الْمُشْـــتَرَكُ الْمَفَاهِيمِـيُّ القَانُونـيُّ الشَّـرْعِـيُّ
" مُنَاظَرَةٌ في الأَسَاس المَنْطِقِيّ لِبَعضِ المَبَادِئ والقَواعِدِ والمَعَايِيرِ العَامِلَةِ"

د. أبو المعالي محمد عيسى أبو المعالي ـ كلية القانون ـ جامعة صبراتة.

تَـوطِئَـةٌ :

غـاية العاقل المتكلم في أي حقل معرفي، أن يُسمع منه ، ويُفهم عنه.. وهو أمر يستلزم سلامة التعبير، و وضوح المعنى، وصحة المنهج المتحدث به ...

ولعل هذا ما حدا بالمَنَاطِقَةِ إلى تقسيم المُدْرَكاتِ الذّهنية (Pleine conscience) إلى : تَصوُّراتٍ (Visialisations) ، وتَصْدِيقاتٍ Certifications)، لتمييز المفاهيم التي تقع في الذهن دون أن يُحكم عليها بنفيٍ أو إثباتٍ، عن تلك التي تقع في الذهن وقد حُكم بإثباتِ أو نفيِ علاقةٍ فيها...

بل هـو ما ألزمهم بتقسيم الإدراكِ الذهنيّ نفسِهِ إلى ضروريٍّ لا يَحتاج إلى طلبِ دليلٍ، كفهمنا أن: النارَ حاميةٌ..، وتجريبيٍّ يُكتسب بالنظر وتحصيل الدليل من المعلوم إلى المجهول.. كافتراضِ المختصينَ وُجودَ كائنٍ منقرضٍ عُثِرَ على عظم من عظامه مثلا...

بهذا التراتب يعمل العقل على توليد الأنساق (Production de Format) الحكميّة ، قانونية كانت أو شرعيـة.. ومن هذا المنطلق راودتني فكرةٌ مردها الشعور بنسبيةِ تَوافُقِ جانب من المفاهيم والمبادئ والقواعد التي نتدارسها باستمرار في حياتنا العلمية التخصصية اليومية.. فضلا عن عدم توفيق بعضها الآخر في التأسيس أحيانا.. الأمر الذي قد يبرر التساؤل حول مدى إلزامية أي مفهوم أو حكم معين، إذا انْقَدَحَ في عقل المتخصص أن ذلك المبدأ لم يكن جازما.. أو أن تلك القاعدةَ لها نظائرُ أبلغ ...

ولعل عدم تدقيق المفاهيم وتقييم مصداقيتها.. خطرٌ على مدركاتِ المتعلمِ.. بل أعتقد أن تعاطيها كما هي، و(ابتلاعها) دون تأمل أو طلب تعليل.. يطفئ حاسة التطلع والإبداع لدى الباحث، بَلْهَ العالمِ ..

الأمـر الذي سيلزم هذه المقاربة بالتعاطي مع بعض المفاهيم القانونية النموذجية، وما يدور مدارها من المبادئ والقواعد الفقهية الشرعية....

وليست هـذه دعوة إلى الإفْتِياتِ على المشـرّع، أو الشارع ، ولا إلى التقليل من جهود القضاء ، ولا إلى تخطئة الفقهاء.. أو المصادرة عليهم.. ؛ بل هي ثناءٌ على أعماله العلمية الدّؤوبـة والخلاقة

أحيانا..، وهي تلبية وفيّـة للشعور بالانتماء للحقل، والرغبة في الإسهام – على قدر الجهد - في تطويره ، وتحديث أدواته ....

فالحاجة إلى المراجعة في شتى العلوم ليست وليدة اليوم ، وليست قاصرة على العلوم القانونية ، أو العلوم الشرعية ..، بل إن أغلبَ المعارفِ والعلوم شهدت مراجعاتٍ ، وتعرضت نظرياتها لانتقادات و مؤاخذات ، مكنت في نهاية المطاف من رفع لبسِ المُلتبس ، و تلافي القصور... وتلك هي رسالة البحث العلمي ...

فإن حَسُـن النظرُ فذلك المبتغى، وإلا فالعزاء حسنُ القصدِ ، واستفراغُ الوسعِ، ورحـم الله عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - القائل : (**وإن يكـن خطأ فمن ابن أم عبد**)، وقبل الدخــول في الجانب الموضوعي لهذه المقاربة ، نترسـم معالم إشكالية الموضوع ، وخطة بحثه على النحو التالي :

إشكَاليةُ الموضُـــوع :

تكمـن إشكالية هذه المقاربة المتواضعة في : مـدى إثبات وحدة المنطق العام للقواعد المنظمة للسلوك الإنساني، سـواء تعلق الأمـر بتلك المتأتية من النصوص القانونية الوضعية ، أو بتلك المتأتية من نصوص الشريعة الإسلامية ...

وذلك من خلال مُناظرة بعض المبادئ والقواعد والمعايير القانونية ، مع نظائرها في فقه الشريعة الإسلامية...، وعلى افتراض وحدة هدف القواعد في الحقلين...إلى أي مدى يمكن القول إن الأصول العامة الرامية إلى تحقيق العدل مشتركة ..؟ ...

خِطـــةُ البَحث:

وسيتم بحث هذا الموضوع من خلال محورين، حيث نتطرق ضمن مبحث أول إلى : المحددات المنطقية لصياغة المفاهيم : (وفيه مطلبان: نعقد الأول منهما لتقصي لأسس المرجعية للمفاهيم ، وقضايا العقل المؤثرة في نشــوء هذه المبادئ والقواعد، ونخصص الثاني : للمقاييس الفنية للنصوص ، وأثرها في صياغة المفاهيم) ، ثم ندرس في مبحثٍ ثانٍ ملامـحَ المشترك المفاهيمي :(وفيه مطلبان : يعالج الأول منهما نماذج عديدة من الاشتراك على صعيد المبادئ والقواعد الحاكمة في فقه الشريعة والقانون، بينما نخصص الثاني للمبادئَ وقواعدَ خرجت عن المشترك المفاهيمي) .

المبحث الأول . المحُـددَاتُ المنْطِقيةُ لصيّاغَةِ المفَاهِيم :

إن مفاهيم الخطاب الشرعي الإسلامي المعاصر تجد مُقوّماتِ نجاحها في ماضِيهِ ، إذ أن الصفة الحَقّةَ لماضيه هي أنه جسد : مناخ الصحوة الفكرية، والفهم الصحيح، بحيث لا تصبح ماضَوِيّةُ الحاضر مَنْعًا يُنعى على مفاهيم الفكر الإسلامي وإنما هي لُبُّهُ وسبب قوته .

ويخطئ من يظن إمكانية الفصل بين ماضي الفكر الشرعي وحاضره ، لأن الرؤية الكامنة فيه ذات مرجعية تاريخية..، وليس هذا من باب تقديس التراث تقديساً يَشُـلُّ معقولية العقل ، وإنما من باب الإدراك الواعي بالرصيد المفاهيمي الفكري، فذلك هو السبيل لبداية التفكير الحضاري ، والتّخلُّصِ من عُقدةِ الربط بين المَوْرُوثِ الفكري – الديني- وحالت التخلف التي تحكم مجتمعاتنا.

ومن هنا فإنه ينبغي أن يكون للنصوص القانونية الوضعية في البلدان الإسلامية خصوصية مميزة ، يمكننا أن نسميها خصوصية : "عراقـةَ المرجِع"، ذلك أن أغلبها صيغت في ظل دساتير تعطي للشريعة الإسلامية منزلة معتبرة ، فهي إما مصدرها الوحيد، أو الأساسي ، أو الرئيسي، بحسب عبارة كل مشـرّع... الأمر الذي يُرْفِدُ المنظومةَ القانونية الوطنية في البلدان العربية والإسلامية برافدٍ من الأسس والقواعد المتينة التي قلما يحظى بمثلها تشريع آخر...

