

## مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون

أ. فيصل بن سعيد تليلاني

جامعة الأمير عبد القادر

### توطئة

إذا كان علم أصول الفقه الإسلامي، هو عبارة عن القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية، أو هو معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها وحال الاستفادة، فإن اقرب علم إلى أصول الفقه، هو علم أصول القانون. هذا من حيث الموضوع. أما من حيث المنهج، فهناك فرق شاسع بين أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون الوضعي، يقول الأستاذان عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت في كتابهما أصول القانون أو المدخل لدراسات القانون: "ولكن فقهاء الشريعة امتازوا على الرومان، وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون بوضع علم اقرب ما يكون لعلم أصول القانون. هو علم أصول الفقه، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية، وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذا المصدر، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي على أي فقه آخر"<sup>2</sup>. ولكي لا يكون هذا التفرق وهذا الامتياز لأصول الفقه الإسلامي على أصول القانون الوضعي دعوى بدون دليل سنقوم بإجراء المقارنة الآتية بين هذين العلمين حسب الخطة الآتية:

1 - الفتوح محمد بن أحمد المعروف بابن النجار (ت 972هـ): شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير (1413هـ - 1993م) - مكتبة العيكان - الرياض - 44/1.  
2 - محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه - (1411هـ - 1991م) منشأة المعارف بالإسكندرية - ص. 9.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون ..... أ. فيصل بن سعيد تلياني

أولاً: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية

ثانياً: أدلة الحكم الشرعي ومصادر القاعدة القانونية

ثالثاً: الاجتهاد في استنباط الأحكام بين الشريعة والقانون

أولاً: الحكم الشرعي وأقسامه

تعريفه: عرفه بعض الأصوليين، بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو

التخيير أو الوضع<sup>1</sup>.

أقسامه

إن الحكم إذا اشتمل على اقتضاء أو تخيير سمي حكماً تكليفاً، وإذا اشتمل على ربط بين أمرين سمي حكماً وضعياً. فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل أو الكف عن فعل أو التخييري بين الفعل والترك. والحكم الوضعي هو ربط الشارع بين أمرين مما يتعلق بأفعال المكلفين. بأن جعل أحدهما: سبباً أو شرطاً أو مانعاً.

أقسام الحكم التكليفي

ينقسم الحكم التكليفي عند الجمهور<sup>2</sup>. إلى خمسة أقسام هي:

- الواجب: وهو ما طلب الشارع من المكلف فعله طلباً حتماً
- المندوب: وهو ما طلب الشارع من المكلف فعله طلباً غير حتم
- الحرام: وهو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام
- المكروه: وهو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام

1 - ابن الحاجب الإمام جمال الدين أبو عمر وعثمان بن عمرو (ت 571): منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل - ط1 (1405 هـ - 1991م) منشأة المعارف بإسكندرية - ص9.

2 - ومخالف الحنفية فقسّموا الحكم التكليفي إلى سبعة أقسام هي: الفرض، الواجب، الحرام، المكروه تحريماً، المكروه تنزيهاً، المندوب، المباح

- المباح: وهو ما خیر الشارع المكلف بين فعله وتركه<sup>1</sup>.

أقسام الحكم الوضعي

ينقسم الحكم الوضعي إلى خمسة أقسام هي:

- السبب: وهو وصف ظاهرة منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي ومن

أمثلة جعل النصاب سبباً في وجوب الزكاة، والزوال سبباً في وجوب الصلاة، والسرقه سبباً في

وجوب القطع<sup>2</sup>.

- الشرط: هو الوصف الظاهرة المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم. أو هو ما يتوقف

وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدم الحكم. ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه.

وذلك مثل: الطهارة. فالصلاة متوقفة على الطهارة. وبدون طهارة لا توجد الصلاة. ولكن يمكن

أن توجد الطهارة ولا يستلزم ذلك وجود الصلاة. ويمكن ألا يوجد الشرط وهو الطهارة ولا يستلزم

ذلك أن لا توجد الصلاة<sup>3</sup>.

- المانع: وهو ما جعله الشارع حائلاً دون تحقيق السبب أو الحكم مثل: الدّين فإنه مانع من

تحقيق ملك النصاب، وهو السبب وجوب الزكاة. ومثل اختلاف الدّين فإنه يمنع التوارث. فإن

اختلاف الدين يمنع الحكم بالتوارث مع قيام سببه وهو القرابة<sup>4</sup>.

