه عن أي ضرر حل به بسبب هذا الاعتداء على حقه.

٦٨٧ - الدعوى هي وسيلة حماية الحق

والسبيل لتحقيق الحماية للحق عند منازعة الغير لصاحبه فيه أو منعه منه لجوء صاحب الحق إلى السلطة القضائية المختصة لتمنع الغير من التعرض لهذا الحق أو لمنع المعتدي من اعتدائه ورفع إذا وقع وتعويض صاحب الحق عما لحقه

من ضرر بسبب هذا الاعتداء. ف (الدولة) هي التي تقوم بواجب الحماية للحق وترتيب الضمان على من يعتدي عليه، فلا يجوز لصاحب الحق أن يدافع عن حقه بنفسه أو باستخلاصه من غاصبه، لأنه (لا ضرر ولا ضرار) فمن وقع عليه ضرر فعليه مراجعة القضاء لرفع الضرر والتعويض عنه، ولا يجوز للمضرور أن يضر من ضره بضرر مثله فينصب نفسه حاكماً ومنفذاً. وهذا مع استثناء حالة الدفاع الشرعي ولهذا الاستثناء ما يبرره لأن الدولة لا تستطيع إسعافه برد الاعتداء الواقع أو القريب الوقوع، فللمضرة، جاز للشخص أن يدفع الاعتداء عن حقه في الحياة وعن ماله من الأخذ بالقوة على وجه الغضب.

٦٨٨ - الدعوى المدنية والدعوى الجنائية

وكما قلنا بالنسبة لحماية الحق في القانون الوضعي أن القانون يقرر لصاحب الحق في إقامة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني لرد الاعتداء عن حقوقه المالية والحكم له بالتعويض عما لحقه فيها من ضرر. أما بالنسبة للأفعال التي فيها اعتداء على حق الشخص وهي بنفس الوقت اعتداء على المجتمع، وإن المضرور له أن يراجع القضاء، كما في حالة الاعتداء على النفس أو ما دونها، أو في حالة الاعتداء على مال الشخص بالسرقة أو بالنصب، باعتبار حق العقاب من حق المتضرر بهذا الاعتداء. كما يجوز أن يعين ولي الأمر من يقوم بتمثيل الجماعة بالمطالبة بإنوال العقاب على المجرمين في الجرائم التي تعتبر اعتداءً على حق الله - أي حق الجماعة - وإن كان هذا التنظيم غير معهود في نظام القضاء الإسلامي. وهذا وإن الفقه الإسلامي يتسع للقول بجعل محاكم للفصل بالقضايا المدنية والأخرى للفصل بالقضايا الجزائية بناء على ما هو مقرر في نظام القضاء الإسلامي في أن القضاء يتقيد بالمكان والزمان وبنوع الدعاوى.

المطلب الثاني التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

٦٨٩ - التعسف في استعمال الحق محظور

التعسف في استعمال الحق، يعني استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو بكيفية تلحق الضرر بالغير، وهو بهذا المعنى محظور غير مباح. والدليل على حظر التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية من وجوه كثيرة، منها ما يلي:

٦٩٠ - الدليل الأول على حظر التعسف

الدليل الأول أن من أصول استعمال الحق الاستعمال المشروع في الشريعة أن يكون قصد صاحب الحق من استعماله الحق هو نفس مقصد الشرع الإسلامي في منحه هذا الحق وتقريره للإنسان. وعلى هذا فكل من ابتغى فيما شرّعه الله وأثبته من حقوق غير ما شرعت له فقد ناقض شريعة الله، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، قال تعالى: ﴿تَسْكُوهُمْ ضِرَارًا لِّعَنْدِئِهِمْ^(١)﴾ كان عرب الجاهلية يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد إمساكها وإنما يريد تطويل العدة عليها مضارة لها، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْكُوهُمْ ضِرَارًا لِّعَنْدِئِهِمْ^(١) وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

نَفْسُهُ^(١) فحق الرجعة الذي منحه الشرع للزوج المطلق طلاقاً رجعياً هو بقصد إعطائه فرصة يتأمل ما صدر منه من طلاق، فإذا تبين خطؤه وأنه استعجل في طلاقه لها أمكنه أن يردها ويرجعها إلى الرابطة الزوجية بإرادته، أما إذا لم يرد بإرجاعها هذا الغرض الذي من أجله منح حق الرجعة على زوجته وإنما أراد الإضرار بها فإن عمله هذا حرام يسأل عنه ديانة في الآخرة وإن كان في الدنيا يقع عمله صحيحاً منتجاً أثره. وقال تعالى في حق الزوج في إرجاع زوجته في الطلاق الرجعي خلال مدة العدة ﴿وَيُؤَلِّهِنَّ أَحَقُّ بِرَبِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٢). أجمع العلماء على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين إنه أحق برجعتهما ما لم تنقض عدتها... والرجل مندوب إلى المراجعة ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها، وإزالة الوحشة بينهما فإذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من ريقة النكاح فمحرم لقوله تعالى: ﴿تُشْكِرُكُمْ ضِرَارًا لِّعَنْدَاؤِكُمْ﴾ ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة وإن ارتكب النهي وظلم نفسه ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه^(٣).

٦٩١ - الدليل الثاني - استعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير

إن الحق الممنوح للفرد من الشرع الإسلامي ممنوح له بقيد عدم الإضرار بالغير قصداً، وبعدم وقوع الضرر باستعماله لحقه وإن لم يكن قاصداً هذا الإضرار بالغير، لأن حق الغير بالسلامة من أضرار الغير به وبعدم وقوع الضرر عليه عند استعمال صاحب الحق حقه، هذا الحق للغير بالسلامة من الضرر حق ثابت ومصون في الشريعة الإسلامية ويجب على صاحب الحق مراعاته عند استعمال حقه لأن الشرع ألزمه بذلك، وهذه المراعاة هي من حق الله ومن حق الآخرين على

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٩.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٣) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٢٠، ١٢٣.

صاحب الحق عند استعمال حقه. قال الإمام الشاطبي: «لأن طلب الإنسان لحظه - أي لحقه - حيث أذن له لا بد فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين».

٦٩٢ - معايير التعسف في استعمال الحق

ومعايير التعسف في استعمال الحق:

أولاً: قصد الإضرار بالغير وقد ضربنا له إمساك الزوجة أي إرجاعها في الطلاق الرجعي خلال عدتها لغرض تطويل العدة عليها أضراراً بها.

ثانياً: رجحان ضرر الغير على مصلحة صاحب الحق. وهذا المعيار يعني ضالة النفع الذي يحصل عليه صاحب الحق من استعماله حقه بالنسبة لما يحصل عليه من ضرر جسيم على الغير. ومن صور هذا المعيار بناء جدار عال في دار الشخص على نحو يمنع الضياء والشمس عن دار جاره بالكلية. ومثله ضرر الاحتكار بالعامّة أكبر من المصلحة التي يحصل عليها المحتكر. ومنها أيضاً المشاركات بين التجار واتفاقهم على حصر شراء بعض المواد بهم ثم احتكار بيعها بالسعر الذي يريدون فهؤلاء يمنعون من ذلك للضرر الجسيم الذي يلحق العامة بفعلهم مع ضالة المنفعة التي يحصل عليها التجار بالنسبة لجسامة ضرر العامة^(١).

ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة.

وهذا المعيار يتحقق إذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة لا يقرها الشرع عن طريق هذا الاستعمال كما في احتكار السلع الضرورية، أو عزل الموظف المختص الكفوء انتقاماً منه أو لتوظيف قريب ذي سلطان مكانه. أو فتح شبابيك تطل على ساحة جاره للاطلاع على عورات الجار.

رابعاً: وقوع الضرر بالغير للموقف السلبي من صاحب الحق.

(١) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٨ ص ٧٩ - ٨٢، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٢٧.

قد يحصل أن صاحب الحق يمنع غيره من السماح باستعمال حقه ليدفع الضرر الجسيم عنه، دون أي ضرر يلحق صاحب الحق. ومن تطبيقات هذا المعيار ما فعله سيدنا عمر رضي الله عنه في قصة إمرار الماء من أرض لسقي زرع في أرض أخرى لا سبيل لسقيها إلا بإمرار الماء من أرض الجار. وقد امتنع صاحب الأرض من السماح بإمرار الماء من أرضه لسقي أرض جاره ورفع الأمر إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال عمر لصاحب الأرض: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك. ثم أمر سيدنا عمر بإمرار الماء من هذه الأرض لسقي أرض جاره^(١).

(١) موطأ الإمام مالك ج ٤ ص ٣٤.

الفصل الخامس

إثبات الحق

المبحث الأول

إثبات الحق

في القوانين الوضعية

٦٩٣ - تمهيد

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص، وقد قلنا إن الحق يثبت بحصول الواقعة القانونية التي يجعلها القانون المصدر المباشر له، واستفادة صاحب الحق من حقه بحماية القانون تفترض أن أحداً لا ينازعه في حقه أي لا ينكره أحد عليه، أما إذا تعرض حق الشخص للإنكار عليه من قبل الغير، وأراد صاحب الحق أن يستعمل الوسائل القانونية لحماية حقه، بأن يقيم دعوى على منازعه في الحق أمام القضاء فعليه أن يثبت أولاً وجود الحق الذي يدعيه وأن هذا الحق له وليس لمنازعه فيه، حتى يحصل على حماية القانون له في حقه ومنع أي تعرض من الغير في هذا الحق. وإنما يثبت وجود الحق وأنه له بإثبات الواقعة التي نشأ عنها أي مصدر هذا الحق. ومن هنا تبدو أهمية إثبات الحق أي أهمية إقامة الدليل على وجود الحق وأنه لمن يدعيه، لأن صاحب الحق إن لم يستطيع أن يقدم الدليل على حقه عند المنازعة فيه أمام القضاء، كان حقه والعدم سواء لأنه في هذه الحالة لا يستطيع أن يستعمل وسائل القانون لإجبار الغير على احترام حقه واحترام ما يخوله هذا الحق من سلطات أو (مكنات)، لأن القانون إنما يحمي الحق الثابت المدعوم بدليل إثباته، ولا يحمي ما يدعى من حقوق لا دليل عليها^(١).

(١) الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤٦١ - ٤٦٢.

٦٩٤ - محل الإثبات

محل الإثبات أو موضوعه هو مصدر الحق الذي يراد إثباته وهو المصدر المباشر له وهو الواقعة القانونية أما المصدر غير المباشر للحق أي حكم القانون، فليس موضوعاً للإثبات، لأن المفروض أن القاضي - وهو الموكل بتطبيق القانون - أعلم من غيره، ولكن هذا لا يمنع من قيام المدعي بتقديم النص القانوني أو تفسيره كدليل على وجود حقه، وكذلك إذا كان الحكم الذي يثبت وجود الحق مستفاداً من قاعدة عرفية، فإن المدعي يقوم بعرض هذه القاعدة العرفية إذ لا يفترض علم القاضي بكل القواعد التي تصلح للحكم بها.

٦٩٥ - القاعدة العامة في الإثبات

القاعدة العامة في الإثبات إن عبء الإثبات - إثبات الحق - على المدعي. والمقصود بالمدعي كل من يدعي أمراً خلاف الظاهر سواء كان رافع الدعوى هو المدعي، أو كان من رفعت عليه الدعوى هو المدعي^(١).

٦٩٦ - وسائل الإثبات

وسائل الإثبات: ١ - الكتابة. ٢ - الشهادة. ٣ - الإقرار. ٤ - القرائن. ٥ - اليمين.

٦٩٧ - أولاً - الكتابة

وهي نوعان: الكتابة الرسمية، والكتابة العرفية. والأولى هي الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام ما تم على يديه حول شأن من الشؤون من ذوي العلاقة فيه. والكتابة العرفية هي التي تصدر من الشخص دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها.

(١) أنور سلطان، المرجع السابق ص ٢٧٣ - ٢٧٦.

٦٩٨ - ثانياً - الشهادة

أي إثبات الحق بشهادة الشهود، وتسمى بـ (البينة) حتى صار إطلاق البينة عرفاً، على الشهادة. والإثبات بها جائز بالنسبة للوقائع الطبيعية والأفعال المادية أما بالنسبة للأعمال أو التصرفات القانونية فكذلك تثبت بالشهادة مع قيدين:

الأول: مع استثناء الأعمال التجارية لا يجوز الإثبات بالبينة إلا إذا كانت قيمة التصرف القانون لا تزيد قيمته على عشرين جنيه في القانون المصري.

والثاني: لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي.

٦٩٩ - ثالثاً - الإقرار

الإقرار هو الاعتراف بواقعة يدعيها شخص آخر. والاعتراف قد يصدر أمام جهة قضائية وهذا هو الإقرار القضائي، وقد يقع الإقرار خارج الجهة القضائية وهذا هو الإقرار غير القضائي.