وسنبحث موضوع هذا المبحث في مطلبين ، فنستكشف الأسس المرجعية للمفاهيم في مطلبٍ أوّلَ : ثم نتطرق إلى الفروق الفنية، وأثرها في صياغة المفاهيم في مطلبٍ ثانٍ ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول . الأُسُسُ المْرجِعِيّةُ ، و قَضَايَا العَقل ِ :

إن القواعد الناظمة للسلوك الإنساني هي قواعد عقلانية تخضعُ في صناعتها وهدفها وتطبيقها لمقاييس العقل البشري... ، ولهذا تتجه عقول القانونيين عند وضع أو تقدير المفاهيم ، إلى الحرص على اعتبار تلك الأسس التي تخدم إرساء أركان ما يعرف بالنظام العام..

وعلى الرغم من اختلافهم في تحديد محتوى هذا المفهوم ، و تعدد وجهات النظر فيه ، يمكننا رصد الأسس الرئيسية التالية :

المصلحة العامـة : وتعني كل ما يلزم لحفظ أمن المجتمع ، واستقراره، وصحته ، بما في ذلك حفظ حياة الناس ، ومعتقداتهم ، وأموالهم، وأعراضهم ، وحرياتهم... من السّلبِ والضّياع ، ويتحقق ذلك من خلال حماية منظومة قيم الجماعة ، ومنع مخالفة الأخلاق الحميدة (Les Bonnes Meurses) ، بِسَنّ قوانينَ زاجرة، ووضعها موضع التنفيذ ...(1)

تحقيق العدالـة : ويتـم بالفصل في النزاعات والمظالم القائمة بين آحَادِ الناس فصلا منصفا ، وإنشاء الآليات المختصة بالقيام على حماية الحقوق من التعدي والانتهاك ، وذلك من خلال :

تكليفِ أجهزة مختصة بتوقيع العقاب الرادع لفائدة المجتمع من جهة.. ، ومراعاة التّيْسِيرِ على المخاطبين بالتشريعات والقوانين من جهة أخرى.. ، كما هي الحال في مسألة إلغاء الشكلية الإجرائية في المعاملات اليومية - رغم طبيعتها العقدية - دفعا للمشقة عن المتعاملين... (2)

ما يَتَغَيّى القانونيون مَفْهَمَتَهُ، ووضعَ محدداته، هو– بحكم الهدف– ما كان سعى الفقهاء المسلمون إلى التقعيد له منذ قرون، بغض النظر عن التقاء أو عدم التقاء الرؤى العلمية المَقَاصِدِيّة للحقلين ، فمبادئ الشريعة الإسلامية تتقدس مصلحة المكلفين في الدنيا والآخرة.. ويتجلى ذلك في : المعاني والحِكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص بنوع خاص من الأحكام، ولا بعصر دون عصر...

ومن هذا المنطلق أَجِدُ من الضروري عرض بعض الأساسيات المتعارف عليها في الفقه الإسلامي، ليَسْهُلَ استكشاف مبرراتِ نُشُوءِ المفاهيم في الفكر الشرعي والقانوني... فمقاصد الشريعة تهدف إلى حفظ نظام الكون، بتحقيق المصالح ودرء المفاسد عنه ، ولذا اتجهت جهود الباحثين في هذا العلم إلى تصنيف المصالح ثلاثة أصناف :

1- **المَصَالـح الضّرُوريّــة** : وهي التي اصطلحوا على تسميتها- أيضاً- بالكليّاتِ الخَمْسِ مثل : حفظ الدّين، وحفظ النفس ، وحفظ المال ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل..

والمتأملُ في أحكام الشريعة من عقيدة ، وعبادة ، ومعاملات، وأخلاق، يَجِدُهَا محققةً لهذه الأصول الخمسة ، فأركانُ الإسلام الخمسة شُرِعَتْ لحفظ الأصل الأول الذي هو الدين، وأحكام الدِّمَاءَاتِ والدِّيَّةِ، والقتل بصوره الثلاث ، والجروح، والقصاص في النفس وما دون النفس شُرِعَ لحفظ الأصل الثاني وهو النفس، كما شُرعت أحكام العقود ، والمعاملات، وحرمت السرقة ، والربا ، والقمار، والغصب ، وقطع الطريق، وشُرعت الزكاة والصدقات ، وأحكام المَغَانِمِ والفَيْءِ ، للمحافظة على الأصل الثالث الذي هو المال ، وحُرم شرب الخمر وغيره من المسكرات ، لحفظ الأصل الرابع الذي هو العقل ، وشُرعت أحكام الأسـرة من زواج، ونسب، ورضاع، وحُرم الزنا، والأنكحة الفاسدة ، لحفظ الأصل الخامس الذي هو النسل...

2- **المصالــح الحَاجيّـة :** وهي التي لا بد منها لقضاء الحاجات ، كتشريع أحكام البيع والإيجار وسائر ضروب المعاملات... وهي تَلِي المصالح لضرورية لأنها تابعةٌ لها، ومحققةٌ لأغراضها، ومن ذلك أن أحكام النكاح تهدف إلى المحافظة على النسل، و أن أحكام التجارة و الاتجار وما إليه تهدف إلى المحافظة على المال أو تنْمِيّته بالحلال .

3- **المصالــح التّحْسِينِيّـة** : وهي كل ما يعود إلى العادات الحسنة والأخلاق الحميدة الفاضلة والذوق السليم من مستحسنٍ مطلوبٍ ، فكلها ترجع إلى المصالح الضرورية مثلما رجعت إليها

المصالح الحاجية ؛ إذ المصالح الضرورية هي الأصل ، فالطهارة، وستر العورة، وأخذ الزينة ، راجعة إلى الأصل الأول، وهو المحافظة على الدين... (3)، وآدابُ الأكل والشرب واجتناب الخبائث راجع إلى الأصل الثاني الذي هو المحافظة على النفس ، واختيار الزوج، وحسن المعاشرة عائدان إلى المحافظة على النسل... والكسب بِوَرَعٍ، والإنفاق بتعفّفٍ، راجع إلى المحافظة على المال ... وهكذا..

وهكذا ظهرت مع مرور الوقت مسائل جديدة على الفكر الجَمْعِي للمسلمين، تَطَلّبَ حسمُها عملا عقليا جبارا في ذلك الوقت ...

فمنذ العقود الأولى في عمر الشريعة الإسلامية، ظهرت عدة قضايا مُسْتَعْصِيّةٍ مثل: مسألةِ الشُّورى، ومسألة جمع القرآن ، ومسألة حد الشارب، ومسألة أرض السواد، ومسألة إيقاف حد الحامل، ومسألة جمع السنة ، ومسألة الاشتراك في الجناية، ومسألة أحكام الفَيْءِ ، ومسألة رِق الحرب: أوالسَّبي، ومسألة الرقيق بصورة عامة؛ ومسألة المؤلفة قلوبهم، ومسألة مفهوم الكفار؛ ومسألة أهل الكتاب، هل هم الموحدون أم لا..؟، وإذا لم يكونوا موحدين - لأنهم انحرفوا عن التوحيد وشوهوا صفة المعبود - فهل يجوز زواج المسلم منهم أم لا ..؟ ...(4)

ثم في مرحلة لاحقة : ظهرت مسألةُ التِقاطِ بيتِ المال ضَوَالَّ الإبلِ، ومسألة تَوْظِيفِ الضرائب على الموسرين لسد حاجات الجُنْدِ في الثّغُورِ، ومسائل ارتبطت بعصر الضعف الفكري للأمة مثل: حكم السّرَفِ في اللّهو و الألعاب، وحكم الموسيقى، والتدخين... وما شابه ذلك ...(5)

وفي العصر الحديث أصبحت المسائلُ أكثرَ تعقيداً، وأصعب تخريجا... لانفتاح المجتمع الإسلامي على مجتمعات متنوعة وحضارات مختلفة من جهة.. وتأثير الثورة العلمية والتكنولوجية التي شهدها العالم في العقود الأخيرة على الحياة من جهة أخرى.... فظهرت الحاجة إلى تحديد موقف الشرع الإسلامي من بعض الظواهر والمعاملات والممارسات التي لم يكن للمجتمع الإسلامي سابق دراية بها.. وقد تعرضت المجامعُ الفقهية في السنوات الماضية إلى كثيرٍ من هذه القضايا المعاصرة الطارئة، وأصدرت فيها العديد من الفتاوَى ترسيخا لمنهج اليُسر ورفعا للحرج، دون السماح بانتهاك أي نص شرعي أو المساس بأي مقدس ...

