الدكتور فتحي الدريني
الأستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده

بحث في أعظم معضلة عرفها العالم في القانون والسياسة والإقتصاد، وهي «فكرة الحق وطبيعته» بحثاً علمياً مقارناً في أصول الفقه الإسلامي، والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم، ويبين بجلاء موقف الشريعة الإسلامية من هذه الفكرة التي تعتبر مدار الصراع المحتدم في عصرنا الحاضر بين الشرق والغرب.

مؤسسة الرسالة

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الثالثة

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران

الإهـــداء

إلى اللذين دعما فيّ روح الخير ، والثقة بالله جل وعلا ، والمصابرة ، والجرأة في الحق ، والصراحة التي لاتعرف نفـاقاً أو تزلفـاً . . . وحُب العلم ، ثم أمداني بمـــا أسعفني على تحصيله والتفاني فيه . . . نذراً لله في اعلاء كلمته ، وخدمة شريعته . . . والديّ العزيزين .

إلى من استقيت من روحه الطاهرة ، وصوفيته النقية ، ونفسيته البريئة ، رُواء الخـير والصلاح والتقوى ، والثقة المطلقة بالله سبحانه ، واخلاص العمل ابتغاء وجهه الكريم — جدي الحنون .

الى اسـتاذي الجليل ، الذي أسبغ عليّ من علمه وفضله ، وصادق عونه ، وسديد توجيهه ، فضيلة الشيخ طه الديناري .

إلى التي آمنت باخلاصهـا ، وصفاء نفسهـا ، وبراءة سريرتهـــا ام المهند .

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

بقلم حضرة صاحب الفضيلة الاستاذ الشيخ طه الديناري
عميد كلية القانون والشريعة
بجامعة الازهر

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعد :

فقد درج بعض الاساتذة على أن يضعوا بين يدي كل كتاب جديد ألّفه أحد تلاميذهم أو زملائهم ، مقدمة تقليدية ، فيها من الاطراء والثناء ما يغلب على الظن أن يكون وسيلة لتزكية المؤلّف ، ورواج المؤلّف ، دون أن يستبين القارىء — لأول وهلة — مدى مطابقة ذلك للجهد المبذول ، والنتائج العلمية المبتكرة ، التي تعتبر بحق لسان صدق على قيمة البحث العلمي الدقيق المنتج ، في منهجه وأدلته ، ووجوه استنباطه ، وسلامة مقدماته ، ومنطقية نتائجه .

واذا كانت البحوث العلمية النظرية تتطلب في زمننا هذا — بالنظر الى تعقد مشكلات الحياة — جهداً صابراً ، وتخصصاً دقيقاً ، وثقافة ممتازة ، حتى يمكن أن تصل الى تقرير حقائق مبتكرة مدعمة بالاصول والأدلة ، والتفكير العلمي الحرّ في حدود المنطق السليم ، لتزيد في الثروة العلمية ، والتقدم الانساني ، وينتفي عنها

معرّة التكرار والاجترار والاختزال والجمود والتشويه ، فان البحث العلمي في الفقه الاسلامي وأصوله ، لأشدّ عسراً ، وأوعر مسلكاً ، وأعزّ مطلباً ، لتعدد المذاهب الفقهية فيه ، وتشعب الآراء حتى في المذهب الواحد بل في المسألة الواحدة ، ناهيك عن تعقد أسلوب القديم من مصنفاتها ، وفقدان المنهج العلمي فيما تناولته من أبحاث ، حتى غدا هذا الفقه – على الرغم من تقسيمه الى أبواب وفصول – مسائل شتى وفروعاً مبعثرة ، يُبحث كل منها – فيما يبدو – على ضوء ما كان يطرأ من الوقائع والأحداث .

اما النظريات : فلم يكن المجتهدون القدامى من الاصوليين والفقهاء – رضوان الله عليهم – ليعنوا بصياغتها ، والبحث في ضوابطها ومعاييرها ، وانما كان اجتهادهم العلمي – على وفرته وغزارته – منصباً كله على تعرّف حكم الله في كل واقعة تطرأ أو من الممكن أن تقع ، وعلى تقعيد القواعد التي لا يمكن أن تؤلف كل منها نظرية كاملة .

على أن هذا لا يغض من شأو هذا الفقه الاسلامي ، فالواقع أن هذا هو شأن الاجتهاد في كل فقه أصيل ، إذ الفقه في أصله فروعي واقعيّ ، يلبي حاجات الأمة في كل زمن وفي كل واقعة كما تطرأ ، ويمكن أن ترتد فروعه الى اصول ثابتة تنتظمها ، ولا تجد فيها إلا هذا المنطق التشريعي السليم .

