علم أصول الفقه وعلم أصول القانون

للدكتور / محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر

ونائب رئيس محكمة النقض بمصر [سابقاً]

المقدمة

لرجال القانون أن يفخروا ـ في غياب الفقه الإسلامي عن وجدانهم أو عقولهم ـ بقانونهم، وأن يصفوه بما شاءوا من أوصاف الكمال من دقة المبنى وكمال المعنى، مؤ يدين ذلك بطول عمره واتساع رقعة تطبيقه وانتشاره في غير موطنه وتداول العقول إياه، عبر قرون عديدة في بقاع من الأرض متباعدة، بالتحسين والتدقيق والإصلاح والشرح والتطبيق والتخريج والبسط والاختصار.

ولهم أن يجادلوا ـ عنادا أو جهلا ـ إذا نبهوا إلى الفقه الاسلامي وما هو عليه من مبنى أدق ومعنى أكمل، لصدوره عن كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وهو القرآن الكريم، وعن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحي، وعن إجماع الأمة الإسلامية وهي لا تجتمع على خطأ، وجهد رجال أفذاذ أخلصوا في خدمة شريعة الله وبذلوا في ذلك عمرهم.

ولكن ليس لهم إلا أن يسلموا بتفوق «علم أصول الفقه» عما يقابله عندهم من «علم أصول القانون»، فأين الثرى من الثريا؟ وهو آية على عظمة العقل الإسلامي وعلى كذب الدعوى بأن الفقه الاسلامي مأخوذ عن القانون الروماني فهذه أصوله وأسسه في «علم أصول الفقه» وليس عندهم مثيله فكيف تصح دعواهم ؟ .

ونحن نلقي ـ فيما يلي ـ نظرة عابرة على «علم أصول الفقه» الإسلامي، وما يقابله عند رجال القانون من «علم أصول القانون» أو «المدخل لدراسة القانون» أو «مقدمة القانون» أو غير ذلك من الأسماء المختلفة في المبنى المتفقة في محتويات هذا العلم عندهم.

ونحن ـ في ذلك ـ نكتفي بالخطوط الرئيسية لكل، دون الدخول في التفصيل والتفريع، ودون تعرض لما بين علماء الأصول من اختلافات ترجع الى مذهب كل أو إلى فهمه هو واجتهاده ، فغايتنا من هذا البحث لاتحتاج إلى شيء من ذلك .

ونحن نعرض فيما يلي :ـ

أولا : موضوعات «علم أصول الفقه» .

وثانيا : موضوعات «علم أصول القانون» .

ثالثا : مقارنة بينهما في حدود الغاية من هذا البحث.

ونخصص لكل فصلا ، وننهي بخاتمة .

الفصل الاول

علم أصول الفقه

يدور علم أصول الفقه على «الحكم الشرعي» الذى هو الوحدة في الشريعة الاسلامية ، إذ الشريعة الاسلامية جملة من الأحكام الشرعية .

والحكم الشرعي يقتضي: حاكما ، ومحكوما عليه، ومحكوما فيه، ومحكوما به.

فموضوعات علم أصول الفقه هي : الحكم الشرعي ، والحاكم ، والمحكوم عليه ، والمحكوم فيه ، والمحكوم به .

ونتكلم على كل فيما يأتي بالقدر الذي يلزمنا في هذا البحث مخصصين لكلٍّ مبحَثا .

المبحث الأول
الحكم الشرعي

أ ـ ذاته : ماهو الحكم الشرعي ؟ وتقسيمه إلى تكليفي ووضعي . وتقسيم الحكم التكليفي إلى إيجاب وندب وتحريم وكراهة وتخيير . وتقسيم الحكم الوضعي إلى سبب شرط ومانع . وبيان العزيمة والرخصة ، والصحة والبطلان (والفساد) .

ب ـ مصدره : وهو مايعبر عنه بالأدلة الشرعية . ومنها ماهو متفق عليه ، ومنها ماهو مختلف فيه . فالمتفق عليه هو : القرآن ، والسنة ، والإجماع ، وكذلك القياس إلا من ذهب إلى انكاره . والمختلف فيه : الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، والعرف ، ومذهب الصحابى ، وشرع من قبلنا .

وهنا يرد الكلام على تعارض الأدلة ، ومافيه من كلام النسخ ، وعلى الترجيح ، والجمع بين الدليلين .