1 - سلقيني الدكتور إبراهيم محمد: المسير في أصول الفقه الإسلامي - ط1 (1411هـ - 1991م) دار

الفكر المعاصر، بيروت لبنان، دار الفكر دمشق سورية - ص222

2 - محمد زكي عبد البر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية - ط1 (1420 هـ - 1978م) دار القلم

الكويت - ص31.

3 - المرجع نفسه: ص36-37.

4 - خلاف عبد الوهاب: علم أصول الفقه - ط12 (1398هـ - 1978م) دار القلم الكويت - ص

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون..... أ. فيصل بن سعيد تلياني

**- الصحة والبطلان:** أ - الصحة: الصحة في العبادة يراد بها عند الفقهاء كون الفعل مسقطا للقضاء أي الإتيان بالعبادة على شكل يقضي بعدم المطالبة بها مرة ثانية، فإن جاءت مستوفية لأركانها وشروطها اجزأت وبرئت بها الذمة.

وفي عقود العقود المعاملات: يراد بالصحة كون العقد سببا لترتيب آثاره عليه ذمة المكلف بالواجب. بل يبقى مكلفا بإعادته (كالصلاة بدون طهارة)

ويلاحظ أن مصطلح الفساد عند الجمهور مرادف للبطلان، وعند الحنفية هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، أي إن الاختلاف لم يكن في ناحية جوهرية من العقد، وذلك كالبيع بثمن غير معلوم. وهذه التفرقة بين الباطل والفاقد عند الحنفية محلها عقود المعاملات. أما العبادات فإنهم لا يفرقون بين الفاسد والباطل كالجمهور<sup>1</sup>

**- العزيمة والرخصة:**

**والعزيمة:** هي ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً. لتكون قواعد عامة لجميع المكلفين في جميع الأحوال كالصلوات الخمس والزكاة والصوم والحج... الخ

**والرخصة:** ما شرع من الأحكام للتخفيف عن العباد في أحوال خاصة أو هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم كالتلفظ بالكفر عند الكراهة. والأكل من الميتة بالنسبة للمضطر<sup>2</sup>. وان الكلام عن الحكم الشرعي. يقتضي الكلام عن الحاكم وعن المحكوم فيه والمحكوم عليه.

**أما الحاكم في الإسلام:** فهو الله سبحانه وتعالى، قال تعالى "إن الحكم إلا لله"<sup>3</sup>.

وأما المحكوم فيه: (موضوع الحكم) أو المكلف به. فهو يتعلق بأفعال المكلفين سواء أكان من الحكم التكليفي أو من الحكم الوضعي<sup>1</sup>.

1 - العلابي الحافظ صلاح الدين بن كيلكوي (ت 761): تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد - دراسة وتحقيق الدكتور إبراهيم محمد سلقيني - ط 1 (1402هـ - 1982م) - دار الفكر - دمشق سورية ص 219 وما بعدها.

2 - المسير في أصول الفقه: مرجع سابق - ص 223.

3 - سورة الأنعام: الآية 57، سورة يوسف: الآيات: 40، 67.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون ..... أ. فيصل بن سعيد تليلاي

**وأما المحكوم عليه:** فهو الشخص الذي تعلق خطاب الله تعالى بفعله. ويسمى المكلف<sup>2</sup>

ويشترط فيه شرطان:

1- أن يكون المكلف قادرا على فهم دليل التكليف، فلا تكليف على مجنون مثلا.

2- أن يكون أهلا لما كلف به، فلا تكلف على صبي غير بالغ.

## 2- القاعدة القانونية

إن القاعدة القانونية هي التي تنظم الروابط الاجتماعية، وتجبر الدولة الأفراد على اتباعها

ولو بالقوة. ومن هذا التعريف يتضح أن للقاعدة القانونية خصائص ثلاث هي:

(1) - إنها عامة ومجردة، ومعنى عامة أنها تخاطب الناس بصفاتهم لا بذواتهم<sup>3</sup>

(2) - إنها تنظم الروابط الاجتماعية، ومعنى ذلك أن القاعدة القانونية لا توجد إلا إذا وجدت

الجماعة<sup>4</sup>.

(3) - إن القاعدة القانونية ملزمة. أي إن الدولة تجبر الأفراد على اتباعها وتوقع العقوبة على

من يخالفها<sup>5</sup>.