على أنا لا ننكر أن صياغة هذه النظريات من تلك الفروع المنثورة التي لا يحصيها عدّ من العثت والعسر بمكان .

هذا ، وقد نهض تلميذنا البارّ ، الاستاذ الدكتور فتحي الدريني ، بجهد وإخلاص نادرين ، ببحث « فكرة الحق وطبيعته في الفقه الاسلامي » وهو مدار الصراع الدائر اليوم بين الشرق والغرب ، وبيّن بجلاء وجهة نظر الشريعة الاسلامية في أخطر معضلة قانونية واقتصادية وسياسية عرفها العالم حتى اليوم .

وقد سلك المؤلف في بحثه هذا منهجاً علمياً جديداً ، وأقامه على أساس من

أصول الفقه الاسلامي وقواعده العامة ، فضلاً عن الاستدلال بالكتاب العزيز والسنة المطهرة، وفقه الصحابة، واجتهادات أئمة المذاهب الفقهية جميعاً، ولم يسبق لباحث ـ فيما رأيت ـ أن تناول هذا الموضوع الحيوي الخطير بهذه الأصالة والعمق ، يستبين فيه القارىء « نظرية الفقه الاسلامي » نفسه ، وذلك تمهيداً لبحث آخر منبثق عن الأول ، لا يقل عنه خطورة وجدوى ، وهو بحث الدستور الذي يحدّد مدى استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، أو ما يسمى اليوم «بنظرية التعسف في استعمال الحق » .

وصل المؤلف في بحثه الى استنباط هذه النظرية بمعاييرها البينة الواضحة ، واقامها على اصول من مصادر الشريعة ومقاصدها ، وقواعدها الكلية ، واجتهاد الأئمة من لدن الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ الى يومنا هذا ، وهي نظرية يُفاخر بها الفقه الاسلامي الفقه الوضعي وتشريعاته في القديم والحديث ؛ بما توفق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة في ضوء مقتضيات العدالة وتطورات الحياة ، وبما تجعل من الحقوق وسائل لمصالح وغايات جدّية ، اقتصادية واجتماعية شرعت تلك الحقوق من اجلها ، وأبان المؤلف ان الفقه الاسلامي في نصوصه وروحه ومقاصده يسبغ المشروعية على تلك الحقوق ـ أيا كان نوعها ـ ما دامت تمارس من قبل اربابها توخياً لتحقيق غاياتها ، حتى يكون قصد المكلف في هذا العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، وإلا كانت المناقضة ، وهي العلة في سلخ صفة المشروعية عن تلك الحقوق ومنع التسبب فيها ، وترتيب الجزاء والضمان على ما ينجم عن ذلك التنكّب من أضرار ، او تفويت للمصلحة التي من اجلها شرع الحق .

ثم بين المؤلف ان هذه النظرية ترتبط اساساً بنظرية الحق ، لا بنظرية « التعدي » او بالخطأ المولد المسئولية التقصيرية في الفقه القانوني ، وهو خطأ لم يتجنب الوقوع فيه جلّ الباحثين في هذا العصر .

وأوضح المؤلف بجلاء الفرق بين «التعدي» ومجاوزة حدود الحق الموضوعية،

وبين « التعسف » الذي يفترض اساساً التصرف داخل حدود الحق ، غاية ما في الامر انّ المصلحة التي شرع من اجلها تعتسف ، وقد وفق في ذلك توفيقاً عظيماً.

ثم أبان انها نظرية وارفة الظل ، ينبسط رواقها على جميع انواع الحقوق من دستورية وجنائية ودولية ومدنية وتجارية وأسرية .

ثم أخذ المؤلف يقارن اتجاهه الفقهية والاصولية بنظائرها ـ ان وجد لها نظائر ـ في الفقه الوضعي ، متتبعاً القديم منه حتى الفقه الروماني فضلاً عن الفقه الحديث وتشريعاته ، هذا فيما يتعلق ببحث « مفهوم الحق وطبيعته » .

أما فيما يتعلق بنظرية « التعسف » فقد اثبت الدكتور الدريني ان الفقه الوضعي القديم لم يكن ليعرف هذه النظرية ، اذ لم يُعثر فيه على شيء من مبادئها ، إلا ما يزعمه بعض الفقهاء والكاتبين بنوع ادعاء او تأويل متعسف فيه ، وعلى نحو ضيق .