جـ ـ كيفية استنباط الحكم من الدليل : وهنا يرد طائفتان من القواعد :

الأولى ـ القواعد اللغوية : ويرد فيها بحث الأسماء اللغوية والأسماء الشرعية ، وتقسيم اللفظ تقسيمات مختلفة منها :

ـ تقسيمه باعتبار المعنى إلى خاص وعام، وأمر ونهي، ومطلق ومقيد. وهنا يرد بحث حجية العام وقصره على بعض أفراده وتخصيصه. وكذا المشترك وحكمه.

ـ تقسيمه باعتبار استعماله في المعنى إلى الحقيقة والمجاز، والصريح والكناية.
ـ تقسيمه باعتبار قوة دلالته على المعنى إلى ظاهر الدلالة وخفى الدلالة. وتقسيم ظاهر الدلالة إلى الظاهر والنص والمفسر والمؤول والمحكم. وتقسيم خفي الدلالة إلى الخفي والمتشابه والمجمل والمشكل.

كما يرد هنا بيان طرق دلالة اللفظ على المعنى : دلالة العبارة ، ودلالة الإشارة ، ودلالة الدلالة ، ودلالة الاقتضاء عند الحنفية . والمنطوق والمفهوم عند الشافعية (مفهوم الوصف . مفهوم الغاية . مفهوم الشرط . مفهوم العدد . مفهوم اللقب) .
وهنا عدة قواعد منها: إعمال الكلام أولى من إهماله. التأسيس أولى من التأكيد. بيان الضرورة.

الثانية ـ القواعد الشرعية:وفيها بيان لمقاصد الشريعة : الضرورية ، والحاجية ، والتحسينية.
وهنا ترد عدة قواعد منها: الحرج مرفوع ـ المشقة تجلب التيسير ـ الضرر يزال ـ الضرر لا يزال بالضرر ـ الضرورات تبيح المحظورات ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة ـ ما أبيح لضرورة أو حاجة يقدر بقدرها ـ يرتكب أخف الضررين ـ درء المفاسد مقدم على جلب المصلحة ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ـ العادة محكمة ـ الأمور بمقاصدها ـ لا ثواب الا بالنية ـ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

كما ترد هنا أيضا وسائل المقاصد الشرعية ـ ومنها: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ـ سد الذرائع ـ الحيل ـ حقوق الله وحقوق العباد.

المبحث الثاني
الحاكم

والمقصود بالحاكم هنا الشارع . وهو في الاسلام الله سبحانه وتعالى ، لاخلاف في ذلك بين المسلمين ، وإنما الخلاف بينهم فيما يعرف به حكم الله . وهنا يرد بحث : هل يمكن بالعقل معرفة حكم الله ؟ والخلاف في ذلك بين المعتزلة والماتريدية والأشعرية .

المبحث الثالث
المحكوم عليه

وهو المكلف أي الذي تعلق الحكم بفعله . وهنا يرد الكلام على : مايشترط في المكلف : لصحة تكليفه شرعا من شرط القدرة على فهم دليل التكليف . وعلى

الـذمـة . وعلى الأهليـة والأهلية لما كلف به : أهلية الوجوب وأهلية الأداء . وهنا مجال الكلام على عوارض الأهلية : السماوية كالصغر والجنون والعته والنوم والإغماء والنسيان والمـرض والحيض والنفـاس والمـوت ، والمكتسبة كالسفه والسكر والهزل والجهل والإكراه والسفر والخطأ .

كما يرد الكلام على النيابة في أداء التكاليف.

وهنا أيضا مجال الكلام على الكفار: هل هم مخاطبون بفروع الشريعة من معاملات وعقوبات وعبادات كما هم مخاطبون بأصول الشريعة من الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقضاء كله خيره وشره.

المبحث الرابع
المحكوم فيه

وهو فعل المكلف أي الذي تعلق الحكم به إذ لا تكليف إلا بفعل.

وهنـا يرد الكـلام على مايشـترط في الفعـل الـذي يصح شرعا التكليف به من : شرط العلم التام بالفعل المراد ، وبصدور التكليف ممن له سلطان التكليف . ومن شرط أن يكون ممكنا لا مستحيلا ولا مطلوبا من غيره .

المبحث الخامس
المحكوم به

ويتصل الكلام هنا بالـكلام على الحـكم الشرعـي في ذاتـه إذ يختلف المحـكوم به باختلاف ما إذا كان الحكم الشرعي حكما تكليفيا أو حكما وضعيا.