## المقارنة بين الحكم الشرعي والقاعدة القانونية

ذكرنا فيما سبق عناصر الحكم الشرعي وعناصر القاعدة القانونية. وقد استلزم ذلك الحديث

عن الحاكم، والمحكوم فيه والمحكوم عليه، وإذا أردنا الآن أن نجري مقارنة بين هذه المسائل في

أصول الفقه الإسلامي، وأصول القانون الوضعي، فإن تلك المقارنة لا بد أن تكون كالتالي:

(1) - من هو الحاكم في الشريعة الإسلامية؟ ومن هو الحاكم في القانون الوضعي؟

1 - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: مرجع سابق - ص 56.  
2 - هوية الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي - ط1 (1406هـ - 1986) دار الفكر - دمشق سورية - 15/1  
3 - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: ص 71.  
4 - منصور علي علي: المدخل للعلوم القانونية وفقه الإسلام، مقارنات بين الشريعة القانون - ط2  
(1391هـ - 1971م) بيروت ص 27.  
5 - بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون: مرجع سابق - ص 27-28.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون..... أ. فيصل بن سعيد تلياني

(2) - من هو المحكوم عليه في الشريعة الإسلامية؟ ومن هو المحكوم عليه في القانون؟

(3) - ما هو المحكوم فيه في الشريعة الإسلامية؟ وما هو المحكوم فيه في القانون؟

(4) - ثم هل الحكم التكليفي والحكم الوضعي نجدهما في القانون؟

(5) - وهل عناصر القاعدة القانونية -وهي وجود الجماعة- والعموم والتجريد والالتزام.

موجودة في الحكم الشرعي؟ إذا أجبنا على هذه الخمسة أسئلة السابقة. نكون قد قمنا بالمقارنة

بين نظرية الحكم الشرعي في أصول الفقه الإسلامي. والقاعدة القانونية في القانون؟

- فلنبداً بالمسألة الأولى: وهي من هو الحاكم في الشريعة؟ ومن هو الحاكم في القانون؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن الحاكم في الشريعة الإسلامية هو الله -سبحانه وتعالى لا

شريك له-. وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً - قال تعالى: "إن الحكم إلا لله". فالحاكم هو الله، وأما

الرسول صلى الله عليه وسلم -فهو مبلغ قال تعالى "يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك"<sup>1</sup>.

وأما الحاكم في القانون الوضعي: فهو الشرع الوضعي وهو بشر مثلنا سواء أكان حاكماً فرداً أو

هيئة معينة أو منتخبة<sup>2</sup>. وبناء عليه نستنتج أن الحاكم في الشريعة الإسلامية غير الحاكم في

القانون الوضعي فهذا أول موضوع افتراق بين الشريعة والقانون.

- المسألة الثانية من وهو المحكوم عليه في الشريعة القانونية؟ إن المحكوم عليه في

الشريعة القانونية -مبدئياً- هو واحد. وهو من تتوفر فيه الأهلية. وجوب الأهلية أداء. حسب

ما هو معروف في الشريعة القانونية.

فأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق. وتجب عليه الوجبات.

ومناط هذه الأهلية هو الحياة أو الصفة الإنسانية<sup>3</sup>.

1 - سورة المائدة: 67.

2 - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: ص 85.

3 - وجهة الرحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته - ط1 - دار الفكر - 117/4.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون.....أ. فيصل بن سعيد تليلاني  
وأهلية أداء: وهي صلاحية لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعا ودون التوقف على رأي غيره<sup>1</sup>، وهذه المرحلة بلوغ سن الرشد. وفي الفقه الإسلامي ليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء وليس في النصوص الشرعية تحديد لذلك. وهو أمر يختلف باختلاف البيئة والثقافة. فقد يرافق سن الرشد البلوغ. وقد يتقدم أو يتأخر عنه قليلا<sup>2</sup>.  
وقد حدد القانون المدني الجزائري سن الرشد ب19 سنة كاملة وذلك في المادة 40 منه (ولا مانع منه في الشريعة إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك).  
المسألة الثانية:

ما هو المحكوم فيه في الشريعة والقانون؟ أو ما هو موضوع الحكم الشرعي والقاعدة القانونية؟  
يقول الدكتور محمد زكي عبد البر في كتابه الحكم الشرعي والقاعدة القانونية:  
إن موضوع القاعدة القانونية. هو الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا وموضوع الحكم الشرعي. هو فعل المكلف ( الحرام. المكروه. المندوب. الفرض. المباح). وإذا كانت القاعدة القانونية تنظم الرابطة الاجتماعية عن طريق إنشاء حقوق. فالحكم الشرعي يوجه سلوك المسلم عن طريق: أن يجعل (الفعل) واجبا. أو مندوبا. أو محرما. أو مكروها. أو مباحا. ليصل في آمان إلى غاية التي ارتضاها الشارع للمكلف. وكل المنهجين في القانون وفي الشريعة معقول وفقا لكل منهما. ففي القانون المشرع بشر ككل البشر. يشترك والذين يطبق عليهم القانون في البشرية. وفي الخطأ والصواب، وهو يستمد سلطته منهم.... فلا يملك أكثر من أن يرد على العلاقة الاجتماعية الموجودة فعلا. فيوجد مصلحتين متعارضتين فيرجح احدهما على الأخرى... فيكون للجهة الراجعة الحق وعلى الجهة المرجوحة الدين.

