

# The Place of Islamic Law vis-à-vis Traditional and Modern Legal Philosophies

Amr Osman\*

## Abstract

Using an analytical and comparative methodology, this paper explores the relationship between "Islamic Law", "Natural Law", "Positive Law" and modern critical legal theories in their philosophical aspects. It argues that *Shari'a* –in its broad sense corresponding to "law" in the modern technical language– offers an example of a legal system that combines some of the most important pillars of Natural and Positive Law theories. While believing in the existence of a certain "ideal", Muslim jurists have acknowledged the subjectivity of their jurisprudence as a human activity based primarily on the preponderance of evidence and harmonization of textual evidence and reason. Because they did not need to worry about the origin of *Shari'a* –which, they presumed, underlined jurisprudence– and its absolute suitability for human life, they attended only accidentally to some of the philosophical issues of Western legal philosophy, and were preoccupied instead with issues of the epistemological value of evidence, the nature and methods of inference, and hermeneutics. Thus, modern critical theories better reflect the issues with which Muslim jurists dealt and on which they disagreed. However, whereas Islamic jurisprudence presumes the divine nature of the *Shari'a* and its absolute suitability for human beings, modern theories are skeptical on issues of the origin and normative basis of the law, focusing instead on the difficulties of applying it in a context that is problematic epistemologically and practically, based on economic and social discrimination and political and moral prejudice, and defies objectivity and neutrality.

**Keywords:** Shari'a; Islamic jurisprudence, Islamic law, natural law, positive law, modern critical legal theories.

\* Professor, Department of Humanities, College of Arts and Sciences, Qatar University, Qatar. aosman@qu.edu.qa

Submitted: 4/11/2024, Revised: 13/12/2024, Accepted: 19/12/2024.

<https://doi.org/10.34120/ajh.v43i172.3341>

To cite this article / الإشارة المرجعية للبحث

عثمان، عمرو: "موقع القانون الإسلامي" من فلسفات القانون التقليدية والحديثة، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، جامعة الكويت: العدد 172، 2025، 11-35.

Osman, Amr. "The Place of Islamic Law vis-à-vis Traditional and Modern Legal Philosophies." *Arab Journal for the Humanities*, 172, 2025, 11-35.

# موقع (القانون الإسلامي) من فلسفات القانون التقليدية والحديثة

عمرو عثمان\*

## الملخص

تسعى هذه الورقة إلى استكشاف العلاقة بين (القانون الإسلامي) وما يطلق عليه (القانون الطبيعي)، و(القانون الوضعي)، والنظريات القانونية النقدية الحديثة، وذلك من خلال منهج تحليلي يقارن بين هذه النظريات القانونية في بعدها الفلسفي. تتجادل هذه الورقة في أن الشريعة الإسلامية - بمعناها العام الذي يقابل (القانون) في الاصطلاح الحديث - تقدم نموذجاً لمنظومة قانونية تجمع بين بعض أهم أسس مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي، بل ولا يمكن وصفها وصفاً يعكس مضمونها وتطبيقها إلا بالجمع بين الفلسفتين الطبيعية والوضعية. فمع اعتقاد الفقهاء المسلمين في (مثال ما)، فإنهم أدركوا نسبة نشاطهم الفقهي على المستويين النظري والتطبيقي؛ وذلك استناداً إلى كون الفقه بوصفه نشاطاً بشرياً يركز في المقام الأول على رجحان الظن، والتوفيق في الجمع بين الأدلة النصية والعقلية المختلفة. ونظراً لعدم اختلاف الفقهاء المسلمين في أصل الشريعة الإسلامية - المؤسسة، افتراضاً، للفقه الإسلامي - وفي صلاحيتها المطلقة للإنسان، لم يشغلوا إلا عرضاً ببعض قضايا فلسفة القانون الغربية، وانصب اهتمامهم الأساس على القضايا المرتبطة بطرائق الاستدلال والقيمة المعرفية الخاصة بالأدلة الفقهية، وقضايا تأويل النصوص ومنطلقاتها وطرائقها. وهكذا، تعبر النظريات النقدية الحديثة تعبيراً أكبر عن القضايا التي اهتم بها فقهاء المسلمين واختلفوا فيها، وإن اختلف الأساس الذي يستند إليه كل منها؛ فبينما يسلم الفقه الإسلامي بأصل الشريعة الإلهي وصلاحيتها المطلقة من جهة المبدأ، ونسبيتها من جهة التنزيل على الواقع المعيش، تشكك الفلسفات الحديثة في القضايا الخاصة بأصل القانون ومرتكزه المعياري، لتركز على إشكاليات تطبيق القانون في واقع إشكالي معرفياً وعملياً قائم على التمييز الاقتصادي والاجتماعي والتحكيز السياسي والأخلاقي، إلى الدرجة التي يصعب معها الحديث عن الموضوعية أو النزاهة المُفترضتين في الأنظمة القانونية.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، الفقه الإسلامي، القانون الإسلامي، القانون الطبيعي، القانون الوضعي، النظريات القانونية النقدية الحديثة.

\* أستاذ، قسم العلوم الإنسانية، كلية الآداب والعلوم، جامعة قطر، قطر. aosman@qu.edu.qa

الاستلام: 2024/11/4، التعديل النهائي: 2024/12/13، إجازة النشر: 2024/12/19

<https://doi.org/10.34120/ajh.v43i172.3341>

الإشارة المرجعية للبحث / To cite this article

عثمان، عمرو: "موقع (القانون الإسلامي) من فلسفات القانون التقليدية والحديثة"، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، جامعة الكويت، العدد 172، 2025، 11-35.

Osman, Amr. "The Place of Islamic Law vis-à-vis Traditional and Modern Legal Philosophies." *Arab Journal for the Humanities*, 172, 2025, 11-35.

## المقدمة

يتميّز الباحثون في فلسفة القانون بين مذهبيّن متباينين عن أصل القانون وطبيعته. يُطلق على المذهب الأول (القانون الطبيعي)، ويفترض -ضمن أمورٍ أخرى- وجود قانونٍ أزليّ مستقلٍّ عن الإنسان، وإن اختلف في مصدره ومحتواه. ويُطلق على المذهب الآخر (القانون الوضعي)، وهو يصرّ على ارتباط القانون بممارسات المجتمع الفعلية، وبسلطة تقوم على فَرَضِهِ وتطبيقه، وعلى ضرورة فصله عن أي مبادئ (خارجة) عنه حال دراسته. وبطبيعة الحال، ظهرت داخل كل مذهبٍ مجموعةٌ مختلفة من الاتجاهات والتأويلات التي يختلط فيها الوصفي والمعياري بدرجات متفاوتة، وهي أمورٌ أدّت إلى وضع هذا التقسيم التقليدي لفلسفة القانون موضع التساؤل. وظهرت كذلك في القرن العشرين خاصةً مجموعةٌ من النظريات القانونية النقدية، التي تشكّك في كثيرٍ من الأسس التي يستند إليها المذهبان التقليديّان في صورتَيْهما النموذجيتين، وتُولى - لهذا السبب - قدرًا أكبر من الاهتمام بطبيعة النصوص القانونية وارتباطها بالثقافة وباللغة تحديدًا، فضلًا عن طبيعة العلاقة بين واضع النصوص القانونية (المشرّع)، ومؤوّلها ومطبقها (الفقيه القانوني والقاضي)، وعن استناد عمليات الوضع والتأويل والتطبيق بالضرورة إلى مجموعة القيم والآراء التي يعتقد فيها القائمون على تلك العمليات، وما لكل ذلك من نتائج تتعلّق بإبستمولوجية المعرفة القانونية وموضوعية تطبيقها.

تجادل هذه الورقة في أن الشريعة الإسلامية - بمعناها العام الذي يقابل (القانون) في الاصطلاح الحديث - وتقدّم نموذجًا لمنظومة قانونية تجمع بين بعض أهم أسس مذهبي القانون الطبيعي والقانون الوضعي، بل ولا يمكن وصفها وصفًا يعكس مضمونها وتطبيقها إلا بالجمع بين الفلسفتين الطبيعية والوضعية. فمع اعتقاد الفقهاء المسلمين في مثالٍ ما يطلق عليه اليوم (الشريعة الإسلامية) بمعنى أضيق من المعنى العام لها، فإنهم أدركوا نسبة نشاطهم الفقهي على المستويين النظري والتطبيقي، وذلك استنادًا إلى كون الفقه بوصفه نشاطًا بشريًا يركّز في المقام الأول على رجحان الظن والتوفيق في الجمع بين الأدلة النصية والعقلية المختلفة. ونظرًا لعدم اختلاف الفقهاء المسلمين في أصل الشريعة الإسلامية - المؤسّسة، افتراضًا، للفقه الإسلامي - وفي صلاحيتها المطلقة للإنسان، لم يشغلوا إلا عرضًا ببعض قضايا فلسفة القانون الغربية، وانصبّ اهتمامهم

الأساس على القضايا المرتبطة بطرائق الاستدلال والقيمة المعرفية الخاصة بالأدلة الفقهية، وقضايا تأويل النصوص ومنطقاتها وطرائقها. وهكذا، تعبّر النظريات النقدية الحديثة تعبيراً أكبر عن القضايا التي اهتمّ بها فقهاء المسلمين واختلفوا فيها، وإن اختلف الأساس الذي يستند إليه كل منها؛ فبينما يسلّم الفقه الإسلامي بأصل الشريعة وصلاحتها المطلقة من جهة المبدأ، ونسبيتها من جهة التنزيل على الواقع المعيش، تشكّك الفلسفات الحديثة في القضايا الخاصة بأصل القانون ومرتكزه المعياري، لتركّز على إشكاليات تطبيق القانون في واقع إشكالي معرفياً وعملياً قائم على التمييز الاقتصادي والاجتماعي والتحيّز السياسي والأخلاقي، إلى الدرجة التي يصعب معها الحديث عن الموضوعية أو النزاهة المُفترضتين في الأنظمة القانونية.