ومن أشهر هذه القضايا : مسألة الإفطارِ في رمضان للمسافر بالطائرة أو بالسيارة، ومسألة رؤية الهلال بالمَرَاصِدِ الفلكية، ومسألة خروج المرأة للعمل، و شهادتها أمام القضاء – حيثُ المألوفُ أن شهادة الرجل مهما كان جاهلاً تعادل شهادة امرأتين- بعدما أصبحت المرأة في أغلب الدول الإسلامية مؤهلةً للعمل وزيرةً، ومحامية، وقاضية، ومسألة حرمانها من نصيبها الشرعي من الميراث في أعراف بعض المجتمعات ...(6)

وكذلك: مسألة الإفادة من أضاحي الحَجِيج (الهَدْي)، بتوزيعها على الفقراء المسلمين في بعض البلدان، ومسألة وجوب الحج من عدمه على المكلفين القادرين في مجتمع يعج بالفقراء والمحتاجين، ونستحضر في هذا المقام فتوى مجمع علماء العراق عام 2002 م ، التي تسقط فريضة الحج عن العراقيين القادرين، وتخصيص تكاليفه لمساعدة المحتاجين في العراق المنكوب... (7)

ومن أبرزها اليوم : مسألة التّبَـرُّعِ بالأعضاء، ومسألة تشريح الجثث للأغراض الطبية والجنائية، ومسألة إجهاض الجنين المُشـوّه، ومسألة الإنعاش الطبي، ومسألة الاستنساخ البشـري، ومسألة تأجير الأَرْحَام ، ومسألة بنوك الحَيَامِـنْ، ومسألة بنوك حليب المَرَاضِع، ومسألة التلقيح الصناعي خارج الأرحام ، ومسألة شَتْلِ الجنين إلى ما بعد الموت، ومسألة حكم تناول أدوية تأخير الطّمَث أو وَقْفِهِ للمرأة المُحرم للحج، ومسألة بيع الدم، ومسألة لبس الشعر المستعار، ومسألة زكاة المال الحرام ، ومسألة الذَّكَاة بالسكين الآلي، ومسألة ترجمة خُطبة الجمعة بغير اللغة العربية، ومسألة التأمين على الحياة، ومسألة مشروعية زراعـة عضو اسْتُؤْصِلَ في حدّ، ومسألة بيع الدَّيْـن، و مسألة الانتخابات، ومسألة حكم التجنس في غير بلاد المسلمين ، و مسألة الاقتداء بالإمام عبر الإرسال السمعي ، أو السمعْ بصري، ومسألة تحديد القِبلة بالبوصلة... (8)

ويجدر بالذكر أن ما يبرر ظهور النوازل ومستجدات الوقائع لدى المنشغلين بالشرع هو نفسه ما يبرر ظهورها لدى المنشغلين بالقانون، فحتى مدونات القانون الوضعي وما تتضمنه من أحكام وقواعد تتأثر هي الأخرى بتجدد حياة الناس ، وتغير الأحوال والأزمان... ؛ بل إن من هذه القضايا الجديدة على حياة الناس وقائعُ استثارت الاهتمام المشترك لدى المختصين في الحقلين على حدّ سواء، كقضية : جواز الاستنساخ البشري مثلا ..!؟ التي شكلت ثورة على أمن وقيم الإنسان... وإنْ تفاوت مستوى النظرِ الذي أثْرَى به فقهاءُ الشريعة الموضوعَ عن نظرائهم القانونيين .. ، ومن أمثلة القضايا المستحدثة على مستوى الفكر القانوني ، التي لا تزال محل بحثٍ : مسألةُ صحةِ التعبيرِ عن الإرادة بين غائبين كالتعاقد عبر الهاتف أو أي وسيلة اتصال ، سواء أكان العقد عقد بيع أم عقد زواج أم غيرهما...، ومسألة نقل الأعضاء، وزراعتها، ومسألة جِراحات التجميل، و جراحات التّحَوُّل الجنسي، ومسألة التدخل جينيا في مواصفات وجنس الجنين...

وكذلك في الشق الجنائي مسألة : القتلِ الرّحِيم (القتلُ بِدافعِ الشّفقةِ)، ومسألة الإجهاض غير الطبي، ومسألة حُجيّة الأدلة العلمية من مختلف البصمات المعروفة قديما إلى البصمة الوراثية للحمض النووي:(Deoxyribonucleic acid) المعروف اختصارا بـ(DNA) ، ومسألة خَطورة تَغلِيب مِصْدَاق كلابِ الأثر على الحرية الشخصية للإنسان، ومسألة مدى مشروعية التّنَصّت على الخُصُوصيّات الشخصية، ومسألة حجية أشرطة كاميرات المراقبة في الإثبات، ومسألة حجية

المقاطع المسموعة أو المرئية المتداولة على مواقع التواصل الاجتماعي في الإثبات الجنائي، ومسألة مشروعية السِّوار الالكتروني ووظيفته ...(9)

المطلب الثاني . الْمَقَايِيسُ الفَنيةُ و صِيّاغَـــةُ المَفَاهِيـم:

عادة ما يكون مصدر الحكم الشرعي هو المرجع الأول في تقريره... ، ونقصد بالمصدر في هذا المقام " النص القَطْعِيّ الثّبُوتِ والدّلالةِ "... أي : النصوص الشرعية التي تعتبر الاستعاضة عنها بنصوص بديلة.. مُخالفةَ أصلٍ شرعيٍ عامٍ يُفترض العمل به... وفق قاعـــدة : **إعْمَالُ النّصّ أوْلَى من إهْمَالِـــهِ** ، ذلك أن النص الشرعي المختص لا يعادله أي نص بديل في المنزلة ، ويمكن التمييز بين مُسْتويَيْ النصين الشرعي والوضعي بمطالعة ما يلي :

1- **التشريـع الإسلامـي** : هو مجموع الأحكام المنزلة من عند الله - عزوجل - على محمد – صلى الله عليه وسلم - ، في العقائد والأخلاق والمعاملات لتحقق لجميع الناس خير الدنيا والآخرة .

2- **التّشريـع الوضعي** : هو مجموعـة القواعد القانونية التي تسنّها السلطة المختصة بالتشريع قصد تنظيم حياة الأفـراد في المجتمع.. ، وبذلك يتميّز الأول عن الثاني بما يأتي :

أ. **من حيث المصـــدر**: فمصدر التشريـع الإسلامي هو الله - سبحانه وتعالى- المنـزّه عن الخطأ والإغْراضِ ، وما أوْحَاهُ إلى نبيه – صلى الله عليه وسلم - من أحكام هذه الشريعة في القـرآن والسنة متصفاً بالكمال محققاً لمصالح الناس في كل زمان ومكان ، فالأحكام المتأتية عن هذا التشريع هي في الأصل أحكام كاملة، أما التشريع الوضعي فمصدره كما سلف السلطة المختصة بالتشريع في الدولة ، و يمر في الغالب بعدة مراحل تنتهي بإصداره، أو تعديله، أو رفضه، لينفذ بعد ذلك... وهو في كل هذه المراحل من وضع البشر الذين يحرصون على أن يكون التشريع مرآة لنظامهم السياسي فحسب، ومن هنا ينعكس نقصُ الصّانعِ على المَصْنُوعِ في قصوره لاحقا عن تحقيق أهدافه ...

ب. **مـن حيث الغايـــة** : فالغاية التي يُنشدها التَّشريع الإسْـلامي هي هداية الإنسان إلى الخير، ولهذا أهتم بالجانب الروحي كما أهتم بالجانب المادي للإنسان وجاءت تكاليفه متوازية مع مراعـاة المصالح.. ، وأما الغاية من التشريع الوضعي : فهي صَـونُ حريات الأفراد، وحفظ كيان المجتمع...

