البحث الرابع

التكييف الفقهي للعمل بالقوانين الوضعية

إعداد الدكتور

د علاء حسين محمد

كلية الشريعة

جامعة الإنسانية- قدح دار الأمان – ماليزيا

١٤٣٣هـ-٢٠١٢م

المقدمة

لا يخفى على أحد أن المجتمعات على اختلاف انتماءاتها ودياناتها وأعراقها تسعى جميعها إلى التطور، وتسعى إلى رفع مستوى أفرادها إلى أهلى المستويات وعلى حسب إمكاناتها، ومن المعلوم أن هذا السعي إلى التطوررفع المستوى لا يكون إلا بتوفر أسبابه وانتفاء موانعه.

ومن الموانع التي تحول دون هذا التطور ورفع المستوى هو غياب القانون، حيث إنه – أعني غياب القانون – يزلزل كيان أشد المجتمعات تماسكا، فيحيلها ويفككها إلى دويلات أو إمارات ضعيفة جدا، وينخر أكثر المجتمعات تطورا، فينقلها إلى حضيض الجهل والتخلف، ويهوي بأقوى المجتمعات اقتصادا، فيجعلها تنزل إلى أشد حالات الفقر والعوز.

وما ذلك إلا بسبب الظلم الذي يسببه غياب القانون، وقد دلنا الشرع الشريف على أن الظلم لا يؤدي بصاحبه إلا إلى الهاوية، قال الله تعالى: (قال أما من ظلم نفسه فسوف نعذبه ثم يرد إلى ربه فيعذبه عذابا نكرا)[١]، وقال تعالى: (فبدل الذين ظلموا قولا غير الذي قيل لهم فأنزلنا على الذين ظلموا رجزا من السماء بما كانوا يفسقون)[٢].

وقال تعالى: (وتلك القرى أهلكناهم لما ظلموا وجعلنا لمهلكهم موعدا)[٣]، ولا فرق بين الظلم الشخصي الفردي – أي على مستوى الأفراد – أو الظلم الجماعي – أي على مستوى المجتع كله – فالظلم يهوي بالدول بل ويمحقها، وكأنْ لم تكنْ، وهذا واضح معلوم ومشاهد، وذكره لنا ربنا تبارك وتعالى ذلك في أكثر من آية، ونبهنا عليها في غير ما موضع، ودلنا على أن الظلم لا يأتي على صاحبه إلا بالشر.

وغياب القانون صورة من صور الظلم، بل أن غياب القانون هو أبرز صورة من صور الظلم، فغياب القانون ينشر الجريمة، والجريمة إذا انتشرت فسد المجتمع بل وفسدت الدولة بل يؤدي ذلك إلى انهيار الدولة بكاملها.

---

(١) سورة الكهف ٨٧.

(٢) سورة البقرة ٥٩.

(٣) سورة الكهف ٥٩.

ولما كان من غير الممكن تطبيق الشريعة الإسلامية في كل وقت وحين، لا سيما في زماننا هذا، كان لكل لنا الحق في أن نسأل سؤالا مهما وهو:

إذا لم يكن في إمكاننا تطبيق الشريعة الإسلامية، فهل يُترك الأمر هكذا من غير رادع وغير عقوبة تردع الذين تسول لهم أنفسهم الإقدام على الجريمة ؟، أو: إذا لم يكن في إمكاننا تطبيق الشريعة الإسلامية، فهل يمكن العمل ببعض القوانين الوضعية لردع الجناة عن الجناية ؟.

ومن هنا جاءت فكرة كتابة هذا البحث، فكان عنوانه:

التكييف الفقهي للعمل بالقوانين الوضعية

وقد اقتضت طبيعة البحث أن قسمته إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

أما المقدمة فقد ذكرت فيها سبب اختيار الموضوع ومنهجي فيه.

وأما المبحث الأول فقد ذكرت فيه التعريف بمفردات عنوان البحث.

وأما المبحث الثاني فقد ذكرت فيه أهمية سيادة القانون.

وأما المبحث الثالث فقد ذكرت فيه الضابط الشرعي لاعتبار مخالفة القانون الوضعي للشريعة أو (الفقه).

وأما الخاتمة فقد ذكرت فيها أهم نتائج البحث.

هذا وأرجو الله تعالى أن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يكون مقبولا وموفقا، فما كان فيه من صواب فهو من الله تعالى وحده لا شريك له، وما كان غير ذلك فهو من نفسي ومن الشيطان، وحسبي الله لا إله إلا هو عليه توكلت وهو العلي العظيم.

المبحث الأول
التعريف بمفردات عنوان البحث

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التكييف

التكييف: من الكيف والكيفية، والكيف: هو اسم مبني على الفتح، والدليل على كونه اسما دخول حرف الجر عليه، يقال: على كيف تبيع ؟، وإنما بُني لأنه شابه الحرف شبها معنويا؛ لأن معناه الاستفهام، وأصل الاستفهام الهمزة وهي حرف، وإنما بُني على الفتح طلبا للخفة وكذا - أين -، والغالب فيه أن يكون استفهاما إما حقيقيا نحو: كيف زيد، أو غيره نحو: (كيف تكفرون بالله)[١]، فإنه أخرج مخرج التعجب، وكيف لها صدر الكلام، وما له صدر الكلام لا يعمل فيه إلا حرف الجر أو المضاف، وهو سؤال تفويض لإطلاقه مثل (كيف تكفرون بالله).

وإن كان بعد كيف اسم فهو في محل الرفع على الخبرية عنه مثل: كيف زيد ؟، وإن كان بعده فعل فهو في محل النصب على الحالية نحو: كيف جاء زيد ؟، ويقع مفعولا مطلقا نحو: (كيف فعل ربك)[٢]، وقد يكون في حكم الظرف بمعنى في أي حال كقولك: كيف جئت ؟، وترد للشرط فتقتضي فعلين متفقي اللفظ والمعنى غير مجزومين نحو: كيف تصنعُ أصنعُ، وكل ما أخبر الله بلفظة كيف عن نفسه فهو استخبار على طريق التنبيه للمخاطب أو التوبيخ نحو: (كيف تكفرون بالله)، (كيف ضربوا لك الأمثال)[٣]، والكيف: عَرَض لا يقبل القسمة لذاته ولا اللاقسمة أيضا، ولا يتوقف تصوره على تصور غير ذي الألوان والكيفية قد يراد بها ما يقابل الكم والنسب وهو المعنى المشهور[٤].

وقد يراد بها معنى الصفة إذ يقال: الصفة والهيئة والعرض والكيفية على معنى واحد.

---

(١) سورة البقرة ٢٨.

(٢) سورة الفجر ٦.

(٣) سورة الفرقان ٩.

(٤) الكليات ٧٥١، ٧٥٢، ينظر: التعريفات ١٠٥، تاج العروس ٢٤/ ٣٥١، الاتقان في علوم القرآن ٤/ ٣٣٠.

والكيفية اسم لما يجاب به عن السؤال بكيف، أخذ من كيف بإلحاق ياء النسبة وتاء النقل من الوصفية إلى الاسمية بها، كما أن الكمية اسم لما يجاب به عن السؤال بكم بإلحاق ذلك أيضا، والكيفية عبارة عن الهيئات والصور والأحوال[١].

والماهية مقول في جواب ما هو بمعنى أي جنس فالماهية مقول في جواب (من هو) وأنها توجب المماثلة، ولهذا لما قال فرعون: (وما رب العالمين)[٢] ؟، أجاب سيدنا موسى عليه السلام بكل مرة بصيغة أبْيَن من أخرى حتى بهته.

والكيفية إن اختصت بذوات الأنفس تسمى كيفية نفسانية، كالعلم والحياة والصحة والمرض، وإن كانت راسخة في موضعها تسمى ملكة، وإلا تسمى حالا بالتخفيف كالكتابة فإنها في ابتدائها تكون حالا فإذا استحكمت صارت ملكة[٣].

والتكييف على ما مضى هو مصدر صناعي مولد قد أقره مجمع اللغة العربية فيما يبين طبيعة المسألة ونوع تصنيفها، وإن كان المجمع قد تناوله من الناحية القانونية إلا أنه قريب من المعنى المراد في استعمال الفقهاء المعاصرين[٤].

