مفارقات بناء جوهرية القاعدة القانونية في ضوء مخرجات مقاصد الفقه الإسلامي وغائية الفقه القانوني (دراسة استدلالية تحليلية مقارنة)

م.م عمار يوسف خضير المعموري

كلية القانون – جامعة المستقبل

ammaryousif96@gmail.com

الملخص:

يستلهم القانون مقامات أحكامه من مصادر معتبرة تمكن له من الوصول إلى تحقيق أسمى غايات اهدافه وهذه الأهداف لا مجال مطلق لتحقيقها في ظل متغيرات الظروف الواقعية والتطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية والتي تلقي بظلالها على الجانب القانوني وفي مسايرت تلك التطورات تظهر لنا حقيقة مفارقات بناء جوهرية الحكم القانوني بحسب المصدر الناشى منه، ففي بناء جوهرية الحكم القانوني في ظل مقاصد الشريعة تظهر لدينا بوادر الاختلاف وهنا الاختلاف الباطن لا الظاهر بمعنى آخر أن حقيقة الحكم ظاهرا هي ثابته إلا أن جوهرها متغير وهذا يدلنا إلى أن حقيقة بناء القاعدة القانونية وفق لهذه الركيزة تعد معيبة في مسايرة تطورات بناء قاعدة قانونية حقيقة ، أما ركيزة القاعدة القانونية وفقاً لمصادرها الأخرى فهي تمثل حقيقة تناسبية قابلة للتغير ظاهرا وباطنا لأنها من صنع أنسان قابل لاظهار النقص بتقدم الزمن ومن قبل هذا وذاك تظهر لنا مفارقات أخرى جوهرية والتي من خلالها سيبين لنا هذا البحث سببية التفارق بين ذاتية حكم القاعدة القانونية وفقاً لنظرة مقاصد الشريعة وغائية الفقه القانوني.

الكلمات المفتاحية :القاعدة القانونية، القاعدة الشرعية، المقاصد ،غاية القانون.

Abstract

The law is inspired by the denominators of its rulings from reliable sources that enable it to reach the highest goals of its goals, and these goals have no absolute scope to achieve them in light of the changes of the actual circumstances and the social, economic, cultural and political developments that cast a shadow on the legal aspect, and in the course of these developments, we are shown the truth of the paradoxes of building the essence of the legal judgment according to the source derived from it. The reality of the rule on the surface is fixed, but its essence is variable, and this shows us that the fact of building the legal base according to this pillar is

flawed in keeping pace with the developments of building a real legal rule, while the pillar of the legal rule according to its other sources represents a proportional reality that can be changed outwardly and inwardly, because it is made by a human being that can show the deficiency with the progress of time, and before this and that, we show other fundamental paradoxes, through which this research will show us the causality of the difference between autonomy The legal rule according to the view of the purposes of the Shari'ah and the meaning of legal jurisprudence.

Keywords: Legal Rule, Shari'a Rule, Objectives, Purpose of Law.

المقدمة

يشكل السعي الى تحقيق العدالة وحفظ المصالح الأصلية للمجتمع غاية مشتركة بين الفقه الاسلامي والفقه القانوني ،اذا ينطلق كل منهما من تصور يروم تنظيم العلاقات الأنسانية وفق منظومة من القواعد وألأحكام التي تضبط السلوك وتوازن بين لحقوق والواجبات .غير ان هذا الأشتراك في الغاية لا يحجب التباين المنهجي العميق بينهما في بناء جوهرية الحكم وتعقيده ، فالفقه الأسلامي يستند في تأسيس أحكامه الى منهج المقاصد ، الذي يجعل من حفظ الضروريات والتحسينات أطاراً مرجعياً لتوليد الأحكام وتحقيق العدالة بمفهومها الشامل ، بينما يتجه الفقه القانوني في كثير من أطروحاته الفلسفية الى تأسيس علم القانون بوصفه علما معيارياً غائياً يقوم على هندسة اجتماعية للعلاقات الأنسانية ، بما يجعله اقرب الى الأستجابة للمتغيرات الأجتماعية عبر أدوات تشريعية وضعية .

اولا : أهمية البحث

يسعى الفقه الإسلامي بأحكامه والفقه القانوني بتوجهاته الى بناء منظومة متماسكة تراعي في أحكامها حفظ المصالح الأصيلة للمجتمع، وبالرغم من هذا التوجه العام إلا أن المفارقة بين منهج هذين الفقهين يسوده التفارق والاختلاف في بناء جوهرية الحكم القانوني.