والتشريعات الوضعية في تنظيمها للمصالح الاجتماعية تتوخى غاية نفعية (But utilitaire) ، دنيوية ، ولو أفضى ذلك إلى التغاضي عن الناحية الأخلاقية المجردة - المثالية - لمصلحة الفرد أو الجماعة أحياناً.. كأن يَعمَدَ المشرّع إلى تقرير كسب حق الملكية بناء على مدة معينة للحيازة ولو كان الحائز غاصباً، وذلك في سبيل استقرار المراكز الواقعية للمعاملات ، ووضع حد للمنازعات...

ولهذا فإن غاية التشريعات الوضعية قاصرة على تنظيم السلوك المادي وحماية الحقوق المشروعة للناس في الدنيا... ولا علاقة لها بالجوانب الروحية أو الأخروية ...(10)

ج. **من حيث منهـج الإثبات وسياسـة العقـاب**: لا تطال النصوص العقابية في الشرع الإسلامي إلا المظاهر الخارجية للسلوك المعاقب فقط ، وحتى هذه لا يلامسها النص العقابي إلا إذا أثبتت بطريق مشروعة..، أما التشريعات الوضعية، فتخول القاضي فحص النوايا الباطنية (Intentions esoteriques) للمشتبه به، فضلاً عن إباحة بعض التشريعات والمدارس الجنائية للعمل بنظام الإثبات المطلق، بحيث يتسنى للمدعي إثبات حقه حتى بطرق غير مشروعة كالتنصت..

د. **من حيث العاقبـة** : فالتشريع الإسلاميّ يُتَعبّدُ بامتثال أوامره واجتناب نواهيه ، ففي الامتثال طاعة يُثاب عليها، وفي عدمه معصية يعاقب عليها، والأصل في الجزاء أنه أُخْرَوِيّ، إلا ما اسْتُثْنِيّ بحدٍ، أما التشريعات الوضعية فإنها لا تنظر إلى الفضائل والأخلاق إلا بمعيار الغاية النفعية التي يتوخاها التشريع لحفظ النظام العام في المجتمع...

هـ . **من حيث نـوع المخاطب ودوامـه** : فأحكام التشريع الإسلاميّ عامة لكل الناس ولا يحدها زمان ولا مكان ولا يختص بها جيل دون الآخر.. ، أما التشريعات الوضعية فهي خاصة لأنها إقليمية ، يحد من سلطانها مبدأ سيادة الدولة (Souverainete de l Etat) ، فتختلف من بلد لبلد، و من قاعدة إلى أخرى باختلاف مجالها الذي تنظمه، وباختلاف أدوات الحكم والتشريع ... (11)

ومن المتفق عليه عقلاً أن الإنسان لا ينتـج نصوصاً مقدسة، وإذا تم حذف جزء من منظومة القواعد الشرعية المنزلة، والاستعاضة عن المحذوف بنصوص من وضع الإنسان ، سيحدث عدم تجانس في التشريع كما تقدمت الإشارة إليه.. .

ويتطلب توضيح تركيبة النصوص وتجانسها من عدمه ، تبيان جانب من أساليب صياغة النص التشريعي الوضعي، والعوامل التي تؤثر في صناعة النصوص القانونية، ومبررات تعديلها المتكرر أو إلغائها أحياناً... ويميز أهل الاختصاص في هذا المقام بين نوعين من النصوص بسبب طرق صياغتها أصلا :

- فهناك نصوص صِيغت صياغة جامدة، بمقتضاها تم التعبير عن مضمون القاعدة القانونية (فرضاً وحلاً) بطريقة محكمة لا مجال للتقدير في فهمها، ولا تفسح مجالاً لتقدير الفروق الفردية عملاً بالغالب من الأمر، أي تساوي أفراد النموذج التشريعي في الظروف... ومن أمثلة ذلك النصوص المحددة لسن الرشد وكمال الأهلية ببلوغ الشخص وعشرين سنة كاملة ، غير محجور

عليه لعارض من عوارض الأهلية...، فلا يستطيع القاضي أن يقدم أو يؤخر سن الرشد شهرا ولا عاما بحجة مراعاة للفروق الفردية في درجة النضج العقلي بين الأفراد مثلا...(12)

وهذه الطَّريقة تتميز بأنها تحقق العدل المجرد (Juste justice) من خلال وحدة الحكم على جميع أفراد النموذج التشريعي، كما تتميز بالوضوح والتحديد، فضلاً عن تحقيقها الاستقرار الاجتماعي ، ويقابل النصَّ الجامدَ عند القانونيين، النصُّ القطعيُّ الدلالة عند الأصوليين... كالألفاظ المحدَّدَةِ بالأرقام كتلك المقررة لأنْصِبَةِ الورثة، وعِدَدِ المطلقات، أو عَدَد الأسْواط في الجلد... وفي المقابل يُؤْخَذُ على الصياغة الجامدة عند بعض مدارس القانون أنها تجافي العدالة الواقعية لعدم مراعاتها الاختلافات الفردية التي ينجر بها الواقع ...(13)

- وهناك نصوص صيغت صياغة مرنة للتعبير عن مضمون القاعدة (فرضاً وحلاً) (Hypothese ou solution) ، أو أحدهما فقط، بطريقة مِعْيارية تفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي عند تطبيقها، لمراعاة الفروق الفردية التي قد تعرض في الواقع... ومن أمثلة ذلك : فكرة مضار الجوار، كضابط لمسؤولية الجار فتحديدها يترك السلطة التقديرية للقاضي في إقامة المسؤولية تبعاً لموقع العقار والغرض منه وعرف المنطقة.. ، ومنه – أيضاً- : العذر المقبول كمبرر للرجوع في الهبة...

ويُحمد لهذا النوع من الصياغة تحقيقه للعدالة الفعلية (Justice reelle) على الأغلب، من خلال تمكين القاضي من تقدير الظروف ، بينما يُعاب عليها عدم الإحكام في التطبيق، إذ لا يعلم مسبقاً بطريقة جازمة كيفية تطبيقها مما يضفي عدم الاستقرار على العلاقات...(14)

ولا شك أن إحدى الصياغتين لا تَفْضُلُ الأخرى في ذاتها، وإنما تتم المفاضلة بينهما بحسب المناسب منها لتحقيق غرض القاعدة التشريعية بطريقة مُثلى....فكلتاهما تحقق العدل بوجه ما، فبينما الصياغة الجامدة تحقق العدل المجرد من خلال المساواة النظرية بين أفراد النموذج التشريعي والحكم المقرر لهم اعتماداً على الوضع الغالب، دون اعتداد بما قد يكشف عنه الواقع من اختلافات فردية في بعض الأحيان... يميل أهل القضاء إلى الاعتقاد بأن الصياغة المرنة تحقق العدالة الواقعية (Vraie justice) من خلال إفساح المجال لمراعاة الفروق الفردية إذ يتنافى توحيد الحكم بين الأطراف المختلفة في الظروف مع المساواة ...

والقاعدة الوضعية كما ذكر آنفا، قد تتعرض للإلغاء (Annulation) ، أو الإبطال (Nulite) ، ويختلف الإلغاء عن الإبطال في أن الإلغاء يعني وضع حد لسريان مفعول نص ما وذلك للاستغناء عنه، وإعادة تنظيم الموضوع الذي كان يحكمه بشكل مختلف...، أما الإبطال فهو إزالة النص التّشريعي الذي يحكم ببطلانه من الوجود اعتباراً من تاريخ ظهوره و بأثر رجعي...(15)

ومن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن ما يوجد بين الأدلة من تعارض إنما هو تعارض في الظاهر فقط ، بحسب ما وصل إليه علم المجتهد وفهمه في الاستنباط... وليس تعارضا في الواقع بالضرورة ، لأنّ ذلك لا يتصور وقوعه إطلاقاً في الأدلة الشرعية الصحيحة ، و لو وقع لأدّى ذلك إلى التناقض في أحكام الشرع ، وهو ما يجب تنزيه الشارع عنه ....

فإذا تبين تعارض من هذا القبيل بين دليل وآخر ، وجب إزالة هذا التعارض ، بالبحث عن ذَاتِيّاتِ الأدلة وعوارضها، بالمرجّحات... ويقصد بالترجيح عندهم : أخذ الأمارة بما تقوى به الحجة على معارضها، فإذا صح الترجيح وجب العمل به، وهو تقديم أقوى الأمارتين أو الدليلين...