٧٠٠ - رابعاً - القرائن

القرينة ما يستنبطه واضع القانون أو القاضي من أمر معلوم، للدلالة على أمر مجهول وهي نوعان: قرينة قانونية وقرينة قضائية. والقرينة القانونية نوعان:

الأول: قرينة بسيطة وهي التي يجوز إثبات عكسها من ذلك ما نصت عليه المادة (٥٨٧) من القانون المدني المصري بأن (الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك).

والقرينة القاطعة هي التي لا يجوز إثبات ما يخالفها. من ذلك القرينة التي يضعها القانون في شأن مسؤولية حارس الحيوان فإن المضرور من هذا الحيوان يعفى من إثبات خطأ الحارس لأن القانون يفترض وقوع الخطأ افتراضاً لا يقبل العكس (مادة ١٧٦ مدني مصري).

٧٠١ - خامساً - اليمين

عند عجز المدعي عن إثبات دعواه يجوز له توجيه اليمين إلى خصمه في الدعوى فإن حلف خسر المدعي دعواه. وإن نكل عن اليمين أي امتنع عن الحلف ثبت حق المدعي - موجه اليمين - وهذه هي اليمين الحاسمة. وهناك ما يسمى باليمين المتممة وهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصوم لاستكمال قناعته، وهي على عكس اليمين الحاسمة لا تحسم النزاع لأن القاضي غير مقيد بنتيجتها.

المبحث الثاني إثبات الحق في الشريعة الإسلامية

٧٠٢ - تمهيد

الشريعة الإسلامية تحمي الحق وتمكّن صاحبه من استعمال ما يخوّله هذا الحق من (مكّنات) ولكن هذه الحماية وهذا التمكين يفترضان عدم وجود منازعة في الحق لمن يدعيه، فإذا وجدت هذه المنازعة فلا بد من عرضها على القضاء ليقول كلمته الحاسمة في الحق: هل هو لمن يدعيه أو لمن ينازعه فيه. ومن هنا لا بد للطرفين: صاحب الحق من إثبات حقه، ومن ينازعه فيه لإثبات أحقيته في المنازعة. فما هي وسائل إثبات الحق المقررة في الشريعة الإسلامية؟

٧٠٣ - وسائل إثبات الحق معينة في الشريعة الإسلامية

والحقيقة، إن إثبات الحق يجب أن يمر عبر طرق معينة ويعتمد على وسائل معروفة واضحة، يأخذ بها القاضي ويعتمدها أصحاب الشأن. وهذه الوسائل منها المتفق عليها كالإقرار واليمين والنكول عنها والشهادة، ومنها المختلف فيها كعلم القاضي المستحصل عنده خارج مجلس القضاء، ولكن مع هذا الاختلاف، فالذي يبدو من وسائل إثبات الحق في الشريعة الإسلامية إنها تنبّه أصحاب الحق أن يلتزموا بما أرشدتهم إليه الشريعة من الأخذ بما يثبت حقوقهم ويحفظها عليهم عند النزاع فيها، فإن أخذوا بذلك، كانت الوسائل المختلف في فعاليتها في الإثبات قليلة التأثير والأهمية، ونذكر فيما يلي هذه الوسائل الشرعية للإثبات والتعريف بها فقط، والإشارة إلى بعض نقاط الخلاف فيما بينهما وبين ما يقابلها من وسائل الإثبات في القوانين الوضعية، إن وجدت هذه النقاط.

٧٠٤ - تعداد وسائل الإثبات

وسائل إثبات الحق في الشريعة الإسلامية هي: ١ - الإقرار. ٢ - الشهادة. ٣ - اليمين والنكول عنها. ٤ - القرائن. ٥ - القسامة. ٦ - القيافة لا علم القاضي. ٨ - القرعة.

٧٠٥ - أولاً: الإقرار^(١)

الإقرار يعني الاعتراف في اللغة. وفي اصطلاح الفقهاء: هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل. ويشترط في المقر ليصح إقراره أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً وأن لا يكون متهماً في إقراره. كما يشترط في المقر به أن لا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً كما يشترط في المقر له أن يكون ممن يثبت له الحق أي أن يكون له أهلية اكتساب الحقوق.

٧٠٦ - ثانياً: الشهادة^(٢)

الشهادة في اصطلاح الفقهاء أخبار صادق في مجلس القضاء بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير. ويشترط في الشاهد لقبول شهادته أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً - إذا كان المشهود عليه مسلماً - عدلاً غير متهم في شهادته. وللشهادة

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٥٨٨، المغني ج ٥ ص ١٤٧، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراعة ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٤٧، ١٥٨ وما بعدها، شرح أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١١ وما بعدها، أدب القاضي لابن أبي العام ج ٣ ص ٣، تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢١٦ وما بعدها، روضة القضاء ج ١ ص ٢٠٠، أدب القاضي لابن مازة ج ٣ ص ٣ وما بعدها، الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢١٢ وما بعدها، الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير ج ٤ ص ٨٨، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٨١ - ٤٨٣، الطرق الملكية لابن القيم ص ٦٦ - ٧٥ نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٢ - ٢٨٦.

المقبولة نصاب، فهي في إثبات الزنا أربعة شهود، وفي بقية الحدود وجرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس شاهدان، وفي غير الحدود وجرائم الاعتداء على النفس وما دونها، من الأموال والحقوق الأخرى شاهد واحد وامرأتان، وقال بعض الفقهاء: يكفي الشاهد الواحد ويمين المدعي لإثبات الحق الذي يثبت بشهادة الإثنين أو بشهادة الواحد مع امرأتين. وتقبل شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه، عادة غير النساء كالولادة، وتقبل في هذه المواضع شهادة الواحدة.

٧٠٧ - ثالثاً - اليمين والنكول عنها^(١)

القاعدة في الشريعة الإسلامية في مسائل إثبات الحقوق (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) فالمكلف بالإثبات هو المدعي، الذي يدعي الحق لنفسه، فإن أثبتته حكم القاضي له بالحق الذي ادعاه. وإذا عجز عن الإثبات عرض عليه القاضي تحليف خصمه المدعى عليه، لأن التحليف حقه، فإذا طلب المدعى تحليفه عرض القاضي اليمين على المدعى عليه فإن حلفها رد القاضي دعوى المدعي وإذا نكل - أي امتنع - عن حلفها، حكم القاضي عليه بما ادعاه المدعي، إما بمجرد نكوله عن اليمين أو بعد أن يحلف المدعي اليمين إذا ردها عليه المدعى عليه بأن طلب من القاضي أن يحلف المدعي، وهذا على رأي بعض الفقهاء. فاليمين والنكول عنها من وسائل إثبات الدعوى. فإذا رد القاضي اليمين على المدعي بناء على طلب المدعى عليه المعروضة عليه اليمين، فإن حلف المدعي حكم القاضي له بما ادعاه، وإن نكل رد القاضي دعواه.

(١) المغني ج ٩ ص ٢٢٦ وما بعدها، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٤، الشيخ علي قراعة، المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٩٨، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٩٠ - ٤٩١.

٧٠٨ - رابعاً - القرائن^(١)

يراد بالقرينة - مفرد القرائن - الاستدلال بشيء ظاهر موجود على شيء مجهول. وهي من أدلة الإثبات في الشريعة دلت على ذلك نصوص الشريعة وقضى به النبي ﷺ وأصحابه الكرام، فمن الكتاب ما جاء في قصة يوسف من شق قميص يوسف من دبر على براءته، وأخذ النبي ﷺ بالقيافة دليلاً على ثبوت النسب وتعريف صاحب اللقطة بلقطته على أنها له، وكحكم عمر بن الخطاب بحد الزنا على من حملت وهي ليست ذا زوج، وعقوبة شرب الخمر بظهور رائحته من فم شاربها، واعتبار مرض الموت قرينة على اتهام المريض مرض الموت بسوء قصده من تصرفاته وبالتالي إبطالها أو تنزيلها.

٧٠٩ - خامساً - القسامة^(٢)

القسامة مصدر أقسم قسماً ومعناه حلف حلفاً، والمراد بها عند الفقهاء الأيمان المكررة في دعوى القتل بشروط معينة. وتجب القسامة إذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث - أي تهمة - في هذا القتل، يغلب على الظن صدق الدعوى ورجحان الحكم بمقتضاها. وأما الشبهة التي تدعو إلى الأخذ بالقسامة، فهي عند بعضهم أن يشهد شاهد واحد على إقرار المقتول قبل أن يموت بأن فلاناً قتله، أو يشهد شاهدان على وجود عداوة بين القتيل وبين المدعى عليهم أو عليه، أو وجود تهديد للقتيل منهم أو منه أي من المدعى عليهم أو من المدعي عليه.

-
- (١) تفسير القرطبي ج ٩ ص ١٤٩ وما بعدها، الطرق الملكية لابن القيم ص ٢٦، قضية الرسول ﷺ للشيخ محمد فرج المالكي ص ١١٢، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٨٨ وما بعدها، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ٣ ص ١٦٠.
- (٢) النهاية لابن الأثير ج ٤ ص ٦٢، المغني ج ٨ ص ٦٤ وما بعدها، نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٤ - ٣٩، المحلى ج ١١ ص ٧٦، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ وما بعدها، الهداية وفتح القدير ج ٨ ص ٣٨٣ وما بعدها.

أو أن يوجد القتل في محلة أو قرية خارج المصر ولا يعرف قاتله فيتهم أهل تلك القرية أو المحلة بأن القاتل منهم أو أنهم يعرفونه ولا يصرحون به. وإذا وجدت الشبهة على النحو الذي ذكرناه، جاز لأولياء القتل التقدم إلى القاضي طالبين منه إجراء القسامة في دعواهم بأن يمكنهم من اختيار خمسين رجلاً من أهل تلك المحلة أو القرية يحلفون بالله أنهم ما قتلوه ولا يعرفون قاتله، فإذا حلفوا لزمتهم الدية وإن لم يحلفوا أمر القاضي بحبسهم حتى يحلفوا أو يقرّوا.

٧١٠ - سادساً - القيافة^(١)

القيافة هي الاستدلال بشبهة الإنسان لغيره على نسبه منه. والقائم بها العرف لها يسمى بـ (القائف) والجمع (القافة) وقد أقرّ النبي ﷺ الحكم بمقتضاها وقضى عمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً، ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين.

٧١١ - سابعاً - علم القاضي^(٢)

المقصود بعلم القاضي، كوسيلة من وسائل الإثبات، علمه المتحصل خارج مجلس القضاء بشأن وقائع الدعوى المنظور أمامه. كما لو شاهد جريمة القتل في الطريق، أو سمع رجل يطلق زوجته ثلاثاً، ثم رفع أهل القتل دعواهم على القاتل الذي شاهد جريمة القاضي، أو رفعت المرأة دعواها بالتفريق من زوجها باعتباره طلقها ثلاثاً فهل يحكم القاضي على القاتل لأنه شاهد جريمة وإن لم يقدم أولياء

(١) المغني ج ٥ ص ٦٩٩ - ٧٠٢، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٠٨ وما بعدها، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٢، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٢٢ وما بعدها، الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٢٥ - ١٢٦.
(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٩٨ - ٤٩٩، المحلى ج ٩ ص ٤٢٦ - ٤٢٩، المجموع شرح المذهب ج ٨ ص ٣٨٩، المغني ج ٩ ص ٥٣ - ٥٥، «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٢٢٢.

القتيل البينة على جريمة؟ وهل يحكم القاضي للمرأة بالتفريق من زوجها وإن لم تقدم البينة على صدور الطلاق من زوجها بناء على سماع القاضي لطلاقه؟ اختلاف بين الفقهاء فمنهم من أخذ بالقضاء بحكم القاضي ومنهم من منعه والحجج متكافئة والاحتياط عدم الأخذ بالقضاء بعلمه وهو ما نرجحه.

٧١٢ - ثامناً: القرعة^(١)

القرعة تميز الحقوق وتعيينها كما في القسمة بين الشركاء. والقرعة تعين من المستحق بالتمتع بحق عند التزاحم فيه من بين المتساوين في شروط التمتع بالحق. ومن أجل هذا أمكن اعتبار القرعة - على سبيل التوسع أو التسامح - من وسائل إثبات الحق، ولهذا نجد الفقيه ابن فرحون المالكي يفرد للقرعة باباً في كتابه (تبصرة الحكام) باسم (القضاء بالقرعة) وكان النبي ﷺ يقرع بين أزواجه في السفر. قال الفقيه القراني: «إعلم أن من تعين المصلحة أو الحق في جهته، فلا يجوز الاقتراع بينه وبين غيره، ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعاً للضغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار.. ثم قال: «فهي مشروعة في الحضانة والزوجات في السفر والخصوم عند الحكام، وفي عتق العبيد إذا أوصى بعتقهم»^(٢).

٧١٣ - الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات

الكتابة، تصلح أن تكون وسيلة لإثبات الحقوق، وإن لم يذكرها فقهاء الشريعة مع جملة ما يذكرونه من وسائل الإثبات، باعتبار أنها معروفة، وقد أشار إليها القرآن الكريم في آية الدين وهي قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ

(١) المغني ج ٥ ص ٦٩٩ - ٧٠٢، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٠٨ وما بعدها، الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٢٥ - ١٢٦، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٢، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٢٢.