فالحكم التكليفي يكون إيجابا أو ندبا أو تحريما أو كراهة أو إباحة ، فيكون الفعل واجبا أو مندوبًا أو محرما أو مكروها أو مباحا .

والحكم الوضعي قد يكون سببا أو شرطا أو مانعا، وقد يكون عزيمة أو رخصـة . وحكمه الصحة أو البطلان (أو الفساد).

المجتهد والفتى :

وقـد اهتم الأصـوليـون ببيان مايشترط توافره من صفات فى «المجتهد» و«المفتى» ومايجب على كل منهما فى اجتهاده أو فتواه .

ولعل من كمال بيان ذلك أن نورده بلفظ أصولى مسلم هو الإمام الغزالي ـ قال في المستصفى (١ : ٧ ـ ٩):

«اعلم أنك إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجوه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية، لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة ـ فوجب النظر في : الأحكام . ثم فى الأدلة وأقسامها . ثم في كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة . ثم في صفات المقتبس الذي له أن يقتبس الأحكام ، فإن الأحكام ثمرات ، وكل ثمرة لها صفة وحقيقة في نفسها ، ولها مثمر ، ومستثمر ، وطريق في الاستثمار:

ـ والثمرة والاحكام . أعني الوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة ، والحسن ، والقبح ، والقضاء والأداء ، والصحة والفساد ، وغيرها .

ـ والمثمر هي الأدلة وهي ثلاثة : الكتاب والسنة والإجماع فقط.

ـ وطرق الاستثمار هي وجوه دلالة الأدلة وهي أربعة إذ الأقوال إما أن تدل على الشيء بصيغتها ومنظومها أو بفحواها ومفهومها وباقتضائها وضرورتها أى بمعقولها ومعناها المستنبط منها.

ـ والمستثمر هو المجتهد ولا بد من معرفة صفاته وشروطه وأحكامه.

فإذن جملة الأصول تدور على أربعة أقطاب:

ـ **القطب الأول** : في الأحكام والبداءة بها أولى لأنها الثمرة المطلوبة .

ـ **القطب الثاني** : في الادلة وهي الكتاب والسنة والاجماع . وبها التثنية إذ بعد الفراغ من معرفة الثمرة لا أهم من معرفة المثمر.

ـ **القطب الثالث** : في طريق الاستثمار . وهو وجوه دلالة الأدلة وهي أربعة : دلالة بالمنظوم، ودلالة بالمفهوم، ودلالة بالضرورة والاقتضاء، ودلالة بالمعنى المعقول.

ـ **القطب الرابع** : في المستثمر، وهو المجتهد الذي يحكم بظنه. ويقابله المقلد الذي يلزمه اتباعه. فيجب ذكر شروط المقلد والمجتهد وصفاتهما.

. . . لعلك تقول: أصول الفقه تشتمل على أبواب كثيرة وفصول منتشرة فكيف يندرج جملتها تحت هذه الأقطاب الأربعة؟ فنقول:

القطب الاول : هو الحكم . وللحكم حقيقة في نفسه وانقسام . وله تعلق بالحاكم وهو الشارع ، والمحكوم عليه وهو المكلف . وبالمحكوم فيه وهو فعل المكلف . وبالمظهر له وهو السبب والعلة .

ففي البحث عن حقيقة الحكم في نفسه يتبين أنه عبارة عن خطاب الشرع وليس وصفا للفعل ولا حسن ولا قبيح ولا مدخل للعقل فيه ولا حكم قبل ورود الشرع.

وفي البحث عن أقسام الحكم يتبين حد الواجب والمحظور والمندوب والمباح والمكروه ، والقضاء والأداء ، والصحة والفساد ، والعزيمة والرخصة ، وغير ذلك من أقسام الأحكام .

وفي البحث عن الحاكم يتبين أن لا حكم إلا لله ،وأنه لا حكم للرسول ،ولا للسيد على العبا ولا لمخلوق على مخلوق، بل كل ذلك حكم الله تعالى ووضعه، لا حكم لغيره.

وفي البحث عن المحكوم عليه يتبين خطاب الناسي والمكره والصبي وخطاب الكافر بفروع الشريعة وخطاب السكران ومن يجوز تكليفه ومن لا يجوز.

وفي البحث عن المحكوم فيه يتبين أن الخطاب يتعلق بالأفعال لا بالأعيان وأنه ليس وصفا للافعال في ذواتها.