المطلب الثاني: تعريف الشريعة

الشريعة لغة: هي مورد الناس وكذلك الدواب من الإبل وغيرها إلى الماء الجاري، ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء، وشرعت لكم في الدين شريعة، وأشرعت بابا إلى الطريق إشراعا، وشرعت الدواب في الماء تشرع شروعا، والشريعة اسم للأحكام الجزئية التي يتهذب بها المكلف معاشا ومعادا سواء كانت منصوصة من الشارع أو راجعة إليه، والشرع كالشريعة كل فعل أو ترك مخصوص من نبي من الأنبياء صريحا أو دلالة[٥].

قال السيد الشريف الجرجاني: الشريعة هي الطريقة في الدين[٦].

---

(١) الكليات ٧٥١، ٧٥٢، ينظر: التعريفات ١٠٥.

(٢) سورة الشعراء ٢٣.

(٣) الكليات ٧٥٢.

(٤) التكييف الفقهي للأعمال المصرفية مفهومه، وأهميته، وضوابطه ١١.

(٥) المصباح المنير ١/ ٣١٠، لسان العرب ٨/ ١٧٥، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٢، الكليات ٥٢٤.

(٦) التعريفات ٧٣، ينظر: فتح القدير ٥/ ٧، تحفة الأحوذي ٩/ ٢٢٢، مرقاة المفاتيح ٥/ ١٦١.

المطلب الثالث: تعريف الفقه، والفرق بينه وبين الشريعة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الفقه.

الفقه هو العلم بالشيء والفهم له والفطنة، وفَقِه كعلم فهم، وكمنع سبق غيره بالفهم، وككرم صار الفقه له سجية.

والفقه في العرف: الوقوف على معنى خفي يتعلق به الحكم، وإليه يشير قولهم: هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد، أعني أنه تعقل وعثور يعقب الإحساس والشعور، فنقل اصطلاحا إلى ما يخص بالأحكام الشرعية والفرعية عن أدلتها التفصيلية، فخرج الاعتقاديات وهو الفقه الأكبر المسمى بعلم أصول الدين، والخلقيات المسمى بعلم الأخلاق والآداب[1].

والفقه في الاصطلاح هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبُ من الأدلة التفصيلية لتلك الأحكام[2].

فدخل فيه بالعلم جميع العلوم، وخرج بالأحكام: العلم بالذوات والصفات والأفعال.

وبالشرعية: العلم بالأحكام غير الشرعية سواء أكانت عقلية كأحكام الهندسة أم غيرها كأحكام النجوم.

وبالعملية: العلم بالأحكام الشرعية التي تتعلق ببيان الاعتقاد كمسائل الكلام، وخرج أيضا الأحكام الأخلاقية (التصوف).

وبالمكتسب: العلمُ بكون أركان الإسلام من ديننا، فإن كونها من الدين بلغ في الشهرة حدا علمه المتدين وغيره، وعلمُ الله بتلك الأحكام فإنه غير مكتسب.

وبالأدلة: علمُ الرسول صلى الله عليه وسلم بالأحكام فإنه مستفاد من الوحي على رأي، وعلمُ المقلد بها كالأحكام التي يتلقفها العوام من أفواه الفقهاء، والعلمُ بالأحكام المكتسبة من الأدلة الفقهية.

---

(١) لسان العرب ١٣/ ٥٢٢، المعجم الوسيط ٢/ ٦٩٨، تهذيب اللغة ٥/ ٢٦٣،

(٢) الحدود الأنيقة ١/ ٦٧،

وبالتفصيلية: علمُ الخلاف فإن الأدلة المذكورة فيه إجمالية[١].

الفرع الثاني: الفرق بين الفقه والشريعة.

قال الشيخ مصطفى الزرقا: الشريعة هي: نصوصُ القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله ﷺ، والسنةُ النبوية وهي أقوال الرسولﷺ وأفعاله التي هي بيان لما خفي من القرآن، وتفصيل لما أجمله القرآن، وتطبيق عملي لأوامره ونواهيه وإباحاته، باعتبار أن كل ما يصدر عن الرسول ﷺمتصلا بتفسير الشريعة وتطبيقها ليس من عند نفسه ومن رأيه الشخصي، وإنما هو بوحي من الله تعالى إليه، كما قال تعالى: (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحيٌ يُوحى)[٢].

أما الفقه: فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة، وما يستنبطونه من تلك النصوص، ويقررونه ويأصلونه، وما يقعِّدونه من القواعد المستمدة من دلالات النصوص، ولا يجوز الخلط وعدم التمييز بين مفهوم الشريعة الإسلامية ومفهوم الفقه الإسلامي؛ لأن الشريعة معصومة.

أما الفقه فهو من عمل الفقهاء في طريق فهم الشريعة وتطبيق نصوصها، وفيه يختلف فَهمُ فقيه عن فهم فقيه آخر، وفهمُ كل واحد مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب؛ لأنه غير معصوم.

وليس معنى ذلك أنه لا قيمة له، بل له قيمة عظيمة ومكانة كبيرة، ولكن المقصود أنه ليس له القدسية التي للشريعة نفسها المتمثلة بنصوصها من الكتاب والسنة الثابتة، فالفقه وهو فَهمُ الفقيه ورأيُه، ولو كان مبنياً على النص الشرعي هو قابل للمناقشة والتصويب والتخطئة، ولكن التخطئة للفقيه - إن وجدت – إنما تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى تخطئة النص الشرعي، ومن ثم اختلفت آراء الفقهاء، وردَّ بعضهم على بعض، وخطَّأ بعضهم بعضاً، ونشأت المذاهب الفقهية المختلفة.

---

(١) الكليات ٦٩٠، ينظر: التعريفات ٩٦.

(٢) سورة النجم ٣.

وقال الشيخ مصطفى الزرقا أيضا: وهناك نقطة مهمة هي محل اشتباه وينبغي تجليتها والتنبيه عليها، وهي أن الفقه الإسلامي يتضمن نوعين من الأحكام مختلفين في طبيعتهما:

النوع الأول: أحكام قررتها نصوص في الكتاب وفي السنة، وهي أحكام قطعية الثبوت والدلالة تمثل إرادة الشارع المقدس الواضحة فيما يفرضه على المكلفين نظاما للإسلام ملزماً لهم، لم يُترك لتفسيرهم وفهمهم واستنتاجاتهم، وذلك مثل أصل وجوب الصلاة والزكاة وصوم رمضان والوفاء بالعقود والجهاد بحسب الحاجة وقدر الطاقة، ونحو ذلك مما جاءت به النصوص في الكتاب والسنة المتواترة.

النوع الثاني: أحكام سكت عنها الكتاب والسنة، وتُركت لاجتهاد واستنتاج علماء الشريعة، أو جاءت بها نصوص غير قطعية الثبوت أو الدلالة، تحتمل اختلاف آراء العلماء في ثبوتها أو دلالتها، وهي محل اجتهادهم في فهمها واستنتاج الأحكام منها.

فالفقه الإسلامي ومدوناته تتضمن كلا النوعين هذين، فما قلناه عن الفرق بين الشريعة والفقه منصرف إلى هذا النوع الثاني من الأحكام الفقهية الذي هو استنتاج الفقهاء واجتهادهم في تفسير النصوص المحتملة غير قطعية الدلالة أو من أقيستهم، أو ما قرروه بطريق الاستحسان، حيث يرون سببا يقتضي الخروج عن حكم القياس، أو ما قرروه بطريق المصالح المرسلة، حيث لا نصَّ يحكم في الموضوع، وإنما قرروا فيه الحكم نتيجة للموازنة بين ما فيه من مصلحة أو ضرر بالنظر الإسلامي، ونحو ذلك من الأحكام الاجتهادية وهي أكثر ما يتضمنه فقه المذاهب.

فهذا النوع هو الذي من عمل الفقهاء واستنتاجهم، ولا يتمتع بالقدسية التي للنصوص التشريعية، أما النوع الأول فله قدسية النصوص التشريعية نفسها[١].