(٢) الفروق للقرافي ج ٤ ص ١١١ - ١١٣.

إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ»^(١) ولولا أن الكتابة وسيلة لحفظ الحق وإثباته عند التناكر والجحود لما أمرت به الشريعة. ومن القواعد المؤسسة على اعتبار الكتابة القاعدة الفقهية (الكتاب كالخطاب) أي ما يثبت بالكلام يثبت بالكتابة. كذلك لم يتطرقوا إلى الكتابة الرسمية والعرفية، ولكن لا مانع من اعتبار الكتابة الرسمية مقدمة على الكتابة العرفية للتوثق بالكتابة الرسمية لحصولها أمام موظف رسمي وعدم الطعن بها إلا إذا ثبت التزوير فيها، بينما التوثيق بالكتابة العرفية أقل، ويمكن الطعن في صحة نسبتها إلى من نسبت إليه.

٧١٤ - أوجه الخلاف بين وسائل الإثبات في الشريعة والقانون

هناك اختلاف في وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، نذكر منها ما يأتي:

أولاً: بالنسبة للشهادة - يثبت بها في الشريعة الإسلامية جميع الحقوق المالية مهما كانت قيمة الحق المالي بينما القوانين الوضعية لا يثبت بها إلا ما كانت قيمته مقداراً محدداً كعشرين جنيه في مصر أو عشرة دنائير في العراق أو نحو ذلك، ما عدا ديون الأعمال التجارية. كذلك هناك أنصبة محددة من جهة العدد، ومن جهة الذكورة والأنوثة ومن جهة الدين بالنسبة لقبول الشهادة حسب طبيعة المشهود عليه كما ذكرنا من قبل ولا توجد مثل هذه القيود بالنسبة لقبول الشهادة في القوانين الوضعية.

ثانياً: لا يوجد في القوانين الوضعية (القسامة) ولا (القيافة) لإثبات ما ذكرنا ما يثبت بهما، وكذلك (القرعة).

ثالثاً: بالنسبة لعلم القاضي، لا تأخذ به القوانين الوضعية، كوسيلة من وسائل الإثبات بينما هو مأخوذ به عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

الفصل السادس
انقضاء الحق
في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية
المبحث الأول
انقضاء الحق
في القوانين الوضعية

٧١٥ - تمهيد

الحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الأسرة لا تقدر بالمال ولا يسمح القانون لمن ثبت له أن يتصرف فيها ببيعها أو بالنزول عنها، ولذا لا يعتبر التصرف فيها أو النزول عنها من أسباب انقضائها بالنسبة لأصحابها. وأما الحقوق المالية سواء كانت حقوقاً عينية أو ذهنية فهي حقوق تقبل التصرف فيها والانتقال من ذمة إلى ذمة. ونقل الحق من شخص إلى شخص معناه انقضاء هذا الحق بالنسبة للناقل ونشأته بالنسبة إلى المنتقل إليه هذا الحق. كما يؤدي الموت إلى نقل الحقوق المالية من الميت إلى ورثته، أي انقضاء حقوقه وانتقالها إلى الورثة، على أن بعض هذه الحقوق المالية تنقضي تماماً بوفاة صاحبها فلا تنتقل إلى الورثة كحق الانتفاع. على أنه إذا كانت الحقوق المالية جميعاً تقبل الإنقضاء بالتصرف القانوني فيها إلا أن أسباب انقضائها قد تختلف بحسب ما إذا كانت حقوقاً عينية أو حقوقاً شخصية^(١).

(١) الدكتور جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

٧١٦ - أولاً - انقضاء الحقوق العينية^(١)

الحقوق العينية، إما أن تكون حقوقاً عينية أصلية أو حقوقاً عينية تبعية، والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وما يتفرع عنها من حق الانتفاع وحق الاستعمال، وحق السكن، وحق الارتفاق، وحق الحكر، والحقوق التبعية هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز.

٧١٧ - أ - انقضاؤها بهلاك الشيء

وهذه الحقوق العينية تنقضي جميعاً بهلاك الشيء الذي تتصل به هذه الحقوق أو تنصب عليه.

٧١٨ - ب - انقضاءها بترك استعمالها

وانقضاؤها بترك الاستعمال، خاص بحق المنتفع وبحق الحكر وبالارتفاقات فإذا ترك المنتفع حقه في الانتفاع مدة خمسة عشر عاماً انقضى حقه كما نصت على ذلك المادة (٩٩٥) من القانون المدني المصري وكذا ينقضي حق الحكر والارتفاق إذا ترك صاحب الحكر أو الارتفاق استعمال حقه هذه المدة كما تنص المادة (١٠١١) بالنسبة لحق الحكر والمادة (١٠٢٧) بالنسبة لحق الارتفاق، في القانون المدني المصري، ولكن بالنسبة لحق الملكية لا يسقط ولا ينقضي بترك استعماله من قبل صاحبه مهما طال مدة تركه، ولذلك يقال تعبيراً عن ذلك: حق الملكية حق دائم.

٧١٩ - ج - انقضاء الحقوق التبعية بانقضاء أصل الدين

الحقوق العينية التبعية (حق الرهن الرسمي والحيازي وحق الاختصاص

(١) الدكتور جميل الشرفاوي، المرجع السابق ص ٤٨٤.

والامتياز) ترتبط بالحق الشخصي الذي تقوم هذه الحقوق التبعية لضمانه، فإذا سقط الدين سقط ما كان يضمنه على أن يلاحظ أن بيع الشيء المحمل بالحق العيني التبعية جبراً للحصول على ثمنه لسداد الدين الذي يضمنه يؤدي إلى سقوط الحق العيني التبعية، وإن لم يؤد هذا البيع إلى الوفاء بكل الدين.

٧٢٠ - ثانياً - انقضاء الحقوق الشخصية^(١)

أ - بقاء المدين بالوفاء أي بأداء الحق عيناً.

الحقوق الشخصية هي بطبيعتها آيلة إلى الانقضاء لأنها تقوم على روابط بين الأشخاص تجعل بعضهم ملتزماً قبل الآخر، وهذا لا يسمح أن تكون الحقوق دائمة لأنها تستلزم دوام التزام المدين بها، بما لا يسمح به القانون عادة.

فالنهاية العادية لكل حق شخصي هي انقضاؤه بالتنفيذ أي بقيام الملتزم المدين - بالوفاء أي بالأداء الذي يقع على عاتقه، وبه ينقضي حق الدائن والتزام المدين.

٧٢١ - ب - الأداء بالإيجابار عيناً أو بالتعويض

وإذا لم يقم المدين بأداء ما عليه من حق اختياراً أجبر عليه بالوفاء به عيناً أي بأداء ما التزم به عيناً. وإذا لم يمكن التنفيذ الإجباري عيناً ممكناً تحول الحق الشخصي إلى حق مقدر بمبلغ من النقود، على سبيل التعويض، وينفذ هذا التعويض من مال المدين جبراً عليه ويسمى التنفيذ في هذه الحالة (التنفيذ وفاءً بالمقابل).

(١) المرجع السابق ص ٤٨٦ - ٤٧٩.

٧٢٢ - ج - الأداء بما يعدل الوفاء

وقد ينقضي الدين بأمور تعدل الوفاء بالالتزام الأصلي، وإن لم تكن وفاء حقيقياً ويكون ذلك إما بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة.

أما التجديد فيراد به اتفاق بين الدائن - صاحب الحق - والمدين، يترتب عليه استبدال حق جديد بالحق الأصلي ويكون ذلك إما بتغيير موضوع الأداء الذي ينصب عليه الحق أو عن طريق تغيير الدائن أو عن طريق تغيير المدين مع رضا الدائن بذلك. ففي هذه الصور ينقضي الحق الأصلي ويحل محله حق جديد يقوم مقام الوفاء بالحق القديم ولذا سمي تجديداً، وعلى هذا نصت المواد (٣٥١) - (٣٦١) من القانون المدني المصري.

أما المقاصة التي يتم بها انقضاء الحق فتتحقق إذا ما صار الدائن بحق شرعي مديناً بنفس الوقت لمدينه بنفس هذا الحق أو بمقداره. والمقاصة قد تقع بقوة القانون أي بمجرد نشوء حق للمدين قبل دائه، ولكن يشترط لذلك:

أ - أن يكون الحقان من نوع واحد.

ب - أن يكون الحقان متساويين في القوة أي أن يكون كل منهما مستحق الأداء فعلاً وأن يكون كل منهما قابلاً للحجز عليه. فإن لم تتوافر هذه الشروط لا تقع المقاصة بحكم القانون ولكن يجوز أن تقع بحكم القاضي حسب تقديره للظروف. وقد أشار القانون المدني المصري إلى أحكام المقاصة في المواد من (٣٦٢ - ٣٦٩).

أما اتحاد الذمة الذي ينقضي به الحق، فهذا يوجد إذا ما صار صاحب الحق هو المدين به فتجتمع في شخصه صفة الدائن والمدين في نفس الوقت، وحيث أنه من غير المقبول ولا المعقول أن يطالب الشخص نفسه فإن الحق ينقضي نتيجة لاتحاد الذمة.

٧٢٣ - د - انقضاء الحق بدون وفاء (بالإبراء)

ويكون هذا إذا نزل صاحب الحق عن حقه دون مقابل وهذا ما يسمى بالإبراء ويشترط لصحته أن يكون صاحب الحق الذي ينزل عنه إلى المدين بدون مقابل كامل الأهلية. كما ينقضي الحق الشخصي دون وفاء إذا استحال تنفيذه استحالة مطلقة بقوة قاهرة لأنه لا فائدة من القول بوجود الحق إذا كان تنفيذه مستحيلاً. فإذا كانت الاستحالة بفعل من المدين وخطأ منه كمن يحرق منزله الذي باعه فاستحال تنفيذ التزامه بتسليمه وجب عليه التعويض وهذا في الأشياء المادية القيمة التي التزم المدين بتسليمها، أما في الأشياء المثلية فلا ينقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذها بالتسليم لوجود المثل ولأن المثليات لا تهلك.

٧٢٤ - و - انقضاء الحق الشخصي بإهمال المطالبة به

وقد يقضي القانون بأن إهمال صاحب الحق في المطالبة بحقه مدة معينة من الزمن تبدأ من حلول استحقاق المطالبة به يؤدي إلى سقوط حقه في المطالبة بعد ذلك وهذا هو ما يسمى بـ (التقادم المسقط) ومدته (١٥) سنة إلا إذا نص القانون على مدة أقصر. هذا وإن سقوط الحق بمضي المدة مقرر لمصلحة المدين، بمعنى أنه إن لم يتمسك به لم يسقط التزامه، وكان عليه وفاؤه، ومعنى ذلك عدم انقضاء حق الدائن بمضي المدة. وقد أشار القانون المدني المصري إلى التقادم المسقط بالمواد من (٣٧٤ - ٣٩٨).

٧٢٥ - انقضاء الحق في القانون اليمني^(١)

ينقضي الحق في القانون اليمني إذا وجد أحد سببين هما:
أولاً: حصول واقعة قانونية، بغض النظر عن إرادة الشخص.

(١) الدكتور محمد بن حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٢٦٦ - ٢٧٠.

الثاني: حصول تصرف قانوني معين.

٧٢٦ - أولاً - انقضاء الحق بسبب حدوث واقعة قانونية

قلنا أن الحق ينقضي في هذه الحالة بسبب وقوع حادثة أو واقعة قانونية معينة بغض النظر عن إرادة الأشخاص وهذا يتحقق في الحالات التالية:

١ - بمضي المدة:

أ - في الحقوق العقارية نصت المادة (١٨) من قانون الإثبات الشرعي اليمني على أنه: لا تسمع دعوى من حاضر بحق عقار مضي عليه ثلاثون سنة من يوم وضع اليد عليه.

ب - الحقوق غير العقارية: وفقاً للمادة (٢٢) من قانون الإثبات اليمني، لا تسمع الدعوى من حاضر بسائر حقوق غير عقارية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة.

ج - الحقوق المتجددة: ينقضي الحق منها بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، مثل أجرة المباني، فلا تسمع الدعوى بها بعد مضي هذه المدة.

د - الحقوق المهنية: مثل حق الطبيب في أجرته، والمهندس في خبرته، لا تسمع الدعوى منهم بحق من حقوق المهنة لمصروفات تحملوها بعد مضي سنة من وقت العمل (المادة ٢١ من قانون الإثبات).

هـ - ولا تسمع بمضي السنة دعوى حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها مع عدم المطالبة. كذلك ينطبق نفس الحكم على حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية أو ثمن ما قاموا به من توريدات لمخدوميهم، فكل هذه الحقوق لا تسمع الدعوى بها بعد مضي مرور سنة من تاريخ الاستحقاق ما لم ينص القانون على غير ذلك (المادة ٤٥ من قانون الإثبات اليمني).