1 - المرجع نفسه: 4/122  
2 - المرجع السابق: 4/125-126.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون ..... أ. فيصل بن سعيد تليلاني

أما الحكم الشرعي فواضعه فوق البشر: فطبيعته إذن وهو يريد الخير للإنسان والرحمة به: أن يرشده إلى الطريق المستقيم فيأمره أن يفعل ما فيه خيره، وينهاه أن يفعل ما فيه شره، ويترك الأمر لاختياره، إذا لم يكن بأس من فعل أو الترك. وهو يرسم نظام السلوك في دقة فيبين الأسباب ويرتب عليها المسببات، ويبين الشروط لصحة الفعل والموانع من الحكم دفعا للشر وجلبا للخير عن طرق تحقيق التساوي بين الطرفين وترتيب الآثار العادلة على العقد أو التصرف<sup>1</sup>

**المسألة الرابعة:**

وهي هل الحكم التكليفي والحكم الوضعي نجاهما في القانون؟ للإجابة على هذا السؤال، يستحسن أن نقسم الإجابة عنه إلى شقين: الشق الأول من الجواب لما يتعلق بالحكم التكليفي، والشق الثاني لما يتعلق بالحكم الوضعي.

### الشق الأول: هل الحكم التكليفي موجود في القانون؟

نقول: أما الإيجاب والتحریم والإباحة فنجاهما في القانون، وهذا أمر واضح لا يحتاج إلى بيان "وأما الندب والكرهية، فالأصول العامة في القانون تقضي بان الأصل عدم وجودهما، لأن القاعدة القانونية لا بد، -كي يصدق عليها وصف أنها قانون-، أن تتضمن جزاء دنيويا توقعه الدولة، ولا جزاء بهذا المعنى في حالة الندب أو الكراهية"<sup>2</sup>.

يقول الدكتور محمد زكي عبد البر: "ويرجع وجود الندب والكرهية في الشريعة الإسلامية، وعدم وجودهما في القانون بالمعنى القانوني للقاعدة القانونية أن الجزاء في القانون أضيقت منه في الشريعة الإسلامية، فالجزاء في القانون دنيوي توقعه الدولة "بان يكون عقوبة بدنية أو مالية أو تعويضا أو تنفيذيا عينيا أو إبطال التصرف وكلها جزاءات مادية: أو في الشريعة الإسلامية فقد

1 - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: ص 112

2 - المرجع نفسه: ص 87.



مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون.....أ. فيصل بن سعيد تليلاني  
يكون الجزاء كما هو في القانون، وقد يكون ذا وجه أدبي أو وجه ديني محض كالإثم والعقاب.  
ويقابله الحمد والثناء في الدنيا والآخرة، وهو ما نجده في المندوب والمكروه<sup>1</sup>.

**السق الثاني:** هل الحكم الوضعي موجود في القانون؟ إن الحكم الوضعي بأقسامه من شرط  
وسبب ومانع وصحة وبطلان وعزيمة ورخصة موجود في القانون. يقول الأستاذ الدكتور محمد  
زكي عبد البر: "نخلص من هذا البحث إلى أقسام الحكم الشرعي من تكليفي ووضعي موجودة في  
القانون، ولكننا لا نجد من رجال القانون اهتماما ببيان هذه الأنواع في القانون اهتمام الأصوليين في  
الشرعية الإسلامية..." ولعل مما يضاف إلى ذلك اتساع الشريعة الإسلامية بحيث شملت العبادات  
والمعاملات، وبعبارة أخرى حتى شملت أمور الدنيا والآخرة، بخلاف الحال في القانون، فليس  
فيه إلا الجزء الذي توقعه الدولة وهي في الدنيا<sup>2</sup>. بقي الآن في إطار المقارنة بين الحكم الشرعي  
والقاعدة القانونية أن نجيب عن السؤال الذي طرحناه سابقا. وهو هل خصائص القاعدة  
القانونية (وهي وجود جماعة، والعموم والتجريد، والإلزام) موجودة في الحكم الشرعي؟ فلنبدأ  
بالخاصية الأولى للقاعدة القانونية وهي:

1- **إنها تنظم الروابط الاجتماعية:** معنى ذلك أن القاعدة القانونية لا توجد إلا إذا  
وجدت جماعة، فهل هذا الشرط في الحكم الشرعي؟ لقد حاول الدكتور محمد عبد الجواد محمد  
في كتابه بحوث في الشريعة القانون<sup>3</sup>، أن يسقط هذا الوصف على الحكم الشرعي. دون  
دليلا شرعي معتبر مستدلا بقول ابن خلدون: الاجتماع الإنساني ضروري، والإنسان مدني  
بالطبع... الخ.

1 - المرجع نفسه: ص 88-89.

2 - المرجع نفسه: ص 105

3 - بحوث في الشريعة والقانون: ص 28.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون.....أ. فيصل بن سعيد تلياني  
 وهذا الكلام صحيح في محله . لكنه ليس دليلا شرعيا على أن الحكم الشرعي . لا بد أن يحكم  
 جماعة من الناس لأن الأحكام الشرعية منها ما ينضم علاقة الناس ببعضهم . ومنها ما ينظم  
 علاقة المسلم بربه فالمجتمع لا يكون ضروريا دائما للحكم الشرعي . ومن هنا نلاحظ مدى اتساع  
 أحكام الشرعية لتشمل أحكامها علاقة المسلم بربه وهذه لا تشترط لها الجماعة . وقد تنظم علاقة  
 الناس بعضهم ببعض . ومن هذه الزاوية يتوافق الحكم الشرعي والقاعدة القانونية  
 (2)- إن القاعدة القانونية عامة ومجردة:

وهذه الخاصية موجودة في الحكم الشرعي . لأن الحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلق  
 بأفعال المكلفين . فكلمة المكلفين تنفيذ العموم والتجريد<sup>1</sup> . قال تعالى: "وما أرسلناك إلا كافة للناس  
 بشيرا ونذيرا"<sup>2</sup> . ويقول إمام الشاطبي رحمه الله: "الشرعية بحسب المكلفين عامة كلية"<sup>3</sup> .

(3)- إن القاعدة القانونية ملزمة: من خصائص القاعدة القانونية أنها ملزمة كما  
 ذكرنا سابقا . لكن الجزاء فيها دينوي فقط . توقعه الدولة على الأفراد ويمتاز عليها الحكم  
 الشرعي بأنه مقرون جزاءين يوقعان على المخالف في الدنيا والآخرة . الأول من الدولة في الدنيا .  
 والثاني من الله عز وجل في الآخرة<sup>4</sup> . وبذلك ندرك أن ما في القاعدة القانونية من خصائص موجود  
 في الحكم الشرعي . وزيادة حيث يشمل الحكم الشرعي عقاب الدنيا والآخرة بينما يقتصر العقاب  
 في القانون الوضعي على العقاب الديني فقط .

## ثانيا: أدلة الحكم الشرعي ومصادر القاعدة القانونية

أي ما هي اوجه الاتفاق والاختلاف بين أدلة الحكم الشرعي . ومصادر القاعدة القانونية؟

1 - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: ص 86 .

2 - سورة سبأ: الآية/28 .

3 - الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت 790): الموافقات في أصول الشريعة دار المعرفة  
 بيروت لبنان .

4 - بحوث في الشريعة والقانون: ص 30 ، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية: ص 86 .

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون..... أ. فيصل بن سعيد تلياني  
للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن أدلة الأحكام الشرعية في أصول الفقه الإسلامي تنقسم إلى  
ثلاثة أقسام هي:

- أدلة مجمع عليها: وهي الكتاب والسنة

- أدلة متفق عليها: وهي الإجماع والقياس

فقد خالف النظام من المعتزلة، والرافضة من الشيعة وبعض الخوارج في حجية الإجماع<sup>1</sup>.  
وخالف في حجية القياس النظام وبعض المعتزلة<sup>2</sup>. وبعض الشيعة والظاهرية.  
3- أدلة مختلفة فيها وهي:

المصلحة المرسلّة. والاستحسان. والاستصحاب. والعرف. وشرع من قبلنا. وسد الذرائع.  
وقول الصحابي. وأما مصادر القانون فهي تنقسم إلى مصادر رسمية ملزمة للقاضي ومصادر غير  
رسمية. أي غير ملزمة للقاضي<sup>3</sup>. وإنما يستفيد منها على سبيل الاستئناس<sup>4</sup>.