ثم يمكن القول أيضا: إن اهناك فرقا آخر بين الشريعة والفقه وهو: أن الشريعة أعم من الفقه حيث إن الفقه يتعلق بالأحكام العملية فحسب، أما الشريعة فهي أعم، إذ أنها تشمل الفقه وغيره من الأحكام، من علم الكلام، وعلم الأخلاق.

---

(١) http://www.nilemotors.net/Nile/3873691805-post4.html

بعد هذا كله يمكن أن نُعَرِّف التكييف الفقهي بأنه:

هو تأصيل المسائل الفقهية وتحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة[١].

وعرفه بعضهم بقوله: (تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر)٢.

وقد عرفه الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي بأنه: (تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية)[٣].

أما الأستاذ علي الخفيف فقد عرّف التكييف الفقهي بأنه: (إلحاق عقد بعقد معيّن شبيه به من العقود التي عرّفها الشارع، وعندئذ يُعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبه الفقهاء على العقد الملحق به من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط).

وعرفه الدكتور صلاح الصاوي بأنه: (ردّ العمليات المعاصرة إلى أصولها الشرعية وإدراجها تحت ما يناسبها من العقود التي تولّى الفقه الإسلامي صياغتها وتنظيم أحكامها، ليكون ذلك منطلقا للإصلاح والتقويم)٤.

وكأن التعريفين الأخيرين قد خصا التكييف الفقهي بالعقود دون غيرها.

المطلب الرابع: تعريف القانون

القانون لغةً: هو بمعنى القاعدة، فالقاعدة أو – القانون – هي كل علاقة بين أمرين بحيث إذا تحقق أحدهما تحقق الآخر بالتبعية؛ فوفقا لهذا المعنى يقال: (قانون جاذبية الأرض) للدلالة على ظاهرة سقوط أي جسم بفعل إلقائه في الفضاء، وهكذا يقال: (قانون القوة) و (قانون غليان الماء) و(قانون دوران الأرض وتعاقب الليل والنهار

(١) التكييف الفقهي للوقاع المستجدة وتطبيقاته الفقهية أ.د عثمان محمد شبير

(٢) معجم لغة الفقهاء ١٤٣.

(٣) الفتوى بين الانضباط والتسيب ٧٢، ينظر: التكييف الفقهي للأعمال المصرفية مفهومه، وأهميته، وضوابطه ١٣.

(٤) التخريج الفقهي تعريفه ومراتبه، بحث للأستاذ الدكتور عبد الله الزبير عبد الرحمن موجود على موقعه على الرابط الآتي: http://www.azubair.com/magalat/mgalat3.php#_ftn3

وتعاقب الفصول) و (قانون بقاء الطاقة) و (قانون الطلب والعرض) واستعمالات من هذا القبيل، وهذه المعاني لكلمة القانون غير مقصودة في دراسة علم القانون.

فالقانون إذن هو مقياس كل شيء، وهي كلمة معربة، أصلها سرياني، قال أبو البقاء الكفوي: كلمة سريانية بمعنى المسطرة، ثم نقل إلى القضية الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات المحكوم عليه فيها، وتسمى تلك القضية أصلا وقاعدة، وتلك الأحكام فروعا، واستخراجها من ذلك الأصل تفريعا.

وقال السيد الشريف الجرجاني:

القانون أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه، كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور[١].

القانون اصطلاحا:

تنصرف كلمة قانون لأكثر من معنى، وتحتمل تعريفات كثيرة، لكن لا يعنينا هنا إلا أن نثبت له تعريفا علميا؛ إذ أن الغاية من التعريف هي إدخال ما يصدق عليه اللفظ وإخراج ما لا يصدق عليه، وتكون وسيلة التعريف هي بيان الخصائص المميزة له عن غيره مما لا يسمى قانونا، وهو ما يذكره علماء في المنطق أن يكون الحد جامعا مانعا، أو مطردا منعكسا.

فقد عُرِّفَ القانون بأكثر من تعريف اصطلاحي:

فقيل هو: مجموعة القواعد العامة والمجردة والملزمة التي تنظم سلوك الإنسان الاجتماعي مصحوبة بجزاء على نحو المكافأة لمن ينفذها أو العقوبة لمن يخالفها من قبل السلطة العامة كفيلة باحترامها[٢].

وعُرِّفَ القانون بأنه: مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم.

---

(١) ينظر: التعريفات ٩٧، الكليات ٧٣٤.

(٢) ينظر: http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86

وعُرِّفَ بأنه: مجموعة القواعد القانونية في دولة وزمن معينين.

وعُرِّفَ بأنه: هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع والمقترنة بجزاء توقعه الدولة.

وأيضا: هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص والتي تضمن الدولة تطبيقها المستمدة من مصادر القانون.

أو هو مجموعة من اللوائح والقوانين التي وضعها الإنسان والتي تنظم حياة البشر وتيسر المعاملة بين بينهم حيث يهتم بدراسة القانون في حاضره بمعنى القانون المطبق فعلا في الدولة سواء أكان هذا القانون قانونا خاصا أم قانونا عاما[١].

وهذان التعريفان يصدقان على (القانون الوضعي)؛ نظرا لكونه موضوعا ونافذا بإرادة السلطة المهيمنة، وتمييزاً له عن الإحكام الأخرى التي ليست لها مراجع تنفيذ أو تطبيق معينة، كمبادئ الأخلاق والشرف والكرامة وما شابهها، وهذا الاستعمال يكون عند دراسة القانون المعمول به في بلد ما فيقال: (القانون العراقي) أو (القانون الماليزي) أو (القانون السوري) مثلاً، وغالباً ما يستعمل لفظ القانون في هذه الحالة مضافاً إليه لفظ (الوضعي) فيقال: (القانون الوضعي العراقي أو السوري أوالماليزي)[٢].

ولعل هذين التعريفين هما الأقرب إلى موضوع البحث.

والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق في دولة ما يقال لها: (القانون) أيضا.

وهنا ينبغي التنبيه إلى مسألة مهمة هي قول بعض المتخصصين بالقانون:

(ولا يبعد أن يكون مصطلح (المسألة الشرعية)، أو (الحكم الشرعي) – أي ما توصل إليه المجتهد حسب استنباطه – مرادفا لمعنى القانون بهذا الاعتبار من حيث الماهية).

فأقول: هذا كلام غير صحيح من أوجه:

---

(١) ينظر هذا التعريف في:

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%B6%D8%B9%D9%8A

(٢) ينظر:

http://montada.echoroukonline.com/archive/index.php/t-172762.html

الأول: قولهم: (المسألة الشرعية) قول غير دقيق يعرف هذا مَنْ كان له أدنى معرفة بتعريف الفقه، فالأولى أن يقولوا: (المسألة الفقهية)، حيث إن المسألة الشرعية قد تكون فقهية وتكون غير فقهية، فكلُ مسألةٍ فقهيةٍ شرعيةٌ، وليس كلُ مسألةٍ شرعيةٍ فقهيةً، فالفقه غير الشريعة فهو أخص منها كما مضى.

الثاني: أن المسألة الشرعية غير الحكم الشرعي، فالمسألة الشرعية المقصود بها المسألة الفقهية أو النازلة الفقهية وهي: القضية المطلوب بيانها، ومنها قول المؤلفين في كتب الفقه: وفي هذا الباب ثلاث مسائل[١]، أما الحكم الشرعي فهو: خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين إقتضاءً أو تخييرا أو وضعا[٢]، والفرق بين المعنيين كبير.

الثالث: ما يتوصل إليه المجتهد حسب اجتهاده إنما يكون خاضعا لضوابط الشرع وقواعده، وراجعا إلى الأدلة الشرعية نصية كانت أو غير نصية، عرفها من عرفها وجهلها من جهلها، أما القانون فالمرجع فيه هو الأعراف البشرية وما يتوصل إليه واضعوه حسب آرائهم البشرية، والفرق بين النتيجتين واضح، فالمجتهد في الفقه الإسلامي يُعمل نظره وفكره في استنباط حكم الله تعالى في المسألة، فهو لا يصدر حكما من نفسه وإنما هو يرى أن حكم الله تعالى في المسألة كذا.