أما الفقه الوضعي الحديث ، و كذلك القضاء ، فقد عرف كل منهما شيئاً من مبادئها في القرن الماضي ، حين اضطرته ظروف الحياة الجديدة ، الى تحكيم تلك المبادىء توخياً للعدالة . هذا في الفقه الوضعي قديمه وحديثه ، وفي القضاء الحديث . اما التشريعات الوضعية فمن المقطوع به انها لم تعرف هذه النظرية إلا في مطلع هذا القرن العشرين ، في حين ان الشريعة الاسلامية ، قد أتت بها اصولاً وفروعاً وتطبيقات لا تحصى منذ ان بزغ فجر الاسلام على ربوع هذا الكون : ثم توسع الأئمة المجتهدون ـ رضوان الله عليهم ـ في تطبيقها .

جاء المؤلف بهذا البحث الاصولي الفقهي في الشريعة الاسلامية ، مقارناً بالفقه والتشريع الوضعيين ، واضعاً آراء الباحثين ، شرقيهم وغربيهم ، في ميزان النقد العلمي الحرّ ، ومبيناً دقة وجهة نظر الشريعة في كل اولئك ، وكانت شخصيته العلمية ماثلة في كل سطر من سطوره ، كما بدت عناصر ثقافته الواسعة التي تجمع الى تبحّره في اصول الفقه الاسلامي وفقهه ، تضلّعاً في العلوم القانونية

والسياسية ، في دراسات عليا من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، هذا الى جانب ثقافته الادبية والتربوية بجامعتي القاهرة وعين شمس .

ومما تبدى لي من خلال اشرافي الدقيق على هذه الرسالة العلمية القيمة ان الاستاذ الدكتور فتحي الدريني ، أصوليٌّ ثبت ، وعالم باحث دقيق النظر ، قويّ العارضة ، أصيل الرأي ، متين الحجة ، متوقد الذكاء ، ناصع البيان ، يزين كل اولئك صفاء العقيدة في صدق العبوديّة .

وقد نال هذا الكتاب أعلى درجة علمية تمنحها جامعة الازهر ، وهي درجة « الامتياز » .

وفي اعتقادي ان هذا البحث فريد في نوعه ، ويعتبر فتحاً جديداً للبحوث العلمية في الفقه الاسلامي منهجاً وعمقاً وأصالة ، وارى ان لا غنى لمراكز الثقافة الانسانية والاجتماعية والقانونية والسياسية في العالم عن الانتفاع بهذا الكتاب ، ولا غنى أيضاً — ومن باب أولى — للمثقفين والمتخصصين عن دراسته وتفهمه ، بما أحيا جانباً من كنوز هذا الفقه الاسلامي الذي يدعم الحياة الانسانية الفاضلة ، ويحافظ على قيمها ، وينشر رواق الحق والعدل فيهـــا ، ويجعل للمثل العليا ، والمبادىء الخلقية : من شرف الباعث وطهارة النية والغيرية ، منزعاً في التشريع الأمر الذي ضلّت عنه التشريعات المتطرفة في العالم الى يومنا هذا ، وذلك آية سماويته .

وختاماً أسأل الله له ما أسأله لنفسي من الخير ، والتوفيق ، والسداد ، وان ينفع به العلم والاسلام والمسلمين انه سميع مجيب .

١ جمادى الاولى ١٣٨٦
١٧ آب ١٩٦٦

طه الدينادي
عميد كلية القانون والشريعة
بجامعة الازهر

تقرير

اللجنة المؤلفة من قبل جامعة دمشق

لفحص الانتاج العلمي

بناء على قرار مجلس كلية الشريعة المؤرخ في ٩٦٥/٥/٢٧ والقاضي بتسميتنا نحن الموقعين لجنة لفحص الانتاج العلمي للدكتور السيد فتحي الدريني المعيد في الكلية المذكورة، والذي حاز اخيراً رتبة العالمية (الدكتوراه من كلية الشريعة في الجامعة الازهرية) وذلك لمعرفة كون انتاجه العلمي محل البحث يؤهله لان يكون مدرساً في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

اجتمعنا في يوم الخميس المصادف ٤ من صفر ١٣٨٥ هـ ٣/٦/١٩٦٥م بعد ان سلم الدكتور فتحي قبل اسبوع كل واحد منا نسخة من رسالته التي نال بها رتبة الدكتوراه، وعنوانها « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » (ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون) فتبين لنا بعد دراسة الرسالة العلمية المذكورة منفردين ثم التداول فيها مجتمعين مايلي :

آ – حجم الرسالة :

تقع الرسالة المذكورة في (٤٨٣) صفحة من صفحات المستنسخ (الفولسكاب) يضاف اليها ثبت المراجع وفهرس تحليلي للموضوعات .