والحكم الصحيح في التخطئة والتصويب في مسائل الاجتهاد، هو أن الحكم الظاهر لا يغير في الواقع شيئا، فإن أصاب المجتهد الواقع والحقيقة، كان مصيباً، وإن أخطأ، فهو مخطئ، ولكنه معذور لاستفراغِهِ وُسْعَهُ ...(16)

ومن الظروف التي تصاغ بها القاعدة التشريعية تلك التي تستخدم وسائل تعبير ذهنية للإعـراب عن مضمونها، كما هي الحال في القرائن الشرعيـة : (Presomption legale)، حيث يوجه المشرّع القاضي إلى أن يستنبط من واقعة متيقن وقوعها، حدوث أمر مشكوك في حدوثه... وفي ذلك تَعويلٌ من المشرع على القضاء في تنمية المفاهيم العاملة وتطويرها، و إيعازٌ منه إليه بأن القوالب النصية يكملها عقل القاضي من خلال تكييف الوقائع، وتقييم أدلة الإثبات...

وبينما القرائن القانونية أسس معنوية لصياغة القاعدة، وهي بالتالي من صنع المشرع... فإن القرائن القضائية تكون من صنع القاضي، يستعان بها عند التطبيق، حيث يَستخلِصُها القاضي من العناصر الثابتة في القضية المنْظُورة، لتدل على ثبوتِ أو انتفاءِ واقعةٍ لا يقوم عليها دليلٌ مباشرٌ...

وكما أن هذه الطريقة تستخدم في مجال الإثبات، تستخدم أيضا في مجال تبرير حكم القاعدة التشريعية.. فالعدول عن التكليف بإثبات محل الدعوى، اكتفاءً بإثبات أمر آخر أسهل في إثباته ويتصل بالأمر المطلوب إثباته برابطة ذهنية يؤيدها غالب الظن...

المبحث الثاني ـ مَلاَمحِ المُشْـتركِ المَفَاهِيمِي، و نَقَائِضُـهُ:

إن إلْحَاحَ قضايا العدالة اليوم أوجب على المختصين بذل أقصى الجهد في استخلاص وترسيخ القواعد اللازمة لتحقيق العدل، ورفع المظالم عن أولئك الذين تتوجه إليهم النصوص العاملة بخطاب تكليف...

وهكذا بات الفقهاء المعاصرون يعتمدون منهجاً يرجع إلى أكثر من رأي في المسألة الواحدة ، ولا يقفون عند مذهب واحد.، فحيثما يجدون ما يلائم مصالح الناس والتطور الاجتماعي

المنشود، تَسْكنُ عقولهم ويكتفي رَائِدُهُم، ويكون ذلك الرأي مرجعا لهم... ما لم يصطدم بنص شرعي آمر..

وقد أسهم هذا التنقيبُ، في إثراء المبادئ والقواعد التي لا غنى للمختصين عنها في لفهم الوصف الحكمي للوقائع محل النظر، وبسبب القيمة العِلمِية العَمَلية لهذه المفاهيم ظهر منها ما يتفق عليه الوضعيون وفقهاء الشرع مَعْنًى ومَبْنًى، وذلك لحَصَافَةِ المنطق الفِطري الذي يَكمُنُ فيه، والذي يرمي إلى تحقيق العدالة... ، ومنها ما ليس كذلك، فذهب كل فريق يسوق مَصَادِيقَ صحةِ منطقه، خادما بذلك توسيع دائرة التفكير التأسيس أمام المختصين ...

وسنتناول هذا المحتوى في مطلبين نعقد الأول منهما : لاستطلاع نماذج من الاشتراك بين المفاهيم الوضعية والشرعية ، بينما نخصص الثاني: لحالات مما خَرَجَ عن الاشتراك المفاهيمي بين القانون والشريعة.. ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول ـ المفَاهيـم ، و الاشْتِرَاكُ المَفَاهِيمِـي :

يواجه فَـرْزُ المفاهيم والقواعد المشتركة بين القانون والشرع:(المَفْهَمَةُ)، بعضَ الصّعوبةِ لاختلاف الحقلين رغم اتحاد الغاية الظاهرة لقواعد كل منهما كما تقدم: تنظيم سلوك الفرد في المجتمع ...

وتجب الإشارة هنا إلى أن المحددات الأساسية لمنطق العدالة الإنسانية متفقٌ عليها كَوْنِيًّا.. كمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وكشخصية العقوبة، وقضائيتها، وما يندرج تحت هذه الأطر من تفصيلات لدى المختصين في كل حقل، كالمشروعية، والصحة، والبطلان، والعدم، وموانع المسؤولية، وأسباب الإباحة ، وجسامة الأثر في الفعل المقترف، لدى فقهاء القانون.. وكالحرمة ، والفساد، والإباحة، والحلية، والطهارة لدى فقهاء الشريعة...

ولعلي لا أجازف إنْ قلت إنّ المفاهيم – محل الحث - تتعدى هذه الحدود، حيث يقدم العقل القانوني العديد من الأسس النموذجية التي ذللت العديد من صعوبات كانت تواجه المختصين كلما أرادوا تعريف مسمّى بعينه، أو وضع معيار لفرز ما تستوجبُ المقاييسُ الفنيةُ فرزَهُ... ونعني بالمَفْهَمَةِ : وضع المفاهيم المتخصصة لعلم ما، والمقصود في هذا المقام تلك التي تنظم عَلاقاتِ وبِنيَاتِ المفردات في التخصص، كالمبدأ، والقاعدة ، والمعيار لدى الوضعيين.. وكالأصل، والقاعدة، والضابط.. لدى فقهاء الشرع... وفيما يلي ضَبْطٌ مَبدئِيٌّ لأهمها :

المفهـوم : (La notion) هو كل نسقٍ لفظيّ تَوَاضَعَ أهل الاختصاص على وقْفِهِ لِدِلاَلَةٍ معينة..، ولهذا لا حصر للمفاهيم في كل تخصص، ومن المفاهيم المعتبرة في حقل القانون مفهوم : الأهلية القانونية، ومفهوم: توازي الأشكال في الفقه الدستوري والإداري، ومفهوم : الشخص المعنوي، ومفهوم: المرفق العام، ومفهوم: حقوق الملكية الفكرية ، ومفهوم: الإثراء بلا سبب، للتنبيه إلى

ضرورة جَبْرِ الافتقار بلا سبب، ومفهوم: التعسف في استعمال الحق، للحد من تجاوز السلطة... والقائمة طويلة..

المبـدأ: (Le Principe) عند القانونيين: هـو الدعامة المنطقية لتأسيس الحكم وتأكيد مشروعيته.. ، ويرجع المبدأ غالبا إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي، كما قد يكون تدوينا للعرف... ، ويتميز بأنه يقبل النسبة إلى صاحبه الذي تَمسّك به أو كَشفَ عنه... ، ففي القانون الدولي مثلا هناك مبد أ: طوبـار(Tobhar 1907) : المتعلق ببطلان النظم الانقلابية العسكرية، ومبدأ : ستـرادا (Strada: 1930) : المتعلق بعدم جواز تغيير الحدود الثابتة عند الاستقلال ، وقد لا ينسب إلى أيّ كان، كمبدأ الطاولة الجـرداء: (Principe de table rase) الذي يقضي بالبدء من الصفر في أعمال المفاوضات لتسوية أي منازعات دولية مثلا... ويقابلُ المبدأ عند علماء الشـرع: حكمُ الأصـلِ، الذي لا يزول حتى يثبت ما يخالفه... كالبراءة ، والإباحة .. وكالعدم الأصلي..(17)

غير أن أهـمّ المبادئ القانونية هي تلك التي نتجت عن التعقل القانوني وتقررت لتحكم المسطرة العامة للقواعد الموضوعية والشكلية في حقل معين، أو في أحكام محددة.. كمبدأ : شرعية الجرائم والعقوبات، الذي هو العصب الرئيسي للعدالة الجنائية..، ومبدأ: حسن النية في جميع التصرفات ما لم يثبت العكس، ومبدأ: التقاضي على أكثر من درجة ، لإسْبَاغِ العدالة، ومبدأ: علانية المحاكمة... لتعزيز نزاهة المحكمة، و حيدة قضاتها ...