فالقانون في مجمله هو: مجموعة من القواعد التي تحكم وتنظم سلوك الأفراد في الجماعة وتوفق بين مصالحهم ويفرض على مخالفها جزاءً توقعه السلطة العامة.

---

١ ينظر: معجم لغة الفقهاء ٤٢٥.

٢ ينظر: البحر المحيط ١/ ١٥٦، تشنيف المسامع ١/ ٤٣، شرح الكوكب المنير ١٠٤.

المبحث الثاني
أهمية سيادة القانون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الالتزام بالقانون مهما كانت صفته شرعية أو وضعية (عند غياب القانون الشرعي)

تتزايد الأهمية لترسيخ مبدأ سيادة القانون فترة بعد فترة وذلك من خلال إيجاد الأسس المتينة لبناء المجتمع والدولة، وبناء الاقتصاد، وترسيخ مبادئ الحكم العادل والصالح، كما تتزايد أهمية تفعيل النظم القانونية في جذب رؤوس الأموال الأجنبية واستقرارها، مع تزايد المنافسة على اجتذاب الاستثمار الأجنبي، ولا تقتصر أهمية النظم القانونية الفعالة على بناء اقتصاد قوي بل تمتد تلك الأهمية إلى ضمان بناء قيم العدل الراسخة، إذ تترسخ تلك القيم بمرور الزمن، وتكون متوازية مع ترسيخ مبادئ سيادة القانون وتفعيلها وبسطها على كل أقاليم الدولة، إلا إن في بعض الدول النامية لا يمكن أن تفرض سيادة القانون حيث تتسم هذه الدول بعدم خضوع الجميع للقانون على حد سواء.

وفي الوقت الحاضر تتزايد أهمية مراعاة مبدأ سيادة القانون وذلك لأجل نشر الأمن في المجتمعات، وكذلك لتحقيق النمو الاقتصادي، ولتحقيق هذا النمو الاقتصادي في كل دول العالم أصبح من الواضح والمؤكد أن تحقيق هذا الهدف يستلزم ترسيخ مبدأ سيادة القانون، وتتجه أنظار الحكومات وقطاع الأعمال في دول عديدة لاسيما الدول ذات الاقتصاديات المتحولة من اقتصاد الدولة المركزي إلى نظام اقتصاد السوق، تتجه أنظار تلك الحكومات إلى كيفية جذب الاستثمارات الأجنبية إلى البلد، وذلك لما لها من أثر الكبير ودور مهم في تحقيق النمو الاقتصادي للبلد، وهنا لابد من الإشارة إلى أن النظم القانونية القائمة في تلك الدول هي عامل رئيس من عوامل النجاح في تحقيق الأمن في المجتمع وتحقيق الهدف الاقتصادي.

فلا عجب إذن من أن فعالية النظم القانونية وسيادتها أصبحت مسألة مهمة في إرساء الأمن في المجتمعات، بل ولا تقتصر أهمية سيادة القانون على الأمن فحسب، بل تتعدى إلى حماية حقوق الملكية فبدون حماية حقوق الملكية، يظل الاقتصاد راكدا.

ثم أن مبدأ سيادة القانون يتطلب الاستجابة إلى القواعد الشعبية من خلال وسائل الاتصال اليومية بين صانع القرار والمواطنين.

وعلى هذا فأن سيادة القانون هي الخاصية الرئيسة المميزة للدولة، وهي أساس مفهوم قانوني يشير إلى القوة العليا النهائية للدولة، ولكل دولة هيئة أو جهاز ذو سيادة، لديه القوة العليا التي تمنحه حق ترجمة إدارة الدولة إلى صيغ قانونية نافذة المفعول، وهذه الهيئة ذات السيادة قد تكون شخصا أو مجموعة أشخاص، لكن إرادتها تُفرض على جميع الأفراد والمنظمات الداخلة في نطاقها كافة، وفي حالة الصراع بين الأشخاص أو المنظمات تكون هذه الهيئة صاحبة السيادة أو الحكم الذي يتدخل لإنهاء حالة الصراع، وطالما أن السيادة مرادفة للقوة المطلقة فليس هناك ثمة حدود قانونية لها، على أن الدولة تمارس سيادتها أو سلطتها العامة إما من خلال القوة أو الإجماع أو باستخدامهما معا.

ومما مضى يمكن أن نقول:

إن أفضل تعريف لسيادة القانون بأنها: (هي وسيلة ممارسة السلطة أو السيادة، طبقا لممارسات مجتمع معين على أن يكون هناك هيئة معينة تلزم تنفيذ القوانين التي يتعارف عليها المجتمع)[1].

وبصورة أشمل، سيادة القانون: هي إطار للحكم يعتمد على التطبيق المتسق والمتجانس للقواعد القانونية، وسيادة القانون تعني تنظيم السلوك البشري وتدعيم الحقوق وحل المنازعات ومعالجة المشاكل الاجتماعية.

أما طبيعة ممارسة هذه السلطة فترجع أساسا إلى بناء الدولة ومدى النضج السياسي للشعب، ففي الحكم المطلق أو الاستبدادي تميل الطبقة الحاكمة إلى استخدام القوة وتأكيد دورها، وهي قوة لا تُستمَد من إجماع الشعب أو اتفاقه.

(١) ترسيخ مبادئ سيادة القانون، جين روجرز ص ٢.

أما في الدولة الديموقراطية (العادلة) التي يتم فيها اختيار الطبقة الحاكمة بحرية عن طريق الشعب، فأننا نجد دور القوة يضعف إلى حد الكبير، فالقانون في هذه الدولة هو الذي يعبر عن الإدارة العامة للجميع، ومن ثم فأن الناس يمتثلون له طواعية، والسيادة (الاستقلال) وهي ركن مهم من أركان الدولة، وهي السلطة العليا في الدولة التي تشمل كل المواطنين وكل البلاد أي القدرة على فرض الطاعة على الجميع والامتثال للقانون، ولذلك يقال: سيادة القانون بمعنى سريانه على جميع المواطنين دون استثناء، والسيادة هي عدم الخضوع لأية سلطة أخرى على الصعيد الداخلي وعلى الصعيد الدولي، ولذلك لا توجد سلطة فوق سلطة الدولة، أما سلطات الحكومة المحلية فهي بداهة خاضعة لسيادة وسلطة الدولة.

وتستند سيادة القانون إلى ثلاث مبادئ رئيسة هي: قوة القانون، والمعاملة المتساوية أمام القانون، والامتناع عن التنفيذ الجزئي للقانون.

وهذه الخصائص هي التي أدت إلى أن تكون سيادة القانون جزءً لا يتجزأ من نظام الدولة، فسيادة القانون تتنافى مع سيادة الحاكم، أو سيادة الإنسان، بما يشمله النوع الأخير من السيادة من سلطة مطلقة يمكنه إساءة استخدامها، ويمكن أن تودي إلى فساد المسؤولين والعقاب التعسفي.

وهنا لا بد من التنبيه إلى أن السياسة، أي الإرادة السياسية للدولة لها دورها الأكبر في عملية التحول نحو سيادة القانون، حيث إن سيادة القانون تتطلب تحولا في القيم التي تحكم المؤسسات القائمة على تطبيق القانون، وتحولا في القيم الشائعة في المجتمع، تلك القيم تثبت احترام القانون واعتباره سلطة عليا، والدراية بالحقوق والامتيازات في ظل القانون، والعدل وخضوع الجميع للقانون دون تمييز، لذلك فأن الإرادة السياسية التي تبدأ بالمستويات العليا، التي تدفع نحو التغيير على مستوى القاعدة تُعد من المسائل المهمة في تفعيل عملية التحول هذه[١].

١ ترسيخ مبادئ سيادة القانون، جين روجرز ص ٢، وما بعدها.