ثانيا: مشكلة البحث

يدئب فلاسفة القانون دوما إلى جعل أن أثبات علم القانون قائم وفق علم معياري غائي يكون بمثابة هندسة اجتماعية للعلاقات الانسانية داخل المجتمع الأمر الذي يجعل منه غير بعيد عن جوهر أهدافه الغائية الخادمة للمصالح الأنسان المتغيرة.

ثالثا: أهداف البحث

يستشعر أهل القانون أنه لا بد من وضع تشريعات وضعية قادرة على تحقيق عدالة مادية في الحكم القانوني الذي تتضمنه القاعدة القانونية، الأمر الذي بإمكانه أن يجعل من سياسة المشرع سياسة متوازنة في تحقيق أهم مبادئ في القانون وهو العدالة، أن الفقه الإسلامي قد أنتهج في بناء تلك الجوهرية هو منهج المقاصد في حين أتجه الفقه القانوني في بناء ذلك منهج تقليدي معيب أحيانا في رسم جوهرية تلك الأحكام، أما بحثنا هنا سيتجه إلى اعتماد المنهج الغائي في تحديد تلك المفارقات في كلا المنهجين إذ يسعى هذا المنهج إلى تعزيز ربط القانون بروح مقاصده وغايته لغرض الوصول الى فهم استثنائي ومختلف في الفهم والتطبيق من أجل أدراك جوهرية قانونية سليمة قادرة على تقريب المصالحة بين نظرة الشريعة إلى المصالح الإنسانية المعتبرة .

رابعا: منهجية البحث

يعتمد بحثنا المنهج التحليلي والمنهج الاستدلالي في تناول مضامين هذا البحث.

خامسا : هيكلية البحث

ولذلك سوف يوضح بحثنا ذلك بشكل أكثر تفصيلاً وفق خطة بحثية علمية محكمة مقسمة إلى مطلبين وكل مطلب فرعين.

المطلب الأول

ملامح بيانية لمعنى مقاصد الفقه الإسلامي وغائية الفقه القانوني

يكشف لنا هذا المنظار الرؤية الفلسفية للمنهج الغائي وهذا الجانب ينبغي مراعاته بشكل لازم ويفيد هذا التضمين الفلسفي لأمرين الأول: يبين لنا الأساس التاريخي للمنهج الغائي، الثاني: يفتح لنا أفق النطاق المعرفي لمعناه في نظر تلك الفلسفات ومعرفة مبادئه وأسسه و أستغلالها في بنائه بشكل أكثر تطورا، أن الخوض في الجانب الفلسفي لهذا المنهج يعد أمر عسيرا جداً لأنه يحتاج الى جانب من التحقق والتدقيق في أصول هذا المنهج في ظل تلك الفلسفات المتضاربة.

الفرع الاول: ذاتية منهج غاية الاحكام ومقاصد الشريعة

وضعت الشريعة الإسلامية عامة والفقه الاسلامي خاصة أحكامهما بصورة دقيقة ومتزنة تحقق جدوى تطبيقها تحقيق العدالة وأبصار الحق وحماية حقوق الاشخاص جاعلة من البناء الاجتماعي بناء قويا متماسكا تسوده بيئة أمنه للإفراد، وعلى الرغم من أقدمية هذا العلم ومصادرة لكنة يزال

بذهن السامع والناظر والمتبحر في هذا العلم ليجد أحكامه من أعدل الاحكام وأكثرها أنصافا وواقعية لاعتمادها على المذهب العقلي وليس التجريدي كما هو الحال في علم القانون، وأستنادا الى ما تتمتع به الاحكام الإسلامية من قيمة ذات عدالة حقيقة لاعتمادها على العدالة العقلية المنطقية غير المحدودة المستندة على مصادر خالية من الشك والنقصان على غرار القانون المعتمد على العدالة الشكلية الناتجة من فكر المشرع .

أصبح هذا العلم شريكًا أساسيًا في نشوء القانون يستسقي منه أحكامه، وملجأً يلجأ إليه القضاء عند عجز مصادر القانون والعرف عن إيجاد الحكم المناسب للواقعة المعروضة. ولم تأتِ عدالة وثبات أحكام الشريعة الإسلامية من فراغ، بل قامت على منهج تقويمي يحقق التوافق والعدالة بين مصالح أطراف العلاقة وما تجيزه الأحكام الإسلامية من حلول لحماية حقوقهم، بخلاف القانون الذي يعتمد غالبًا على منهج تقليدي مستمد من بعض المدارس الفلسفية الغربية.