تبدأ هذه الورقة بعرض الآراء المختلفة في تعريف مذهبي القانونين الطبيعي والوضعي وأصلهما وأهم عناصرهما، ثم تبحث في العلاقة بينهما؛ لتلتفت بعد ذلك إلى تحليل موقف الشريعة الإسلامية - بتعريفها العام الذي يشمل الفقه الإسلامي الذي نطلق عليه في هذه الورقة (القانون الإسلامي) - من هذين المذهبين، بل ومن الفلسفات القانونية النقدية الحديثة. بيد أنه يجدر بنا هنا التأكيد على أمرين متداخلين. يتعلّق الأمر الأول بالطبيعة الفلسفية لهذه الورقة، وهو ما يتطلب تمييز الأبعاد الفلسفية للنظريات القانونية المذكورة في هذه الورقة، دون التركيز على تطبيقاتها الفعلية. ولا يعني هذا الأمر مصادرة قيمة النظر في التطبيقات التي تتسم عادة بقدر كبير ومفهوم من التنوع، بل والاختلاف، بل يعني أنها لا تدخل في نطاق هذه الورقة الفلسفية فحسب. ونفترض هنا، بطبيعة الحال، إمكانية تحديد أبعاد فلسفية لتلك النظريات قد يتفق عليها أغلب المنتسبين إليها والمعبرين عنها، وجواز هذا التحديد من وجهة نظر فلسفية. تقودنا هذه النقطة إلى الأمر الآخر، أي ضرورة التخيّر من الآراء التي تنتمي إلى هذه النظريات، وهو أمر حتمي غالباً في الأبحاث ذات الطبيعة المقارنة؛ وذلك في مقابل الأبحاث التي تركز على نظرية أو مدرسة واحدة، ويفترض فيها استقصاء الاختلافات داخلها والتمييز بين تياراتها المختلفة استناداً إلى مصادر أولية في المقام الأول. ولا يعني هذا التخيّر التقليل من شأن مفكرين لم تُذكر إسهاماتهم في البحث، أو من شأن تيارات معينة داخل كل مدرسة، بل يعكس في المقام الأول تقدير الباحث الخاص للآراء الأقرب في طبيعتها إلى طبيعة بحثه. وهنا، تصلح المراجع المرموقة في تحديد العموميات النظرية والفلسفية.

## 1. القانون في مذهب (القانون الطبيعي)، ومذهب (القانون الوضعي)

### 1.1 مذهب (القانون الطبيعي)

تعدّ فلسفة أو نظرية القانون الطبيعي (Natural Law) أشهر (المذاهب المثالية) للفكر القانوني. وتمثّل الفكرة الأساسية التي تقوم عليها الاتجاهات المختلفة داخل مذهب القانون الطبيعي في وجود مجموعة من المبادئ العليا المستقلة عن أي فردٍ أو جماعةٍ بشرية أو قانونٍ وضعي قائم. يتميّز هذا القانون بالعمومية (universality) والموضوعية (objectivity)، وهو لا يخصّ بهذا المفهوم جماعةً بشرية بعينها أو زمنًا محددًا. ومع أن هذا القانون يكتشفه (العقل)، إلا أنه غير استدلالِي؛ أي أن الشخص العادي لا يمكنه اكتشافه بالبداهة مثلاً، ويعتقد فيه ويوافق عليه حتى من دون فهم أسسه ومنطقاته أو منطقته الداخلي. وبما أنه كذلك، يعدّ هذا القانون ملزماً لكل البشر حتى لو لم يدون أو يصدر في شكل تشريعات، أو تقوم عليه جهةٌ مخوّلة بفرضه وتطبيقه؛ فهو قانونٌ سواء اعترف به البشر كذلك أم لم يعترفوا.<sup>(1)</sup> وقد كان هذا الفهم هو أساس محاكم (نورمبرغ) بعد الحرب العالمية الثانية، التي حوكم فيها وأعدم كثيرٌ من قادة النظام النازي. ويعدّ (القانون الطبيعي) أيضاً الأساس الذي يقوم عليه خطاب حقوق الإنسان المعاصر.

بناءً على هذه الفكرة، يعدّ من الخطأ افتراض ارتباط مذهب القانون الطبيعي بنظرية أخلاقية أو معيارية معينة.<sup>(2)</sup> نظرياً، يجوز لنظرية (قانون طبيعي) أن تتبنّى أي منظومة أخلاقية يمكن عدّها (طبيعية) من وجهة نظر المعتقدين بها، وهو ما يعني أن نظريات القانون الطبيعي، ومع اتفاقها في المبدأ، قد تختلف في المحتوى اختلافاً قد يصل إلى درجة التناقض. وفعلياً، اختلفت نظريات (القانون الطبيعي) في التاريخ اختلافاً كبيراً. فالنسبة لأتباع الديانات والعقائد السماوية وغيرها، تعدّ مبادئ هذه الأديان والعقائد المرجعية المفترضة للقوانين؛ ذلك أن الطبيعة -ومهما كان تعريفها- هي من خلق الله الذي شكّلها وفق مثالٍ معين. ويرجع بعض أصحاب فكرة (القانون الطبيعي)، غير المرتبطة بالفكر الديني، مصدره إلى الطبيعة الإنسانية نفسها. وقد عبر الفيلسوف الهولندي (خروتوس ديبس (Grotius, 1583-1645)<sup>(3)</sup> - أبو القانون الدولي - عن هذه الفكرة حين صرّح أن (القانون الطبيعي) موجودٌ سواء كان الله موجوداً أم لا، وهي الفكرة التي أدت إلى (علمنة) (القانون الطبيعي) في الغرب الحديث و"عقلنته".<sup>(4)</sup> وفي هذا الفهم، الديني والعلماني على السواء،

ينتقل (القانون الطبيعي) من حقيقة (fact) أو واقع (reality) معين مُفترض - أي الطبيعة، بصرف النظر عن مصدرها وتعريفها - إلى القيمة (value)، أي مما هو كائن (الوصفي) إلى ما يجب أن يكون (المعياري) (from what is, to what ought to be).<sup>(5)</sup>

الخلاصة هنا هي أن مذهب (القانون الطبيعي) يشير إلى "مجموعة متنوعة من الأفكار، لا نظرية واحدة متميزة و متماسكة".<sup>(6)</sup> فيما أن (القانون الطبيعي) يرتبط بالقيمة، تختلف نظرياته باختلاف النظريات الأخلاقية المتعددة وما تعدّه كل منها القيمة الأسمى.<sup>(7)</sup> ويرتبط القانون هنا بنظرة معيارية واضحة مفادها أن دور القانون هو تنظيم المعاملات تنظيمًا معينًا يوافق الطبيعة بهدف تحقيق غايات أخلاقية، لا تقنين الأوضاع القائمة بالفعل في جماعة بشرية ما. وهكذا، لكي تتحقق الصحة القانونية، لا بد أن تتوافق القوانين مع الشرعية الأخلاقية التي يوفّرها (القانون الطبيعي)، وفق كل فهم له.<sup>(8)</sup> يعني هذا أن ما لا يتفق مع (القانون الطبيعي) لا يعدّ، في رأي أصحاب (القانون الطبيعي)، قانونًا في المقام الأول ولا يجوز الالتزام به،<sup>(9)</sup> وهي الفكرة التي أدّت فعليًا إلى أحكام وصلت إلى الإعدام في محاكمات (نورمبرغ) كما سبق بيانه. والواقع أن هذه النقطة الأخيرة؛ أي عدم جواز الالتزام بأي قانون وضعي يتناقض مع (القانون الطبيعي)، تمثل نتيجة منطقية لتصور (القانون الطبيعي) لدى أصحابه. وبما أن الأمر كذلك، فيلزم، بطبيعة الحال، أن يكون (القانون الطبيعي) قابلاً للتحديد بيقينٍ كامل في كل حال، فضلاً عن انتفاء صفة النسبية الزمانية أو المكانية عنه.<sup>(10)</sup> كما تتضمن فكرة (القانون الطبيعي)، بما أنه يتّصف بالعمومية (universality)، قدرة البشر جميعًا على الاتفاق على الخير والشر، والحق والباطل، والصواب والخطأ، والتمييز بينها.

## 2.1 مذهب (القانون الوضعي)

ظهر مذهب (القانون الوضعي) (positive law) ردًا على مذهب (القانون الطبيعي) الذي ساد، معيارياً على الأقل، في العصور قبل الحديثة. يقوم مذهب (القانون الوضعي) على فكرة أن القانون هو نتاج ما يتّوابع عليه في سياق اجتماعي معين. ويتّوابع أفراد المجتمع، وفق هذه النظرة، على ما يمارسونه ويلتزمون به بالفعل، أي أن القانون في أصله يعدّ "حقيقة اجتماعية" (social fact).<sup>(11)</sup> وبعد أن يتّوابع المجتمع - عملياً - على قاعدة ما، تتحوّل هذه القاعدة إلى قانون - بالاصطلاح الحديث - إذا أقرته وقامت على

فرضه سلطةً معينة تصبح مصدر هذا القانون ومرجعته، ومن هنا تأتي كلمة (الوضعي posited). هنا، تُرفض فكرة القانون الأزلي والمطلق والموضوعي المستقل عن البشر، لصالح فكرة استناد القانون إلى الممارسة والمواضعة والسلطة. وتشير (السلطة) عادةً إلى أشخاصٍ محددين يمثلون -في الدول الحديثة- (سيادة الدولة). والواقع أن وجود هؤلاء الأشخاص في مذهب (القانون الوضعي) ضروريٌّ؛ ذلك أن القانون لا يصبح قانوناً بمعناه الحقيقي إلا إذا ارتبط بسلطةٍ معينة تصوغه أولاً، ثم تقرّه، ثم تشرف على تطبيقه ومعاينة منتهكيه، وذلك بصرف النظر عن شرعية هذه السلطة، أو عدالة ما تصدره من تشريعات وأحكام.<sup>(12)</sup> وقد جعل (جون أوستن 1790-1859 John Austin)، أحد أقطاب الوضعية القانونية، هذا البعد تحديداً -أي وجود السلطة السيادية التي تطبق القانون، وتضمن الإذعان له باستخدام الوسائل المختلفة، وأهمها القوة- أساس أي نظام قانوني بالمعنى الحديث. كما يعدّ هذا النظام القانوني نفسه أحد أركان الدولة الحديثة الأساسية في الوقت ذاته.<sup>(13)</sup>

خلاصة الأمر، في (القانون الوضعي)، يجب أن يكون الباحث قادراً على الحصول على إجابات عن المصدر المدوّن فيه القانون، والجهة التي أقرته وتعمل على فرضه، وكثير من الأمور الإجرائية المتعلقة بتفسيره وتطبيقه.<sup>(14)</sup> وهكذا، يعدّ مصدر القانون (بمعنى الجهة التي تصدره) أهم من محتواه،<sup>(15)</sup> وليست أخلاقية القانون وفق أي نظرة معيارية عنصرياً من العناصر التي يجب على الباحث القانوني أن يهتمّ بها أو يلتفت إليها في دراسة قانون ما.<sup>(16)</sup> ويمكن للمؤرخ القانوني البحث عن بدايات أي قانون وضعي في سياق اجتماعي ما في الممارسة التاريخية للجماعة التي تطبقه. ويجوز لفيلسوف القانون البحث في هذه الممارسة عن أي منطلقات أو افتراضات معيارية قد تكون الممارسة تأسست عليها. أما أن يؤدي هذا الفهم دوراً في تفسير القانون أو تطبيقه، فهو أمرٌ يفرضه الوضعيون القانونيون رفضاً واضحاً. بيد أن الواضح هنا هو اشتراك الوضعيين القانونيين مع أصحاب مذهب (القانون الطبيعي) في الانتقال من الحقيقة (التي هي هنا الواقع والممارسة)، إلى القيمة (أي الحكم بسلامة القانون وإلزامه - عملياً وربّما معيارياً - للمخاطبين به).