المطلب الثاني: غياب القانون سبب لانتشار الفوضى

لا يخفى على أحد أن غياب القانون يؤدي إلى فساد وفوضى كبيرين، وينبغي هنا أن نؤكد على أن سيادة القانون هي المانع الوحيد من الاستخفاف بالقانون، وأن سيادة القانون تعتمد إلى حد كبير على احترام القانون، وأدراك قيمته، والاستعداد للالتزام به، وبدون استعداد المواطنين لتطبيق واحترام القانون، يتهاوى النظام إما في مستنقع الفساد والفوضى أو في دائرة السيطرة البوليسية التي تنفذ القانون بقبضة حديدية، أو إلى الاستخفاف به من جميع الجهات إلا من جهة المستضعفين، فهؤلاء عندئذ هم الذين يُطبق القانون عليهم دون غيرهم.

فالناظر إلى أحوال العراق مثلا يعلم علم اليقين أن السبب الأول والرئيس في انتشار الفوضى والقتل والفساد في هذا البلد إنما كان بسبب غياب القانون.

فانتشار القتل يوميا، ما كان لينتشر إلا بسبب غياب القانون، فالقاتل لو علم أنه سيلقى جزاءً – أيا كان هذا الجزاء شرعيا أو وضعيا – لما أقدم على جريمته.

وانتشار الفساد المالي في جميع مؤسسات الدولة أو أغلبها ما كان لينتشر إلا بسبب غياب القانون، فالسارق والمتلاعب والمختلس والمغتصب للأموال لو علم أنه سيلقى جزاءً – أيا كان هذا الجزاء شرعيا كان أو وضعيا – لما أقدم على جريمته.

وانتشار الفساد الإداري في جميع مؤسسات الدولة أو أغلبها ما كان لينتشر إلا بسبب غياب القانون، فالمسفد في مجال الإدارة لو علم أن هناك عقوبة – أيا كانت العقوبة شرعية كانت أو وضعية – لما أقدم على جريمته.

وكذلك الحال بالنسبة لكثير من البلدان، نجد أن السبب الرئيس لانتشار الجريمة هو غياب القانون، وعليه فأن سيادة القانون لا بد منها، بغض النظر عن القانون المطبق.

وهنا ينبغي التنبيه إلى أمر مهم وهو أننا حين نقول: إنه لا بد من سيادة قانون ما لمنع الجريمة أو للحد منها، هذا لا يعني أننا نُفضل القانون الوضعي على حكم الله تعالى وعلى حكم رسوله ﷺ، إنما المقصود من هذا أن اللجوء إلى القانون الوضعي إنما يكون عند غياب حكم الله تعالى، أو عند عدم القدرة على تطبيقه لأي سبب كان، وكما قيل: ما لا يدركه كله لا يترك جله.

وقريب من هذا ما نجده في كثير من الأحكام الفقهية فنجدها تنتقل من واجب إلى واجب أخف منه عند عدم القدرة على أداء الواجب الأصلي، ونجدها تنتقل من حكم إلى حكم مراعاة للمصلحة أو دورانا مع العلة، فعلى سبيل المثال: لو أن إنسانا لم يستطع الجهاد بماله أو نفسه، فهذا يمكنه أن يجاهد بكلمته أو قلمه أو حتى دعائه، ولا يمكن أن أترك الجهاد كله بحجة عدم المقدرة عليه بالمال أو النفس.

وكذلك من وجبت عليه الصلاة ففرض عليه أن يؤديها قائما، فإن عجز عن ذلك صلى قاعدا، فإن عجز عن ذلك صلى مضطجعا، وهكذا.

وقد يعترض معترض بقوله: إن هذه الأمثلة على انتقال المسلم من واجب إلى آخر إنما جاء بنص الشارع المقدس، وما نحن فيه من تحكيم القانون الوضعي بدلا من الشريعة يختلف اختلافا كبيرا.

أقول: إن الأمثلة التي ذكرتها إنما قصدت بها بيان الانتقال من أمر إلى آخر عند الضرورة فحسب.

المبحث الثالث

الضابط الشرعي لاعتبار مخالفة القانون الوضعي للشريعة أو (الفقه)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضابط الشرعي لجعل القانون الوضعي مخالفا للشريعة

هذه قضية قد تتخلف فيها أقوال الناس، فمن الناس من يجعل جزئية ما مخالفة للشرع، بينما يجعلها غيره موافقة للشرع، وهنا لا بد من وضع ضابط لهذه المسألة، فأقول:

الأحكام الشرعية منها ما قطعي لا خلاف فيه بين العلماء، ومنها ما هو ظني وقد اختلف العلماء فيه قديما وحديثا.

أما الأحكام القطعية التي لا خلاف فيها بين الفقهاء فهذه لا مجال للاجتهاد فيها ولا مجال لتغييرها، وهذه – كما هو معروف – كعدد ركعات الصلوات الفرض، وفرض صيام رمضان، وحرمة الخمر، وحرمة الربا، وحرمة الزنا، ونحو هذا من الأحكام القطعية، فهذه لا يمكن نقضها أبدا مهما تغيرت الظروف والأحوال، فلا يمكن لأيٍّ كان أن يُحدِث فيها شيئا، ولا أن يبدل منها حكما، ولا يجوز لأحد أن يقول: المصلحة اقتضت الآن أن نغض الطرف عن الربا فهو مباح اليوم بحجة تغير الأعراف والظروف، أو بأية حجة أخرى مهما كانت، ولا يمكن لأحد أن يقول: يمكن أن تباح الخمر الآن بسبب كثرة المتعاطين لها – مثلا –، وهنا أقول: ما جاء من نصوص قانونية تخالف هذه الأحكام فلا عبرة بها، ولا يمكن أن نحاول إيجاد مبرر لها فضلا عن إيجاد تكييف فقهي لهذه النصوص القانونية.

أما الأحكام الظنية فهذه قد يحدث فيها الاجتهاد والتغيير تبعا لوجود علة الحكم من عدمه، وهذه الأحكام قد تأتي نصوص قانونية وضعية تخالفها، وهنا لسائل أن يسأل: هل يجوز العمل بهذه النصوص القانونية المخالفة للأحكام الظنية ؟، ومتى نستطيع القول: إن هذا النص القانوني مخالف للحكم الشرعي الظني ؟.

هذا الأمر يأخذنا إلى قضية أصولية في مباحث الإجماع، وهي: إذا أجمع أهل عصر على قولين، فهل يجوز لمن بعدهم إحداث قول ثالث ؟.

في هذه المسألة ثلاثة مذاهب: الراجح منها هو المنع مطلقا.

قال الإمام الزركشي: وهو كاتفاقهم على أن لا قول سوى هذين القولين، قال الأستاذ أبو منصور: وهو قول الجمهور، وقال إلكيا الهراسي: إنه الصحيح، وبه الفتوى، وقال ابن برهان: إنه مذهبنا، وجزم به القفال الشاشي في كتابه، والقاضي أبو الطيب، وكذا الروياني، والصيرفي، ولم يحكيا مقابله إلا عن بعض المتكلمين، قال الصيرفي: وقد رأيته موجودا في فتيا بعض الفقهاء من المتأخرين، وكذلك ابن القطان، لم يحك مقابله إلا عن داود[1].

وأيضا ينبغي هنا أن نتنبه إلى أن قضية مهمة وهي: قد تكون النصوص القانونية راعت مصلحة معتبرة شرعا، وهذه المصلحة قد تخفى على بعض الفقهاء، فيجعل هذا النص مخالفا للحكم الشرعي الظني.

فإذا كان النص القانوني قد راعى مصلحة معتبرة شرعا فلا يمكن أن نجعل هذا النص مخالفا للحكم الشرعي، فالعبرة في كثير من أقوال الفقهاء والأحكام الشرعية الظنية هي المصلحة الشرعية، فقد تكون هذه المصلحة موجودة في النص القانوني.

وكذلك ينبغي هنا مراعاةُ وجودِ قولٍ لفقيهٍ أو قولٍ في مذهبٍ ما، وكان القانونُ الوضعيُ موافقا لقولِ هذا الفقيهِ أو لقولٍ في المذهب، فهذا - والله أعلم - لا يُعد مخالفةً للشريعة، ذلك أن قول الفقه إنما استند إلى دليل شرعي، وإن كان هذا القول عند الفقهاء يُعد شاذا عند الفقهاء.