وفي البحث عن مظهر الحكم يتبين حقيقة السبب والعلة والشرط والمحل والعلامة.

فيتناول هذا القطب جملة من تفاريق فصول الأصول أوردها الأصوليون مبددة في مواضع شتى لا تتناسب ولا تجمعها رابطة فلا يهتدي الطالب إلى مقاصدها ووجه الحاجة إلى معرفتها وكيفية تعلقها بأصول الفقه.

القطب الثاني : في المثمر : وهو الكتاب والسنة والإجماع .

وفي البحث عن أصل الكتاب يتبين : حد الكتاب وما هو منه ومالیس منه ، وطريق إثبات الكتاب وأنه التواتر فقط ، وبيان مايجوز أن شتمل عليه الكتاب من حقيقة ومجاز وعربية وعجمية .

وفي البحث عن السنة يتبين حكم الأقوال والأفعال من الرسول، وطرق ثبوتها من تواتر وآحاد ، وطرق روايتها من مسند ومرسل ، وصفات رواتها من عدالة وتكذيب إلى تمام كتاب الأخبار .

ويتصل بالكتاب والسنة كتاب النسخ فإنه لا يرد إلا عليهما . وأما الاجماع فلا يتطرق النسخ إليه.

وفي البحث عن أصل الإجماع تتبين حقيقته ودليله وأقسامه. وإجماع الصحابة من بعدهم إلى جميع مسائل الإجماع.

القطب الثالث في طرق الاستثمار وهي أربعة :

الأولى ـ دلالة اللفظ من حيث صيغته. وبه يتعلق النظر في صيغة الأمر والنهي والعموم والخصوص والظاهر والمؤول والنص. والنظر في كتاب الأوامر والنواهي، والعموم والخصوص ـ نظر في مقتضى الصيغ اللغوية .

وأما الدلالة من حيث الفحوى والمفهوم فيشتمل عليه كتاب المفهوم ودليل الخطاب.

وأما الدلالة من حيث ضرورة اللفظ واقتضاؤه فيتضمن جملة من إشارات الألفاظ كقول القائل «أعتق عبدك عني» فيقول: «أعتقت» فإنه يتضمن حصول الملك للملتمس ولم يتلفظا به لكنه من ضرورة ملفوظهما ومقتضاه .

وأما الدلالة من حيث معقول اللفظ فهو كقوله صلى الله عليه وسلم «لا يقضي القاضي وهو غضبان» فإنه يدل على الجائع والمريض والحاقن (الذي احتبس بوله فتجمع ـ يقال: لا رأي لحاقن ـ المعجم الوسيط) بمعقول معناه.

ومنه ينشأ القياس وينجر إلى بيان جميع أحكام القياس وأقسامه.

القطب الرابع : في المستثمر : وهو المجتهد . وفي مقابلته المقلد .

وفيه يتبين صفات المجتهد، وصفات المقلد، والموضع الذي يجري فيه الاجتهاد دون الذي لا مجال للاجتهاد فيه، والقول في تصويب المجتهدين وجملة أحكام الاجتهاد.

فهذه جملة ما ذكر في علم الأصول. وقد عرفت كيفية انشعابها من هذه الأقطاب الأربعة » .

الفصل الثاني
علم أصول القانون

«علم أصول القانون» أو «المدخل لدراسة القانون» أو غير ذلك من الأسماء يتناول موضوعين أساسيين هما : «القانون» و«الحق» الذي هو ثمرة القانون. ذلك أن القانون ينظم الروابط الاجتماعية بين الناس. وهو في تنظيمه هذه الروابط إنما يرجح مصلحة أحد الطرفين على مصلحة الطرف الآخر، ويمنح المصلحة التي يرجحها الحماية القانونية . وهذه المصلحة التي يرجحها القانون ويمنحها هي «الحق» . فالحق ثمرة القانون . والقانون هو منشىء الحق . وبعبارة أخرى هو مصدر الحق .