و- وفي الشفعة نصت المادة (١٧) من قانون الإثبات الشرعي على أنه لا تسمع الدعوى في شفعة بعد مضي ثلاثة أيام للحاضر في البلد العالم بالشراء، وشهر للحاضر في البلد غير العالم، وسنة للغائب عن البلد، وتحسب المدة في الحالة الأولى من يوم العلم، وفي الحاليتين الثانية والثالثة من يوم الشراء.

٧٢٧ - انقضاء الحق بهلاك الشيء

ينقضي الحق بهلاك الشيء كما لو مات الحيوان المبيع حتف أنفه، أو تهدم المنزل أو هلك الشيء بقوة قاهرة بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ فإن الحق بتسليم الشيء بموجب العقد ينقضي ما لم يكن الشيء مثلياً فيلزم أداء مثله.

٧٢٨ - انقضاء الحق بالوفاة

ينقضي حق المنتفع بالاستعمال أو بالارتفاق أو السكن ب وفاة المنتفع ما لم ينص سند الإنشاء بغير ذلك.

٧٢٩ - باتحاد الذمة

ينقضي الحق في الدين باتحاد الذمة وذلك كما لو ورث المدين دائته حيث لا يقبل أن يكون دائناً لنفسه.

٧٣٠ - المساقطة

وينقضي الحق بالمساقطة وهي إسقاط الدائن حقاً له مقابل دين عليه عند مطالبة بالدين (المادة ٤٣٦ من القانون المدني اليمني).

٧٣١ - ثانياً - التصرف القانوني

قلنا إن انقضاء الحق يتم بحدوث واقعة قانونية لا دخل لإرادة الشخص في حدوثها وقد مثلنا لها بجملة من الأمثلة في حالات متعددة. والسبب الثاني لانقضاء الحق هو التصرف القانوني الصادر من الشخص ويرتب القانون أثره عليه تنفيذاً لإرادة الأفراد كسباً للحق أو إسقاطاً له، فينقضي الحق بموجب التصرف القانوني في الأحوال التالية:

١ - الوفاء بالالتزام أي بأداء ما على المدين من حق للدائن.

٢ - الوفاء بمقابل وعليه نصت المادة (٤٢٦) من القانون المدني اليمني بقولها: «ينقضي الحق بالوفاء بمقابل» ومثاله: أن يسدد المدين للدائن بدلاً عن القرض المتمثل في النقود أو الطعام أرضاً أو عربة أو نحو ذلك.

٣ - التجديد: نصت المادة (٤٢٧) من القانون المدني اليمني على أن الحق ينقضي بالتجديد في الأحوال التالية:

أ - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره.

ب - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الغير هو الدائن بدلاً عن الدائن الأصلي.

ج - بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع الغير على أن يكون هذا الغير مديناً أصلياً بدلاً عن المدين الأصلي.

المبحث الثاني انقضاء الحق في الشريعة الإسلامية

٧٣٢ - القاعدة العامة في انقضاء الحق

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية بشأن الحقوق المالية أنها لا تنقضي إلا بالأداء أو الإبراء، وهذا بشأن الحقوق الشخصية. وبالنسبة للحقوق العينية، كحق الملكية فإن هذا الحق يبقى، ولا يسقط أو ينتقض إلا بوفاة صاحبه حيث ينتقل إلى وارثه، أو بإجراء نقل للملكية من قبل صاحبه كالبيع أو الهبة مثلاً. ومع هذا الإجمال، نذكر شيئاً من التفصيل بشأن انقضاء الحق في الشريعة الإسلامية.

٧٣٣ - انقضاء الحقوق العينية الأصلية

ينقضي حق الملكية وهو حق عيني أصلي، بهلاك موضوعه، كحيوان هلك، أو سيارة احترقت أو أرضاً أخذها ماء النهر فصيرها جزءاً منه، أو منزلاً غوره في الأرض زلزال مدمر. وكذلك ينتقض حق الملكية بإجراء التصرفات القانونية التي من شأنها إخراج هذا الحق من صاحبه إلى غيره كالبيع والوقف والهبة ونحو ذلك. وكذلك بالوفاة أي وفاة صاحب الملكية حيث تنتقل إلى الورثة، وكذلك تنتهي الحقوق العينية التبعية المتفرعة عن حق الملكية، مثل حق الانتفاع بموت المنتفع أو بموت من له حق السكن.

٧٣٤ - انقضاء الحقوق العينية التبعية

وهذه كحق الرهن الرسمي والحيازي. فالحق من هذه الحقوق يراد به ضماناً للدين فإذا سقط الدين سقط ما يضمنه. وكذلك إذا هلك الشيء المرهون بقوة قاهرة سقط الرهن وبقي الدين في ذمة المدين الراهن.

٧٣٥ - انقضاء الحقوق العينية بمرور الزمن

الأصل في الحقوق العينية أنها لا تسقط بمرور الزمن أو بترك استعمالها، ولكن يجوز لولي الأمر منع سماع الدعوى بشأنها بعد مرور مدة معينة، على أساس أن القضاء يتقيد بالزمان والمكان وبنوع الدعوى وبسائر التقييدات الأخرى، فيجوز تقييده أيضاً بعدم سماع الدعوى بمختلف متعلقاتها أي سواء كانت متعلقة بحق عيني أو شخصي. ومن الواضح أن تقييد القضاء بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن على الحق المدعى به، سيجعل الحق بدون حماية شرعية، فيكون هو والعدم سواء، ويكون لحائز العقار مثلاً التمسك بمرور الزمن لإثبات ملكيته. والحقيقة أن مرور الزمن لا يسقط حقاً ولا يكسب حقاً، وإنما هو إجراء يتخذه ولي الأمر لتحقيق الاستقرار في العلاقات وفي الحقوق ولحث أصحاب الحقوق على استعمال حقوقهم وعدم تركها مدة طويلة، كما أن في ترك مطالبتهم بحقوقهم أو ترك استعمالها مدة طويلة جعلت لولي الأمر الاجتهاد في هذا الأمر وإعطائه الحق في منع القضاء من النظر في الدعاوى التي تمضي على متعلقاتها من الحقوق مدة معينة كخمس عشرة سنة أو أكثر من غير استعمالها أو عدم المطالبة بها. جاء في الدر المختار في فقه الحنفية: «القضاء مظهر لا يثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فسمعها - أي القاضي - لا ينفذ - أي لا ينفذ حكمه»^(١) ولكن منع سماع الدعوى

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤١٩.

حتى ولو قلنا بانقضاء الحق أو سقوطه به لمرور الزمن، فإن الالتزام باحترامه وأنه يبقى لصاحبه، هو حكم شرعي ديانة تجب مراعاته من قبل المسلم وأن لا يمكن إلزامه به بأحكام الدنيا لمنع سماع الدعوى بشأنه. ولهذا إذا أدى من عليه الحق لصاحبه ولو بعد مرور الزمن الذي يمنع القضاء من سماع الدعوى بشأنه، يكون هذا الأداء صحيحاً مبرئاً للذمة ويكون ما استوفاه صاحب الحق استيفاء لحقه، ولا يستطيع المدين أن يسترده بحجة مرور الزمن لأن مرور الزمن لا يسقط الحق ولكن يمنع سماع الدعوى بشأنه.

٧٣٦ - انقضاء الحقوق الشخصية

أ - تنتقض الحقوق الشخصية بالوفاء.

ينقضي الحق الشخصي بقيام المدين بالوفاء، أي بأداء ما التزم به المدين في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل.

٧٣٧ - ب - وتنقضي بالوفاء الجبري

ونعني بهذا الوفاء، أن المدين يجبر على أداء ما التزم به عيناً - أي بأداء نفس ما التزم به - كبناء دار، إذا أمكن إلزامه بهذا العمل بأن يقوم به غيره على حسابه، أما إذا لم يكن ذلك ممكناً لاعتبار شخص المدين بالتنفيذ فالوفاء الجبري يكون عن طريق التعويض. وينفذ مبلغ التعويض في مال المدين جبراً أي ببيعه جبراً لسداد مبلغ التعويض.

٧٣٨ - الأداء بما يعدل الوفاء

ويتم انقضاء الحق الشخصي بأداء المدين بما يعدل الوفاء بالالتزام الأصلي، ويتم ذلك بالتحديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة. وما قلناه في هذه الوسيلة من وسائل انقضاء الحق الشخصي في القانون الوضعي نقوله هنا بالنسبة لانقضاء الحق

الشخصي بما يعدل الوفاء بالشرعية الإسلامية، فلا حاجة لإعادته، لأن هذه الوسائل صرح بها فقهاء الشريعة الإسلامية أثناء كلامهم عن المقاصة أو عن سقوط باتحاد الذمة أو بحوالة الحق أو بحوالة الدين.

٧٣٩ - انقضاء الحق بالإبراء

وهذا ما صرح به فقهاء الشريعة الإسلامية، واشتروا هل الأهلية الكاملة في المبريء لأنه تصرف وضعف للذمة المالية، وما كان كذلك لزم القيام به أهلية كاملة لدى المبريء.

٧٤٠ - انقضاء الحق بمرور الزمن

وما ذكرناه عن انقضاء الحق العيني بمرور الزمن، أي عن طريق منع ولي الأمر القضاء من سماع الدعوى المتعلقة بالحق بعد مرور مدة معينة ما نقوله هنا أيضاً بالنسبة للحقوق الشخصية، ونعيد هنا ما ذكرناه عن الحنفية، قد جاء في الدر المختار: «القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فسمعتها - أي القاضي - لا ينفذ، أي لا ينفذ حكمه»^(١). ويتنقض الحق الشخصي بمرور الزمن أي لعدم المطالبة به مدة معينة ويتم ذلك بصدور أمر من ولي الأمر بعد سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة لم يطالب الدائن بحقه أثناءها، كما هو الشأن في عدم سماع الدعوى بالنسبة للحقوق العينية بعد مضي مدة معينة كما ذكرنا من قبل.

(انتهى بعون الله)

(والحمد لله)

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤١٩.

الفهرس

الصفحة

الفقرات والمواضيع

٥ - ٦

المقدمة

الباب الأول

٧ - ١٧

الفصل الأول

النظرية العامة للقانون والتعريف بالشريعة الإسلامية ٣ - المجتمع ضروري للإنسان ٤ - المجتمع البشري الأول ٥ - نشوء العلاقات الاجتماعية ٦ - مدى تمتع الفرد بالحرية في المجتمع ٧ - ضرورة القانون للمجتمع ٨ - القوانين الوضعية والشرائع الإلهية ٩ - المقصود بالقوانين الوضعية والشرائع الإلهية ١٠ - تبرير إنزال الشرائع الإلهية ١١ - إنكار الشرائع الإلهية جهل بقدر الله وعظمته ١٢ - ختم الشرائع الإلهية بالشريعة الإسلامية ١٣ - تبرير ختم الشرائع الإلهية بالشريعة الإسلامية ١٤ - السيادة القانونية للشريعة الإسلامية ١٥ - المستقبل للشريعة الإسلامية ١٦ - تحذير وتنبيه

١٨ - ٣٠

الفصل الثاني

التعريف بالقانون وبيان وظيفته وخصائص القاعدة القانونية

المبحث الأول

تعريف القانون وبيان وظيفته

١٧ - تعريف القانون ١٨ - وظيفة القانون أو غايته ١٩ - وظيفة القانون في المذهب الفردي والاجتماعي ٢٠ - وظيفة القانون في المذهب الفردي ٢١ - بعض نتائج المذهب الفردي ٢٢ - نقد المذهب الفردي ٢٣ - وظيفة القانون في المذهب الاجتماعي ٢٤ - تقدير المذهب الاجتماعي وما يرد

عليه ٢٤ - مكرر - الجمع بين المذهبين ٢٥ - القانون والحق

٣٤ - ٣١

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

٢٦ - ثلاث خصائص للقاعدة القانونية

المطلب الأول

الخصيصة الأولى

للقاعدة القانونية

هي قاعدة عامة ومجردة

٢٧ - المقصود بهذه الخصيصة ٢٨ - لا يشترط تعلق القاعدة بكل الناس

٢٩ - ما لا يعتبر قاعدة قانونية لفوات هذه الخصيصة ٣٠ - استمرار تطبيق

القاعدة القانونية ٣١ - صفة العموم والتطبيق الزماني والمكاني ٣٢ - ما

يترتب على خصيصة العموم والتجريد

٣٦ - ٣٥

المطلب الثاني

الخصيصة الثانية للقاعدة القانونية

إنها تحكم الروابط الاجتماعية

٣٣ - شرح المقصود من هذه الخصيصة ٣٤ - علاقة الإنسان بخالقه - ٣٥ -

علاقة القاعدة القانونية بواجب الإنسان نحو نفسه .