ويعد منهج الاستنباط الأساس في استخراج أحكام الفقه الإسلامي، ويلازمه منهج المقاصد أو علل الأحكام بوصفه ركيزة في بناء الحكم، وهو ما يقابل المنهج الغائي في الفقه القانوني، إذ لم يعرف الفقه القانوني العربي سابقًا هذا المصطلح، بل اقتصر على تسمية قريبة منه هي «روح القانون»، أما مصطلح المنهج الغائي فقد تبناه الفقه القانوني المصري في العصر الحديث بهدف إيجاد منهج أكثر حداثة يكمل أو يناهض المنهج التقليدي.

معنى المنهج الغائي وفق لمفهوم فكرة المقاصد في الفقه الاسلامي :يتفرع عن ذلك جانبين :

الجانب الاول :المعنى الضيق للمنهج الغائي : ويشمل التعريفات الاتية

الاول : (وهو المنهج الذي يعمل على توضيح ما أبهم من الفاظ وتكميل ما أقتضب من غاية النص وتخريج ما نقص من أحكام القانون من أجل التوفيق بين أجزائه المتناقضة) [1] يلاحظ على هذا التعريف في رأينا بأنه يجعل من المنهج الغائي بصورة عامة منهج تفسيري فقط في دائرة التشريع أي بمعنى أخر أن حدود هذا المنهج تنحصر عند تشريع القاعدة وهذا مخالف لنطاق ما يسعى له المنهج الغائي .

[1] د. حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة الحضارة للنشر والتوزيع ، مصر _ الاسكندرية ، لا ذكر لسنة الطبع ، ص253 .

الثاني : (وهو المنهج الذي يعتمد على النشاط العقلاني ويعطي معنى لنص قانوني) [2] يلاحظ في هذا التعريف في تقديرنا بأنه يعطي للمنهج الغائي عند تصور نصوصه وفق التصور الذهني العقلي لا وفق الواقع الحاضر والمستقبل وهذا مالا يخدم المشرع لان ذلك معروف ومعتاد فأن المشرع عندما يقوم بوضع نصوصه يعتمد على مستوى التطور الفكري الذي وصل الية مجتمعة وخبرته الميدانية وتصوراته الواقعية لا التخيلية ، ومن ثم لا يمكن أن يوجد نص قانوني بلا معنى الا أن هذا التعريف ينسجم مع دور القاضي عندما يتخذ من هذا المنهج طريق لتحليل غاية النص ومعرفة البعد العقلي الذي لم يستطع المشرع أدراكه عند وضعه للنص مجافيا لروح القانون وغاية القاعدة .

الثالث : (وهو المنهج الذي يعمل على تحديد معنى للقاعدة القانونية ويبين مداها وفق عملية ذهنية من أجل أعطاء حكم قانوني مغاير)[3] يعد هذا التعريف هو الاوسع معنا من بين ما ذكر حيث بين بأن هذا المنهج يحدد نطاق القاعدة القانونية ليشمل نطاق لم يعمل المشرع على تحديده ويضيف للمنهج الغائي وظيفة التجديد في الاحكام من خلال أستخراج حكم يخالف حكم القاعدة ، ولا نقصد هنا بالمخالفة هو مخالفة أسس القانون أو مبادئ ما جاءت به القاعدة وإنما مخالفة وضعية معنى الحكم لأسباب مشروع كعدم تحقق العدالة وعدم مراعاتها لظروف موضوع النزاع أو تعرض مصالح الافراد الى أضرر لم يلتفت لها المشرع عند وضع حكمه .

الرابع : (وهو المنهج الذي يقوم بأسناد القاعدة الى غايتها الحقيقة من خلال تحليل دلالات الالفاظ من أجل الوصول الى الحكم القانوني النهائي)[4] يلاحظ على هذا التعريف بأنه من أكثر التعريفات تركيزا وأنسجام مع فكرة المنهج الغائي لكن يعاب عليه بشائبتين الاولى بأنه لا يمكن أدراك الغاية الحقيقة للحكم من خلال دلالات اللفظ فقط فدلالات اللفظ تدل على معنى النص من أجل أزالت اللبس والتشابه بين معاني الكلام لا غاية النص ، إما الثانية فهو الحكم القانوني النهائي حيث لا يوجد حكم قانوني نهائي وفق هذا المنهج فالحكم متغير بتغير الظروف والوقائع وأن الذي يحدد نهاية الحكم هو ليس منهج القاعدة بل القضاء هو صاحب البت النهائي في الاحكام أما المنهج فهو يبين الاحكام حسب الوضع العام لموضوع العلاقة ومن ثم فأن هذه الاحكام قابله للثبات والتغيير وفق لرؤية القضاء المشروعة وفق أصول القانون.