ب – مصادر الرسالة والعزو فيها :

رجع المؤلف الى مجموعة كبيرة من المراجع الهامة القديمة والحديثة في اصول

الفقه والفقه المذهبي ، والفقه العام والمقارن ، والقانون المدني باللغة العربية والفرنسية ، والقانون العام . وقد سلك المؤلف في العزو الى هذه المراجع والاحالة عليها الطريقة العلمية الدقيقة في عزو الآراء والتفصيلات الى اصحابها ومواطنها من مؤلفاتهم بتعيين الجزء والصفحة دون الاكتفاء بالعزو الاجمالي .

ج - موضوع الرسالة واهميته :

ان موضوع الرسالة هو من الموضوعات الهامة جداً في النظم القانونية ،وفي الحقل المدني منها ، فنظرية التعسف في استعمال الحق هي من النظريات الاساسية التي استرعت انظار فقهاء القانون والشراع والشراح ، وظلها منبسط على جميع آفاق القانون في تحديد استعمال الحق وطريقة ممارسته بصورة لاتخل بقصد الشارع حتى تكون فكرة الحق اداة عدل واستصلاح لا اداة كيد واذى .

وقد تبدى للباحثين من القانونيين العرب ان اصل النظرية في الشريعة الاسلامية التي سبقت الى تقريرها وتحكيمها في فروع القضايا . ولكن هذه النظرية لم تجمع اجزاؤها وتفاريعها في بحث يخصها ويبرزها ويبين مكانتها وسلطانها في بناء الاحكام . وهي وان كانت قد عالجها فريق من القانونيين ومن فقهاء الشريعة لاتزال تعتبر ارضاً بكراً لم تحرث وتستنبت كما يجب .

وهذه الرسالة تعتبر بحق البحث الاول المستكمل في هذه النظرية حسن الشريعة الاسلامية ، كما يتضح من الملاحظات التالية عن مضمون هذه الرسالة وخطتها .

د – مضمون الرسالة وخطتها :

قسم المؤلف الرسالة الى مقدمة وثلاثة ابواب رئيسية اشتملت على كثير من الفصول والمباحث الفرعية .

١ – ففي المقدمة قدم تمهيداً بين يدي الموضوع بين فيه منهج الرسالة ولخص

اسس الموضوع ومرتكزاته وشأنه في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي .

٢ – وفي الباب الاول تناول بالبسط والتفصيل طبيعة الفقه الاسلامي ونظرية القانون ، وفيه تكلم في فصول متتالية عن الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده في نظر المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي ، وعن مفهوم الحق في الفقه الاجنبي وما حوله من آراء وصلته بنظرية التعسف ثم عن فكرة الحق في الفقه الاسلامي بحسب طبيعة هـذا الفقه ، واوضح هنا ان الفقه الاسلامي تقويمي لاتقريري ، فهو مشرب بعناصر المثل العليا والكمال الخلقي والفضيلة النفسية ، وهذا ماجعله تربة خصبة لنظرية التعسف التي يتجلى فيها النزعة الخلقية والاجتماعية في التشريع والحقوق التي تتقرر في ظله. ثم تكلم عن مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف ، ثم عن مؤيدات هذا المبدأ من مصادر الفقه بطريق الاستحسان والاستصلاح وقاعدة سد الذرائع وقاعدة الحيل ، ثم تكلم عن واقعية الفقه الاسلامي وغايته في نظرته الى الفرد والجماعة ونظرة الاسلام الى المال وفكرة الاستخلاف والوظيفة الاجتماعية للانسان فيه وما يتبع ذلك من مسؤولية الفرد والجماعة ثم تكلم عن الحق والاباحة في الفقه الاسلامي، وهنا بين توسط النظرية الاسلامية في ذاتية الحقوق وغيريتها وصلة ذلك بنظرية التعسف، كما فرق بين الاباحة والرخصة والحق، وتكلم كلاماً جيداً عن قاعدة (الاصل في الاشياء الاباحة) ثم ختم هذا الباب بفصل اخير عن الاسس التي يستند عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي من قاعدة المصالح والتضامن وفكرة الخلافة الانسانية في الارض ، وصفة الوسطية ، وصلة كل ذلك بنظرية التعسف .

٣ – وفي الباب الثاني تكلم عن اصل النظرية (نظرية التعسف) في الفقه الاسلامي في فصول متتالية شارحاً فيها فلسفة التعسف في نظر الاصوليين منطلقة من فكرة المصلحة التي شرع الحق من اجلها باعتبار انه وسيلة لاغاية . وهنا اوضح ايضاحاً جيداً ما غمض على كثير من الباحثين السابقين في الموضوع من

الاشتباه بين التعسف في استعمال الحق وبين المجاوزة لحدود الحق، فوقعوا في الخلط بين الموضوعين، واضاعوا بذلك مزية النظرية الرفيعة في التعسف الذي هو غير التجاوز او التعدي او الاضرار الذي شرعت فيه المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الخاطىء .