وكما أن انتشار فكرة (القانون الطبيعي) قد تكون ارتبطت بظروفٍ معينة في العالم قبل الحديث،<sup>(17)</sup> يشرح أحد الباحثين القانونيين ارتباط (القانون الوضعي) بالظروف السياسية

والفكرية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، في الغرب عمومًا وبريطانيا خصوصًا. فقد أدت الرغبة في تعزيز حرية الأفراد إلى التركيز على الإجراءات التي تعزز هذه الحرية (كحرية التعاقد وفق أي شروط يرتضيها أطراف العقد، على سبيل المثال)، عوضًا عن التركيز عن محتوى القانون، ومدى تحقيقه للعدالة أو أي قيم معيارية أخرى. (18) وربط بعضهم (القانون الوضعي) بـ(التعددية pluralism) التي تتصف بها أغلب المجتمعات الحديثة؛ ذلك أنه يصعب في هذا النوع من المجتمعات تحقق الإجماع على تعريفٍ للحق أو للعدل في قضايا كثيرة. بيد أنه يمكن الاتفاق على سلامة تطبيق القانون بصرف النظر عن قيمته المعيارية. وهكذا، ينصبّ الاهتمام في تلك المجتمعات على "الالتزام بالقانون بوصفه غايةً في ذاته"، عوضًا عن النظر إليه بوصفه وسيلةً (أخلاقية) لغايةٍ (أخلاقية). (19) بل ربط بعضهم ظهور (القانون الوضعي) بأفكارٍ فلسفية خاصة بطبيعة العلم. فقد شدّد الفيلسوف البريطاني (فرانسيس بيكون Francis Bacon, 1561-1626) على أن العلم أمر مُكتسب، لا متأصل داخل البشر. (20) وعلى الرغم من ظهور (القانون الوضعي) في عصر شهد قوة المذاهب الفردية (individualism)، فقد قام على فكرة أن القانون يجب أن يعبر عمدًا يمارسه المجموع، لا ما يعتقده الفرد، وهو الأمر الذي يرجع إلى فكرة اختلاف الأفراد (النسبية) اختلافًا يمنع اتفاهم على قانونٍ واحد، كما سبق بيانه في النقطة السابقة. (21) وقد ترجع الفكرة السلبيّة لدى بعضهم عن (القانون الوضعي)، لا إلى فصله القانون عن الأخلاق (لأنه لا يقول -بالضرورة- بوجود هذا الفصل إلا في دراسة القانون وتطبيقه)، بل إلى ارتباطه بفلسفات معينة عدّها بعضهم غير أخلاقية.

وكما هو الحال مع مذهب (القانون الطبيعي)، يتداخل الوصفي والمعياري في مذهب (القانون الوضعي). فالفصل بين القانون والأخلاق -الذي يعدّ أحد أسس تحديد القانون في هذا المذهب؛ ذلك أن القاعدة حين تصبح قانونية لا يجوز وصفها بالأخلاقية من عدمه- قد يقتصر على مرحلة دراسة القانون وتفسيره. بيد أن بعض الوضعيين لا يقتصرون على هذه المرحلة، بل يعتقدون بضرورة ذلك الفصل بدءًا من عملية وضع القانون؛ إذ لا ينبغي أن يرتبط بقيمة أخلاقية معينة، وإنما بالممارسة الفعلية. وإذا كان للقانون هدفٌ، فليس هذا الهدف (العدل) بالضرورة كما قد يُعتقد. بل يتمثل الهدف، وفق هذه النظرة، في الحفاظ على (النظام الاجتماعي social order) في المقام الأول. (22) وهكذا، فلو جاز الحكم

على القانون من جهة معيارية، فيجب أن تكون تلك الجهة كفاءة القانون وفاعليته وقدرته على تحقيق الهدف. (23) لا نستغرب -إذاً- ارتباط المذهب القانوني الوضعي بالفيلسوف الإنكليزي (جيرمي بنتام 1748-1832)، وإن عزا الباحثون شكله المنهجي السائد إلى الفيلسوف القانوني الإنكليزي أيضاً (جون أستن). وفي أشدّ صور هذه النظرة تطرفاً، فإن حتى أشدّ القوانين جوراً تظلّ شرعية إذا صدرت عن سلطة قائمة قادرة، وحققت الأهداف المرجوة منها، وعلى رأسها الحفاظ على النظام الاجتماعي. (24) ونقول "أشدّ صور هذه النظرة تطرفاً؛ لأن بعض أصحاب المذهب الوضعي قبلوا فكرة أن القوانين الظالمة غير ملزمة ويجوز عصيانها.

وأخيراً، يُخلط دائماً بين (الوضعية positivism)، والرأي القائل بضرورة الالتزام بالقانون -والقانون فقط- وتطبيقه بصرف النظر عن أي بعدٍ معياري (legalism)، و(الشكلانية formalism) التي تعني ضرورة الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها كما هي بصرف النظر عن أي ظروف خاصة بحالة معينة، و(الحروفية literalism) التي يُقصد بها تفسير النصوص وفق قواعد ثابتة والالتزام بما يُعدّ منطوقها بصرف النظر عن أي اعتبارات تخص كل حال أو ترتبط بظروف المجتمع في لحظة زمانية معينة. (25) وما يجمع هذه الأفكار الثلاثة المتداخلة هو عدم الاعتداد بما يُطلق عليه (روح القانون)، أو الأهداف التي يُعتقد أن القانون يسعى إلى تحقيقها؛ ذلك أن أخذ هذه الأبعاد في الاعتبار يُقحم، وفق هذه النظرة، أموراً خارجة عن القانون فيه، ويحكمون على القانون في حالاتٍ معينة بينما الأصل أن يحكم القانون على تلك الحالات، لا العكس. ولكن إذا اختلف الوضعيون القانونيون في هذه النقطة الأخيرة عن أصحاب مذهب (القانون الطبيعي)، فإن أصحاب (القانون الطبيعي) قد يكونون أيضاً شكلانيين وحروفيين في تعاملهم مع ذلك القانون حين يتحوّل إلى تشريعات مكتوبة. وبالتالي، لا يمكن حصر تلك الأفكار والتوجّهات على الوضعيين فحسب.

### 3.1 في العلاقة بين (القانون الطبيعي) و(القانون الوضعي)

هدفت النقطتان السابقتان إلى أمرين، أولهما التعريف تعريفاً موجزاً بمذهب (القانون الطبيعي) ومذهب (القانون الوضعي)، وثانيهما التأكيد على أن كلا المذهبين

بهما قدرٌ كبير من التنوع. بيد أن هذا التنوع لا يجب أن يمنعنا من محاولة تحديد ما يميّز كل منهما عن الآخر، وإلا يصبح الحديث عنهما بوصفهما مذهبيّن مختلفين ضرباً من العبث. وانطلاقاً من هذه الفكرة، يمكننا القول إن الأفكار التي تجمع أصحاب مذهب (القانون الطبيعي) تتلخص في هذه الكلمات المفتاحية: الطبيعة، والأصل، والقدم، والإطلاق، والقيمة، والمحتوى، والأخلاق، والمعيارية، والموضوعية، واليقين، والثبات، وقد نضيف إليها العقل، لا بوصفه مصدر القانون بالضرورة، بل بوصفه أحد أدوات التعرّف عليه، وهو الأمر الذي ينطبق أيضاً على الوحي، بوصفه إما مصدر (القانون الطبيعي) أو الكاشف عنه. في المقابل، تتلخص الأفكار الأساسية لمذهب (القانون الوضعي) في: الواقع، والممارسة، والسياق، والمجتمع، والمشروطة، والاكْتساب، والوضع، والعقل، والسلطة، والمصلحة، والنسبية، والتغيّر، والحياد المعياري.

وبالمثل، لا يجب أن تمنعنا هذه المتقابلات بين مذهبيّ (القانون الطبيعي) و(القانون الوضعي) إلى إغفال التداخل الذي يراه بعض الباحثين كبيراً بينهما. فالنظرتان التقليديتان لكلا المذهبيّن تعبران عن (أنواع مثالية) تمثّل أفكار قلة من المنظرين القانونيين؛ ذلك إن وجدوا على الإطلاق.<sup>(26)</sup> ففي مقابل الرأي القائل بتركيز (القانون الطبيعي) على البعد المعياري في القانون واهتمام (القانون الوضعي) الحصري بوصف الواقع والممارسة، ثمة رأي يرى أن القوانين كلها يختلط فيها بالضرورة (الوصف description) بالقيمة المعيارية (normativity)، بل وبسبب الانتقال من الواقع الموصوف إلى المثال المأمول (prescription). فالقوانين تستند دائماً إلى واقع معين يختلف من سياقٍ لآخر، وتحدّد مثلاً معيناً يختلف أيضاً بين مذهبي (القانون الطبيعي) والوضعي وداخل كل منهما، وتصف سبل الوصول إلى ذلك المثال.<sup>(27)</sup> فالطبيعة هي المثال الذي يصفه مذهب (القانون الطبيعي)، والمعيار هو تقليد هذه الطبيعة والانسجام معها، والسبيل إلى ذلك هو صوغ القوانين التي تضمن انسجام السلوك الفردي والمجمعي وتوافقها مع مبادئ الطبيعة. وفي المقابل، يعدّ الواقعُ المثالُ الذي يصفه (القانون الوضعي)، والمثال هو الحفاظ على صورة ذلك الواقع، والسبيل إلى ذلك هو تقنين ممارسات ذلك الواقع وفرضها من خلال قوةٍ أمرية وقادرة. والواقع أنه لا المدافعون عن (القانون الطبيعي) يقولون بعدم ضرورة تقنينه في تشريعات مكتوبة ملزمة، ولا المدافعون عن (القانون الوضعي) يقولون

بضرورة عدم الاعتداد بـ(القانون الطبيعي) أو بأي مرجعية أخلاقية في فهم القانون أو حتى وضعه، بشرط أن تكون حقيقة اجتماعية؛ أي أن تكون متجذّرة في ممارسة المجتمع الفعلية. فـ(القانون الطبيعي) يجب أن يكون وضعياً حتى يصبح قانوناً بالمعنى الحقيقي؛ ولذلك ميّز بعض الباحثين بين (القانون الطبيعي) الطبيعي، و(القانون الطبيعي) الوضعي؛ فالأول يشير إلى مثالٍ مجرد يتعالى عن الزمان والمكان، بينما يتعلق الثاني بالنسخة المثالية من (القانون الوضعي) كما هو في زمانٍ ومكانٍ معيّنين.<sup>(28)</sup> وقد تختلف صورة هذه النسخة المثالية في القانون الفعلي الذي تتفق عليه جماعة بشرية في سياقٍ زمني ومكاني معين، أو تختلف آلية تنزيله على الوقائع المختلفة حتى داخل السياق نفسه.<sup>(29)</sup> ولهذه النقطة الأخيرة أهميةٌ في فهم التمييز الذي نتناوله الآن بين الشريعة الإسلامية -بمعنى محدد لها- وبين الفقه الإسلامي.