٤٥ - ٣٧

المطلب الثالث

الخصيصة الثالثة للقاعدة القانونية

الجزاء

٣٦ - اقتران القاعدة القانونية بجزاء مادي ٣٧ - الجزاء ضروري للقاعدة

القانونية ٣٨ - الطاعة الاختيارية للقاعدة القانونية ٣٩ - الطاعة الاختيارية

للقانون لا تزال من الأماني ٤٠ - خصائص الجزاء في القاعدة القانونية

٤١ - الجزاء توقعه الدولة لا الأفراد ٤٢ - استثناء من حق الدولة في إيقاع

الجزاء ٤٣ - أنواع الجزاء ٤٤ - طبيعة الجزاء الجنائي ووظيفته ٤٥ - صور

الجزء الجنائي ٤٦ - طبيعة الجزء المدني ووظيفته ٤٧ - صور الجزء المدني

٥١ - ٤٦

المبحث الثالث

تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الطبيعية والاجتماعية

٤٨ - القواعد الطبيعية والقواعد القانونية ٤٩ - القواعد القانونية والقواعد

الدينية ٥٠ - القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ٥١ - التقريب بين

الأخلاق والقانون ٥٢ - القول الراجح في علاقة الأخلاق بالقانون ٥٣ -

القاعدة القانونية وقواعد المجاملات.

٥٩ - ٥٢

المبحث الرابع

القواعد القانونية الآمرة والمكملة

٥٤ - التعريف بهذه القواعد ٥٥ - أساس هذا التقسيم ٥٦ - القاعدة المكملة

ملزمة كالآمرة ٥٧ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة ٥٨ -

المعيار اللفظي - صياغة القاعدة القانونية ٥٩ - أمثلة للمعيار اللفظي ٦٠ -

معيار النظام العام والآداب ٦١ - تعريف النظام العام والآداب ٦٢ - تعريف

الآداب ٦٣ - ما يساعد على التعرف على طبيعة القاعدة القانونية ٦٤ -

سلطة القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والآداب ٦٥ - جزاء مخالفة

النظام العام والآداب.

٦٠ - ٦٠

الفصل الثالث

التعريف بالشريعة الإسلامية وبيان خصائص قواعدها القانونية

٦٦ - تمهيد وتقسيم

٦٤ - ٦١

المبحث الأول

تعريف الشريعة الإسلامية

٦٧ - تعريف الشريعة في اللغة ٦٨ - الشريعة في الاصطلاح ٦٩ - معنى

الإسلام ٧٠ - تعريف الشريعة الإسلامية في الاصطلاح ٧١ - تعريف الفقه

الإسلامي - ٧٢ - علاقة الفقه بالشريعة الإسلامية ٧٣ - إطلاق اسم الشريعة

الإسلامية على الفقه الإسلامي

٦٥ - ٦٦

المبحث الثاني

القواعد القانونية وخصائصها في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية

٧٤ - تنظيم علاقات الإنسان في الشريعة والقانون ٧٥ - في الشريعة الإسلامية قواعد قانونية

٦٧ - ٦٨

المطلب الثاني

خصائص القاعدة القانونية في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

الخصيصة الأولى / التعميم والتجريد

٧٦ - العموم والتجريد في الأحكام الشرعية ٧٦ - مكرر - لا يشترط في الحكم الشرعي مخاطبة كل الناس ٧٧ - التطبيق المحدد بمدة

٦٩ - ٧٠

الفرع الثاني

الخصيصة الثانية للقاعدة الشرعية

(إنها تنظم الروابط الاجتماعية)

٧٨ - الروابط الاجتماعية والسلوك الظاهر للأفراد ٧٩ - النية إذا دلت عليها القرينة

٧٠ - ٧١

الفرع الثالث

الخصيصة الثالثة

الجزاء

٨٠ - معنى الجزاء والغرض منه ٨١ - الجزاء في القاعدة القانونية الشرعية
٨٢ - أوصاف الجزاء في القاعدة القانونية الشرعية ٨٣ - أنواع الجزاء في
القواعد القانونية الشرعية ٨٤ - الجزاء الجنائي ٨٥ - الجزاء المدني ٨٦ -
أولاً: الجزاء المباشر ٨٧ - ثانياً: إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع
المخالفة للقانون/ أ - البطلان ٨٨ - ب - : الفسخ ٨٩ - ثالثاً: التعويض

- ٩٠ - رابعاً: الجزاء المكمل ٩١ - إيقاف الجزاء الجنائي والمدني ٩٢ -
إيقاف الجزاء الجنائي ٩٣ - إيقاف الجزاءات الجنائية والمدنية ٩٣ - مكرر -
استثناء من حق الدولة في إيقاف الجزاء

٨١ - ٨٣

المبحث الثالث

القواعد الآمرة والمكملة في الشريعة الإسلامية

- ٩٤ - ماهية هذه القواعد ٩٥ - معيار التفرقة بين النوعين: أ - ما يرد في
نفس القاعدة
٩٦ - ب - معيار النظام العام والآداب

٨٤ - ٨٩

المبحث الرابع

تميز القاعدة القانونية الشرعية عن غيرها من القواعد

- ٩٧ - أولاً - التميز بينها وبين القاعدة الطبيعية ٩٨ - ثانياً - القاعدة القانونية
الشرعية والسنن الإلهية الاجتماعية ٩٩ - ثالثاً - القواعد القانونية الشرعية
والدين ١٠٠ - رابعاً - القواعد القانونية الشرعية والأخلاق ١٠١ - خامساً -
القواعد القانونية الشرعية وقواعد المجاملات

٩٠ - ١١٤

المبحث الخامس

مقصد الشريعة الإسلامية وما فيها من نزعة فردية أو اجتماعية

- ١٠٢ - تمهيد ١٠٣ - مقصد الشريعة الإسلامية ١٠٤ - النزعة الفردية
والاجتماعية في الشريعة الإسلامية ١٠٥ - الحقائق التي تقوم عليها نظرة
الشريعة إلى الفرد والمجتمع: أولاً الفرد كائن مستقل عن غيره ١٠٦ -
الحقيقة الثانية: ضرورة المجتمع للإنسان وبالعكس ١٠٧ - الحقيقة الثالثة:
للإنسان كيان اجتماعي ١٠٨ - الحقيقة الرابعة: للمجتمع كيان مستقل عن
أفراده ١٠٩ - الحقيقة الخامسة: طبيعة خطاب الشارع للإنسان
١١٠ - الحقيقة السادسة: لا تعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع
١١١ - الحقيقة السابعة: خطاب الشارع للجماعة ١١٢ - الحقيقة الثامنة:
مصالح الأفراد والجماعة متفقة وغير متنافرة ١١٣ - الحقيقة التاسعة:
المصالح مختلفة من حيث أهميتها ١١٤ - الحقيقة العاشرة: سلطان الإرادة

١٣٠

المطلب الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٥٥ - تعريفه وموضوعه

١٣٦ - ١٣١

المطلب الرابع

القانون الدولي الخاص

١٥٦ - تمهيد ١٥٧ - العلاقة الوطنية بجميع عناصرها ١٥٨ - العلاقة القانونية الأجنبية في أحد عناصرها ١٥٩ - ما يشترط العلاقة القانونية الأجنبية في أحد عناصرها ١٦٠ - المسألة الأولى: معرفة القانون الواجب التطبيق ١٦١ - المسألة الثامنة: مدى اختصاص القاضي الوطني في نظر هذه القضية ١٦٢ - تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه ١٦٣ - القانون الدولي الخاص قانون وطني ١٦٤ - مصادر القانون الدولي الخاص

١٣٦

المطلب الخامس

قانون العمل

١٦٥ - تعريفه

١٣٧ - ١٣٨

المبحث الثالث

فروع الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

شمول الشريعة الإسلامية

١٦٦ - الشمول من خصائص الشريعة الإسلامية ١٦٧ - أقسام أحكام الشريعة ١٦٨ - أقسام الأحكام العملية

١٣٩ - ١٤٨

المطلب الثاني

فروع القانون العام في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

القانون الدولي العام الإسلامي

١٦٩ - في الشريعة الإسلامية قانون دول عام ١٧٠ - ما يلاحظ على هذا

التعريف وما يستخلص منه ١٧١ - مصادر القانون الدولي العام الإسلامي :
أولاً - القرآن الكريم ١٧٢ - ثانياً - السنة النبوية المطهرة ١٧٣ - ثالثاً - آراء
الفقهاء واجتهاداتهم ١٧٤ - رابعاً - العرف ١٧٥ - خامساً المعاهدات ١٧٦ -
مراعاة الأخلاق في القانون الدولي العام الإسلامي ١٧٧ - أمثلة رائعة
لمراعاة الأخلاق في القانون الدولي العام الإسلامي : أولاً - لزوم التقيد
بمقتضيات العدل ١٧٨ - ثانياً قاعدة المعاملة بالمثل ١٧٩ - ثالثاً قصر
المسؤولية على من قام فيه سببها ١٨٠ - رابعاً - قاعدة شرعية الوسيلة مع
شرعية الغاية ١٨١ - خامساً - إيقاف قاعدة المعاملة بالمثل لرعاية العدالة

١٤٩ - ١٥١

الفرع الثاني

القانون الدستوري الإسلامي

١٨٢ - الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري ١٨٣ - رئيس الدولة في
القانون الدستوري الإسلامي ١٨٤ - نظام الحكم يقوم على الشورى ١٨٥ -
وجود السلطات الثلاث في الدولة ١٨٦ - حقوق الأفراد في القانون
الدستوري الإسلامي

١٥٢ - ١٥٣

الفرع الثالث

القانون الإداري الإسلامي

١٨٧ - وجوده في الشريعة الإسلامية ١٨٨ - اختيار الموظفين

١٥٣ - ١٦٠

الفرع الرابع

القانون الجنائي الإسلامي

١٨٩ - تعريفه ١٩٠ - أساس اعتبار الفعل جريمة ١٩١ - أنواع الجرائم
١٩٢ - العقوبات الشرعية ١٩٣ - المساواة في إقامة العقوبات الشرعية
١٩٤ - تشريع العقاب من رحمة الله بعباده ١٩٥ - العقوبة بقدر الجريمة
١٩٦ - في العقاب كفاية من الردع ١٩٧ - الاختلاف بين القانون الجنائي
الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ١٩٨ - قانون الإجراءات الجنائية

١٦٠ - ١٦١

الفرع الخامس

القانون المالي الإسلامي

١٩٩ - القانون المالي في الشريعة الإسلامية ٢٠٠ - القانون المالي والنظام الاقتصادي الإسلامي

١٦٢ - ١٦٤

المطلب الثاني

فروع القانون الخاص في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول

القانون المدني (المعاملات المالية)

٢٠١ - في الشريعة الإسلامية أحكام المعاملات ٢٠٢ - أوجه الخلاف بين القانون المدني الوضعي والإسلامي ٢٠٣ - أولاً - مراعاة الأخلاق في القانون المدني الإسلامي ٢٠٤ - ثانياً - مراعاة الجانب الديني

١٦٥

الفرع الثاني

القانون التجاري الإسلامي

٢٠٥ - تعريفه وموضوعه

١٦٥ - ١٦٦

الفرع الثالث

قانون الأحوال الشخصية الإسلامي

٢٠٦ - التعريف بهذا القانون ٢٠٧ - المقصود بالأحوال الشخصية

١٦٦ - ١٧٠

الفرع الرابع

القانون الدولي الخاص الإسلامي

٢٠٨ - القانون الدولي الخاص في الشريعة الإسلامية ٢٠٩ - قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي قواعد موضوعية ٢١٠ - السبب في طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص الإسلامي قواعد موضوعية ٢١١ - لزيادة التوضيح والبيان ٢١٢ - اختصاص القاضي المسلم بالنظر في القضايا ذات العنصر الأجنبي

١٧١ - ١٧٠

الفرع الخامس

قانون المرافعات المدنية والتجارية

٢١٣ - تعريفه وموضوعه ٢١٤ - في الشريعة قانون للمرافعات المدنية والتجارية ٢١٥ - ما يلاحظ على قانون المرافعات الإسلامي

١٧٥ - ١٧٢

الباب الثاني

المصادر الرسمية للقانون والشريعة

الفصل الأول

تعريف المصادر الرسمية للقانون وتعدادها

٢١٦ - تعريف المصدر للقانون ٢١٧ - تعداد المصادر الرسمية للقانون (في القانون المصري)

٢١٨ - تعداد المصادر الرسمية للقانون (في القانون اليمني) ٢١٨ - مكرر منهج البحث

١٨٠ - ١٧٥

المبحث الأول

التشريع

المطلب الأول

تعريف التشريع ومقارنته بالعرف وبيان أنواعه

٢١٩ - تعريف التشريع وبيان المقصود منه ٢٢٠ - التشريع في مقدمة المصادر الرسمية ٢٢١ - مقارنة بين التشريع والعرف ٢٢٢ - مزايا العرف وعيوبه ٢٢٢ - مكرر - مزايا التشريع وعيوبه ٢٢٣ - رجحان التشريع على العرف ٢٢٤ - السلطة التي تملك حق التشريع في القانون الوضعي ٢٢٥ - أنواع التشريع ٢٢٦ - أولاً التشريع الأساسي ٢٢٧ - ثانياً - التشريع العادي ٢٢٨ - ثالثاً التشريع الفرعي ٢٢٩ - ترتيب أنواع التشريع من حيث الأهمية والقوة