ونلقي الضوء ـ في إجمال ـ على كل من الموضوعين فيما يلي:

المبحث الأول
القانـــون

يدرس رجال القانون القاعدة القانونية أي القانون (إذ القاعدة القانونية هي وحدة القانون، فالقانون عبارة عن جملة من القواعد القانونية) من حيث:

أ ـ ذاتها : فيرد الكلام هنا على:
ـ تعريفها، وخصائصها، والفرق بينها وبين قواعد السلوك الأخرى.
ـ طبيعتها: المذاهب المختلفة في ذلك: المذاهب الشكلية (مذهب أوستن ـ مدرسة التزام النص . . . الخ). والمذاهب الموضوعية (مذهب القانون الطبيعي ـ المذهب التاريخي ـ مذهب الغاية الاجتماعية ـ مذهب التضامن الاجتماعي . . . الخ). والمذاهب المختلطة (مذهب جني).

ـ نطاقها: المذهب الفردي. المذهب الاشتراكي.

ـ أنواعها: المكتوبة وغير المكتوبة ـ الشكلية والموضوعية ـ الآمرة أو الناهية والمكملة أو المفسرة.

ـ فروع القانون: القانون العام (الدولي العام ـ الدستوري ـ الإداري ـ المالي ـ الجنائي). والقانون الخاص (المدني ـ التجاري ـ البحري ـ قانون العمل ـ المرافعات المدنية والتجارية ـ الدولي الخاص).

ب ـ مصدرها:

ـ المصادر المادية.

ـ المصادر الرسمية: التشريع (تعريفه ـ أنواعه وتدرجه ـ سنه ـ نفاذه ـ تجميعه أو التقنين) ـ الدين ـ العرف ـ مبادىء الشريعة الاسلامية ـ مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ـ الفقه ـ القضاء. وذلك على الخلاف في بعضها.

جـ ـ تطبيقها:

ـ من حيث الزمان: وهنا يرد الكلام على تنازع القوانين من حيث الزمان.

ـ من حيث المكان: وهنا يرد الكلام على تنازع القوانين من حيث المكان.

ـ السلطة التي تقوم على التطبيق: القضاء العادي ـ القضاء الإداري ـ المحكمة الدستورية العليا.

د ـ تفسيرها:

ـ أنواع التفسير: التفسير التشريعي ، والقضائي ، والفقهي .
ـ المذاهب المختلفة في التفسير: مدرسة التزام النص ـ النظرية التاريخية ـ النظرية العلمية.
ـ طرق التفسير وقواعده: حالة النص السليم ـ حالة النص المعيب ـ حالة عدم النص.

هـ ـ إلغاؤها:

ـ السلطة التي تملكه.
ـ كيفيته: الالغاء الصريح والالغاء الضمني.

و ـ صياغتها:

ـ أنواع الصياغة: الصياغة الجامدة ـ الصياغة المرنة.
ـ طرق الصياغة: الصياغة المادية ـ الصياغة المعنوية.

المبحث الثاني
الحـــق

أما القسم الثاني ـ وهو الحق ـ فيدرس من حيث:

أ ـ ذاته : فيرد الكلام على:
ـ تعريفه: المذهب الشخصي ـ المذهب الموضوعي ـ المذهب المختلط.
ـ أقسامه: السياسية. وغير السياسية: العامة والخاصة : العائلية والمالية (الحق الشخصي والحق العيني) . والحقوق المعنوية أو الأدبية (حق المؤلف) .

ب ـ أركانه أو أطرافه :
ـ الشخص الطبيعي: أي الانسان: بدء الشخصية وانتهاؤها ـ خصائص الشخصية (الاسم ـ الحالة ـ الموطن ـ الذمة المالية ـ الأهلية ـ الولاية على المال).
ـ الشخص الاعتباري : طبيعته ـ مقوماته ـ أنواعه (الجمعيات ـ المؤسسات الخاصة . . . الخ) .

جـ ـ محله :
ـ الأشياء: أنواعها: المادية والمعنوية ـ القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك ـ المثلية والقيمية ـ العقار والمنقول. . . الخ.
ـ الأعمال : شروطها (الإمكان ـ المشروعية) .

د ـ مصادره :
ـ العقد. الارادة المنفردة. الفعل الضار. الفعل النافع. القانون.
ـ الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

هـ استعماله :
وهنا يرد الكلام على نظرية التعسف في استعمال الحق.
و ـ انقضاؤه:

د ـ إثباته :

ـ محل الإثبات . عبء الإثبات . طرق الإثبات .
وفي كلٍّ تفصيل مبين في كتب هذا العلم.