وقد أخذ بمثل هذا القانون العراقي في الوصية الواجبة لغير الوارثين، فقد ورّث أبناء الابن من جدهم وإن كان الأب قد توفي قبل الجد، فأن جماهير الفقهاء ذهبوا إلى عدم توريث أبناء الأبناء من جدهم وإن كنا الأب توفي قبل الجد، إلا ما ذهب إليه الإمام ابن حزم من إيجابه الوصية على المتوفى لغير الوارث، وهنا ورّث القانون العراقي أبناء الأبناء من جدهم بناءً على الوصية الواجبة[2].

---

(١) البحر المحيط ٦/ ٥١٧، ٥١٨، كشف الأشرار ٣/ ٣٦، شرح الكوكب المنير ٢٣٨، حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/ ٢٣٣، ينظر: أصول الأحكام د. حمد عبيد الكبيسي ٩٨.

٢ المحلى ٨/ ٣٥١.

وهنا لا مانع من هذا التوريث ما دام هناك قول لفقيه محفوظ عنه، فلا يُعدُّ هذا القانون من القوانين المخالفة للشريعة.

ولو نظرنا إلى كثير من النصوص القانونية نجدها وإن كانت مخالفة لراي جمهور الفقهاء إلا أنها قد تكون موافقة لقول فقيه من الفقهاء أو موافقة لقولٍ في مذهب من المذاهب.

المطلب الثاني: بعض جزئيات القانون الوضعي الموافقة لحكم الشريعة

قبل الكلام على جزئيات القانون الوضعي الموافقة للشريعة أود القول إن كثيرا من الناس، بل حتى المتخصصين بالشريعة الإسلامية نجدهم يرفضون القوانين الوضعية جملة وتفصيلا، ويحكمون عليها – قطعا – بالضلال أحيانا، بل بالكفر أحيانا أخرى، دون النظر إلى أي أمر آخر متعلق بها، ودون النظر إلى ما يتعلق بأسباب هذه التشريعات القانونية.

ولعل هذا فيه قصور نظر، إذ لا يمكن أن يكون الحكم على جميع القوانين الوضعية بهذا الحكم القطعي الذي يجعلها ما بين الضلال والكفر، وهؤلاء يساوون بين القوانين الوضعية التي لا تعارض الشريعة، وبين القوانين الوضعية التي تعارض الشريعة، ولا يخفى أن الأحكام الشريعة تدور مع العلة وجودا وعدما.

بعد هذا أقول: إن المتتبع للقوانين الوضعية يجد كثيرا منها لا تخالف الشريعة أو أقوال الفقهاء، ولا علاقة لها بهذا الأمر أصلا، كما هي الحال بالنسبة لكثير من القوانين، كقوانين تنظيم المرور، والقواعد التي تضبط هذا الأمر، والعقوبات التي تجب على المخالف لهذه القواعد المرورية، كمن يسير بالاتجاه المعاكس، أو الذي يقود السيارة بدون رخصة قيادة، أو الذي لا يلتزم بالإشارات الضوئية، أو الذي يتجاوز السرعة المحددة، فكل العقوبات التي نص عليها القانون عند مخالفة هذه القواعد ليست مخالفة للشريعة أبدا، وما هي إلا لتنظيم وتأمين عملية سير المركبات في الشارع، ولأجل المحافظة على أرواح وممتلكات الناس.

بل الأقرب أن الاتزام بهذه القوانين والقواعد المرورية قد يكون واجبا شرعيا؛ لأن هذه القوانين والقواعد قد وُضِعت لأجل الحفاظ على سلامة أرواح الناس

وممتلكاتهم، فالمخالف لها قد يدخل في دائرة الإثم - والله تعالى أعلم – خصوصا مخالفة القوانين التي تتعلق بالاتزام بالسرعة، أو الالتزام بالإشارات الضوئية، وما شاكلها.

وكذلك الحال بالنسبة للقوانين التي تُنظم الإجراءات الإدارية في دوائر الدولة ومؤسساتها، كإجراءات تقديم الطلبات لأي أمر من الأمور، أو إجراءات تعيين الموظفين، أو تنظيم إجراءات الترقية في السلم الوظيفي، فهذه كلها ليست مخالفة للشريعة.

فمثل هذه القوانين لا تعد مخالفة للشريعة أصلا.

وكذلك الحال بالنسبة للقوانين التي تتعلق بالأحوال الشخصية، فغالب قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي إنما هي مأخوذة من الشريعة الإسلامية، أعني من نصوص القرآن الكريم أو السنة الشريفة، أو نجدها مأخوذة من أقوال الفقهاء، وهذا لا إشكال فيه ايضا؛ لأن الفقهاء لا يقولون قولا إلا بدليل، لكن قد يظهر الدليل لبعض وقد يخفى على بعض.

المطلب الثالث: بعض جزئيات القانون الوضعي المخالفة لحكم الشريعة

على خلاف ما مضى في المطلب الثاني من هذا المبحث نجد بعض القوانين الوضعية تخالف أحكام الشريعة جملا وتفصيلا، وهنا تكمن المشكلة، فنذكر على سبيل المثال بعض الجرائم وعقوباتها:

١- جريمة القتل العمد:

فأننا نجد عقوبتها في الشريعة الإسلامية هي القصاص بعينه على مذهب الإمام أبي حنيفة، والإمام مالك، والقصاص أو الدية على مذهب الإمام الشافعي، والإمام أحمد، وعلى المذهبين فإن ولي الدم إذا أراد القصاص فهذا حق له كفلته له الشريعة[١]، بينما نجد عقوبة جريمة القتل - في بعض الحالات - في القانون العراقي والماليزي – مثلا - السجن لمدة معينة، ولا يخفى ما في هذه القانون من ظلم كبير على الجاني،

(١) بدائع الصنائع ١/ ٢٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٣٩، مغني المحتاج ٤/ ٤٨، كشاف القناع ٥/ ٥٤٣ وما بعدها، ينظر: الموسوعة الفقهية ٣٢/ ٣٤٢.

والمجني عليه على حد سواء، فالظلم على المجني عليه بعدم قتل قاتله، والظلم على الجاني بسجنه لمدة عشر سنوات أو عشرين سنة لجريمة لم يعاقب الله تعالى عليها بهذه العقوبة الجائرة.

وكذلك لا يخفى على أحد أنه مخالف للحكم الشرعي، لكن لسائل أي يسأل: إذا لم نقدر على تطبيق القصاص فهل نترك هذه الجرائم بدون عقوبات ؟.

قد يكون الجواب: أن هذا القانون لا يجوز الالتزام به أصلا؛ بحجة أن هذا مخالف لحكم شرعي قطعي لا مجال للاجتهاد فيه.

وهذا الجواب له وجه باعتبار هذه المخالفة لحكم قطعي.

وقد يكون الجواب: أن هذا القانون لا يجوز الحكم به على سبيل الرضا به والتسليم له، وإنما يجوز الحكم على سبيل الضرورة حيث انتفى وجود العقوبة الشرعية لهذه الجريمة، ولا يمكن ترك القتلة يفعلون ما يريدون بدون رادع لهم وعقوبة، فكما هو معلوم أن من أسباب تشريع العقوبة في الشريعة الإسلامية هو ردع الناس عن ارتكاب الجرائم.

وهذا الجواب له وجه أيضا باعتبار ردع الناس عن ارتكاب هذه الجريمة.

والذي يبدو أن مخالفة الأصل في مخافلة الشرع الشريف أمر محرم وغير مقبول البتة، ولا يجوز طاعته أبدا إلا في بعض الحالات الخاصة جدا، أو في الظروف الخاصة جدا، كانتشار القتل في بلد ما، أو استخفاف الناس بأرواح بعضهم، أو تهاون بعض المجرمين في ارتكاب هذه الجريمة بحيث تصبح عادة له يستسيغها في كل وقت وظرف، فعندئذ يمكن العلم بهذه القوانين الوضعية لمنع انتشار هذه الجريمة ومنع الناس من قتل بعضهم البعض، وذلك مراعاة للمصلحة الشرعية المعتبرة في المحافظة على النفس التي هي من الضروريات الخمس.