١٨٢ - ١٨٠

المطلب الثاني

نفاذ التشريع والاعتذار بجهله عن مخالفته

٢٣٠ - نفاذ التشريع ٢٣١ - لا يجوز الاعتذار بجهل القانون عن مخالفته

١٨٥ - ١٨٢

المطلب الثالث

إلغاء التشريع وأنواعه وتفسيره

- ٢٣٢ - إلغاء التشريع أو نسخه ٢٣٣ - النسخ الصريح والضمني ٢٣٤ - التشريع لا يلغى بالعرف أو بعدم استعماله ٢٣٥ - تفسير التشريع وأنواعه ٢٣٦ - النوع الأول - التفسير القضائي ٢٣٧ - ثانياً - التفسير الفقهي ٢٣٨ - التفسير التشريعي ٢٣٩ - قواعد تفسير النصوص

١٩٧ - ١٨٦

المطلب الرابع

سريان التشريع في الزمان

- ٢٤٠ - مقدمة وتمهيد ٢٤١ - قواعد لمعرفة النطاق الزمني لسريان التشريع القديم والجديد: القاعدة الأولى ٢٤٢ - القاعدة الثانية ٢٤٣ - استثناءات ترد على قاعدة عدم رجعية القانون ٢٤٤ - القاعدة الثالثة ٢٤٥ - القاعدة عند أصحاب النظرية التقليدية (نظرية الحقوق المكتسبة) ٢٤٦ - استثناءات من نظرية (الحقوق المكتسبة) ٢٤٧ - نقد نظرية الحقوق المكتسبة ٢٤٨ - النظرية الحديثة ٢٤٩ - استثناء مقبول من مفهوم النظرية الحديثة ٢٥٠ - قيود على هذا الاستثناء ٢٥٠ - مكرر خلاصة مفهوم النظرية الحديثة ٢٥١ - مزايا النظرية الحديثة ٢٥٢ - ما يرد على النظرية الحديثة ٢٥٣ - سريان القانون في الزمان في القانون اليمني ٢٥٤ - شرح هذه المادة من القانون اليمني ٢٥٥ - أمثلة لما قرره القانون اليمني

٢٠٣ - ١٩٨

المبحث الثاني

الدين

- ٢٥٦ - متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون ٢٥٧ - الشريعة الإسلامية ومسائل الأحوال الشخصية ٢٥٨ - المقصود بالأحوال الشخصية ٢٥٩ - مفهوم الأحوال الشخصية في قرار لمحكمة النقض المصرية ٢٦٠ - مفهوم الأحوال الشخصية في قانون نظام القضاء المصري ٢٦١ - الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أو تاريخي في مصر ٢٦٢ - أولاً - الوقف ٢٦٣ -

ثانياً - الهبة ٢٦٤ - ثالثاً - الميراث والوصية ٢٦٥ - رابعاً مسائل الأهلية والولاية على المال ٢٦٦ - خامساً - المسائل المتعلقة بالأسرة

٢٠٥ - ٢٠٤

المبحث الثالث

العرف

المطلب الأول

تعريفه ومرتبته بين مصادر القانون

٢٦٧ - تعريف العرف ٢٦٨ - مرتبته بين المصادر الرسمية للقانون ٢٦٩ - العرف أسبق المصادر في الظهور

٢٠٨ - ٢٠٥

المطلب الثاني

أركان العرف

٢٧٠ - للعرف ركنان ٢٧١ - أولاً - الركن المادي ٢٧٢ - ثانياً - الركن المعنوي للعرف ٢٧٣ - العرف والعادة الاتفاقية ٢٧٤ - العادة الاتفاقية والقواعد القانونية المكملة ٢٧٥ - نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية

٢١٠ - ٢٠٨

المطلب الثالث

القوة الملزمة للعرف

٢٧٦ - قوة العرف إزاء التشريع ٢٧٧ - أولاً العرف يكمل التشريع ٢٧٨ - ثانياً العرف معاون للتشريع

٢١٣ - ٢١٠

المبحث الرابع

مبادئ الشريعة الإسلامية

٢٧٩ - تمهيد ٢٨٠ - ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية عند شراح القانون المصري ٢٨١ - مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني اليمني

٢١٥ - ٢١٣

المبحث الخامس

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٢٨٢ - آخر المصادر الرسمية ٢٨٣ - المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ٢٨٤ - إنشاء القانون تحت ستار العدالة والقانون الطبيعي ٢٨٥ - مبادئ العدالة في القانون اليمني

الفصل الثاني

مصادر التشريع الإسلامية

٢٨٦ - تمهيد ٢٨٦ - مكرر منهج البحث

المبحث الأول

تعداد مصادر الشريعة الإسلامية والفقه وترتيبها

٢٨٧ - تقسيمات تعداد مصادر الشريعة الإسلامية ٢٨٨ - التقسيم الأول

٢٨٩ - التقسيم الثاني ٢٩٠ - التقسيم الثالث ٢٩١ - مرجع الأدلة -

المصادر - بأنواعها إلى كتاب الله ٢٩٢ - ترتيب الأدلة (المصادر) ٢٩٣ -

الأدلة على الترتيب المذكور

المبحث الثاني

القرآن الكريم

٢٩٤ - تعريفه ٢٩٥ - حجته ٢٩٦ - أنواع أحكام القرآن الكريم ٢٩٧ -

القسم الأول ٢٩٨ - القسم الثاني ٢٩٩ - القسم الثالث ٣٠٠ - بيان القرآن

الكريم للأحكام ٣٠١ - النوع الأول لبيان القرآن الكريم للأحكام ٣٠٢ -

النوع الثاني لبيان القرآن الكريم للأحكام ٣٠٣ - النوع الثالث لبيان القرآن

لأحكام ٣٠٤ - الحكمة في ورود المبادئ العامة في القرآن الكريم ٣٠٥ -

الحكمة في ورود الأحكام المجملة في القرآن الكريم ٣٠٦ - أسلوب

القرآن الكريم في بيان الأحكام ٣٠٧ - أهمية معرفة أسلوب القرآن الكريم

في بيانه للأحكام ٣٠٨ - ربط الأحكام بالعقيدة الإسلامية ٣٠٩ - تكرار

الأحكام وبثها في سور القرآن الكريم ٣١٠ - دلالة القرآن على الأحكام

٣١١ - تفسير نصوص الأحكام في القرآن الكريم ٣١٢ - أنواع تفسير

نصوص القرآن الكريم ٣١٣ - قواعد تفسير النصوص الشرعية تطبق على

تفسير القوانين الوضعية

المبحث الثالث

السنة النبوية المطهرة

٣١٤ - تعريف السنة ٣١٥ - السنة مصدر للتشريع ٣١٦ - الأدلة من الكتاب

على حجية السنة وكونها مصدراً للتشريع ٣١٧ - دلالة الإجماع على حجية السنة ٣١٨ - دلالة المعقول على حجية السنة ٣١٩ - هل كل ما يصدر عن النبي ﷺ تشريع؟ ٣٢٠ - أنواع السنة من حيث ماهيتها ٣٢١ - أولاً السنة القولية ٣٢٢ - ما يعتبر وما لا يعتبر تشريعاً من السنة القولية ٣٢٣ - ثانياً - السنة الفعلية ٣٢٤ - ما لا يعتبر من أفعاله ﷺ تشريعاً ٣٢٥ - ما يعتبر تشريعاً للأمة من أفعاله ﷺ ٣٢٦ - ثالثاً - السنة التقريرية ٣٢٧ - أنواع السنة من حيث ورودها إلينا ٣٢٨ - أولاً السنة المتواترة ٣٢٩ - ثانياً السنة المشهورة ٣٣٠ - ثالثاً سنة الآحاد ٣٣١ - مدى حجية سنة الآحاد واعتبارها مصدراً للتشريع ٣٣٢ - أنواع الأحكام التي وردت في السنة ٣٣٣ - دلالة السنة على الأحكام ٣٣٤ - تفسير نصوص السنة النبوية

٢٤٨ - ٢٥١

المبحث الرابع

الإجماع

٣٣٥ - تعريفه ٣٣٦ - شروط الإجماع ٣٣٧ - الإجماع مصدر للأحكام الشرعية ٣٣٨ - مستند الإجماع ٣٣٩ - أهمية الإجماع في الوقت الحاضر

٢٥٢ - ٢٦٠

المبحث الخامس

العرف

٣٤٠ - تعريفه ٣٤١ - أنواع العرف ٣٤٢ - العرف العملي ٣٤٣ - العرف القولي ٣٤٤ - العرف العام والعرف الخاص ٣٤٥ - العرف الصحيح والعرف الفاسد ٣٤٦ - حجية العرف ٣٤٧ - الدليل الأول على حجية العرف ٣٤٨ - الدليل الثاني على حجية العرف ٣٤٩ - الدليل الثالث على حجية العرف ٣٥٠ - شروط اعتبار العرف: الشرط الأول ٣٥١ - الشرط الثاني لاعتبار العرف ٣٥٢ - الشرط الثالث لاعتبار العرف ٣٥٣ - الشرط الرابع لاعتبار العرف ٣٥٤ - العرف مرجع لتطبيق الأحكام ٣٥٥ - بعض القواعد الفقهية المبنية على العرف

المطلب الأول

القياس

٣٥٧ - تعريفه ٣٥٨ - أركان القياس ٣٥٩ - القياس لا يثبت حكماً وإنما يكشفه ٣٦٠ - أمثلة على القياس ٣٦١ - شروط القياس ٣٦٢ - أقسام القياس ٣٦٣ - أولاً - القياس الأولي ٣٦٤ - ثانياً - القياس المساوي ٣٦٥ - ثالثاً - القياس الأدنى

المطلب الثاني

الاستحسان

٣٦٦ - تعريفه ٣٦٧ - الأمثلة ٣٦٨ - أنواع الاستحسان ٣٦٩ - أولاً - الاستحسان بالنص ٣٧٠ - ثانياً - الاستحسان بالإجماع ٣٧١ - ثالثاً - الاستحسان بالعرف ٣٧٢ - استحسان للضرورة ٣٧٣ - خامساً - استحسان بالمصلحة ٣٧٤ - سادساً - استحسان بالقياس الخفي

المطلب الثالث

المصلحة المرسلة

٣٧٤ - مكرر - تعريف المصلحة ٣٧٥ - أنواع المصالح ٣٧٦ - المصالح المعتبرة ٣٧٧ - المصالح الملغاة ٣٧٨ - المصالح المرسلة ٣٧٩ - حجية المصالح المرسلة ٣٨٠ - شروط العمل بالمصلحة المرسلة ٣٨١ - بعض الاجتهادات على أساس المصلحة المرسلة

المطلب الرابع

سد الذرائع

٣٨٢ - تعريف سد الذرائع ٣٨٣ - ما لا يدخل في نطاق بحثنا عن سد الذرائع ٣٨٤ - الأفعال المباحة بذاتها المفضية إلى المفساد ٣٨٥ - النوع

الأول ٣٨٦ - النوع الثاني ٣٨٧ - النوع الثالث ٣٨٨ - تحرير موضوع سد الذرائع ٣٨٩ - القول الراجع ٣٩٠ - علاقة سد الذرائع بالمصلحة المرسله

٢٧٩ - ٢٨٧

المبحث السابع

نفاذ الأحكام الشرعية وتغييرها

٣٩١ - الأحكام الشرعية واجبة النفاذ في دار الإسلام ٣٩٢ - لا يصح الدفع بالجهل بأحكام الشريعة الإسلامية ٣٩٣ - ما تشمله قاعدة لا يصح الدفع بالجهل بالأحكام ٣٩٤ - الدفع بالجهل بالوقائع مقبول ٣٩٥ - تغير الأحكام الشرعية أو إبطالها: أولاً - الأحكام القطعية ٣٩٦ - اعتراض ودفعه ٣٩٧ - اعتراض آخر ودفعه ٣٩٨ - ثانياً - الأحكام المجمع عليها ٣٩٩ - ثالثاً - الأحكام المبنية على العرف ٤٠٠ - الأحكام المبنية على الاجتهاد ٤٠١ - سريان الشريعة الإسلامية من حيث الزمان: مبدأ عدم رجعية الشريعة الإسلامية ٤٠٢ - ضوابط مبدأ عدم رجعية الشريعة الإسلامية ٤٠٣ - الفرض الأول ٤٠٤ - الفرض الثاني ٤٠٥ - الفرض الثالث

٢٨٨ - ٢٩٣

الباب الثالث

الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الفصل الأول

تعريف الحق وبيان صلته بالشريعة والقانون

المبحث الأول

تعريف الحق

٤٠٦ - تعريف الحق في القانون ٤٠٧ - التعريف الأول ٤٠٨ - التعريف الثاني ٤٠٩ - التعريف الثالث ٤١٠ - التعريف الرابع ٤١١ - المقصود بعنصر (الاستثثار) ٤١٢ - عنصر التسلط ٤١٣ - تعريف الحق في الشريعة الإسلامية (أ) تعريف الحق في اللغة ٤١٤ - (ب) تعريف الحق في اصطلاح الفقهاء ٤١٥ - تعريف الحق في اصطلاح علماء أصول الفقه ٤١٦ - التعريف المختار للحق في الشريعة الإسلامية