الفصل الثالث
مقارنة بينهما
(١)

بالنظرة السريعة إلى «علم أصول الفقه» و«علم أصول القانون» كما عرضا فيما تقدم يتبين لنا خلافات كبيرة نذكر منها:

(١) الخلاف في الصياغة ومؤداه :

في نطاق الحكم الشرعي في ذاته والقاعدة القانونية في ذاتها نجد الدراسة ـ من حيث موضوعاتها ـ متناظرة ولكن هناك خلاف كبير في معالجة بعض الموضوعات من حيث المبدأ ومن حيث المدى.

ونجد علماء أصول الفقه يتجهون مباشرة إلى «فعل المكلف» ويبينون حكمه الشرعي من الايجاب أو الندب أو التحريم أو الكراهة أو التخيير. أما رجال القانون فيتجهون إلى «الحق» وهو ثمرة القاعدة القانونية جاعلينه الأصل ويعالجونه في أبواب منها: مصادره وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل الضار والعمل النافع والقانون. فحيث يعالج علماء أصول الفقه «فعل المكلف» ابتداء يعالج رجال القانون هذا الفعل بطريقة غير مباشرة بوصفه مصدرا من مصادر الحق .

ويترتب على ذلك توجيه أوعدم توجيه المكلف . ففي الحكم الشرعي يوجَّه المكلف بشكل ظاهر إلى مايجب عليه فعله ، ومايندب له فعله ، ومايحرم عليه فعله ، ومايكره له فعله ، وما يخير بين فعله وعدم فعله . أما في القانون فتتخطى هذه المرحلة إالى مرحلة علاج نشوء آثار التصرف دون توجيهه ابتداء . وهذا الفارق الهام يكشف عن نزعة التوجيه والإصلاح في الحكم الشرعي ونزعة معالجة الواقع في القانون .

فالقانون يخلق «الحق» ثم يتكلم على أركانه ومحله . . . الخ . أما «في أصول الفقه» فيوجه المكلف إلى التصرف إيجابا أو ندبا أو تحريما أو كراهة أو تخييرا (ثم تُبين أحكامه) .

فالصياغة في الفقه الاسلامي تدور على «التصرف» (أي الفعل) وهو السبب ، أما في القانون فتدور على «الحق» وهو المسبب.

وقد تبين الآن لرجال القانون أن «نظرية التصرف» أدق وأحكم من «نظرية الحق» (١) . وقد شرعوا فعلا في بعض البلاد باستبدال نظرية التصرف بنظرية الحق .

(٢): النقص:

لا نجد في «علم أصول القانون» ما نجده في «علم أصول الفقه» من بيان :-
أ ـ القواعد اللغوية التي يستعان بها في استنباط الحكم :
فلا نجد فيه بيانا للعام والخاص، والأمر والنهي، والمطلق والمقيد، والمشترك، والحقيقة والمجاز، والصريح والكناية.

ولا نجد فيه بحث: ظاهر الدلالة وخفى الدلالة وما ينطوي تحت كلٍّ من أنواع.
ولا نجد فيه مايروى الغُلَّة من طرق دلالة اللفظ على المعنى من : دلالة العبارة ، ودلالة الإشارة ، ودلالة الدلالة ، ودلالة الاقتضاء ـ أو المنطوق والمفهوم .
ب ـ القواعد الشرعية التي تبين مقاصد الشارع الضرورية والحاجية والتحسينية. وما تفرع على ذلك من قواعد مثل: «الحرج مرفوع» و«المشقة تجلب التيسير» و«الضرر يزال» . . . الخ.
جـ ـ ولا نجد فيه علاجا للندب والكراهة ولا للسبب والشرط والمانع ولا للعزيمة والرخصة.

ونحن نقترح إدخال هذه المباحث من أصول الفقه إلى أصول القانون ، لأنها قواعد خاصة بفهم النص واستنباط الحكم منه . وهي متعلقة باللسان العربي عموما ، والمفروض أن يراعيها المشرع الوضعي عند صياغته تقنينه ، والفقيه عند تفسير النص ، والقاضي عند طبيقه .

(٣): القصور:

حتى فيما عالجه «علم أصول القانون» نجد قصورا واضحا يبين مدى تفوق علماء أصول الفقه على علماء أصول القانون :
ـ فمصادر الحكم: يقف فيها علماء القانون في الواقع عند التشريع والعرف ويضيف إليها المشرع الوضعي مصادر يتعذر على القاضي الإفادة منها كالقانون الطبيعي وقواعد العدالة . . . الخ.