1 - المصادر الرسمية: كما جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وهي:  
التشريع، مبادئ الشرعية الإسلامية. العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة  
2 - المصادر غير الرسمية: وتتمثل في الفقه والقضاء.

بعد هذا التحديد لأدلة الحكم الشرعي ومصادر القاعدة القانونية نقول:

- هل نجد أدلة الحكم الشرعي في مصادر القانون؟

- ثم هل نجد مصادر القانون في أدلة الحكم الشرعي؟

1 - الساطي أبو محمد عبد الله بن حميد (ت 1332هـ): شرح طلعة الشمس على الألفية - 1401هـ -  
1981 - وزارة التراث القومي والثقافة - سلطنة عمان - 66/2  
2 - الشيرازي الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت 476): للمع في أصول الفقه حققه وقدم له  
وعلق عليه محي الدين مستو، يوسف، علي بدوي ط1 (1416هـ - 1995م) - دار الكلم الطيب -  
دمشق - بيروت، دار ابن كثير دمشق بيروت - ص 199.  
3 - بحوث في الشريعة والقانون: ص 131.  
4 - سورة الشورى: الآية 31

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون.....أ. فيصل بن سعيد تيلاني  
للإجابة عن السؤال الأول: وهو هل نجد أدلة الحكم الشرعي في مصادر القانون، نقول إنه ليس  
من مصادره لا الكتاب ولا سنة ولا الإجماع ولا القياس. ولا المصالح المرسله، ولا الاستحسان ولا  
الاستصحاب ولا العرف -بشروطه الإسلامية- ولا شرع من قبلنا ولا سد الذرائع. ولا قول  
الصحابي. لأن هذه الأدلة أساءها الوحي الإلهي. سواء أكان بنصر- قرآنا أم سنة- أو بحمل على  
نصر وهو نور بقية الأدلة الأخرى. وليس مهمة القانون التشريع. بنصوص القرآن والسنة أو  
الحمل عليها بإحدى طرق الحمل المذكورة سابقا. لأن منهج القانون منهج علما في. لا يعترف  
بتوحي الإلهي. خاصة القانون العربي وقانون الدول الشرقية غير الإسلامية-أي القانون  
العربي. بشقيه الغربي الصليبي والشرقي الشيوعي والمادي.

بقي الآن الجواب عن السؤال الثاني: وهو هل مصادر القانون وهي ( التشريع. مبادئ  
الشرعية الإسلامية. والعرف. ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وكذلك الفقه والقضاء.  
موجودة ضمن أدلة الأحكام الشرعية؟) للإجابة على هذا السؤال ينبغي التفصيل الآتي:

1 - التشريع: هل التشريع باعتباره المصدر الأول للقانون يتوافق مع أدلة الأحكام  
الشرعية؟ والجواب: يطلق القانونيون على السلطة التشريعية التي تضع القوانين مصطلح الشارع  
أو المشرع. ولكن الرأي شبه الإجماعي عند فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين وغيرهم. إنه لا  
يجوز إطلاق وصف الشارع أو المشرع على غير الله تعالى. والحقيقة لأن الأصوليين والفقهاء التقدميين  
جميعا لم يطلقوا هذا الوصف إلا على الله تعالى. بل إن بعضهم لم يطلقه على رسول الله صلى الله  
عنه وسلم إلا تجوزا<sup>1</sup> ولذلك فإن المصدر وهو التشريع بالمعنى القانوني لا أصل له في الشريعة  
الإسلامية. قال تعالى: " أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله"<sup>2</sup>.

1 - المدخل للعلوم القانونية: مرجع سابق - ص 84.  
2 - المرجع نفسه: ص 93.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون..... أ. فيصل بن سعيد تلياني

2 - مبادئ الشريعة الإسلامية: نصت معظم دساتير الدولة العربية والإسلامية على أن المبادئ الشريعة مصدر للقانون، لكنها جعلتها في مرتبة ثانية أو الثالثة بعد التشريع. مما أفقدها الأهمية المرجوة والدور الفعال عند التطبيق، لأن برلمانات المجالس التشريعية لهذا الدول تشتعل كل حين وتصدر تشريعات شاملة لجميع ميادين الحياة المختلفة ونتيجة لذلك، فلا حاجة إلى اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ما دام التشريع موجودا في كل حين وشاملا لجميع مناحي الحياة

3 - العرف: يتشابه العرف في القانون مع العرف باعتباره دليلا من أدلة الشريعة من حيث إن العرف هو عبارة عن وجود عادة مستمرة درج عليها الناس منذ زمن تتمتع بالاحترام والشعور بالإلزام عندهم. لكنهما يختلفان من حيث إن رأي أغلب فقهاء القانون الوضعي يرون أن العرف لا يتقدم على التشريع، ولا يصح أن يخالف<sup>1</sup>، ولا يشترطون ألا يخالف العرف أحكام الشريعة، كما هو الحال في أصول الفقه الإسلامي.