## 2. (القانون الإسلامي): الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي

قبل أن نناقش العلاقة بين (القانون الإسلامي) والنظريات القانونية سالفه الذكر، وجب أولاً تعريف ذلك القانون، وهو أمر يحتم علينا مناقشة مصطلحين يرتبطان ارتباطاً أساسياً بأي شكل معروف من أشكال ذلك القانون، أي الشريعة والفقه، وهما مفهومان متشابهان مفهوماً ومعرفياً بما لم يتفق المتخصصون في وصفه. نبدأ -إذاً- بتعريف كلٍ من المصطلحين ووصف العلاقة بينهما وفق التعريفات المختلفة لهما.

### 1.2 الشريعة والفقه

نبدأ بالشريعة، ذلك المصطلح الذي استخدمه بعضهم - بأدلة قرآنية أحياناً - بمفهوم واسع للإشارة إلى كل ما شرعه الله لعباده من معتقدٍ وعبادات ومعاملات،<sup>(30)</sup> أو إلى نصوص القرآن والسنة بما بها من مبادئ يُفترض فيها الثبات؛ لأنها تمثل في مجموعها هويّة هذا الدين.<sup>(31)</sup> واستُخدم المصطلح أيضاً للإشارة إلى الأحكام العملية عموماً، وهو المعنى الشائع لـ (الفقه اليوم)،<sup>(32)</sup> واستخدم بمفهوم ضيق للإشارة إلى تلك الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة،<sup>(33)</sup> وهي أحكامٌ يُفترض أنها لا تخضع لقاعدة النظر إلى الواقع أو الظروف.<sup>(34)</sup> ومع هذا الاختلاف حول مفهوم الشريعة، وهو اختلافٌ لا ينطوي على تناقضٍ بالضرورة،<sup>(35)</sup> يميل الباحثون إلى النظر للشريعة على أنها أوسع مجالاً

من الفقه بمعناه المتعارف عليه. وقد يرجع هذا الأمر إلى المعنى اللغوي للشريعة؛ فبما أن الشريعة لغةً تعني "مورد الماء"، وهو أمرٌ يتوصل به إلى الحياة، فكذلك في الاصطلاح، فهي "الطريقة التي يتوصل بها إلى النجاة"<sup>(36)</sup>؛ ذلك إنها تحيي "النفوس والعقول" كما يحيى الماء الأبدان.<sup>(37)</sup> وهكذا، نجد أن ما يجمع بين هذه التعريفات المختلفة هو عدّ الشريعة أمرًا يتميَّز بالثبات واليقين؛ ذلك أنه يرجع مباشرة إلى الشارع (الله)، فضلًا عن كونه مستندًا في العموم إلى نصوصٍ يزيد الاعتقاد في قطعيتها ثبوتها ودالاتها على الاعتقاد في ظنّيتهما، أو هكذا يُصوّر الأمر.<sup>(38)</sup>

أما الفقه، ويعني الفهم من جهة اللغة، فاستُخدمت الكلمة أيضًا في صدر الإسلام للإشارة إلى الدين كله بعقائده وأحكامه العملية،<sup>(39)</sup> فكانت بذلك مرادفة للشريعة بمفهومها الواسع.<sup>(40)</sup> ومن هنا سمى أبو حنيفة النعمان (ت. 150هـ) كتابًا له فيما أُطلق عليه لاحقًا أصول الدين أو العقيدة، (الفقه الأكبر). أما تعريف الفقه الذي استقرّ لدى الفقهاء المسلمين مع تطوّر المذاهب الفقهية، فهو "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية". ينصبّ التركيز هنا، كما هو واضح، على الأحكام العملية في مقابل الأحكام القلبية التي تظلّ - مع ذلك - حاضرةً بطريقةٍ ما لحاجة الأحكام العملية لها.<sup>(41)</sup> والأدلة التفصيلية هي كل ما يُستدل به على الأحكام الشرعية، سواء كانت نصوصًا دينية من قرآنٍ وأحاديث نبوية، أم أدلةً مُستنبطةٍ منهما، كالقياس والإجماع والاستحسان والمصالح المرسلة وغيرها. وبما أن الفقه يقوم على الاستدلال بطرائقه المختلفة، ولما كانت هذه الطرائق ومقدماتها من الأمور التي قد يُختلف فيها، تحتل نتائج الاجتهاد الفقهي الصواب والخطأ، ويعد إنجازًا بشريًا في المقام الأول.<sup>(42)</sup>

وهكذا، ينظر إلى العلاقة بين الشريعة والفقه بأنها علاقة بين أعمّ وأخصّ منه، أو بين مثالٍ والسبيل إلى تحقيقه انطلاقًا من الواقع. فالشريعة، حتى مع اعتبار اشتمالها على بعض الأحكام العملية، تتجاوز الفروع لتشمل أسسًا وأصولًا ومقاصد عقيدية وأخلاقية تحكم المنظومة الفقهية نفسها التي تُعنى بالفروع؛ أي المسائل أو الوقائع المحددة،<sup>(43)</sup> وهي بذلك تعدّ مصدر الفقه الأهمّ ومرجعًا له في آنٍ واحد، ويعدّ الفقه جزءًا أساسيًا منها لارتباطه بحياة المؤمن في العبادات والمعاملات. وهكذا، تجمع منظومة القانون الإسلامي (الشريعة والفقه) بين أنواع القوانين الثلاثة: أي القوانين التي تصف (الواقع

(expository laws)، وتلك التي تصف (حالاتاً مثالية normative laws)، وتلك التي تصف سبل الوصول من حال الواقع إلى حال (المثال prescriptive laws).

وكما هو معروف، حاول مجتهدو العصر الحديث تجديد الفقه تحديداً من خلال التمييز بين الثابت والقابل للتغيير فيه؛ فالثابت، وفق هذه النظرة، يضمن للقانون الإسلامي أصالته وهويته، بينما يمنحه المتغير المرونة والقدرة على التكيف وخدمة الظروف الحياتية المختلفة التي يجد الفرد المسلم أو المجتمع المسلم نفسه فيها. وقد سمح هذا التحديد لمفهومَي الشريعة والفقه لبعض العلماء والباحثين، ولا سيما المعاصرين منهم، بالنظر إلى الشريعة على أنها أمرٌ يؤسّس للفقه وغيره من أمور دينية ودنيوية. بل إن للشريعة بهذا المفهوم الواسع صلةً بأبعاد المجتمع المختلفة التي تُناقش الآن في نطاق عددٍ كبير من العلوم الاجتماعية والإنسانية، كالفلسفة والعلوم السياسية وعلم الاجتماع، وغيرها من علوم تُعنى بمفهوم العدل والحياة الطيبة، بصرف النظر عن طبيعة المجتمع من جهة التدين، وهي الأمور التي تربطها الشريعة بفكرة خلافة الإنسان على الأرض واستعمارها فيها.

نتقل الآن إلى السؤال الرئيس في هذه الدراسة؛ أين موقع القانون الإسلامي - بركنَيْه: الأصل والفرع، أي الشريعة والفقه - من المذاهب والنظريات الفلسفية القانونية الغربية؟

### 3. الفقه الإسلامي وفلسفات القانون الغربية التقليدية والحديثة

يتناول هذا الجزء الأخير من الورقة موقع الفقه الإسلامي من الفلسفات القانونية الغربية. نبدأ بعلاقة الفقه بمذهبيّ (القانون الطبيعي) و(القانون الوضعي) اللذين عرضناهما في الجزء الأول من الورقة، ثم علاقته بالفلسفات القانونية النقدية الحديثة التي أصبحت اليوم جزءاً لا يتجزأ من الجدالات القانونية الفلسفية في الغرب، ومهما كانت التحفظات عليها.

#### 1.3 الفقه الإسلامي ومذهبا (القانون الطبيعي) و(القانون الوضعي)

إن التمييز سالف الذكر بين الشريعة والفقه يضع الشريعة الإسلامية في موقع يجمع بين نظريات (القانون الطبيعي) و(القانون الوضعي) معاً. فالشريعة، بوصفها مصدراً متعالياً وثابتاً، تعبر عن فكرة (القانون الطبيعي) في الإسلام. ويرجع أصل (القانون الطبيعي) هنا - أي الشريعة بمبادئها ومقاصدها - إلى الوحي الإلهي. ويعدّ هذا الأصل الأساس الذي

ينبني عليه كل شيء، ولا تجوز مخالفته، بل وضرورة البرهنة على التزام الآراء الفقهية به بوصفه مصدر صحتها وحجيتها. تمثل الشريعة -إذاً- مصدر القانون في مذهب (القانون الطبيعي)، وهو قانونٌ يقدّمه الفقهاء المعاصرون على أنه متّفق مع العقل وطبيعة الإنسان، وكفيل بخلق مجتمع فاضل. بناءً عليه، لا يمكن أبداً ولا يجوز وضع أي تصوّر لقانون جدير بأن يوصف بـ (الإسلامي) لا يجعل القيم المستمدة من الشريعة محرّكه الأوّل وهدفه النهائي. وقد كانت مكانة الشريعة هذه راسخة في المجتمعات الإسلامية لدرجة أن الفقهاء المسلمين لم يكونوا في حاجة إلى تكرار التصريح بأن أي رأي يخالف حكماً شرعياً أو لا يستند استناداً معقولاً ومحمولاً إلى أحكام أو مبادئ شرعية يعدّ باطلاً ولا أثر له.