القاعـدة (La regle) ، فلا قول لدى الوضعيين فيها يُضَاهِي قول فقهاء الشرع ، وهي عند الوضعيين : كل نسق تعبيري يراد به تأسيس حكم قانوني ، سواء تكون من: فرض وحل ، أم من فرض وطـرح ، كما تقدم.. كما في كل المتون التشريعية مدنية أو جنائية أو تجارية.. فجميع ما فيها من فروض مبْثُوثة، وأوامر ونواهي ، هي قواعد موضوعية كقول المادة(س): كل خطأ سبب للغير ضررا يلزم من ارتكبه بالتعويض ، أو قول المادة(ص): إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ...

وينصرف معنى القاعدة القانونية لدى فقهائها - أيضا - إلى المعنى العامل لدى فقهاء الشرع كقاعدة : الأَصْـلُ بَـراءةُ الذِّمّةِ ، وقاعدة: القاضي الجِنائي يَعقلُ القاضي المدني، لتنظيم العمل القضائي في الدّعَاوَى المتعددة في الواقعة الواحدة، وقاعدة: لا اجْتِهادَ مع صراحـة النص ، وقاعـدة : الأجـر والضمان لا يجتمعان، وقاعـدة: يُحمـل المطلق على إطلاقـه ما لم يُقيَّد... والقائمة تطول...

والقاعدة عند فقهاء الشرع هي: الأمرُ الكُليّ المشتملُ بالقوة على أحكام جزئيات موضوعه.. ، وهي بذلك معقد الأحكام ومَرَدُّهَا، وعلى هدا لا اختلاف بين المعنيين في الحقلين.. فما تَحْتَكِمُ عليه القاعدة هو ما يجب العمل به.. يقول القرافي في هذا المعنى في " الفروق ": وهذه القواعد عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم الفقه...(18)

المعيار(Criteure) ذلك الرّائِزُ أو المقياس الذي يُرجَعُ إليه لِفَكّ تداخل المَوْصُوفَاتِ التي تشترك في أكثر من عنصر، ومن أمثلته في الشق الجنائي معيار: جسامة الأثر للتمييز بين صور جرائم الضرب والإيذاء: " البسيط، والجسيم، والخطير"، ومعيار: الرجل المعتاد، كرائزٍ لقياس تحمل الأعباء، وللأداء، وللمسؤولية ...

وقد يقسّم المنطق القانوني المعيار نفسُهُ إلى أنواع ، بحسب مجال إعماله، فهناك المعيار العضوي الذي يحكم للتمييز بين طرفين يختلف الحكم باختلافهما فمثلا : في مجال تطبيق القانون العام والقانون الخاص، يطبق العام على العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها، بينما يطبق الخاص على علاقات الأفراد..، ولهذا التقسيم وجه آخر هو المعيار المادي، حيث العبرة بطبيعة المصلحة لا بأطرافها ... (19) .

ويقابل المعيارَ عند فقهاء الشرع : الضّابِطُ، ومن أمثلته عندهم ، الضابط في زكاة الحبوب والمطعومات: الاقْتِيَاتُ، والادّخَارُ، والضابط في القصاص فيما دون النفس: فلا يجوز القطع إلا في: ما فيه مفصلٌ معلومٌ ، إذا أُمِنَ الحَيْفُ والهلاك، والضابط في وجوب الحج على المكلف : الاستطاعة، التي فسّرها الجمهور بمِلْكِ الدّابةِ وأَمَنَةِ الطّريقْ .....

ويبرهن هذا.. أن البحث في هذه المفاهيم المتخصصة ليس فضولا.. لأنها إنما وضعت على أسس، وينبغي تقييم مبررات صناعتها... وهذا ما جعل الفقيه (Michel miaille) يجزمُ أنها وضعت لغرض : تعزيز وظيفة القانون في تقديم المصلحة العامة على الخاصة.. و فرضِ القيود على الاكتساب الفوضوي للحقوق ..(20)

ومن المبادئ والقواعد المعيارية (Le Regles Normatives) المشتركة المعنى، في الحقلين، والمتفقة بحسب الموضوع، والرؤية التشريعية ... ما يلي :

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات سالف الذكر : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، الذي يطابق : مسألة إرسال الرسل بالرسالات قبل محاسبة العباد على مخالفتهم لما أنزل إليهم، وتُعزّزُه قاعدة: لا حُكْمَ لأفعال العقلاءِ قبل وُرودِ الشرع ..، وكذلك قاعدة: الضرر يزال، وهي قاعدة أصيلةٌ مَكِينةٌ في الحقلين، نظيرتها في الفقه الإسلامي متواترة بصيغة : **(لا ضرر ولا ضرار)** ....(21)، وكذلك قاعدة : ما بُنيّ على باطل فهو باطل، وقاعدة : العقد شريعة المتعاقدين ، و قاعدة: الشك يفسر

لمصلحة المتهم ، وقاعدة : اليقين لا يزول بالشك، وقاعدة : المتهم بريء حتى تثبت إدانته، التي تطابق قاعدة: وُجوب تَبَيُّنِ النّبأ، فلا حكم إلا بدليل قطعي مشروع ، وهي- أيضا - المرتكز الذي يبرر طلب اليمين و الشهادة للإثبات ، وفق قاعدة: البَيّنةُ على المُدعي واليمين على من أنكر ، وقاعدة: العادةُ كالشـرع ما لم تُخالِفهُ ، حيث يأخذ فقهاء القانون والشريعة الإسلامية على حد سواء بعين الاعتبار كل العادات والأعراف المتبعة في المجتمع، بل إن المادة : [38] من ميثاق الأمم المتحدة تقضي بأن العاداتِ المرعيةَ للمجتمع الدولي مصدرٌ من مصادر القانون الدولي.. وفي العموم فإن هذا الحكم ما لم تخالف العادةُ نصا أسمى منها..

ومنه القاعدة الإجرائية التي تقضي بأن كل عمل الإجرائي محكومٌ من جِهَتَيْ: الصحةِ والبطلانِ ، بمقدماتِه لا بنتائِجِهِ ، وهي قاعدة مُحْكَمَةٌ في علم القضاء، حيث يجب التقيد بها عند مباشرة الأُقْضِيّاتِ وتأسيس وإصدار الأحكام.. ويقابلها قول فقهاء الشرع قولهـم: شَـرْطُ النّهَايَاتِ تَصْحِيحُ البِدَايَاتِ... (22)

المطلب الثاني . ما خَـرَجَ عن الاشْتِرَاكِ المَفَاهِيمِـي :

إن النظر العقلي هو الذي أثمر للشريعة ثروة فقهية بالغة الأهمية، تجسدت بادئ الأمر في فقه أصحاب المذاهب المعروفة: المالكي، الحنفي، الشافعي، الحنبلي، ثم في فقه تلامذتهم علماء هذه المذاهب ... ويعني هذا مشروعية تعددِ وجهات النظر منذ البداية...

وخلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر الميلادي ، ظهرت الحركات الإصلاحية على أيدي مفكرين اطلعوا على أسباب نهضة الحضارات الغربية، وعوامل نجاح الدولة والمجتمع هناك، فلاحظوا أن انبعاث الفقه من جديد، يتطلب من بين ما يتطلب، توجيه عناية ما لعقول الناس لتحريرها من سيطرة التقليد والجمود ... وانعكس هذا منذ مطلع عشرينيات القرن الماضي- في مصر مثلا– في حركة عدم التقيد بمذهب أبي حنيفة في المحاكم الشرعية ، فبدأ التأثير على التشريعات الحديثة، فنتج عن ذلك أن أحكام الأحوال الشخصية أخذ القاضي يرجع فيها إلى أيسـر المذاهب الأربعة... ومع نهاية الأربعينيات ترجمت النخب المتخصصة في شتى النظم الفكرية والقانونية السائدة، رغبتها في تحديث المدونات، ومراجعة المفاهيم والقواعد، والبحث في تعديلها، ولمسايرة الأوضاع المتجددة باستمرار..(23)

إن أخذ حاجات المجتمع الجديد بعين الاعتبار، ومساهمة أفراده في صوغ النظام التشريعي الذي يناسبه، حتى لا يشعر بأن ثمة تعارض بين تكوينه وحاجاته الثقافية والاجتماعية والنفسية والاقتصادية، على غرار ما لدى الغرب، ربما أنتج اختلافا ما بين بعض المفاهيم المرجعية الموروثة،

وبين جانب من المضامين القانونية المستحدثة ... وهكذا تَظْهرُ صُورٌ من عدم التوافق بين بعض القواعد الوضعية وبعض القواعد الشرعية في مفاهيمَ معينةٍ... نستعرض منها ما يأتي :

تَتَبنّى المدارس الوضعية لتقرير مختلف درجات الجريمة ، من المخالفة إلى الجنحة إلى الجناية، مدرجا يعاب علية الاستناد إلى معيار: المدة المقررة عقوبة لكل فعل، وهو معيار غير صادق، بينما قسمت الشريعة الجرائم إلى جنايات واقعة على النفس، وجنايات واقعة على ما دون النفس... كما قسمتها أيضا إلى حدود وتَعازِير... فالمعيار في الأول: طبيعةُ محلّ الاعتداء، و في الثاني: ما له عقوبة منصوصة... (24) ، وكذلك قضية تعدد المعايير واضطرابها، التي نجدها في أكثر من موضوع في الفقه الوضعي - عند تحديد مفهوم معين- ، وذلك بسبب تضارب النظريات الناجم عن اختلاف مشارب و مدارس و أيديولوجيات الفقهاء... كما هي الحال في قضية: تحديدهم لمفهوم الحق، هل هو سلطة أم هو مصلحة ..؟ وهل هو منفعة أم هو مُكنة ..؟ وهل: الأصوبُ ما ذهب إليه أصحاب النظرية الشخصية، أم ما ذهب إليه أصحاب النظرية المادية ..؟

و يصدقُ الأمر نفسه على معيار تحديد القانون المختص عند تنازع القوانين، حيث يظهر قانون جنسية المتهم ، وقانون مكان وقوع الفعل، بل وينازعهما قانون جنسية الضحية، فضلا عن قانون عالمية الاختصاص ... ويصدق - أيضا - على تحديد معيار العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة في الركن المادي للجريمة، حيث كشف الاجتهاد القانوني عن أكثر من سبب معياري، فهناك السبب الأقوى، والسبب الملائم، والسبب الكاف، والسبب الأخير.. هذه الظاهرة من التعدد والتداخل في معايير المفهوم الواحد، تحد منها قواعد الترجيح في الاجتهاد الشرعي... (25)

ومن قبيل التباين بين المنطق القانوني الوضعي والمنطق الشرعي الإسلامي... ما يظهر في مسألة: التّقادم المكْسِب Prescription acquisitive، التي يُنعى عليها حتى من قبل بعض الوضعيين، أنها تنطوي على عدم المساواة بين من له القدرة على الإفلات من العقوبة ممن لا قدرة له على ذلك.. ، فكأنها تشجع على الإجرام.. حيث لا تقبل الشريعة انتقال الملكية بمجرد الحيازة ولو طال الزمن ... و قد تأخذ حالة التباين بين الحقلين وضعية التعارض ظاهرا بين حكميْ قاعدتين تحكمان أمرا واحدا، كما في الأمثلة التالية :

في حين يعتمد فقهاء الشريعة قاعدة : السّكوت علامة الرّضَى ، في تعبير البكر عن إرادتها عند الخطبة للزواج ، تلتزم نصوص مسطرة الإجراءات الجنائية عادة بأنه: لا يُنسَبُ إلى ساكتٍ قولٌ ...

وفي حين لا يستفيد الفاعل ، ولا يصح العمل التعبدي إذا أداه المكلف صدفة بلا قصد لأنه: لا ثواب بلا نية ، ولا عِبْرَةَ بمُصادفة الجاهل أحكامَ الشرع، فإن القرار الإداري، والحكم القضائي

يُكْسِبًا الآخرين – الذين تنطبق عليهم الشروط - الحقوق المترتبة ولو لم يقصدوا ذلك... أو يعملوا من أجله... لقاعدة أن : لكلّ ذي مصلحةٍ الحقُّ في الاحتجاج بآثار العقود والأحكام..

وفي حين إذا ارتكب الشخص الفعل المجرم - وهو لا يعلم أن القانون يجرمه – يطاله العقاب المقرر لأنه : لا عذر لأحد بجهل القانون ، فإنه يسوغ لدى جمهور المالكية التجاوز عن مرتكب حد شرب الخمر الذي يثبت عدم علمه بحرمة الفعل ، كأن يكون : حديثَ عهدٍ بِكُفْرٍ، لم يطّلع بعدُ على أحكام الشرع ، ويشهد ظاهرُ حالِهِ لمقالِهِ ...

وفي حين لا يَستقِيمُ تأسيس حكم صحيح على واقعة غير مشروعة ، في عموم المنطق العدالة في الحقلين الوضعي والشرعي لقاعدة : ما بُنِيّ على باطل فهو باطلٌ ، يظهر استثناء نادر من نوعه في الفقه، ويتعلق الأمر بالعبادات، حيث تصح – عند الجمهور - صلاة من اغتصب أو سرق ماء فتوضأ به ، أو ثوبا فصلى به، وقَعّدُوا لذلك بقولهم : عَصَى، وَصَحَّ ما فَعَلْ ..(26) ، ولا يعني هذا أن الشريعة تُجِيزُ ما لا يجوز.. – مَعَاذَ الله !- وإنما رُبَما قُصِدَ به أن كل عمل من كسب العبد يسجل له في الفئة التي ينتمي إليها.. المعاصِي في المعاصي ، والطاعاتُ في الطّاعَاتِ ، وهو-عِنْدِي مما يُسمعُ ولا يقاسُ عليه - كما يقول أهل اللغة ...! وبحسب فهمِي المتواضعِ وعِلمي الأَقَلّ : يمكن أن يدرج في المقام :تَعمّد تركِ الفَجْوةِ (الخَلَل) في الصف في صلاة الجماعة في الوقت الحالي بسبب وباء كورونا : Covid 19 ..

ويمكن القول إن من أسباب التباين بين الحقلين ، إعطاء بعض مدارس الفقه الوضعي الأولوية لمصلحة ذات حجية نسبية (Opposabilite relative)، لم يُعْطِها الشارع اعْتِباراً أوْلويًا... خاصة عند تقديس تلك المصلحة على حساب النصوص القائمة... فيؤدي ذلك إلى تعطيل النصوص لصالح مصلحة غير معتبرةٍ، أو ملغاةٍ شرعاً...(27)، ومثالها: معارضةُ تطبيقِ الحُدُودِ – كالقطع والجلد– بحجة أن ذلك عمل وحشي يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان، أو أنه ممارسة بدائية متخلفة...!، وكذلك: الإفراطُ في معارضة مشروعية تعدد الزوجات، بحجة أنها امتهانٌ لآدمية المرأة، وتقليل من كرامتها... لدرجة تجريمها قانونا، أو القول إن منح الرجل سلطة الطلاق استصغار للمرأة وانتقاص من نديتها للرجل ...! ، ولا أبالغ إن قلت إن الحماس للدفاع عن وجهتيْ النظر في المثالين الأخيرين، لا تعدو كونها مُطاولةٌ للشرع الأمكن، يتبناها مفتونون بفلسفات مختلفة عن منهج مشرعي البلدان المسلمة...، وليس هذا تحْجِيرا على العقل القانوني من أن يبحث السبل التي تكفل للمشرع في المجتمعات المسلمة أن يواكب ركب المجتمعات المتقدمة ، ولكنه من باب التمييز بين: تطوير القوانين الوضعية المراد العمل بها في المجتمعات المسلمة، وبين العبث بالثوابت الشرعية، والمقاصد السامية للشريعة الإسلامية... ، فهجرانُ النص القطعي

الواجب العمل به والأخذ بنصوص بديلة عنه، تنتج عنه نتيجة خطيرة العواقب وهي: مخالفة للأصل العام، وافتعال للفراغ التشريعي (Carance de droit) ، في المنظومة الشرعية ..