٢٩٣ - ٢٩٥

المبحث الثاني

صلة الحق بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية

المطلب الأول

صلة الحق بالقوانين الوضعية

٤١٧ - تمهيد ٤١٨ - أيهما الأصل لغيره: الحق أم القانون؟ ٤١٩ - الرأي الأول: لأصحاب المذهب الفردي ٤٢٠ - الرأي الثاني: رأي أصحاب المذهب الاجتماعي ٤٢١ - الرأي الثالث: رأي المتوسطين

٢٩٦ - ٢٩٩

المطلب الثاني

صلة الحق بالشرعية الإسلامية

٤٢٢ - تمهيد ٤٢٣ - الشرعية الإسلامية هي مانحة الحقوق للأفراد ٤٢٤ - حقوق الأفراد تقابلها واجبات عليهم ٤٢٥ - الحكم الشرعي وعلاقته بالحقوق والواجبات ٤٢٦ - السبيل لمعرفة الحقوق والواجبات ٤٢٧ - النزعة الفردية والاجتماعية في منح الحقوق ٤٢٨ - أصول وقيود الحقوق والواجبات

٣٠٠ - ٣٠٤

المبحث الثالث

أنواع الحقوق في الشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية

المطلب الأول

أنواع الحقوق في القوانين الوضعية

٤٢٩ - تقسيم الحقوق وأنواع كل قسم ٤٣٠ - أولاً - الحقوق السياسية ٤٣١ - ثانياً - الحقوق المدنية ٤٣٢ - أنواع الحقوق المدنية ٤٣٣ - الحقوق العامة ٤٣٤ - مزايا الحقوق العامة ٤٣٥ - الحقوق الخاصة ٤٣٦ - حقوق الأسرة ٤٣٧ - الحقوق المالية ٤٣٧ - مكرر - منهج بحث الحقوق المالية

٣٠٤ - ٣٠٩

الفرع الأول

الحقوق العينية

٤٣٨ - تعريف الحق العيني ٤٣٩ - الحقوق العينية الأصلية ٤٤٠ - حق

الملكية ٤٤١ - الحقوق المتفرعة عن الملكية ٤٤٢ - أولاً - حق الانتفاع
٤٤٣ - ثانياً حق الاستعمال ٤٤٤ - ثالثاً - حق السكن ٤٤٥ - رابعاً حق
الحكر ٤٤٦ - خامساً - الحقوق الارتفاقية ٤٤٧ - الحقوق العينية التبعية
٤٤٨ - أولاً - الرهن الحيازي ٤٤٩ - ثانياً الرهن الرسمي ٤٥٠ - الفرق بين
الرهن الحيازي والرهن الرسمي ٤٥١ - ثالثاً - حق الاختصاص ٤٥٢ -
رابعاً - حقوق الامتياز

٣١٠ - ٣١١

الفرع الثاني

الحق الشخصي

٤٥٣ - تعريف الحق الشخصي ٤٥٤ - التفريق بين الحق الشخصي والحق
العيني

٣١٢ - ٣١٦

الفرع الثالث

الحقوق الذهنية أو المعنوية

٤٥٥ - تعريف هذه الحقوق ٤٥٦ - المقصود بالمؤلف ٤٥٧ - طبيعة
الحقوق الذهنية ومنها حق المؤلف ٤٥٨ - أولاً - الحق المعنوي في هذه
الحقوق ٤٥٩ - ثانياً - الحق المالي في هذه الحقوق ٤٦٠ - الفرق بين
الحق المعنوي والحق المالي وما يترتب عليهما

٣١٦ - ٣١٦

المطلب الثاني

أنواع الحقوق في الشريعة الإسلامية

٤٦١ - تمهيد

٣١٦ - ٣١٦

الفرع الأول

الحقوق السياسية

٤٦٢ - تعريفها

٣١٧ - ٣١٨

أولاً حق تولي الوظائف العامة

٣٦٣ - طبيعة هذا الحق ٤٦٤ - الدليل على أن هذا الحق تكليف ٤٦٥ -
الغرض من تولي الوظائف العامة

٣٢١ - ٣٢١

ثانياً - حق الانتخاب وحق الترشيح

٤٦٦ - انتخاب رئيس الدولة والترشيح لمنصبه ٤٦٧ - أساس حق الأمة في انتخاب الخليفة ٤٦٨ - علاقة الخليفة بالأمة

ثالثاً - انتخاب مجلس الشورى ومجلس النواب والترشيح لعضويته

٤٦٩ - أهمية الشورى في الإسلام ٤٧٠ - الشورى من قواعد الحكم في الإسلام ٤٧١ - مجلس الشورى ينوب عن الأمة في المشاورة

٣٢١ - ٣٣١

الفرع الثاني

الحقوق العامة

٤٧١ - مكرر - تعريفها ٤٧٢ - أولاً الحرية الشخصية ٤٧٣ - الحرية الشخصية ضرورية للإنسان ٤٧٤ - الحرية الشخصية مكفولة للإنسان بحكم الشريعة الإسلامية ٤٧٥ - حق الحياة مصون ومحترم ٤٧٦ - تشريع القصاص لحماية حق الحياة للناس ٤٧٧ - الإلزام والالتزام يدفع الاعتداء على الغير ٤٧٨ - لا يجوز الاعتداء على حرية الإنسان ٤٧٩ - لا يجوز تعذيب المتهمين ٤٨٠ - الذميون كالمسلمين في التمتع بالحرية الشخصية ٤٨١ - حرية التنقل ٤٨٢ - الخروج من الدولة والرجوع إليها ٤٨٣ - حق الدولة في تضيق حرية التنقل ٤٨٤ - الذمي كالمسلم في حرية التنقل ٤٨٥ - حرمة المسكن ٤٨٦ - حرية الرأي ٤٨٧ - حرية الرأي حق للمسلم وواجب عليه ٤٨٨ - لا يجوز إيذاء الشخص لرأيه ٤٨٩ - حدود حرية الرأي ٤٩٠ - ما يلاحظه المسلم في استعماله حرية الرأي ٤٩١ - حق العمل ٤٩٢ - حق الفرد في العمل وحرية فيه

٣٣١ - ٣٤٦

الفرع الثالث

الحقوق الخاصة

حقوق الأسرة والحقوق المالية

٤٩٣ - المقصود بحقوق الأسرة ٤٩٤ - الشريعة الإسلامية تحكم حقوق الأسرة ٤٩٦ - الحقوق المالية ٤٩٧ - أولاً الحق العيني: تعريفه وأنواعه

٤٩٨ - حق الملكية، تعريفه في الاصطلاح الشرعي ٤٩٩ - خصائص حق الملكية ٥٠٠ - طبيعة حق الملكية ٥٠١ - قيود حق الملكية ٥٠٢ - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: أولاً حق الانتفاع ٥٠٣ - ثانياً - حق الاستعمال ٥٠٤ - ثالثاً - حق السكن ٥٠٥ - ب - حق الحكر ٥٠٦ - خامساً حقوق الارتفاق ٥٠٧ - أ - حق المجرى ٥٠٨ - حق المسيل ٥٠٩ - ج - حق المرور ٥١٠ - د - حق التعلي ٥١١ - ثانياً - الحقوق العينية التبعية: أ - الرهن الحيازي ٥١٢ - تعريفه ٥١٣ - مشروعيته ٥١٤ - من شروط الرهن الحيازي: القبض ٥١٥ - لا يغلّق الرهن ٥١٦ - ب - الرهن الرسمي ٥١٧ - ج - حق الاختصاص ٥١٨ - د - حق الامتياز

٣٤٦ - ٣٤٧

الفرع الرابع

الحق الشخصي في الشريعة الإسلامية

٥١٩ - تعريفه ٥٢٠ - التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني

٣٤٧ - ٣٥٠

الفرع الخامس

الحقوق المعنوية (الذهنية)

ومنها (حق المؤلف)

الحقوق الذهنية أو المعنوية ٥٢١ - تمهيد ٥٢٢ - حق المؤلف جديد على الفقه الإسلامي ٥٢٣ - هل الناتج الفكري مال؟ ٥٢٤ - الراجح أن المنافع أموال ٥٢٥ - الناتج الفكري والعرف ٥٢٦ - حق المؤلف ووضع القواعد لتنظيمه

٣٥١

الفصل الثاني

أركان الحق

٥٢٧ - ركن الحق ٥٢٨ - منهج البحث

٣٥١ - ٣٥٢

المبحث الأول

أشخاص الحق في القانون الوضعي

٥٢٩ - المقصود بالشخص في اصطلاح القانون

الفرع الأول

بدء الشخصية القانونية وانتهاءها (مدة الشخصية)

- ٥٣١ - بدء الشخصية القانونية للإنسان بولادته حياً ٥٣٢ - مركز الجنين (الحمل المستكن) ٥٣٣ - انتهاء الشخصية القانونية بالوفاة ٥٣٤ - مركز المفقود ٥٣٥ - حكم المفقود ٥٣٦ - حكم المفقود في حالته الأولى في القانون المصري ٥٣٧ - حكم المفقود في حالته الأولى في القانون اليمني ٥٣٨ - حكم الحالة الثانية للمفقود في القانون المصري ٥٣٩ - الحالة الثانية للمفقود وحكمها في القانون اليمني ٥٤٠ - الحالة الثالثة ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته، وحكمها في القانون المصري ٥٤١ - حكم الحالة الثالثة في القانون اليمني

الفرع الثاني

الميزة الأولى للشخصية القانونية

الاسم

- ٥٤٢ - الاسم من حقوق الشخصية المميزة لها ٥٤٣ - تكوين الاسم ٥٤٤ - الاسم التجاري

الفرع الثالث

الميزة الثانية للشخصية القانونية

الحالة

- ٥٤٥ - تعريفها ٥٤٦ - العنصر الأول للحالة انتساب الشخص إلى دولة معينة ٥٤٧ - أهمية الجنسية للإنسان ٥٤٨ - العنصر الثاني للحالة انتساب الشخص إلى أسرة معينة ٥٤٩ - أهمية الانتساب إلى أسرة معينة، وآثار القرابة ٥٥٠ - العنصر الثاني للحالة انتساب الشخص إلى دين معين

٣٦٩ - ٣٦٧

الفرع الرابع

الميزة الثالثة للشخصية القانونية للشخص الطبيعي الموطن

٥٥١ - تعريف الموطن ٥٥٢ - كيفية تحديد الموطن ٥٥٣ - الموطن في القانون اليمني

٣٧٢ - ٣٦٩

الفرع الخامس

الأهلية

٥٥٤ - أهلية الوجوب وأهلية الأداء ٥٥٥ - مناط أهلية الأداء ٥٥٦ - قواعد الأهلية من النظام العام ٥٥٧ - تدرج الإنسان في أهلية الأداء ٥٥٨ - تصرفات الشخص نظراً لأهلية الأداء ٥٥٩ - عوارض الأهلية ٥٦٠ - أولاً الجنون والعتة ٥٦١ - ثانياً السفه والغفلة

٣٧٦ - ٣٧٢

المطلب الثاني

الشخص الاعتباري

٥٦٢ - تمهيد وتعريف ٥٦٣ - عناصر وجود الشخص الاعتباري ٥٦٤ - انتهاء الشخص الاعتباري ٥٦٥ - مدى الشخصية القانونية المقررة للشخص الاعتباري ٥٦٦ - خصائص الشخصية للشخص الاعتباري ٥٦٧ - أولاً: الاسم ٥٦٨ - ثانياً موطن الشخص الاعتباري (المعنوي) ٥٦٩ - ثالثاً - الحالة ٥٧٠ - رابعاً - الذمة ٥٧١ - أنواع الشخص الاعتباري ٥٧٢ - الأشخاص المعنوية العامة ٥٧٣ - الأشخاص المعنوية الخاصة

٣٧٧ - ٣٧٧

المبحث الثاني

أشخاص الحق في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

الشخص الطبيعي

٥٧٤ - الشخص الطبيعي وثبوت الشخصية القانونية له

٣٨٠ - ٣٧٧

الفرع الأول

بدء الشخصية القانونية وانتهاءها للشخص الطبيعي

٥٧٥ - بدء الشخصية القانونية للإنسان ٥٧٦ - ثبوت أهلية وجوب ناقصة
للجنين ٥٧٧ - انتهاء الشخصية القانونية للإنسان ٥٧٨ - المفقود وأحكامه
٥٧٩ - القاعدة في حال فقده ٥٨٠ - حكم زوجة المفقود ٥٨١ - حكم
القاضي بموت المفقود ٥٨٢ - ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته

٣٨٠ - ٣٨١

الفرع الثاني

الميزة الأولى للشخص الطبيعي ذي الشخصية القانونية

الاسم

٥٨٣ - تسمية المولود ٥٨٤ - اختيار الاسم الحسن ٥٨٥ - يجوز تغيير الاسم

٣٨٧ - ٣٨٨

الفرع الثالث

حالة الشخص الطبيعي

٥٨٦ - الحالة للشخص الطبيعي من مميزات الشخصية له ٥٨٧ - أولاً
انتسابه إلى دولة معينة ٥٨٨ - ثانياً الانتساب إلى أسرة معينة ٥٨٩ - رابطة
الأصول والفروع والحواشي ٥٩٠ - قواعد النسب في نظام الأسرة ٥٩١ -
إبطال نظام التبني ٥٩٢ - احتساب درجة القرابة ٥٩٣ - قرابة المصاهرة ٥٩٤ -
الحكم الشرعي في رابطة المصاهرة ٥٩٥ - ما يترتب على الانتساب إلى
أسرة معينة ٥٩٦ - ثالثاً - ومن عناصر الحالة الانتساب إلى دين معين

٣٨٩ - ٣٩٠

الفرع الرابع

الموطن

٥٩٧ - موطن الشخص ٥٩٨ - موطن الشخص في الفقه الإسلامي ٥٩٩ - يجوز
لولي الأمر أن يحدد موطن الشخص

٣٨٩ - ٣٩٠

الفرع الخامس

الأهلية في الشريعة الإسلامية

٦٠٠ - تعريف الأهلية ٦٠١ - أهلية الوجوب ٦٠٢ - أهلية الأداء ٦٠٣ -
الأهلية الكاملة والأهلية الناقصة ٦٠٤ - الدور الأول - دور الجنين ٦٠٥ -
الدور الثاني - من الانفصال إلى التمييز ٦٠٦ - الدور الثالث - من دور

التمييز إلى سن البلوغ ٦٠٧ - الدور الرابع - دور ما بعد البلوغ ٦٠٨ -
عوارض الأهلية ٦٠٩ - أنواع العوارض

٣٩٧ - ٣٩٥

المبحث الثالث

الشخص الاعتباري في الشريعة الإسلامية

٦١٠ - تمهيد ٦١١ - هل في الشريعة الإسلامية شخص اعتباري؟ ٦١٢ -
من تطبيقات فكرة الشخص الاعتباري في الشريعة الإسلامية ٦١٣ - نظام
الوقت وفكرة الشخص الاعتباري ٦١٤ - انتهاء الشخص الاعتباري ٦١٥ -
مدى الشخصية القانونية المقررة للشخص الاعتباري ٦١٦ - اسم الشخص
الاعتباري وموطنه وحالته ٦١٧ - أهلية الأداء للشخص الاعتباري ٦١٨ -
ذمة الشخص الاعتباري

٣٩٩ - ٣٩٨

المبحث الرابع

محل الحق في القوانين الوضعية

٦١٩ - تعريف محل الحق ٦٢٠ - اختلاف محل الحق باختلاف نوع الحق
٦٢١ - منهج البحث

٤٠٠ - ٣٩٩

المطلب الأول

الأعمال

محل الحق الشخصي

٦٢٢ - صور العمل محل الحق الشخصي ٦٢٣ - شروط العمل محل الحق
٦٢٤ - الشرط الأول أن يكون ممكناً ٦٢٥ - الشرط الثاني: التعيين ٦٢٦ -
الشرط الثالث: شروعية العمل

٤٠٢ - ٤٠١

المطلب الثاني

الأشياء (محل الحق العيني)

٦٢٦ - الشيء والمال ٦٢٧ - مكرر - ما يشترط في الشيء ليكون محلاً
للحق العيني ٦٢٨ - الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها ٦٢٩ - الأشياء
الخارجة عن التعامل بحكم القانون

تقسيمات الأشياء محل الحق العيني

- ٦٣٠ - التقسيم الأول: الأشياء العامة والأشياء الخاصة ٦٣١ - حكم الأشياء العامة ٦٣٢ - الأشياء الخاصة وحكمها ٦٣٣ - التقسيم الثاني: العقارات والمنقولات ٦٣٤ - أهمية هذا التقسيم ٦٣٥ - أنواع العقارات أولاً - العقارات بطبيعتها ٦٣٦ - ثانياً - العقار بالتخصيص ٦٣٧ - التقسيم الثالث للأشياء القيمي والمثلي ٦٣٨ - أهمية التفرقة بين المثلي والقيمي ٦٣٩ - التقسيم الرابع للأشياء: قابليتها أو عدم قابليتها للاستهلاك ٦٤٠ - الاستهلاك المادي والاستهلاك الحكمي ٦٤١ - أهمية هذا التقسيم

المبحث الرابع

محل الحق في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

الأعمال

(محل الحق الشخصي)

- ٦٤٢ - محل الحق الشخصي عمل أو امتناع عن عمل ٦٤٣ - ما يشترط في العمل محل الحق الشخصي

المطلب الثاني

الأشياء (محل الحق العيني)

- ٦٤٤ - الشيء والمال ٦٤٥ - تعريف المال ٦٤٦ - التعريف المختار للمال ٦٤٧ - ما يترتب على التعريف المختار للمال ٦٤٨ - تقسيمات المال ٦٤٩ - التقسيم الأول: متقوم وغير متقوم ٦٥٠ - ما يترتب على قسمة المال إلى متقوم وغير متقوم ٦٥١ - التقسيم الثاني: المثلي والقيمي ٦٥٢ - ما يترتب على قسمة المال إلى مثلي وقيمي ٦٥٣ - التقسيم الثالث: العقار والمنقول ٦٥٤ - ما يترتب على قسمة المال إلى عقار ومنقول ٦٥٥ - التقسيم الرابع: الأموال العامة والأموال الخاصة ٦٥٦ - ما يترتب على هذا التقسيم للأموال ٦٥٧ - تقسيمات أخرى للمال

٤٢٠ - ٤١٩

المطلب الثالث

شروط المحل في الحق العيني

٦٥٨ - القاعدة في شروط المحل في الشريعة الإسلامية ٩٥٩ - شرح هذه القاعدة وما يترتب عليه

٤٢٤ - ٤٢١

الفصل الثالث

مصادر الحق

في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول

مصادر الحق في القوانين الوضعية

٦٦٠ - تمهيد ٦٦١ - متى يكون القانون مصدراً مباشراً أو غير مباشر للحق
٦٦٢ - تعريف الواقعة القانونية التي هي مصدر للحق وأنواعها ٦٦٣ - أولاً
الواقعة الطبيعية ٦٦٤ - ثانياً - الواقعة الاختيارية ٦٦٥ - ثالثاً - الفعل المادي
بغض النظر عن قصد وإرادة فاعله ٦٦٦ - من أمثلة الفعل المادي وما
يترتب عليه ٦٦٧ - أولاً الفعل الضار ٦٦٨ - الفعل النافع (الإثراء بلا
سبب) ٦٦٩ - من تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب ٦٧٠ - العمل أو
التصرف القانوني

٤٢٨ - ٤٢٥

المبحث الثاني

مصادر الحق

في الشريعة الإسلامية

٦٧١ - تمهيد ٦٧٢ - متى تكون الشريعة مصدراً مباشراً أو غير مباشر للحق
٦٧٣ - تعريف الواقعة الشرعية وأنواعها ٦٧٤ - أولاً - الواقعة الطبيعية
٦٧٥ - ثانياً - الفعل المادي: الفعل الضار ٦٧٦ - من أمثلة الفعل المادي
٦٧٦ - مكرر - ثالثاً العمل أو التصرف القانوني (أي الشرعي) وأنواعه

٤٣٠ - ٤٢٩

الفصل الرابع

حماية الحق واستعماله في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول
حماية الحق واستعماله في القوانين الوضعية

٦٧٧ - تمهيد

٤٣٠ - ٤٣١

المطلب الأول

حماية الحق في القوانين الوضعية

٦٧٨ - الدعوى هي وسيلة الحماية ٦٧٩ - الدعوى المدنية والدعوى الجنائية

٤٣١ - ٤٣٤

المطلب الثاني

استعمال الحق

٦٨٠ - تمهيد ٦٨١ - نصّان في القانون المدني المصري بشأن التعسف في استعمال الحق ٦٨٢ - معيار التعسف في استعمال الحق ٦٨٣ - أولاً - قصد الإضرار بالغير ٦٨٤ - رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً ٦٨٥ - ثالثاً - عدم مشروعية المصلحة

٤٣٤ - ٤٣٥

المبحث الثاني

حماية الحق واستعماله في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

حماية الحق في الشريعة الإسلامية

٦٨٦ - تمهيد ٦٨٧ - الدعوى هي وسيلة حماية الحق ٦٨٨ - الدعوى المدنية والدعوى الجنائية

٤٣٦ - ٤٣٩

المطلب الثاني

التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

٦٨٩ - التعسف في استعمال الحق محظور ٦٩٠ - الدليل الأول على حظر التعسف في استعمال الحق ٦٩١ - الدليل الثاني: استعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير ٦٩٢ - معايير التعسف في استعمال الحق

٤٤٢ - ٤٣٩

الفصل الخامس

إثبات الحق في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول

إثبات الحق في القوانين الوضعية

٦٩٣ - تمهيد ٦٩٤ - محل الإثبات ٦٩٥ - القاعدة العامة في الإثبات
٦٩٦ - وسائل الإثبات ٦٩٧ - أولاً - الكتابة ٦٩٨ - ثانياً - الشهادة ٦٩٩ -
ثالثاً - الإقرار ٧٠٠ - رابعاً - القرائن ٧٠١ - اليمين

٤٤٩ - ٤٤٣

المبحث الثاني

إثبات الحق في الشريعة الإسلامية

٧٠٢ - تمهيد ٧٠٣ - وسائل إثبات الحق معينة في الشريعة الإسلامية
٧٠٤ - تعداد وسائل الإثبات ٧٠٥ - أولاً - الإقرار ٧٠٦ - ثانياً - الشهادة
٧٠٧ - ثالثاً - اليمين والتكول عنها ٧٠٨ - رابعاً - القرائن ٧٠٩ - خامساً -
القسامة ٧١٠ - سادساً - القيافة ٧١١ - سابعاً - علم القاضي ٧١٢ - ثامناً -
القرعة ٧١٣ - الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات ٧١٤ - أوجه الخلاف بين
وسائل الإثبات في الشريعة والقانون

٤٥٧ - ٤٥٠

الفصل السادس

انقضاء الحق في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول

انقضاء الحق في القوانين الوضعية

٧١٥ - تمهيد ٧١٦ - أولاً انقضاء الحقوق العينية ٧١٧ - أ - انقضاؤها
بهلاك الشيء ٧١٨ - ب - انقضاؤها بترك استعمالها ٧١٩ - ج - انقضاء
الحقوق العينية التبعية بانقضاء أصل الدين ٧٢٠ - ثانياً - انقضاء الحقوق
الشخصية - أ - بقاء المدين بأداء الحق عيناً ٧٢١ - ب - الأداء بالإجبار
عيناً أو بالتعويض ٧٢٢ - ج - الأداء بما يعدل الوفاء ٧٢٣ - د - انقضاء
الحق بالإبراء ٧٢٤ - انقضاء الحق الشخصي بإهمال المطالبة به ٧٢٥ -

انقضاء الحق في القانون اليمني ٧٢٦ - أولاً - انقضاء الحق بسبب حدوث
واقعة قانونية ٧٢٧ - انقضاء الحق بهلاك الشيء ٧٢٨ - انقضاء الحق بالوفاة
٧٢٩ - انقضاء الحق باتحاد الذمة ٧٣٠ - انقضاء الحق بالمساقطة ٧٣١ -
ثانياً - التصرف القانوني

٤٥٨ - ٤٦١

المبحث الثاني

انقضاء الحق في الشريعة الإسلامية

٧٣٢ - القاعدة العامة في انقضاء الحق ٧٣٣ - انقضاء الحقوق العينية
الأصلية ٧٣٤ - انقضاء الحقوق العينية التبعية ٧٣٥ - انقضاء الحقوق العينية
بمرور الزمن ٧٣٦ - انقضاء الحقوق الشخصية بالوفاء ٧٣٧ - وتنقضي
بالوفاء الجبري ٧٣٨ - وتنقضي بالأداء بما يعدل الوفاء الأصلي ٧٣٩ -
انقضاء الحق بالإبراء ٧٤٠ - انقضاء الحق الشخصي بمرور الزمن .

مؤلفات د. عبد الكريم زيدان

- ٠١- السنن الإلهية في الأمم والجماعات والأفراد.
- ٠٢- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ١/١١.
- ٠٣- أصول الدعوة.
- ٠٤- مجموعة بحوث فقهية ١/٩.
- الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام.
- حقوق الأفراد في دار الإسلام.
- حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية.
- الإيمان بالقضاء والقدر.
- أثر القصود في التصرفات والعقود.
- الخلاف في الشريعة الإسلامية.
- اللقطة وأحكامها في الشريعة.
- العقوبة في الشريعة الإسلامية.
- أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام.
- ٠٥- القيود الواردة على الملكية الفردية.
- ٠٦- المدخل لدراسة الشريعة.
- ٠٧- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية.
- ٠٨- الوجيز في أصول الفقه.
- ٠٩- الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية.
- ١٠- القصاص والديات في الشريعة الإسلامية.
- ١١- موجز الأديان في القرآن.
- ١٢- نظرات في الشريعة الإسلامية.