أما الفقه، فإن أحكامه - باستثناء ما يستند منها إلى نصوص يقينية الثبوت والدلالة، ولا تحتاج إلى تأويل متخصص، وتدخل ضمن تعريف الشريعة كما رأينا - تعدّ نتاج استدلال الفقهاء عليها كما سبق وأوضحنا. ومع أنها تستند نظرياً إلى مرجعية ثابتة - أي الشريعة - فإنها لا تتسم بذلك اليقين والمكانة التي تتمتع بها مرجعية الشريعة؛ ولهذا الأمر، وصف بعضهم الفقه الإسلامي بـ "التشريع الوضعي" بالنظر إلى كونه نتاج اجتهاد الفقهاء، وإن كان ذا مرجعية إلهية،<sup>(44)</sup> وهو وصفٌ أزعج بعضهم الآخر على أساس أنه يساوي بين (القوانين الوضعية) الحديثة - ذات السمعة السيئة في سياقات معيّنة - والفقه الإسلامي الناتج عن اجتهادٍ صادق في تطبيق مبادئ الشريعة الإلهية على المسائل الحياتية للبشر.<sup>(45)</sup> الخلاصة هي أنه على الرغم من استناد الفقه الإسلامي نظرياً إلى مرجعية معيارية يفترض فيها الثبات والخلود، فإن أحكامه الجزئية التي تتعلّق بحياة الناس ومعاملاتهم متغيّرة بحسب المكان والزمان. وهنا، يتشابه الفقه الإسلامي مع (القانون الوضعي) بدرجة كبيرة.<sup>(46)</sup>

بيد أن مجرد كون أحكام الفقه اجتهاداً بشرياً غير معصوم لا يكفي بالضرورة لوصفها بالوضعية؛ فأحد أسس الوضعية، كما رأينا، هو ارتباط القانون بحياة المجتمعات الفعلية، وبسلطة تقوم على تبنّيه وفرضه.

والواقع أن الفقه الإسلامي، ومع استناده إلى مرجعية الشريعة كما فهمها الفقهاء، ارتبط دائماً ارتباطاً مباشراً بحياة الناس الفعلية في مراحل التاريخ الإسلامي المختلفة. ففي قرون الإسلام الأولى، على سبيل المثال، اضطر الفقهاء الأوائل إلى التفكير في طرائق لاستنباط أحكام شرعية للتعامل مع كثيرٍ من المسائل الجديدة التي لا تتناولها النصوص

الشرعية تناوياً مباشراً. وكما هو معروف، اضطلع العرف بدور كبير في الممارسة الفقهية الباكورة، بل واحتفظ لاحقاً بمكانٍ شرعي ضمن مصادر الأحكام بشروطٍ معينة. بل يجوز القول بأن الشريعة الإسلامية حوّلت بعض الأعراف في الجزيرة العربية إلى (قانونٍ) ملزم للمخاطبين بها. وتبرهن مصادر الفقه الباكورة عن ارتباطه بالحياة الفعلية للمسلمين وغير المسلمين في الدولة الإسلامية. وقد يكون (كتاب الأصل) للفقيه الحنفي محمد بن الحسن الشيباني (ت. 189هـ)، صاحب أبي حنيفة المشهور، مثلاً جيّداً عن هذا الأمر، وذلك على الرغم من انتمائه لجماعة الفقهاء الذين اتهمهم خصومهم بالنظر في مسائل افتراضية بُغية التفاخر بالعلم، لا خدمة المسائل الشرعية الفعلية الجديدة.<sup>(47)</sup> فضلاً عن ذلك، حظي الفقه الإسلامي بدعم السلطة السياسية التي أخذت على عاتقها فرضه وتطبيق أحكامه منذ أن بدأ الإسلام. غير أن السلطة السياسية تبنّت في الغالب أحد المذاهب الفقهية، أي إحدى (قراءات) مرجعية الشريعة وتطبيقاتها.<sup>(48)</sup> وبطبيعة الحال، اتفق فقهاء المسلمين مع الرأي القائل إن مجرد صدور القانون من السلطة المخوّلة بتشريعه لا يجعله قانوناً صحيحاً وملزماً للمواطن إلا إذا انسجم مع مرجعية معينة، ويستمد القانون حجتيه من هذا الانسجام، لا من المشرع نفسه. فهذه المرجعية، التي هي الشريعة الإسلامية، تعلق على الحاكم والمحكوم كليهما. وهكذا، قد نقول إن قانوناً ما يعدّ صحيحاً وملزماً إذا انسجم مع الشريعة بصرف النظر عن شرعية مصدره؛ فالامثال هنا يكون للقانون الوضعي الذي هو تفعيلٌ لقواعد شرعية.<sup>(49)</sup>

قد يكون المذهب الوحيد في الفقه الإسلامي الذي خرج عن الوصف السابق هو المذهب الظاهري، ويعدّ اليوم أحد المذاهب الفقهية (البائدة)، وإن ظلّ أحد المذاهب المعترف بها في بعض المجامع الفقهية في الدول الإسلامية.<sup>(50)</sup> وقد يرى بعضهم في مصير المذهب الظاهري برهاناً على كون الفقه الإسلامي ينتمي إلى نظريات (القانون الوضعي). يُعتقد، وفق هذه النظرة، أن المذهب الظاهري استسلم تماماً للنصوص، وأفرط في تفسيرها تفسيراً "حرفياً"، متجاهلاً مبادئ الشريعة الكلية والواقع المعيش كليهما. والواقع أن المذهب الظاهري لم ينكر كون الشريعة تصبّ في مصلحة العباد، بل أصرّ على أن تحصيل هذه المصلحة لا يتأتى إلا باتباع أحكام الشريعة - كما هي - دون البحث عن أي علة متوهمة لها. فالمطلوب من المكلفين، وفق هذا المذهب، الاعتقاد أولاً في

تلك المصلحة، ثم العمل بالأحكام كما تحددها النصوص لتتحقق تلك المصلحة. أما استخدام أي فهم لمقاصد الشريعة أو علل الأحكام لـ (ابتداع) أحكام جديدة تناسب العصر أو ترفع الحرج والمشقة وغيرها من أمور، فهو أمر يراه المذهب الظاهري افتتات على حاكمية الله وتفردّه بالتشريع، وهم بذلك يشبهون مذهب (النصوصية textualism) الغربية في إصرارها على عدم جواز الالتفات إلا إلى النصوص القانونية من تشريعات وسوابق قضائية مدوّنة.<sup>(51)</sup> ولا يمنعنا هذا الخلاف من القول بإجماع فقهاء المسلمين على فكرة كون الفقه الإسلامي نظاماً أخلاقياً، بل اقتصر الخلاف على إمكانية تحديد العلة الأخلاقية في كل قاعدة شرعية، وفي جواز استخدام هذه العلة في "تعدية حكم الأصل إلى الفرع" استناداً إلى اشتراكهما في العلة، وهي العملية التي يُطلق عليها (القياس).

ومهما كان الأمر، لم تقتصر قضية مقاصد الشريعة وتعليل الأحكام على الخلاف بين المذهب الظاهري والمذاهب الأخرى، بل كانت جزءاً أصيلاً من الاختلاف المبكر في تاريخ الفقه الإسلامي بين من أطلق عليهم (أهل الرأي)، و(أهل الحديث)، أي بين أولئك الذين اعتقدوا أن الأحكام الفقهية يجب أن تتوافق مع مجموعة من القواعد العقلية والشرعية (أهل الرأي)، وأولئك الذين رفضوا مرجعية العقل وأصروا على تفرد مصادر الوحي بالحجية. وقد ظهر هذا الاختلاف لاحقاً في قضية أخرى هي (الحسن والقيح)، التي كانت محور جدل بين المعتزلة والأشاعرة من جهة، والحنابلة من جهة أخرى. وقد دار الجدل حول هذا السؤال: هل يعدّ ما حرّمه الشرع قبيحاً لأن الشرع حرّمه (الحنابلة)، أم أن تحريم الشرع له يرجع إلى كونه قبيحاً في ذاته (المعتزلة والأشاعرة)؟ ويعكس هذا الجدل جدلاً مقابلاً له في الفلسفة القانونية الغربية، بين من يصرون على ضرورة أن يعكس (القانون الوضعي) (القانون الطبيعي) ويتقيّد به، بمعنى أن (القانون الطبيعي) هو الذي يحدد الخير والشر، والصواب والخطأ، والحق والباطل، والحسن والقيح (مذهب القانون الطبيعي)، ومن يصرون على أن (القانون الوضعي) المتجدّد في ممارسة المجتمع هو الذي يحدد الجائز والمُجرّم بصرف النظر عن أي أبعادٍ معيارية أو أخلاقية (القانونيون الوضعيون).

وهكذا، يتفق فهم الفقهاء المسلمين للشريعة والفقه الإسلاميين مع فهم الفقيه القانوني الأمريكي المشهور (رونالد دووركين Ronald Dworkin, 1931- 2013) لطبيعة القانون. عدت نظرية (دووركين توليفا) بين مذهبي (القانون الطبيعي) و(القانون

الوضعي). فقد أصرّ (دوركين) على أن القانون لا يقتصر على (أحكام rules)، بل يظل دائماً مستنداً إلى (مبادئ principles) معينة تتميز بقدر كبير من المعيارية والقبول لدى أغلب أفراد المجتمع. وهذه المبادئ هي التي يحتكم إليها القضاة حين يواجهون مسائل وقضايا لا يجدون لها إجابات صريحة في النصوص القانونية المتوفرة.<sup>(52)</sup> بيد أن واقع الفقه الإسلامي يؤيد النقد الذي وُجّه لـ(دوركين) في هذه القضية؛ فكما اختلف الفقهاء المسلمون على الأحكام نظراً لاختلافهم على الأدلة من جهتي الثبوت والدلالة، اختلفوا على المبادئ الحاكمة للفقه نفسها وللوزن النسبي لكل مبدأ منها.<sup>(53)</sup> وقد تكون هذه النقطة تحديداً هي التي تلخّص السؤال الأهم الآن في الفلسفة القانونية الغربية، أي العلاقة بين التشريعات والأحكام من جهة، والمبادئ التي قد تتدخل في القانون من جهة أخرى، وهو جدلٌ يرتبط ارتباطاً واضحاً باختلاف بين النظامين القانونيين السائدين في عالم اليوم، أي (نظام القانون العام الأنغلو-ساكسوني Common Law) القائم أساساً على المبادئ والسوابق القضائية، ونظام (القانون المدني Civil Law System) القائم على التشريعات.

وأخيراً، لا يمكن لمناقشة علاقة الفقه الإسلامي بفلسفات القانون الغربية أن تكتمل دون التطرّق إلى ما يُطلق عليها (الفلسفات النقدية) التي ظهرت تباعاً في القرن العشرين وكان لها أثرٌ كبير على حقول العلم كافة، بما فيها القانون. نلتفت الآن إلى تلك النظريات وعلاقتها بالفلسفة القانونية.