ومن قبيل عدم التوافق بين المبادئ والقواعد الوضعية والشرعية – أيضا- ، ما استقرت عليه القوانين والمحاكم اليوم من اللجوء إلى تحليل (DNA) لنفي أو لإثبات النسب ، فقد كان المعيار في تحديد ثبوت نسب الولد لأبيه ، عند الشك في عفّة الزوجة هو: العمل بقاعدة : **الولـدُ لِلفِـرَاشِ**... وضابطها : بَقاءُ حكمِ الزّوجيةِ في الفترة التي حَبَلَتْ فيها المرأة بالولد.. الأمرُ الذي لم يَعُد القضاءُ يَلتفِتُ إليه... وهذا ، وأمثلةً أخرى غيره ، من المستجدات التي تسمّى اليوم : أثر الجِينُومْ (أي : علم الجينات) على القانون، خـلال العقود الحالية والقادمة...

الخاتمـة :

إن المفاهيم العاملة في مجال الأحكام تجد أساسها إما في النصوص التشريعية.. أو في الاجتهادات الصّائِبَةِ المكملة لمحتوى النصوص.. بالاستنباط (Deducstion) أو بالاستقراء(Inducstion) ..

وتاريخ الفقه زاخِرٌ بالمفاهيم والقواعد التي تكشف براعة العقل الشرعي والقانوني وعبقريتهما.. ذلك أن النصوص المؤدية للأحكام تخاطب العقولَ العَالِمَةَ.. فيتم استنطاقها بالنّظرِ، وفهم المقاصد والدلالات، وتوظيف الضوابط والمعايير.. فتنتج قواعد معيارية حجة على الكافة (Erga omnes) ..

وكل محددٍ بلفظٍ ثابت، ومعنى متصور... يحصل به العلمُ قطعا، سواء كان مصطلحا، أو مفهوما، قاعدةً، أو معيارا... أي : أنه سيحقق للمتلقي : تطابقا بين عالم المُدْرَكاتِ وعالم الماديّاتِ في ذهنه ، باعتقادٍ صادقٍ مُدَلّلٍ عليه... فكل لفظ كليّ يحمل في أحشائه مَصاديقَهُ يوفر الجهدَ ، ويُوجز المعنى.. وهو بالتالي دال على : مدركٍ معلومٍ موجودٍ ممكنٍ.. وهذا ما يتصف به كل مفهوم من المفاهيم السابقة.

وقد استوقفت تلك المفاهيمُ الباحثَ لما تشكله من مفترق طرق في عقل رجل القانون... فاستشعرَ أهمية مناظرتها، لتوضيح العلاقة المنطقية بينها وبين نظائرها المرادفة، وذلك لتنمية المفاهيم والمعايير المشتركة بين الحقلين الوضعي والشرعي

ولعلي أشجع بخوض غمار هذه المقاربة من هو أكفأ مني لنفض الغبار عن هذا الجانب من المقاييس المشتركة في رصيد المنطق القانوني، و الفكر الشرعي الذي أوجب على المكلفين التفكير، وجعله فريضة في إثبات العقيدة ، وفي تنظيم سلوك الفرد والجماعة ، لعمارة الأرض وإصلاحها، وترسيخ منطق القيم .

فتحقيق العدل، وحفظ الحقوق، يتطلب أولا الإيمان بالعدل كقيمة... ولا أدلَّ على ذلك مما نراه من عدالة اجتماعية في بعض البلدان التي لا تعتمد أي دين... وقديما قالوا : تقومُ الدولةُ على الكفرِ ولا تقومُ على الظّلمِ ...! والله من وراء القصد ...

الهوامــش :

1- Salaheddine Mellouli : Introdiction a l etude du droit , Publications de I.O.R.T, Tunis,2000 . P: 12.

2- محمود عبده : عبد الرزاق السنهوري ، مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية ، سلسلة أعلام الإصلاح ، ط لم ترد،مكتبة مؤمن قريش ، 2012 ، ص: 12، و أنظر في هذا المعنى- أيضا:

3- عيسى منون : القياس عند علماء الأصول، دار النهضة ، ط1 ،1998 ، ص: 86

4- زكي الدين شعبان : أصول الفقه الإسلامي ، الجامعة الليبية ،ط1، 1980، ص:27

5- عيسى منون : القياس عند علماء الأصول، مصدر سابق ، ص: 86

6- محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة ، (الجزء الثاني) ط2، دار القلم، 2009 ، ص: 271

7- مجموعة قرارات الوقف العراقي السني 2002، للبحوث الشرعية 2010 .

8- محمد تقي العثماني ، قضايا فقهية معاصرة ،(الجزء الأول) ، ط1 ، دار القلم ، 2017 ، ص: 110

9- المرجع نفسه : مصدر سابق ، ص 98

10- محمد سليم العوا : أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار المعرفة، ط1986،1 ، ص: 60 وما بعدها..

11- المرجع نفسه ، مصدر سابق، ص: 91..

12- عبد المجيد الزروقي: البلاغة القانونية، دار الكتب العلمية ،ط1، ص: 175 ،وانظر كذلك ::Ronal Barthe Theorie du texte , Encyclopedie Universalis ,2009, P: 22 ,31, et sui

13- زكي الدين شعبان : أصول الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ص: 131

14- عبد المجيد الزروقي: البلاغة القانونية ، مصدر سابق، ص:195

15- نبيل إبراهيم سعد : المبادئ الأساسية في القانون ، دار المعرفة ، ط1، 2006 ، ص: 17

16- عبد الرحمن حنبكة الميداني: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، دار القلم،ط1، 1993،ص:44،

17- Pier Nicol : la logique ou l art de penser , Edition Gallimard,1992,P.: 10 et suit

18- محمد تقي العثماني ، قضايا فقهية معاصرة، مصدر سلبق ، ص: 87

19- ...Neil Maccormick : le raisonnement juridique , P.U.F,1996 ,P: 91 et suit ، يقال عن المعيار إنه معيار صادق إذا كان يصطفي عنصر التحكم من داخل المعرف بما لا ينفك عنه.. ويقال عن المعيار إنه معيار غير صادق أو معيار متوهم ، إذا كان يصطفي عنصر التحكم من خارج المعرف، أو بما ينفك عنه غالبا.. أنظر أيضا : Pier Nicol : la logique ou l art de penser::op,cit : P: 72 ,

20- ميشيل مياي : دولة القانون ، ترجمة المركز العربي للثقافة، ط3، 1998، ص: 40

21- محمد سليم العوا : أصول التشريع الجنائي الإسلامي ،مصدر سابق ، ص: 60 وما بعدها..

22- عبد الرحمن حنبكة الميداني: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال، مصدر سابق ،ص: 96

23- محمود عبده :عبد الرزاق السنهوري، مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية، مصدر سابق،ص: 204

24- عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ، دار العلم للملايين،ط1982،2 ، ص: 112.

25- نبيل إبراهيم سعد : المبادئ الأساسية في القانون، مصدر سابق ، ص 68 ، وما بعدها، وأنظر كذلك : Salaheddine Mellouli : Introdiction a l etude du droit , op,cit : P: 21 ، وأنظر كذلك Pier Nicol : la logique ou l art de penser , op,cit : P: 21

26- ابن جزي الكلبي الأندلسي : القوانين الفقهية ، طبعة دار الكنز المغربية 1985، باب الدماءات والحدود(حد شاؤب الخمر) ، وكذلك باب الصلاة ، ص: 50 ، وأنظر كذلك : الثمر الداني فيشرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، في البابين المذكورين...

27- انظر في هذا المعنى : زكي الدين شعبان : أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق ، ص : 165 ، و أنظر كذلك : عيسى منون : القياس عند علماء الأصول، مصدر سابق ،ص : 210