#### 4 - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

أما القانون الطبيعي، فإنه إن كانت الفكرة عنه غير واضحة دائما، التغير معناه في مختلف العصور، فتعريفه التقليدي (إنه مجموعة القواعد العامة الأبدية سرمدية الخالدة، التي أودعها الله هذا الكون، والتي يكتشفها الإنسان بالتأمل والتعقيل والتفكير)<sup>2</sup>. وقد نشأت فكرة القانون الطبيعي عند فلاسفة اليونان الأقدمين الذين لاحظوا أن أمور الكون تسير على نظام ثابت لا يتغير، سواء بالنسبة للظواهر الطبيعية، أو بالنسبة لعلاقات الناس فيما بينهم: واعتقدوا أن هذا النظام الثابت، لا يمكن أن يوجد إلا بواسطة قوة عاليا تسمو على جميع المخلوقات، وتنظم الكون، وسماها هذه القوة الطبيعية، ونسبوا إلى الآلهة<sup>3</sup>.

1 - المرجع نفسه: ص 99.

2 - المرجع نفسه: ص 108.

3 - بحوث في الشريعة والقانون: ص 154.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون ..... أ. فيصل بن سعيد تلياني  
 إن فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، قد نشأت دينية. سواء عند فلاسفة اليونان. أو  
 الفقهاء الرومان، وأن رجال الدين المسيحيين في العصور الوسطى، قد مزجوها بالقانون<sup>1</sup>. فهل  
 يتصور أن ترتقي هذه الفكرة إلى درجة الوحي الإلهي المعصوم المتمثل في القرآن الكريم والسنة  
 النبوية الصحيحة. ويستحيل ذلك فشتان بين شريعة الخالق وشريعة المخلوق. وكان بإمكان  
 الدولة العربية التي نصت في قوانينها على أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر تشريعها، أن  
 تستغني عن فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فلا عدالة تسمو على عدالة الإسلام. فهو  
 يغني عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بقي المصدران غير الرسميين من مصادر القانون  
 هما: الفقه والقضاء نؤجل الحديث عنهما إلى حين الكلام عن الاجتهاد في استنباط الأحكام بين  
 الشريعة والقانون. ونهاية هذا المبحث نسجل. أنه لا يوجد وجه شبه بين أدلة الشريعة  
 ومصادر القانون، وأنه لا مجال للمقارنة بينهما بسبب ربانية أدلة الشريعة وبشرية مصادر القانون

### ثالثاً: اجتهاد في استنباط الأحكام بين الشريعة والقانون.

هذا هو الباب الثالث من أبواب أصول الفقه الإسلامي. بعد بابي نظرية الحكم الشرعي.  
 وأدلة الأحكام الشرعية. وقد نقل الإمام محمد بن علي الشوكاني رحمه الله في تعريف الاجتهاد  
 بأنه: (بذل الواسع في نيل حكم شرعي عملي بطريقة الاستنباط)<sup>2</sup>. والاجتهاد هو الذي ضمن  
 للفقه الإسلامي بقاءه وخلوده وتجده وقدرته على حل المشكلات المتنوعة التي حدثت وتحدثت  
 باختلاف الزمان والمكان عبر العصور.

وقد برع العلماء أصول الفقه الإسلامي في هذا المجال. فحددوا بدقة مجال الاجتهاد وشروطه  
 ومراتب المجتهدين، والإصابة و الخطأ من الاجتهاد ونقض الاجتهاد، وغير ذلك من الموضوعات