٢- جريمة الاغتصاب:

نجد عقوبته في القانون الماليزي - مثلا - السجن لمدة عشرين سنة، ويضاف إليها الجلد.

ونجد قانون العفوبات العراقي في المادة ٣٩٣ نص على أن مرتكب جريمة الاغتصاب يعاقب بالسجن مدى الحياة[١].

بينما نص قانون العقوبات المصري في المادة ٢٦٧ على ما يأتي:

مَنْ واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتوليين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب

بالسجن المؤبد.

والإغتصاب هو: اتصال الرجل جنسيا بالمرأة كرها عنها.

وينبغي هنا بيان أركان جريمة الإغتصاب:

فالاغتصاب حتى يتحقق قانونا يتطلب وجود ركنين، ركن مادي وركن معنوي

لتكوين الجريمة وانزال العقاب على المتهم الجاني.

أولا: الركن المادي ويشتمل هذا الركن المادي على عنصرين يساند كل منهما الآخر، فإذا انتفى أحدهما لم تقم العقوبة، وهذان العنصران هما الوقاع وعدم الرضا. ثانيا: الركن المعنوى وهو القصد الجنائي.

القصد الجنائي الذي اشترطه المشرع للتأثيم على هذا الجرم هو القصد الجنائي العام الذي يتحقق بمجرد علم الجاني بأن إرادت قد انصرفت إلى إحداث اتصال جنسي تام مع امرأة، ولم يتم له ذلك إلا إذا كانت مكرهة على هذا الفعل، وأنها لم تكن لتقبل أو

(١) الوقائع العراقية رقم العدد: ٣٩٨٠.

أنها ستمتنع عن هذا الإتصال لو كانت في حالة طبيعية غير مسلوبة الإرادة أو مكرهة عليه[١].

والذي يبدو أن مرتكب جريمة الاغتصاب قد فعل جريمتين في وقت واحد، الجريمة الأولى هي الزنا، وذلك أن تعريف هو: وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته، وعرفه آخرون: بأنه وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه بلا شبهة تعمدا، وعرفه آخرون بأنه: إيلاج حشفة أو قدرها في فرج محرم لعينه مشتهى طبعا بلا شبهة، وعرفه آخرون: بأنه فعل الفاحشة في قبل أو في دبر[٢].

وعلى كل التعريفات فأنها تشمل المغتصب، حيث أننا لا نجد اشتراط رضا المجني عليها كي يطلق على الجريمة اسم الزنا.

وكذلك فأن مرتكب جريمة الاغتصاب قد فعل جريمة أخرى هي الاعتداء بغير حق على امرأة في عرضها، وهذا متروكة عقوبته إلى الحاكم.

وبناءً على هذا فأن مرتكب جريمة الاغتصاب قد استحق عقوبتين اثنتين، الأولى عقوبة الزنا، والثانية عقوبة الاعتداء.

لكننا نجد القانون لا يعاقب الجاني هنا بعقوبة الزنا، وإنما يعاقبه على الاعتداء فقط.وإلا فجريمة الزنا في كل القوانين الوضعية لا تُعد جريمة ما دام الطرفان راضيين بهذه الجريمة.

والذي يبدو أن هذا القانون وإن أغفل معاقبة الجاني على جريمة الزنا إلا أنه جعل عليه عقوبة الاعتداء على المجني عليها في عرضهان والعقوبة التي وضعها القانون المصري راجعة إلى الحاكم وهو الذي يقدر مدة السجن.

---

(١) قانون العقوبات المصري المادة ٢٦٧.

٢ شرح فتح القدير ٥/ ٣١، حاشية ابن عابدين ٣/ ١٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣١، مطالب أولي النهى ٦/ ١٧٢، ينظر: الموسوعة الفقهية ٢٤/ ١٨.

٣- جريمة السرقة:

عقوبتها في القانون الجزائري - مثلا - السجن والغرامة المالية.

فقد نصت المادة ٣٥٠ من قانون العقوبات الجزائري على أن السرقة نوعان بسيطة وعقوبتها هي السجن من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من ١٠٠٠٠٠ دينار جزائري إلى ٥٠٠٠٠٠ دينار جزائري، وإلى سرقة موصوفة وهي السرقة التي يرتكبها السارق مع استعمال العنف أو التهديد، وعقوبتها السجن من سنتين إلى عشر سنوات، وبغرامة مالية من ٢٠٠٠٠٠ دينار جزائري إلى ١٠٠٠٠٠٠ دينار جزائري[١].

وهذا واضح في مخالفته للنصوص الشرعية القطعية والظنية في قطع يد السارق، والعقوبة التي قدرها القانون الجزائري هنا عقوبة غير مناسبة لهذه الجريمة بالمرة، فلا تَناسُبَ بين أخذ مال الغير وبين السجن أو الغرامة المالية، والغرامة قد تكون أكثر من المال الذي سرقه وقد تكون أقل، وفي هذا من الظلم ما لا يخفى، على أن الله تعالى حين قال: (والسارق والسارقة فاقطعوا أيدهما)[٢] فهو جل جلاله أعلم بحال المجرم وهو جل جلاله أعلم بما يناسبه من عقوبة.

٤- جريمة قطع الطريق:

وهي: البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب على سبيل المجاهرة مكابرة، اعتمادا على القوة مع البعد عن الغوث[٣].

بل جعل بعضُ الفقهاء كالمالكية هذه الجريمة ممكنة الوقوع ولو داخل المدينة، حيث قالوا: من كابر رجلا على ماله بسلاح أو غيره في زقاق أو دخل على حريمه في المصر حكم عليه بحكم الحرابة[٤].

وهذه الجريمة قد جعل الله تعالى عقوبتها كما في الآية: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يُقتلوا أو يُصَلبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من

---

(١) قانون العقوبات الجزائري المادة ٣٥٠.

(٢) سورة المائدة ٣٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٩٠، المغني ٨/ ٢٨٧، روض الطالب ٤/ ١٥٤، الموسوعة الفقهية ١٧/ ١٥٣.

(٤) المدونة ٦/ ٣٠٣، جواهر الاكليل ٢/ ٢٩٤، ينظر: الموسوعة الفقهية ١٧/ ١٥٣.

خلاف أو يُنفوا من الأرض ذلك لهم خزيٌ في الدنيا ولهم في الآخرة عذابٌ عظيمٌ)[١].

بينما نجد عقوبة هذه الجريمة في القانون الماليزي – مثلا – السجن والجلد.

ولعل هذه العقوبة، أعني السجن ربما يكون لها شبه مع قول الإمام أبي حنيفة حيث قال: نفيه حبسه حتى تظهر توبته أو يموت[٢].

لكن الاختلاف بين النص القانوني هنا وقول الإمام أبي حنيفة هو مدة السجن، وواضح تقدير الإمام أبي حنيفة لمدة السجن بالتوبة أو عند عدمها بالموت، بينما نجد عقوبة السجن في القانون الماليزي محددة بين مدة أصغرية ومدة أكبرية، والحاكم يقدر هذه المدة.

بعد هذا أقول: لقد عجز القانون الوضعي بكل عقوباته وبكل وسائله عن ردع الجناة والمجرمين، بل أصبحوا كلما قضوا فترة العقوبة في السجن يخرجون منه أقوى مما كانوا وكأنهم قد دخلوا مركزا للتدريب على جرائم أشد وأقوى، وأصبحوا متمرسين في التفلت من القانون وذلك بالاستفادة من الخبرة الإجرامية لكثير ممن هم داخل السجن، ولم يشكل السجن لعتاة المجرمين مشكلة أبدا، حتى أننا نجد كثيرا منهم يسير أموره ويدير تجارته وهو داخل السجن.