### 2.3 الفلسفات القانونية النقدية الحديثة

ظهرت في القرن العشرين مجموعة من الفلسفات القانونية (النقدية) المتأثرة بتطوّر مجموعة من المدارس الفلسفية الجديدة. وكان من أشهر هذه الفلسفات القانونية مذهب (الواقعية القانونية Legal Realism) في العقود الأولى من القرن العشرين، ومدرسة (الدراسات القانونية النقدية Critical Legal Studies) في العقود الأخيرة منه. وقد عدّت هذه المدرسة الأخيرة استمراراً للمدرسة الواقعية، وإن تجاوزتها في بعض أفكارها وزادت عليها.

تقوم النظرية النقدية على فكرة أساسية مفادها أنه لا يجوز الفصل -في دراسة القانون وفهم منطلقاته وممارساته- بين القانون والسياسة بمعناها العام. فالقانون، ببساطة، هو نتاج السعي إلى التوفيق بين أيديولوجيات لا يمكن التوفيق بينها، وهو الأمر الذي يعكس

(التشتت)، بل والتعسف، الذي يميّز الثقافة السياسية، بل والنظريات الأخلاقية، في أغلب الدول.<sup>(54)</sup> ويتفرع عن هذه الفكرة مجموعة من النتائج، قد يكون أهمها هو امتناع تحقق اليقين في (عملية التقاضي legal indeterminacy)، بمعنى أنه لا يمكن التنبؤ مسبقاً بحكم قاضي في قضية معينة أتفق على حقائقها. وتتعدد أسباب غياب اليقين في الممارسة القانونية؛ فهو قد يرجع إلى تحيزات القاضي التي تحدّد اختياره للنصوص القانونية ذات الصلة أو تفسيره لها في قضية معينة، أم إلى طبيعة اللغة نفسها التي تكون عادة محتملة أكثر من تفسير، أم إلى تعدّد المبادئ التي تتنازعها حال بعينها، أم إلى تدخل الدولة لتشريع قوانين تضمن سيادتها الداخلية، حتى في القانون الخاص. وهكذا، بينما يقتصر الواقعيون القانونيون على التشكيك في موضوعية الأحكام وتوافقها وبالتالي تماسك المنظومة القانونية نفسها، يشكك النقاد القانونيون في توافق المبادئ الحاكمة للممارسة القانونية نفسها التي قد تستند الأحكام إليها في حال غياب التشريع الصريح أو السوابق الحاسمة.<sup>(55)</sup>

ولا يخفى ما لهذه الأفكار من تبعات كبيرة على الممارسة القانونية، بل وموثوقية المنظومة القضائية برمتها. على سبيل المثال، تقدح هذه الفلسفات في فكرة (الإنسان العقلاني rational person) التي لها تطبيقات مختلفة في بعض النظم القانونية،<sup>(56)</sup> فضلاً عن فكرة التوافق المجتمعي على أولوية مبدأ معين يسوّغ لجوء القاضي إليه لحسم قضايا معينة سكت عنها القانون. ومهما كان الأمر؛ أدت هذه الفكرة بفلاسفة القانون إلى الاهتمام بقدر أكبر بقضايا تخصّ القيمة (الإبستمولوجية) للنصوص والأدلة والأحكام، ومنطلقات التأويل وطرائقه، وغيرها من قضايا، كانت محل اهتمام الفقهاء المسلمين الأول بطريقة مدهشة، وهو الأمر الذي ناقشه الآن في خاتمة هذه الورقة.

## الخاتمة

رأينا فيما سبق أن القانون الإسلامي، المشتمل على الشريعة والفقهاء معاً، يجمع بين كثير من الأفكار الخاصة والافتراضات المؤسسة لمذهب (القانون الطبيعي)، ومذهب (القانون الوضعي)؛ وهو بذلك نظام قانوني (هجين) بالإشارة إلى هذين المذهبين. ويضطلع الفقه الإسلامي بالدور الذي يهدف القانون إليه عموماً؛ أي جعل المخاطبين به يتصرفون وفق قواعد معينة يعدها الفقه الشكّل الأمثل في كل معاملة. وليست تلك القواعد بالضرورة ما اعتاد الناس عليه - كما يرى الوضعيون القانونيون - وليست مثلاً

يجوز فيه الانفصال انفصلاً تامّاً عن طبائع البشر وتقاليدهم الاجتماعية كما قد يحدث مع مذهب (القانون الطبيعي).

ووفقاً لذلك، كان لاتفاق الفقهاء المسلمين على كثير من القضايا، كأخلاقية الشريعة وصلاحيتها المطلقة للبشر - مع اختلافهم على تفاصيل هذه الأمور أو أثرها على اجتهادهم الفقهي - أثرٌ على القضايا التي اهتمّ بها الفقهاء. تجاوز الفقهاء المسلمون العديد من القضايا التي تشغل فلسفة القانون، كالسؤال عمّا إذا كانت هناك حاجةٌ للقانون أصلاً، أو ما إذا كان للقانون هدفاً معياري، أو مصدر وجوب الالتزام بالقانون، أو وجوب طاعة القانون الذي لا يتفق مع مرجعية الشريعة،<sup>(57)</sup> أو حتى كون القانون الذي يطبقونه يتمييز بالكفاءة والفاعلية من عدمه. وقد كان لهذا السبب - أي عدم حاجة الفقهاء المسلمين إلى الدفاع عن معيارية القانون الذي ينظرون فيه - أن انصبّ اهتمام الفقهاء المسلمون على كثير من الأفكار التي تهتم بها النظريات القانونية النقدية الحديثة، ولا سيّما قضية القيمة (الإبستمولوجية) للقانون، وهي النقطة التي انعكست في الحديث عن درجة العلم التي يوجبها الاجتهاد في الاستدلال على الأحكام وتطبيقها. فمع اعتقاد الفقهاء في ظنيّة نتائج ذلك الاجتهاد في العموم، أصروا، في الوقت ذاته، على أن القدر المكتسب من العلم الناتج عنه كافٍ لوجوب العمل. وترتبط القيمة (الإبستمولوجية) للفقهاء ارتباطاً وثيقاً بالقضايا والإشكاليات المرتبطة بتأويل النصوص الشرعية والسعي إلى تنزيلها على واقع معين. وقد هدف اهتمام الفقهاء المسلمين الهائل بالتفاصيل الخاصة بتفسير النصوص، وترتيب الأدلة والموازنة بينها - وهي القضايا التي احتلت الجزء الأكبر من مصنّفات أصول الفقه الإسلامية - إلى ضبط عملية الاستدلال على الأحكام والوصول بها إلى درجة من العلم (الظنّ الراجح) الكافي لتوليد طمأنينة تجعلها موجبة للعمل على أقل تقدير، وإلا ظلت الشريعة مثلاً لا أثر له في الواقع الفعلي.<sup>(58)</sup> وفي الأحوال كلّها، انطلق الفقهاء المسلمون من افتراض أنهم إنّما (يستدلون) على حكم الشارع في واقعة معينة، أي أنهم ليسوا مشرّعين بأي معنى من المعاني، فتجاوزوا بذلك أيضاً إحدى القضايا التي تشغل فلاسفة القانون؛ أي طبيعة الدور الذي يضطلع به الفقيه (في حال الفتاوى)، أو القاضي (في حال إصدار حكم في قضية ما). ويتصالح الفقهاء المسلمون مع فكرة توظيف كل فقيهٍ للمبادئ العامة للعدالة كما يفهمها، أو كما يقبلها المذهب الفقهي الذي

ينتمي إليه بالإشارة إلى الشريعة الإسلامية، ولا يعدّون هذا النشاط نوعاً من التشريع، حتى وإن هدف الفقيه إلى تأويل النصوص وتنزيلها على الواقع تنزيلاً يحقّق - من وجهة نظره - القدر الأكبر من العدالة والمصلحة معاً.<sup>(59)</sup>

## الهوامش والمراجع

- (1) Silving, Helen. "The Twilight Zone of Positive and Natural Law." *California Law Review*, vol. 43, no. 3, 1955, p. 477.
- (2) Beyleveld, Dyrrek and Roger Brownsword. "The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism." *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, no. 1, 1985, p. 4.
- (3) وجب التنبيه هنا أن حرف G في اللغة الهولندية ينطق خ، وبذلك يكون النطق الصحيح لاسم الفيلسوف المذكور (خروتوس).
- (4) Chloros, A. G. "What is, على سبيل المثال، ينظر، على سبيل المثال، Natural Law?" *The Modern Law Review*, vol. 21, no. 6, 1958, p. 609
- ويختلف هذا القول عن فكرة أن القانون الطبيعي، وبصرف النظر عن مصدره، يكشفه العقل. غير أن اكتشاف العقل له لا يعني بالضرورة أن العقل هو مصدره عند القائلين بمصادر أخرى له. ولا تعني علمنة القانون الطبيعي وعقلته إلى إبعاده عن الدين بالضرورة؛ ذلك أن ربط العقل بالدين استناداً إلى فكرة أن الله هو خالق العقل تظلّ جائزة (ينظر، على سبيل المثال، الوكيل، شمس الدين: "نظرات في فلسفة القانون"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية: العدد 3، 4، 1963، ص 73). وفي الحضارة الإسلامية، أصرّ المعتزلة على قدرة العقل على التعرّف على ما نطلق عليه القانون الطبيعي بشكل ذاتي مستقل، بينما أصرّ أهل السنة على أن الوحي هو المصدر الوحيد للتعرف القانون الذي ألزمتنا الله به (ويفترض أنه يوافق السنن التي وضعها الله في الطبيعتين البشرية والكونية). وبما أن الله - في النظرة الدينية - هو مصدر العقل والوحي كليهما، فقد يكون هذا الجدل أبسط مما يبدو عليه.
- (5) "نظرات في فلسفة القانون"، ص 36.
- (6) "What is Natural Law?" p. 616.
- (7) يتفرّع عن هذه النقطة فساد وصف القانون الطبيعي بالمحافظة أو الثورية، ذلك أنه قد يكون محافظاً أو ثورياً وفق مضمون النظرية نفسه.
- (8) "The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism." p. 4.
- (9) Peterson, Max C. "Natural Law: Sense and Nonsense." *American Bar Association Journal*, vol. 37, no. 1, 1951, p. 68.
- (10) "Natural Law: Sense and Nonsense." p. 39.
- (11) ينظر، على سبيل المثال، "نظرات في فلسفة القانون"، ص 81، حيث يشير الوكيل إلى رأي الفقيه الألماني (فون سافيني (Von Savigny, 1779-1861) الذي شبه تطوّر القانون بتطوّر اللغة؛ فكما تتطوّر اللغة من خلال الممارسة ثم يضبط اللغويون قواعدها وفق ما استقرّ عليه المتحدّثون بها، يبدأ عمل المشرّعين والقانونيين بعد أن تتطوّر أعراف وممارسات قانونية معينة في المجتمع بهدف صوغ تلك الأعراف والممارسات في شكل قانوني. ينظر أيضاً Stokes, Michael. "Formalism, Realism, and the Concept of Law." *Law and Philosophy*, vol. 13, no. 2, 1994, p. 115.
- (12) وتعدّ العقوبة) عنصراً أساسياً من عناصر القانون، وهو الأمر الذي يعني أن بعض جوانب القانون المدني ليست قانوناً بالمعنى الصارم للقانون لدى بعض الوضعيين كـ (جيريمي بنتام) لافتقارها إلى عنصر العقوبة.