---

(١) انظر في بيان عيوب نظرية الحق أو الالتزام وتفضيل نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية: السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، وخصوصا ص ١٣٥ وما بعدها. ومحمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، القاهرة، سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١. وبحثا «التصرفات الشرعية الانفرادية» المنشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني من السنة التاسعة وكتابنا «الحكم الشرعي والقاعدة القانونية» الطبعة الأولى، ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م، دار القلم بالكويت. وخصوصا ص ٨٤ ـ ١٢٨.

أما «علم أصول الفقه» فيفيض في بيان هذه المصادر فهي فيه عشرة أو تزيد : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصالح المرسلة ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي (على الخلاف في بعضها) .

وفي الموضوع الواحد إذا قارنا بين معالجة علماء أصول الفقه، ومعالجة رجال أصول القانون نجد الفرق الهائل بين هذه وتلك . ولنأخذ لذلك مثلا : القياس ـ يعالجه علماء أصول الفقه ويعالجه رجال القانون ، ولكن شتان بين هؤلاء وهؤلاء في ذلك . إن رجال القانون يعرضون له في سطور معدودة (١) . أما علماء أصول الفقه فيعقدون له بابا واسعا وبعضهم يؤلف فيه كتابا مستقلا يتناول أركانه وأحكامه بل إن بحوث العلة وحدها قد تربو في حجمها على أبواب علم أصول القانون .

فالأصوليون في باب القياس يتكلمون على .

١ ـ معناه .

٢ ـ بيان أنه حجة ، والخلاف في ذلك ، وأدلة كل فريق .

٣ ـ في أركان القياس : الأصل والفرع والعلة وحكم الأصل . وهنا تفصيل الكلام على العلة : تعريفها ـ الطرق المثبتة لها (النص ـ الإيماء : تعريفه وأقسامه ـ الإجماع ـ المناسبة وتقسيم المناسب ـ الشبه ـ الدوران ـ السبر والتقسيم ـ الطرد ـ تنقيح المناط) . ومبطلاتها (النقض ـ عدم التأثير ـ وعدم العكس ـ الكسر ـ القلب ـ الفرق) . وتقسيماتها : العلة القاصرة والعلة المتعدية ، والعلة البسيطة والعلة المركبة . ثم يأتي الكلام على الأصل والفرع وشروطهما . . . الخ ولا نجد شيئا من ذلك ذا بال في علم أصول القانون .

(٢)

ورغم ما تقدم فانا نود لو أفاد علماء أصول الفقه من علم أصول القانون بالاسهاب في بحث ما لم يبحث ـ على وجه الكفاية ـ في علم أصول الفقه مثل :

ـ المال موضوع التصرف .

ـ الشخص المعنوي .

ـ الحقوق المعنوية كحق المؤلف في مؤلفه، وحق المخترع في مخترعه، وحق التاجر في اسمه التجاري . . . الخ .

ـ تطبيق الحكم الشرعي من حيث المكان والزمان والتنازع فيهما بين الأحكام .

---

(١) انظر على سبيل المثال : السنهوري، علم اصول القانون، القاهرة، ١٩٣٦ ـ ١٣٥٤ هـ البند ١١٣ ـ ص ١١٥ .

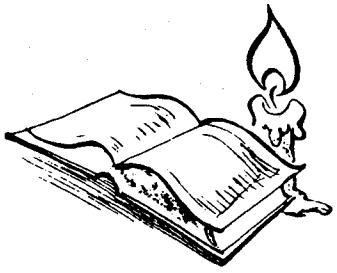
الخاتمة

عرضنا فيما تقدم موضوع «علم أصول الفقه» وموضوع «علم أصول القانون» وعقدنا مقارنة سريعة بينهما. وقد تبين لنا مدى تفوق العلماء المسلمين على علماء القانون في هذه الناحية.

وأشرنا إلى أنه ـ مع ذلك ـ يجدر بعلماء المسلمين معالجة موضوعات وردت في القانون ولم تعالج أو لم تعالج المعالجة الشافية في علم أصول الفقه.

ونشير إلى أنا لسنا هنا بصدد مقارنة الحكم الشرعي بالقاعدة القانونية فهما مختلفان في الطبيعة والنطاق والموضوع... الخ. وقد بينا ذلك في بحث لنا سابق(١).

والله ولي التوفيق؛



(١) انظر كتابنا «الحكم الشرعي والقاعدة القانونية» المشار إليه في الهامش قبل السابق.