ثم تكلم في ادلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة والاصول التشريعية والقواعد الفقهية باسهاب جلى فيه المؤلف واستقصى ، ثم تناول البحث في معايير التعسف في نظر الفقه الاسلامي ، ثم ربط هذه المعايير المتعددة بالاصل العام الذي ينتظمها ، ثم اوضح مجال تطبيق نظرية التعسف وبين انه يشمل حتى الاباحات والحريات العامة، ثم بين الجزاء المشروع في الفقه الاسلامي عن التعسف وانواعه المتضامنة من دنيوية واخروية ليكون من العقيدة زاجراً عن التعسف في استعمال الحق المشروع .

٤ – وفي الباب الثالث عرض عرضاً جيداً مرتباً على سبيل المقارنة نظرية التعسف في القانون ، اي في الفقه والتشريع الوضعيين وتطوراتها التاريخية من القانون الروماني الى القانون الفرنسي الحديث سنة (١٨٠٤) فالقانون المصري القديم والجديد ثم سائر القوانين المدنية الحديثة في العالم الغربي وقوانين البلاد العربية مع عرض المذاهب والنظريات الفقهية والاجتهاد القضائي في معايير التعسف .

هذه خلاصة منهج الرسالة ومحتوياتها .

٥ – ومن الجدير بالذكر ان المؤلف ابرز في خلال البحوث الآنفة الذكر اموراً هامة جداً في المقاييس التشريعية حول الفقه الاسلامي ومنها مايلي :

١ – ان فكرة الحق ثابتة وهي دعامة اساسية يدور عليها التنظيم التشريعي في الفقه الاسلامي .

٢ ـ ان الحق ليس بذاته وظيفة اجتماعية . وهذه الفكرة تترتب عليها نتائج هامة .

٣ ـ ان الحق ذو طبيعة مزدوجة في نظر الفقه الاسلامي فليس فردياً محضاً ولا جماعياً محضاً ، بل يجمع بين الصفتين .

٤ ـ ان مشروعية استعماله رهن باتجاهه نحو الغاية التي شرع كوسيلة لتحقيقها .

٥ ـ ان نظرية التعسف نظرية مستقلة لها كيان ذاتي خاص وليست تبعاً او تطبيقاً لنظرية اخرى كالتعدي او الخطأ المولد للمسؤولية التقصيريه .

٦ ـ ان معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي اوسع شمولا وادق تحديداً مما في الفقه الاجنبي وهذا مايجعلها ايسر تطبيقاً في القضاء ، واكثر تحقيقاً للعدل .

ـ والخلاصة :

ان هذه الرسالة تعتبر انتاجاً علمياً قيماً جداً فيه كثير من الابتكار ، وليس فيها على سعتها توسع بالاستطراد الى بحوث يتضخم بها الحجم دون صلة جوهرية بالموضوع كما يرى احياناً في رسائل اخرى . وقد ملأت هذه الرسالة فراغاً كبيراً كان يلحظ في هذا الموضوع الهام كلما كتب فيه كاتب او حاضر فيه محاضر ، لانها احاطت واستقصت اطراف البحث المتشعبة التي كانت زوايا مغلقة ففتح الدكتور فتحي اغلاقها ونبش مافيها من اسس وقواعد وعرضها عرضا وافيا متناسقا فقامت نظرية كاملة فسرت احكام الفقه الاسلامي في كثير من مقرراته غير المفسرة وبينت قابلياته غير المحدودة لامداد العصور بالتشريع الوافي بالحاجات المتطورة ورسمت الطريق السوي للقضاء العادل في ظل الفقه الاسلامي .

وان هذه الرسالة تعتبر نتاجاً علمياً ممتازاً يرتقي بصاحبه الى اهلية التدريس في كليةالشريعة بجامعة دمشق، وهو ذو جدوى كبيرة، وقيمة علمية قيّمة، ليس بالنظر الىالفقه الاسلامي فقط؛ بل بالنظر الىالقانون الوضعي الذي يفيد كثيراً مما فيها من ثروة عظمى في النظام القانوني من الشريعة الاسلامية .