- (13) Wacks, Raymond. *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*. Oxford University Press, 2006, p. 18.
- (14) "The Twilight Zone of Positive and Natural Law." p. 478.
- (15) ولا تقتصر قضية (المحتوى) على مدى أخلاقيّة القانون، بل حتى منطقيّته. فكما يعبر أحد الوضعيين عن الأمر، فـ "إن حياة القانون لم تكن المنطق، بل كانت التجربة" (مقتبس في Golding, Marin P. "Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America—Major Themes and Developments" *Journal of Legal Education*, vol. 36, no. 4, 1986, p. 442. والعبارة منسوبة إلى القاضي الأمريكي المشهور وعضو المحكمة العليا في الولايات المتحدة لمدة ثلاثة عقود، (أوليفر ونديل هولمز 1841–1935). (Oliver Wendell Holmes, 1935–1841).
- (16) "The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism." p. 18.
- (17) على سبيل المثال، يرجع بعضهم سبب انتشار مذهب القانون الوضعي في المجتمعات القديمة إلى افتقارها إلى تعددية المجتمعات الحديثة، ما يعني أنها كانت أقدر على الاتفاق (Kaye, Tim. "Natural Law Theory and Legal Positivism: Two Sides of the Same Practical Coin?" *Journal of Law and Society*, vol. 14, no. 3, 1987, p. 307).
- وقد يعزو بعضهم الآخر ذلك الانتشار أيضًا إلى هيمنة الفكر الديني عمومًا، وتعدّ فكرة (الفطرة) الإلهية جزءًا أساسيًا منه في بعض الأديان على أقل تقدير.
- (18) عن العلاقة بين القانون الوضعي والقانون (الأنجلو-ساكسوني) (العام) والظروف في بريطانيا، ينظر، على سبيل المثال، "Natural Law Theory and Legal Positivism: Two Sides of the Same Practical Coin?" p. 346؛ إذ يناقش المؤلف علاقة القانون (الأنجلو-ساكسوني) بحقوق الأفراد، لا صلاح المجتمع كلّ. وعمومًا، يسعى القانون في الغرب اليوم، سواءً كان نظام القانون (الأنجلو-ساكسوني)، أم نظام القانون المدني، إلى حماية الفرد من طغيان الدولة والمجتمع على السواء.
- (19) "Natural Law Theory and Legal Positivism: Two Sides of the Same Practical Coin?" p. 310.
- (20) Standen, Jeffrey. "Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon." *Virginia Law Review*, vol. 72, no. 5, 1986, p. 987.
- (21) "Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon." p. 994.
- (22) "Natural Law: Sense & Nonsense." p. 39.
- (23) ويرفض بعض الوضعيين حتى هذه الفكرة؛ إذ إنها غير قابلة للتحقق منها من وجهة نظرهم. ولهذا السبب، أصّر الفيلسوف النمساوي (هانز كيلسن 1888–1973) (Hans Kelsen, 1888–1973) على أن هدف القانون هو احتكار القوة (*Philosophy of Law: A very short introduction*. p. 32).
- (24) ويحدّد الفيلسوف البريطاني أيضًا، (توماس هوبس 1588–1679) (Thomas Hobbes, 1588–1679)، تحقيق الأمن بوصفه هدفًا للقانون وللسلطة السياسية.
- (25) في تعريف (الحروفية)، ينظر عثمان، عمرو: المذهب الظاهري (القرن الثالث/ التاسع-القرن العاشر/ السادس عشر): نظرية نصوصية للفقه الإسلامي، ترجمة: أحمد نسيرة، بيروت: دار نماء للنشر، 2023، الفصل الرابع.
- (26) "Natural Law Theory and Legal Positivism: Two Sides of the Same Practical Coin?" p. 304.
- (27) Jenkins, Iredell. "The Genesis of Positive Law." *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 50, no. 1, 1964, p. 8.
- (28) والرأي يرجع إلى فيلسوف القانون الأمريكي (روسكو باوند 1870–1964) (Roscoe Pound, 1870–1964) ينظر "What is Natural Law?" pp. 617–18، و "Do We Need a Philosophy of Law?" *Columbia Law Review*, vol. 5, no. 5, 1905.

(29) ومن هنا نرى خطأ القول بأن القانون الطبيعي ليس (قانوناً) كما فعل بعض الباحثين الذين لم ينتبهوا إلى هذه العلاقة المتداخلة، وربما الترابية بين المذهبين القانونيين (لمثال عن هذا الخلط، ينظر، على سبيل المثال، بهلول، رجا: "القانون الطبيعي: طبيعته وقانونيته"، تبين، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات: مجلد 13، العدد 50، 2024. فمن نافلة القول إن القانون الطبيعي ليس قانوناً وفق تعريف القانون الوضعي للقانون، علماً بأن هذا التعريف الأخير يتعرض الآن إلى نقد شديد من التيارات النقدية الحديثة (ينظر، على سبيل المثال، "Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon").

(30) ومع كل ذلك، تظل العلاقة بين القانون والأخلاق من أكثر القضايا التي شغلت الفلاسفة صعوبة، وهو الأمر الذي يشهد عليه تذبذب رأي بعض الفلاسفة في هذه القضية، بل وتفسر هذا التذبذب. لمثال عن هذا التذبذب، ينظر "Le Rapport Entre le Droit et la Morale Chez Jürgen Habermas." Al-Nabwani, Khaldoun. Arab Journal for the Humanities, vol. 36, no. 144, 2018؛ إذ يشير المؤلف إلى تذبذب موقف الفيلسوف الألماني (يورغين هابرماس 1929)، بل وسلفه الفيلسوف الألماني الكبير (إيمانويل كانط 1724 – 1804)، فيما يخص أسبقية القانون على الأخلاق أو العكس. والواقع هو أنه كلما قل دور الأخلاق وأهميتها في مجتمع ما، زاد الاعتماد على القانون لتعويض غياب الوازع الداخلي. وقد نقول إن الإكثار من القوانين في مجتمع ما يعكس ضعف الأخلاق، بل وقد يؤدي إلى إضعافها.

ينظر، على سبيل المثال، شلبي، محمد مصطفى: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، الإسكندرية: مطبعة دار التأليف، 1962، ص 16؛ الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر، 1985، ج 1، ص 18؛ القطان، مناع: تاريخ التشريع الإسلامي، ط 4، القاهرة: مكتبة وهبة، د.ت.، ص 13-14؛ موسى، محمد يوسف: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الفكر العربي، 2009، ص 9. ومن هنا، ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾ (الشورى، 13)، وإن كانت الآية لا يمكن أن تدلّ إلا على ثبات أمور التوحيد؛ أما الأحكام العملية الموحى بها من الله، فاختلقت من رسولٍ لآخر. يقول يوسف القرظاوي: "وما شرعه الله هنا [في الآية المذكورة] يتعلق بالأصول لا بالفروع، وبالعقائد لا بالأعمال، ولذا اتفقت في كل الرسالات الإلهية: من عهد نوح، إلى عهد محمد عليهما الصلاة والسلام" (القرظاوي، يوسف: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1993، ص 9).

(31) ينظر، على سبيل المثال، جاد الحق، جاد الحق على: الفقه الإسلامي: مرونته وتطوره، القاهرة: الأمانة العامة للجنة العليا للدعوة الإسلامية، د.ت.، ص 107، حيث يتحدث شيخ الأزهر الأسبق عن "ما جاء في القرآن والسنة من قواعد عامة تشريعية . . ."، وهي الأصول التي تميّزت بالثبات والاستقرار. ومن تلك القواعد والمبادئ العامة، يذكر جاد الحق ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ (النساء 29)؛ ﴿فَمَنْ أَعْتَدَ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة 194)؛ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (فاطر 18)؛ ومن السنة النبوية: "لا ضرر ولا ضرار"؛ "إنما الأعمال بالنيات"؛ "المسلمون عند شروطهم". ينظر أيضاً الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي ومدارسه، دمشق وبيروت: دار القلم والدار الشامية، 1995، ص 16، إذ يقول: "فالشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله محمد ﷺ وأفعاله التي هي شرح وتفصيل لما أجمله القرآن". وبما أن الزرقا، في سياق لاحق، جعل الأحكام المنصوص عليها في الكتاب والسنة جزءاً من الفقه يختلف عن الأمور التي سكتها عنها (الفقه الإسلامي ومدارسه، ص 18)، لزم فهم المقصود بـ (نصوص القرآن الموحى به) في الاقتباس بأنها تشير إلى شيء آخر غير تلك الأحكام المنصوص عليها في الكتاب والسنة، وهي مبادئ الشريعة على الأغلب. ويتفق القرظاوي مع الزرقا في أن المسائل التي لا نصّ فيها وتدخل في مجال علم الفقه وعمل الفقهاء، تعدّ من (أحكام الشريعة) (ينظر الهامش التالي). ويقول شمس الدين الوكيل: "واستطاعت نصوص الشريعة الإسلامية في عمومها وشمولها أن تجمع من المبادئ والأصول ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل الجماعات الإسلامية." (نظرات في فلسفة القانون، ص 44). ويشير الوكيل هنا إلى رأي (لمحمد مصطفى شلبي) مفاده أن مبادئ الشريعة الإسلامية (اكتملت) في مدّة "جاوزت السنوات العشر بقليل"، وهي مدّة (التشريع المدني) (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص 229).