---

[2] د. عبد الحي حجازي ، محاضرات في المخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة وهبة ، مصر _ القاهرة ، الطبعة الثانية ، لا ذكر لسنة الطبع ، ص96.

[3] د. أسماعيل حسن حيفان ، تفسير النصوص من منظور الشريعة والقانون ، مطبعة الدار المغربية ، المغرب _ الرباط ، الطبعة الاولى ، 2019 ، ص68.

[4] د. أسماعيل حسن حيفان ، تفسير النصوص من منظور الشريعة والقانون ، المصدر نفسه

_ الجانب الثاني : المعنى الواسع للمنهج الغائي : ويشمل التعريفات الاتية

الاول : (المنهج الذي يبين القيم والمصالح العليا التي تكمن وراء الصيغ والنصوص وغايتها التشريعية كليا أو جزئيا) [5] يتميز هذا التعريف بأنه يعطي للمنهج الغائي تحليل معاني النصوص من أجل أدراك العلة التشريعية وراء ذلك من أجل معرفة الغاية المرجوة من النص .

الثاني : (المنهج الذي يمكن من خلاله معرفة المقصد العام من التشريع وتطبيقها على الوقائع واستنباط الحكم فيما لا نص فيه)[6] يتضح من خلال هذا المعنى بأن المنهج الغائي هو المرتكز الاساس في تبيان

الغايات والمقاصد العامة سواء كانت مبانه بشكل واضح أم غامض ، ويضيف هذا المعنى للمنهج الغائي وظيفة بناء حكم جديد عندما تستجد واقعة لا حكم لها بناء على معايير يتخذها المنهج يصوغ من خلالها حكما متفق مع أهدافه وغايته .

_معنى المنهج الغائي في إطار فكرة المقاصد برأي شخصي

وهو المنهج الذي لا يقف عند حد عبارة النصوص لفظا أو حكما وإنما يمتد الى ما هو مستفاد من إشارة النص وروحه مع الاستهداء بالمنطق وحكمة التشريع من أجل إقرار حكما يتفق مع روح القانون ومقاصده من أجل تحقيق العدالة المادية ، يتميز المنهج الغائي وفق هذا المعنى بأن هذا المنهج لايقف على توضيح ما غمض من الفاظ النص بل يشتمل على جميع العمليات الذهنية المرتبطة بالنص وما خرج عنه وبالتالي فهو يبين ما أبهم من معنى ، ويستكمل ما نقص لفظ ، ويرفع ما تعارض من حكم ، ويتكيف مع ما يستجد من ظروف ومتغيرات تطرأ على المجتمع ولا يشذ عن روح العصر ، هادف من وراء ذلك تحقيق عدالة القانون ومراعاة مبادئ الشريعة من أجل تحقيق الاستقرار القانوني .

_ ايضا ظهرت عدت تعريفات وضعها فقهاء الاصول والشريعة حول معنى منهج المقاصد منها :

(وهو المنهج الذي يبين المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها في نوع خاص من أحكام الشريعة) [7]

---

[5] د. عدنان نعمه ، مبادئ العدالة والانصاف ، سلسلة منشورات زين الحقوقية ، لبنان _ بيروت ، الطبعة الاولى ، 2016، ص52.

[6] د. جمال الدين سامي ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر _ الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2013 ، ص60.

[7] د.محمد الطاهر أبن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، دار النفائس للطباعة والنشر ، الاردن _ عمان، الطبعة الثالثة، 2011، ص175.