والذي يبدو لكل منصف أن الحل في الحد من الجرائم هو الرجوع إلى ما شرعه الله تعالى، وذلك من خلال توفير الحياة الكريمة في كل المجالات لجميع الناس بغض النظر عن دينهم وعرقهم ما دام مواطنا في الدولة، وإزالة كل الأسباب التي تدعو وتساعد الإنسان على فعل الجريمة.

ثم الرجوع إلى السبب الرئيس من تشريع العقوبة في الشريعة الإسلامية، وهو ردع الجاني عن ارتكاب الجريمة، وهذا الردع لا يتحقق إلا من خلال إعلان العقوبة، كما قال تعالى في عقوبة الزاني والزانية: (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين)[٣]، لا أن تكون العقوبة في غرفة من غرف السجن، فأي ردع يحصل عند إعلان الجريمة في الصحف والمجلات والتلفزيون ووسائل الإعلام الفضائية، ثم إذا جئنا إلى العقوبة أسررنا بها وأخفيناها ؟!.

---

(١) سورة المائدة ٣٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٢١٢، ينظر: الموسوعة الفقهية ١٧/ ١٦١.

(٣) سورة النور ٢.

الخاتمة

بعد هذه العجالة أقول:

١. يقصد بالشريعة النصوص الشرعية المقدسة، سواء أكانت من القرآن الكريم أو السنة المشرفة، والفقه هو أقوال وآراء الفقهاء، الشريعة أعم من الفقه.

٢. سيادة القانون واحترامه من الجميع، وتطبيقه على الجميع من أهم الأمور التي تنشر الأمن والاستقرار في أي مجتمع.

٣. غياب القانون السبب الرئيس في نشر الفوضى والفساد في بين الناس، لذا يجب على الجميع لا سيما الدولة إرساء مفهوم احترام القانون ونشر هذا المفهوم بين الناس، ودعمه وتثقيف المواطنين بهذا الاتجاه.

٤. لأجل فهم مخالفة القانون الوضعي للشريعة الإسلامية، لا بد من ضابط لتحديد المخالفة من عدمها، وهذا يرجع إلى نوع الأحكام الفقهية التي تعارضها القوانين الوضعية، فهناك أحكام علمت من الدين بالضرورة، وهناك أحكام قطعية لا تجوز مخالفتها، وهذان النوعان لا تجوز مخالفتهما أبدا، وهناك أحكام فقهية ظنية، وهذه محل النظر في البحث.

٥. هناك الكثير من القوانين الوضعية لا تعارض بينها وبين الأحكام الشرعية، كقانون تنظيم المرور.

٦. هناك نصوص قانونية تعارض الأحكام الشرعية جملة وتفصيلا، وهذه النصوص لا يجوز القبول بها على وجه الرضا والتسليم لها، وإنما يمكن العلم ببعضها من باب ارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما.

المصادر

القرآن الكريم.

الاتقان في علوم القرآن. تأليف: الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الفكر – لبنان – ١٤١٦هـ– ١٩٩٦م، الطبعة الأولى، تحقيق: سعيد المندوب.

أصول الأحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي. تأليف: الأستاذ الدكتور حمد عبيد الكبيسي رحمه الله تعالى، دار السلام، دمشق –، ٢٠٠٩، الطبعة الأولى.

البحر المحيط في أصول الفقه. تأليف: الإمام بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، دار الكتبي.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تأليف: الإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي – بيروت – ١٩٨٢، الطبعة الثانية.

تاج العروس من جواهر القاموس. تأليف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين.

تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي. تأليف: محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

التخريج الفقهي تعريفه ومراتبه. بحث للأستاذ الدكتور عبد الله الزبير عبد الرحمن، موجود على موقعه على الرابط الآتي:
http://www.azubair.com/magalat/mgalat3.php#_ftn37

ترسيخ مبادئ سيادة القانون. تأليف: جين روجرز، مركز المشروعات الدولية الخاصة.

تشنيف المسامع بشرح جمع الجوامع. تأليف: الإمام بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، دارالكتب العلمية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠، الطبعة الأولى.

التعريفات. تأليف: الإمام أبي الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف ، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٦.

التكييف الفقهي للأعمال المصرفية مفهومه، وأهميته، وضوابطه. تأليف: الدكتور مسفر بن علي القحطاني، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دبي / من ٣١ مايو إلى ٣ يونيو ٢٠٠٩م.

التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية.تأليف: الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير، دار القلم بدمشق، ١٤٢٥ هـ، الطبعة الأولى.
تهذيب اللغة. تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، دار إحياء التراث العربي – بيروت – ٢٠٠١م، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد عوض مرعب.
جواهر الاكليل شرح مختصر سيدي خليل. تأليف: صالح عبد السميع الآبي الأزهري.
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. تأليف: الإمام محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر – بيروت، تحقيق: محمد عليش.
حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. تأليف: الإمام خاتمة المحققين محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر – بيروت – ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م.
حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع. تأليف: حسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية.
الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة. تأليف: الشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الفكر المعاصر – بيروت – ١٤١١، الطبعة الأولى، تحقيق: د. مازن المبارك.
أسنى المطالب شرح روض الطالب. تأليف: الشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري.
شرح فتح القدير. تأليف: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر – بيروت، الطبعة الثانية.
شرح الكوكب المنير. تأليف: الإمام أبي البقاء تقي الدين القتوحي، مطبعة السنة المحمدية.
فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. تأليف: الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار النشر: دار الفكر – بيروت.

الفتوى بين الانضباط والتسيب. تأليف. الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي، مطبعة دار الصحوة للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٨٨،
قانون العقوبات الجزائري.
قانون العقوبات المصري.
كشاف القناع عن متن الإقناع. تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.
كشف الأشرار شرح أصول البزدوي. تأليف: الإمام عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، دار الكتاب الإسلامي.
الكليات. تأليف: الإمام أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، الطبعة الثانية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري.
لسان العرب. تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى.
المحلى. تأليف: الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الآفاق الجديدة - بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.
المدونة. تأليف: القاضي سحنون بن سعيد التنوخي، وهي ما رواه عن الإمام مالك بن أنس، دار صادر – بيروت.
مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح. تأليف: الإمام علي بن سلطان محمد المعروف بملا علي القاري.دار الكتب العلمية - لبنان- بيروت - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، الطبعة الأولى، تحقيق: جمال عيتاني.
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي. تأليف: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت.
مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. تأليف: مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي - دمشق - ١٩٦١م.

معجم لغة الفقهاء. تأليف: الأستاذ الدكتور محمد رواس قلعجي، الدكتور حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٥، الطبعة الأولى.
معجم مقاييس اللغة. تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الجيل - بيروت - لبنان - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، الطبعة الثانية، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
المعجم الوسيط. تأليف: إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.
المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. تأليف: الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة الأولى.
مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. تأليف: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر – بيروت.
الموسوعة الفقهية الكويتية. تأليف: وزارة الأوقاف الكويتية.
الوقائع العراقية. جريدة رسمية تصدر فيها القوانين العراقية.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	
المبحث الأول: التعريف بمفردات عنوان البحث	
المطلب الأول: تعريف التكييف	
المطلب الثاني: تعريف الشريعة	
المطلب الثالث: تعريف الفقه، والفرق بينه وبين الشريعة.	
المطلب الرابع: تعريف القانون.	
المبحث الثاني: أهمية سيادة القانون .	
المطلب الأول: الالتزام بالقانون مهما كانت صفته، شرعيةً أو وضعيةً (عند غياب القانون الشرعي).	
المطلب الثاني: غياب القانون سبب لانتشار الفوضى	
المبحث الثالث: الضابط الشرعي لاعتبار مخالفة القانون الوضعي للشريعة أو (الفقه)	
المطلب الأول: الضابط الشرعي لجعل القانون الوضعي مخالفا للشريعة	
المطلب الثاني: بعض جزئيات القانون الوضعي الموافقة لحكم الشريعة	
المطلب الثالث: بعض جزئيات القانون الوضعي المخالفة لحكم الشريعة	
الخاتمة.	
المصادر.	
الفهرس.	