مصطفى الزرقاء
رئيس قسم القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

ماجد الحلواني
استاذ القانون المدني في كلية الحقوق
من جامعة دمشق

يوسف العش
عميد كلية الشريعة بجامعة دمشق

محمد المبارك
رئيس قسم الفقه الاسلامي وقسم العقائد والاديان
في كلية الشريعة بجامعة دمشق

★ ★ ★

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

لم تكن نظرية الشريعة الاسلامية في اصولها العامة التي تنبثق عنها أحكامها المنبسطة الظل على جميع شئون الحياة ومناحيها ؛ لتستقي من حوادث محلية طرأت ، او ظروف حاقت بمجتمع مافي زمن معين ، حتى تكون صدى لتلك الظروف ، او انعكاساً لتلك الاحداث ، تتبدل بتبدلها ، فتنهار اسسها الاولى لتحل اصول اخرى تقضي على البنيان التشريعي كله في اسسه وغاياته ، او بعبارة اخرى ليست أثراً للارادة الانسانية بما يحرك تلك الارادة من دوافع النفس او انفعالاتها ؛ حتى تكون خاضعة للاهواء ، هذا ، وغاية الشريعة لم تتمخض عن صراع بين مصلحة الفرد والمجتمع ، حتى تحدد على ضوء افتئات احداهما على الأخرى .

الشريعة الاسلامية سماوية الاصول ، تتصل بالفطرة الانسانية التي فطر الله الناس عليها ، وهي ما انزلت الا لتخرج الناس عن دواعي اهوائهم ، وشطط نزعاتهم ، وما عرفنا كالهوى عابثاً في التشريع !

على انّ الشريعة الاسلامية اذ أرست أصولها على مقتضى من سنن الفطرة الثابتة في الكون ، بحيث يسود تطبيقها ونتائجها مقتضيات العدل والخير والرحمة والتعاون في دائرة البر ، ولا سيما ابان ممارسة الانسان لما منحه الشارع من حقوق ، لاتغفل مايستدعيه سير الحياة بالناس وتطورها من احكام لهذه الاوضاع الجديدة ، وما تتطلبه الحاجات الطارئة من وفاء تشريعي ؛ لان

في سعة تلك الاصول الثابتة مايفي بذلك كله الى ان يرث الله الارض ومن عليها فهي شريعة ثابتة في اصولها ، متطورة في فروعها .

وليس مانقرره هنا ضربا من الزعم ، او الادعاء غير المدعم بالدليل ، فهذا كتابنا ينطق على الناس بالحق .

استنبط هذا الكتاب « معالم فكرة الحق وطبيعته » في الشريعة الاسلامية ، والمباديء التي يرتكز عليهـــا تقييده ، وما تسبغ على « الحق » من صفة خلقية واجتماعية ، وتكيف استعماله بما يوفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة .

وليس هذا بعيد التصور عن شريعة سماوية تمثل المباديء الخلقية فيها حجر الزاوية ، وتصطبغ احكامها الدنيوية بالصبغة الدينية التي تعتمد على نبل الغاية وشرف الباعث ، حتى امتزجت مباديء الخلق بمباديء التشريع ، وهو امر ظل يسعى الى تحقيقه فقهاء القانون الوضعي ، ولكنه مازال حلماً من احلامهم .

ونقصد بالصبغة الاجتماعية للحق تلك التي لاتجعل من الفرد محور التشريع الاسلامي وغايته دون نظر الى الجماعة ، ومصلحتها ، فالشريعة الاسلامية اقرت الحق الفردي حتى اضحى معلوماً من الدين بالضرورة ، كما اقرت حق الجماعة ، ومن هنا كانت غاية الشريعة في اصولها واحكامها التفصيلية مزدوجة ، وهي رعاية المصلحتين : مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، ووضعت من القواعد ماينسق التعارض بينهما حسبما يقضي به العدل وتغليب الخير ما أمكن ، ولم تهدر احدى المصلحتين على حساب الأخرى ، لان في هذا — فضلا عن التطرف والظلم — تجاهلاً لمكونات الواقع .

وبهذا اصبح للحق وظيفة اجتماعية ، وكتابنا هذا ، اذ يبحث في « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » « ويخرج الى الوجود » نظريـة التعسف في استعمال الحق » بمعاييرها الدقيقة المنضبطة ، مدعمة الاصول ، مستنبطة من الكتاب العزيز ، والسنة المطهرة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات أئمة الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه

بما ينبيء عن ان الشريعة الاسلامية قـــد انطوت فيهـا هذه النظرية منذ ان بزغ على الكون نورها ، اقول ان كتابنا اذ يبحث في ذلك كله ، يقارن بما اهتدت اليه التشريعات الوضعية في مطلع هذا القرن من مبادىء هذه النظرية؛ لتحاول التوفيق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة كما قدمنا .

هذه النظرية اذن لم تكن معروفة في تشريعات العالم قبل هذا القرن ، بينما هي في الشريعة الاسلامية بيّنة الاصول ، تامة الاركان منذ اربع عشر قرنا ، ثم هي غزيرة التطبيق في فقهها ، وارفة الظل على جميع انواع الحقوق من مدنية واسرية ودستورية ، ودولية.