1 - المرجع نفسه: ص 156.  
 2 - الشوكاني الإمام محمد بن علي (ت 1255هـ): إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم  
 الأصول ضبط وتصحيح أحمد عبد السلام - ط 1 (14/4هـ - 1994م) دار الكتب العلمية بيروت لبنان  
 - ص 250.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون.....أ. فيصل بن سعيد تليلاني  
الأصولية المتناولة تحت هذا الباب، الشيء الذي لا نجد له نظيراً وشبيهاً في أصول القانون. وإنما الاجتهاد الذي يتحدث عنه في أصول القانون هو الاجتهاد ضيق يقوم به القاضي أو الفقيه القانوني في إطار الاجتهاد التفسيري لنصوص القانون، وهو اجتهاد غير رسمي أي غير ملزم على عكس الأحكام التي يستنبطها الفقهاء في الإسلام فهي ملزمة ومحددة شروطها وأدواتها. وهو اجتهاد شامل للاجتهاد البياني أو التفسيري والاجتهاد القياسي والاستصلاحي والاستحساني إلى غير ذلك من أدلة استنباط الأحكام التي ذكرناها سابقاً بل إن الاجتهاد التفسيري الدلالي في أصول الفقه الإسلامي، ولذلك يقول الدكتور محمد أديب صالح: (إن بين التفسير في الشريعة وبين التفسير في القانون أشواط بعيدة من التفاوت. قد تجعل سبيل المقارنة - لو سلكت - نوعاً من التجوز:

أ - فمن الناحية الزمنية: كان لمناهج التفسير في الشريعة الإسلامية السابق، بما يزيد على ثلاثة عشر قرناً من الزمان. حيث تأصلت هذه المناهج. وقامت راسخة البنين.

ب - ومن ناحية الموضوعية، إن مدارس التفسير التي وجدت في أوروبا على اختلاف اتجاهاتها... ليس فيها ضوابط تحدد ما تريده عند التفسير. أو معايير تزن ما يتجه إليه القاضي.....)1  
ثم يقول: (وهذه الموسوعة الفرنسية. عند حديثها عن الحاجة إلى التفسير والبيان عند الإبهام في نصوص، تعرض لنا كيف أن القانون الفرنسي قد ظهر. وهو خلو من أية ضوابط أو قواعد في هذا المضمار....، ولم تطمئن الموسوعة الفرنسية إلى هذا الأمر. بل أعلنت مخاوفها من تفسير الذي يقوم به القضاة. دون الاستناد إلى قواعد في التفسير...)<sup>2</sup>

أما بالنسبة إلى أصول الفقه الإسلامي. فقد حدد الأصوليون قواعد تفسير النصوص بدقة متناهية، وقسموا الألفاظ باعتبارات مختلفة فباعثار وضع اللفظ من حيث الشمول وعدمه: قسموا الألفاظ إلى خاصة وعمامة ومشتركة ومؤولة.

1 43 صالح محمد أديب تفسير النصوص في الفقه الإسلامي - ط3 (1404هـ - 1984م) المكتب الإسلامي - بيروت - 1/127.  
- المرجع نفسه: 1/172-128.

مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون..... أ. فيصل بن سعيد تليلائي  
- ومن حيث الظهور والخفاء قسموها إلى ظاهرة ونصر ومفسر ومحكم وما يقابل ذلك من خفي  
ومشاكل ومجمل ومتشابه وباعتبار كيفية استعماله في المعنى: إلى حقيقة ومجازو صريح وكناية  
وباعتباره كيفية دلالة اللفظ على المعنى: إلى دال بالعبارة ودال بالإشارة ودال بالدلالة، ودال  
بالاقتضاء... الخ

الأمر الذي لا نجد له نظيرا في قوانين الأمم الأخرى قاطبة، وهو الشيء الذي جعل علماء  
القانون العرب ينقلون هذه الدلالات من أصول الفقه الإسلامي على حالها، إلى أصول القانون  
الوضعي المكتوب باللغة العربية.

## خاتمة

في نهاية هذا البحث نؤكد ما يلي:

(1) نسجل التشابه النسبي بين موضوع أصول الفقه الإسلامي وأصول القانون، واختلافها  
اختلافا جذريا من حيث المنهج وكيفية تناول، لأن الفقه الإسلامي يتسع ليشمل أمور الدنيا  
والآخرة. بينما يضيق القانون الوضعي ليقصر على تنظيم العلاقات الاجتماعية الدنيوية فقط.  
(2) إن محاولة إيجاد أوجه تشابه بين أصول الفقه الإسلامي. وأصول القانون الوضعي،  
وخاصة إذا صاحبها تعسف وافتعال، قد تذهب بأصالة الفقه الإسلامي الخالد، ومميزاته  
الرائعة.

(3) نؤكد أهمية الدراسة المقارنة. بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن يقوم بهذه  
المقارنة أولئك العلماء الذين تعمقوا في دراسة الفقه الإسلامي والقانون، وأز تكون تلك المقارنة  
موضوعية بعيدة عن كل خطابة أو وعظ. مجردة من الأهواء والميول العلمانية وما شابهها.