- (32) ينظر، على سبيل المثال، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص22؛ حيث يصرّح المؤلف بأن المسائل التي لا نصّ فيها وتدخل في مجال علم الفقه وعمل الفقهاء، تعدّ من (أحكام الشريعة)، فضلاً عن نوعها "الثابت بأدلة مباشرة من نصوص الكتاب والسنة، مما هو صريح الدلالة على الحكم".
- (33) زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2005، ص39. يقول زيدان: "الشريعة الإسلامية، إذاً، في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية التي هي وحي من الله إلى نبيه محمد ﷺ ليلبغها إلى الناس".
- (34) وإن أشارت بعض الأخبار إلى خلاف ذلك في صدر الإسلام، كقرار عمر الخطاب تعليق تطبيق عقوبة السرقة حين اشتدّت بالناس المجاعة.
- (35) يقول شلبي (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص16-17)، على سبيل المثال، إن الشريعة تنقسم إلى ثلاثة أقسام، قسم يتعلّق بالعقائد، وآخر بتهذيب النفوس من خلال الفضائل والأخلاق، وثالث يتعلّق بتنظيم أعمال الناس في عباداتهم ومعاملاتهم، وهو موضوع علم الفقه.
- (36) القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2006، ج8، ص38: تفسير الآية 48 من سورة المائدة: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾.
- (37) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص15.
- (38) أدخل كثيرٌ من الفقهاء تلك الأحكام في الفقه، بينما أخرجها بعضهم منه، وقصرت مجموعة ثالثة من الفقهاء الفقه على الأحكام القطعية (ينظر الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، عمان والكويت: دار النفائس ومكتبة الفلاح، 1991، ص18). واستعمل بعض الباحثين المعاصرين مصطلح (الفقه) في مواضع يُستخدم فيه مصطلح (الشريعة) عادةً (ينظر، على سبيل المثال، الحجوي، محمد بن الحسن: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تونس: مطبعة النهضة، د.ت.، ج1، ص9، إذ يقول المؤلف: "الفقه الإسلامي نظامٌ عام للمجتمع البشري لا الإسلامي فقط، تامّ الأحكام لم يدع شاذةً ولا فاذةً".
- (39) تاريخ الفقه الإسلامي، ص11-15، 18.
- (40) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص20.
- (41) كوجوب النية - وهي من أعمال القلب - في العبادات والمعاملات.
- (42) الفقه الإسلامي ومدارسه، ص16-17.
- (43) تاريخ الفقه الإسلامي، ص19.
- (44) يقول عبد الوهاب خلاف (خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، الكويت: دار القلم، د.ت.، ص7): "القوانين الإسلامية نوعان: قوانين سنّها الله سبحانه بآيات قرآنية، وألهمها رسوله وأقره عليها، وهذا تشريع إلهي محض، وقوانين سنّها مجتهدو المسلمون من الصحابة وتابعيهم والأئمة المجتهدين استنباطاً من نصوص التشريع الإلهي وروحها ومعقولها ومما أرشدت إليه من مصادر، وهذه تعدّ تشريعاً إلهياً باعتبار مرجعها ومصدرها، وتعدّ تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين في استمدادها واستنباطها".
- (45) يقول شلبي (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص22) إن "التشريع الإسلامي جاء بـ الأصول الكلية والقواعد العامة" وأكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات. "وجب التشديد هنا على أن (وضعية) الفقه ترتبط بمصدره بوصفه إنتاجاً بشرياً في المقام الأول، ولا ترتبط بمجال الفقه وحدوده. والاجتهاد هو الآلية التي يستخدمها الفقهاء للوصول إلى الأحكام الشرعية، وذلك بصرف النظر عن كون القضية المنظورة ذات أصل في النصوص الشرعية أو جديدة تماماً. وتختلف آلية الاجتهاد بين المذاهب كما هو معروف استناداً إلى أصول فقهاء، فمنها ما يأخذ بالقياس أو بالاستحسان أو بالمصالح المرسلّة وغيرها من أمور. بيد أن كل هذه المذاهب تتفق على المبادئ التي تهمننا هنا، أي صلاحية الشريعة الإسلامية (في صورتها المثالية) لكل زمان ومكان، وبشرية الاجتهاد الذي يؤدي إلى الأحكام الشرعية القائمة على غلبة الظنّ في المقام الأول.

- (46) يقول شلبي (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص 22): "إن الأصل في العادات -ويقصد بها المعاملات- هو أنها معقولة المعنى".
- (47) لمزيد عن هذا الأمر، ينظر Osman, Amr. "The Relevance of Islamic Law to Non-Muslims in Muslim Juridical Sources." *Islamic Studies*, vol. 60, no. 1, 2021, pp. 9-30.
- (48) أفتى خلفاء الرسول الأوائل، كما هو معروف، في المسائل التي استجدت في عصرهم، وهو الأمر الذي قام به عمّالهم في أقاليم الدولة الإسلامية المختلفة أيضًا. أمّا في العصر العباسي، فقد اعتمد العباسيون المذهب الحنفي مذهبًا رسميًا للدولة في النصف الثاني من القرن الثاني الهجري. واحتفظ المذهب الحنفي بمكانته في الدولة العباسية حتى انهيارها في بغداد في القرن السابع الهجري، ثم أصبح لاحقًا المذهب الرسمي للدولة العثمانية ودولة المغول في الهند وغيرها.
- (49) وقد نشير هنا إلى نموذج الخليفة الأول للرسول - أبي بكر الصديق - رضي الله عنه الذي صرح لدى تقلده الخلافة بأن الامتثال لما يصدر عن الحاكم مرهونٌ بالتزامه بشرع الله: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم".
- (50) كمجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر في مصر.
- (51) عن تاريخ المذهب الظاهري وأصول فقهه، ينظر المذهب الظاهري. وعن مذهب النصوصية، ينظر الفصل الرابع منه. وفيما يخصّ تجاهل الواقع، فالواقع هو أن فقهاء المذهب الظاهري - ولا سيّما ابن حزم الأندلسي (ت. 456هـ) - أتقنوا فن الوصول إلى أحكام لا تصطدم بالواقع اصطدامًا شديدًا، وذلك من خلال قراءة النصوص والتوفيق بينها بقدرٍ متميز وفريد من الإبداع والتأويل، لا بالاستناد إلى مناهج المذاهب الأخرى التي لم يجد لها الظاهرية أصلًا في النصوص الشرعية.
- (52) عن فلسفة دووركين القانونية، ينظر، على سبيل المثال، Altman, Andrew. "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, no. 3, 1986.
- (53) افترض دووركين وجود مبادئ عامة تحكم التفكير القانوني. بيد أنه لكيلا تصبح هذه المبادئ متنافسة، لزم أن تكون تراتبية كما نبّه بعض من اشتبك مع أفكاره. وينصبّ أحد وجوه النقد الموجه لدووركين هنا على فكرة غياب (مبدأ ما ورائي (metaprinciple) يحدد تراتبية المبادئ العامة الأخرى (Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." p. 218).
- (54) "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." pp. 206 (fn. 4), 222, and 224.
- (55) "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." p. 217.
- وفق هذه النظرة، فحتى لو اتفق على أن مبدأ قانونيًا وأخلاقيًا معيّنًا له الأولوية في قضية معينة، فإن ذلك لا يمثل (قيّدًا عمليًا) على قاضٍ لا تتوافق عقيدته مع ذلك المبدأ (Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." p. 230).
- (56) تُستخدم هذه الفكرة في حسم بعض الأمور في القانون، كتعريف شيء معين، أو الحكم على سلامة تصرفٍ ما، وغيرها من أمور. على سبيل المثال، قد يُطرح السؤال هكذا: كيف يفهم (الشخص العقلاني) هذه الإرشادات أو التعليمات؟ أو: كيف يتصرف (شخص عقلاني) في موقف كذا؟ وهكذا.
- (57) وهو الأمر الذي تحكمه قاعدة "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، وهو المبدأ الذي قيّد أحيانًا في سياق الحديث عن طاعة الحاكم ومنع الخروج عليه درءًا للفتنة.
- (58) تعامل الفقهاء المسلمون مع نصوص الشرع (أي نصوصهم القانونية) على أنها في حاجة إلى التأويل في أغلب الأحيان. والتأويل قد يأتي من النظر في نصّ واحد، وقد يأتي من مقارنة النصوص (أو حتى الأدلة غير النصية) ذات الصلة بمسألة ما. تقترب هذه النظرة مع النظريات النقدية الحديثة في القرن العشرين، التي ترفض فكرة

وضوح النصوص القانونية من حيث المبدأ، وبالتالي ثبات القانون. وتبدو أفكار (دووركين) – مرة أخرى – الأقرب إلى فهم فقهاء المسلمين لدورهم؛ فالفقيه لا يؤوّل النصوص ويوفّق بين الأدلة فحسب، بل ويسعى إلى الوصول إلى التّأويل (الأصلح) في كل مسألة ينظر فيها.

(59) وقد تميّز (دووركين) أيضًا بالقول بأن هدف التّأويل في القانون هو الوصول إلى المعنى (الأفضل) الذي يساعد على تحقّق أهداف القانون. فالتّأويل هنا ليس مجرد عملية وصفية، بل يجب أن يكون معيارياً وهادفاً أيضاً، ويطلق عليه لهذا السبب: (التّأويل الإيجابي)، أو (التّأويل الإبداعي) (constructive interpretation) (ينظر Dworkin, Ronald. "Law, Philosophy and Interpretation." *Archives for Philosophy of Law and* (Social Philosophy, vol. 80, no. 4, 1994, p. 469). ويعدّ أصحاب النظرية النقدية الحديثة هذا النوع من التّأويل (وهو لازم عندهم على أي حالٍ لارتباطه بطبيعة اللغة نفسها) نوعاً من التشريع. ومهما كان الأمر، ينسجم رأي (دووركين) في هذه القضية مع ما مارسه أغلب الفقهاء المسلمين، حتى وإن لم يصرّحوا به.

# المجلة العربية للعلوم الإدارية



جامعة الكويت  
KUWAIT UNIVERSITY

## Arab Journal of Administrative Sciences

رئيس التحرير: د. محمد نجيب المرزوق

- صدر العدد الأول في نوفمبر ١٩٩٣
- First issue, November 1993.
- علمية محكمة تعنى بنشر البحوث الأصلية في مجال العلوم الإدارية
- Refereed journal publishing original research in Administrative Sciences
- تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت ثلاثة إصدارات سنوياً (يناير - مايو - سبتمبر)
- Published by Academic Publication Council, Kuwait University, 3 issues a year (January, May & September)
- تساهم في تطوير الفكر الإداري واختبار الممارسات الإدارية وإثرائها
- Contributes to developing and enriching administrative thinking and practices
- مسجلة في قواعد البيانات العالمية
- Listed in several international databases.
- تخضع للتقييم الأكاديمي الخارجي
- Reviewed periodically by international referees for high academic standards

### الإشتراكات

الكويت: 3 دنانير للأفراد - 15 ديناراً للمؤسسات - الدول العربية: 4 دنانير للأفراد - 15 ديناراً للمؤسسات  
الدول الأجنبية: 15 دولاراً للأفراد - 60 دولاراً للمؤسسات

توجه المراسلات إلى رئيس التحرير على:

هاتف: 6421 / 4734 / 24984415 (965)

واتساب: 98596023 (965)

البريد الإلكتروني: [ajas@ku.edu.kw](mailto:ajas@ku.edu.kw)

صفحة الإنترنت: <https://journals.ku.edu.kw/ajas>

: Ajas

: @ajas\_ku

: @ajas\_ku