هذا ، ولارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق ، بالحق نفسه من حيث طبيعته ومدى استعماله ، بحثنا «فكرة الحق وطبيعته» وجعلناه في القسم الاول من هـذا المؤلف .

وتوضيحاً لما سبق اقدم مزيداً من البيان لما سلكت من منهج ، وللعناصر التي قام عليها بحق هذا الكتاب . توطئة وتيسيرا لتمثل مباحثه وتفهمها على نحو عميق ودقيق ، وهي مباحث لا اعدو الحقيقة اذا قلت انهـا — في معظمها — مبتكرة في تناولها ونتائجها .

أ — منهج البحث :

سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي والاستنتاجي ، وذلك بعرض النصوص والآراء وتحليلها ومقارنتها ، ثم استخلاص المبادىء العامة .

غير انـه فيما يتعلق بالفقه الاسلامي ، تحلل النصوص والآراء وتقارن بالاستناد الى الادلة من مصادر التشريع . المنصوص عليها وغير المنصوص ، وعلى ضوء من اصول الفقه الاسلامي والقواعد الفقهية العامة .

وعلى ضوء من هذا التحليل والمقارنة والاستنتاج المدعم بالادلة استخلصت نظرية التعسف في استعمال الحق ، بنية الاصول ، واضحة المعايير ، منبسطة الظل على جميع انواع الحقوق .

ب – تفاصيل المنهج :

ولما كان التعسف في استعمال الحق يفترض اساساً وجود الحق ، والحق تتحدد طبيعته ومداه على ضوء من طبيعة الفقه نفسه ، والمبادىء التي يقوم عليها ، اقتضانا ذلك تحريراً للمنهج العلمي في دراسة العلوم الاجتماعية الغائية كالتشريع، ان نبحث – بادىء ذي بدء – فيما يأتي :

طبيعة الفقه الاسلامي .
الاسس التي يرتكز عليها .
غاية هذا الفقه ، من الفردية او الجماعية .
وسيلة تحقيق هذه الغاية – وهي الحق .
طبيعة هذا الحق ومداه .

المبادىء التي يرتكز عليهـــا الحق لتحقيق غاية الفقه حتى لا يلزم التناقض بين الوسيلة والغاية .

ثم مقارنة ذلك بنظيره من اهم المذاهب في فلسفة القانون – المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي وفكرة الحق فيها .

حـ – طبيعة الفقه الاسلامي :

١ – نقرر اولاً ان المقاصد الاساسية وما يتبعها او المصالح – وهي غايات الحقوق – من وضع الشارع الحكيم ، وليس للمجتهدين سلطة ابتداع المصالح ، بل عليهم تقصيها والكشف عنها عن طريق الادلة المنصوبة في الشرع من الكتاب والسنة، والاجماع، والقياس، والاستدلال الصحيح المستند الى روح الشريعة، وليس للمجتهدين ايضاً تنكب هذه المصالح الحقيقية في التشريع الاجتهادي بالاستناد الى ظواهر النصوص من الاطلاق او العموم، لان هذا تعسف في التشريع ولا يجوز.

٢ – يجمع بين **المثالية والواقعية**، او يمزج في قواعده بين الخلق والتشريع فلا تكاد تلمس فاصلاً بينهما ، وهذه ميزة يتفرد بها الفقه الاسلامي، ويحلم فقهاء القانون بتحقيقها ، ومن هنا كان الفقه الاسلامي تقويمياً لا تقريرياً . وعلى أساس المثالية قامت الدعامة الخلقية كحجر أساسي في التشريع ، ومن هنا وجدت فيه فكرة التعسف – باعتبارها تمثل النزعة الخلقية في أرقى مظاهرها – تربة خصبة، فنمت ، وترعرعت كنظرية عامة مدعمة الأصول بينه المعايير ، وارفة الظل ، تنبسط على جميع الحقوق .

وعلى هذا الأساس المثالي أيضاً ، قام مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي كمؤيد لنظرية التعسف ، سواء في ميدان السلطة والحكم في جميع مظاهره ، أم في ميدان التشريع الاجتهادي ، ليدرأ اعتساف المصالح الحقيقية التي هي غاية التشريع وروحه .

وتبدو واقعيته في اعترافه بالمصلحة الفردية ومصلحة الجماعة ، لما في الغاء إحداهما على حساب الأخرى من تجاهل لمكونات الواقع ، وإنكار لمقتضيات الفطرة ، كما يعترف بالفرد وكيانه الشخصي ، واستقلاله **وحريته** .

أما استقلال الفرد فليس مطلقاً حتى يكون انانياً منعزلاً ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون في دائرة البر، واما حريته فقد ارسى التشريع الاسلامي قاعدة المسئولية الفردية والمسئولية الجماعية تجاه ممارسة الفرد لخالص حقه وهذه المسئولية هي التي تبرر هذه الحرية وتقيدها بما يصون **حق الغير** من الاعتداء والتعسف على سواء.

د ـ غاية الفقه الاسلامي :

غايته مزدوجة : مصلحة الفرد والمصلحة العامة، وشرع من القواعد العامة المحكمة ما يكفل التنسيق بينهما عند التعارض ، على مقتضى من العدل والحكمة والمنطق التشريعي السليم .

هـ - وسيلة الفقه لتحقيق غايته :

كان منطقياً إذن أن يشرع من الوسائل ما يحقق هذه الغاية المزدوجة : المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، فشرع الحق الفردي ، وشرع حق الجماعة ، يرشدنا الى هـذا تقسيم الاصوليين - في باب المحكوم فيه - الحق الى قسمين رئيسيين : حق العبد ، وحق الله ، وقالوا في الاول هو مايتعلق به مصلحة خاصة ، وفي الثاني ما يتعلق بـه النفع العام ، ولذا اضيف اليه تعالى لعظم خطره وشمول نفعه .

ومن هنا اعترف بالملكية الفردية كدعامة أساسية في التنظيم التشريعي ، كما هي دعامة أساسية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وصانها وحماها حتى أصبح تقرير هـذا الحق في الشريعة معلوماً من الدين بالضرورة والبداهة . كما اعترف بالملكية الجماعية في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة ، وما يدرأ الضرر الأشد عن المجتمع الاسلامي .

و - تدخل الدولة :

وحماية للمصلحة العـامة شرع تدخل الدولة ، وتقدير الظروف التي تستدعي التدخل محكوم بالقواعد الفقهية العامة المعروفة ، فعدم التدخل اذا ترتب عليه مفسدة عامة حقيقية هي أربى من التدخل - على ما يقضي به المجتهدون وخبراء الاقتصاد أو الاجتماع أو السياسة حسب الأحوال - صير إلى التدخل بالقدر الذي يدرأ هذا الضرر العام ، وذلك لأن استعمال الحق الفردي في بعض الظروف يؤدي الى ضرر عام فيمنع في هذه الحالة درءاً للتعسف ، ولا يتم ذلك الا بتدخل ولي الأمر حيث تقتضي الحاجة العـامة ذلك ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وبحث سلطة ولي الأمر ومدى تدخله في شؤون الأفراد متعلق بباب السياسة الشرعية ، وقد عني الفقهاء المسلمون ببيان أحكامها أيما عناية ، رعاية

للصالح العـام ، وهو باب متفرع عن أصل سد الذرائع ، وهذا يعتبر بدوره توثيقاً للمبدأ العـام الذي قام عليه التشريـع الاسلامي من جلب المصالح ودرء المفاسد وان درء المفسدة اولى من جلب المصلحة .

تضطلع نظرية التعسف باقامـــة التوازن بين المصلحـة الفردية والمصلحة العامة :

وإقامة التوازن بين المصلحة الفردية ومصلحة الجماعة هو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء من القواعد العامة المحكمة في الشريعة .

ز ـ طبيعة الحق الفردي في الفقه الاسلامي :

١ ـ الحق منحة وليس صفة طبيعية للانسان :

حق الفرد ـ في نظر الشريعة ـ **منحة منه تعالى** ، إذ الفرد لم يستحق هذا الحق بحكم الأصل ، وهذا مبدأ له خطره من حيث تقييد الحق ، إذ يترتب على هذا النظر أن الشريعة **هي أساس الحق ، وليس الحق هو أساس الشريعة** ، أي أن الحق الفردي ليس صفة طبيعية جاءت الشريعة لتقريره ، وبناء الأحكام عليه كما هو الشأن في القوانين ذات النزعة الفردية ، بل الشريعة هي التي أنشأت الحق ، ومنحته الفرد ... كما شرعت المصالح التي قررت هذه الحقوق لتحقيقها.

٢ ـ الحق مجرد وسيلة لتحقيق غايته وليس غاية في ذاته :

الحق في الشريعة مجرد وسيلة الىتحقيق غايته، وهي الحكمة او المصلحةالتي من أجلها شرع الحق ، فاستعمال الحق في غير ما شرع له تعسف .

٣ ـ الأصل في الحق التقييد لا الاطلاق :

وإذا كانت الشريعة هي أساس الحق ، فالأصل في **الحق التقييد**؛ لأنه مقيد