(وهو المنهج الذي يعمل على بيان غائية الاحكام والاسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها) [8] وهنا لا يجب الخلط بين معنى هذا المنهج مع مصطلحات أخرى مقاربة [9]

_ روح القانون، فقد اختلفت التوجهات في بيان معنى روح القانون منها:

الاتجاه الأول: يذهب هذا الاتجاه الذي تزعمته مدرسة الشرح على المتون الى أن روح القانون هي(أرادة المشرع الحقيقة) [10]

الاتجاه الثاني : ويرى هذا الاتجاه بأن روح القانون هي حكمة التشريع والتي تعني (الغائية التي يراد تحقيقها من وضع النص) [11]

وهنا يطرح تساؤل هام ماهي علاقة أو دور منهج المقاصد بالمنهج الغائي من حيث المعنى ؟ يمكن الاجابة عن ذلك من خلال وضع عنوان ضمني يوضح لنا علاقة المنهجين معا ثم يمكننا بعد ذلك بيان معنى المنهج الغائي وفق نظرة الفقه الاسلامي وهو:

الفرع الثاني: توظيف مقاصد الشريعة في أسلمة المعرفة القانونية لمعنى غائية الفقه القانوني

يهدف هذا العنوان الى أستثمار نظرية المقاصد في الفقه الاسلامي في بناء جزء معرفي من المنهج الغائي حيث تعد الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي شريعة مقاصديه بامتياز تعمل عند تشريع أحكامها على مراعاة وحفظ المصالح الحقيقية المعتبرة للأفراد ، أن الشريعة الاسلامية وضعت للمحافظة على المصالح أو الضروريات الخمس هي الدين والنفس والنسل والمال والعقل لكونها تحقق العدالة بين أفراد المجتمع وتحافظ على استقرارها ونظامها ، الا أن هذه المقاصد لم تكن غائبة

---

[8] د.علال عبد الواحد الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الدار العالمية للنشر، السعودية _ الرياض، الطبعة الاولى ، 1998، ص37.

[9] هنا قد يتشابه معنى المنهج المقاصدي مع معاني مصطلحات أخرى وهي:

_ العلة : وهو الوصف الظاهر المنضبط للحكم، والفرق بينهما هو أن المقاصد أشمل من العلة بمعنى أخر أن المقاصد هي حكمة الحكم بينما العلة هي الحكم ذاته مثال ذلك تحريم الخمر هو علة أصولية موضوعها الاسكار بينما العلة المقاصديه فموضوعها حفظ العقل.

_ المصلحة : جلب المنفعة ودفع المضرة، والفرق بينهما أولا: أن المقاصد أوسع من المصلحة وثانيهما المقاصد لا تعتبر توجيه للتشريع الا بتوافر أربعة شروط وهي أن يكون المقصد ثابتا، ظاهرا ، منضبطا، مطردا بينما المصلحة تحتاج الى شرطين هما أن تكون حقيقة، وعامة، لمعرفة المزيد ينظر الى: تعليل فوارق الاحكام، مصطفى محمود شلبي، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر، المجلد الثامن عشر ، ذي العدد (7) ، 2015 ، ص57 .

[10] د. صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية ، مصر _ القاهرة ، الطبعة الاولى ، 1979 ، ص157 .

[11] د. صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، المصدر نفسه ، ص158 .

عن ذهن المشرع وخاصة وهو في إطار أتباعه للمنهج التقليدي في صناعة القواعد القانونية بل لاقت لدية بالرعاية القانونية والحماية القضائية [12]

وبلا شك أن أي قاعدة قانونية مهما كان منهجها سوء في صياغتها العامة أو بفكرتها أو بنتيجتها لابد أن تهدف بالدرجة الاساس الى تحقيق هذه المصالح والكليات ، مقابل ذلك سعى ويسعى بعض فقهاء القانون [13]جاهدين الى أثبات بأن المنهج الذي يسلكه علم القانون في وضع أحكامه يجب أن يكون وفق معيار علمي غائي باعتبار أن القانون ما هو الا هندسة اجتماعية للعلاقات التي يقيمها الافراد فيما بينهم وأن دوافع الغرض من ذلك هو المحافظة على مبادئ وأهداف القانون الاساسية ذات الابعاد الغائية والتي غالبا ما تمثل روح التشريع المادي ، وضرورة تطوير هذا العلم ومناهجه وإضفاء كل ما هو جديد وخاصة في المسائل الجوهرية واعتبارها ضرورة ملحة من أجل مسايرة العملية التطويرية لهذا العلم حاله حال بقية العلوم ونظراً لأهمية الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي ومعارفها بوجه عام في نشوء القانون من خلال أشراكه في وضع القوانين والعديد من أحكامه واعتبارها أحد مصادره ومن خلال نظرية المقاصد بوجه خاص حيث يمكن القول بأننا نستطيع من خلالها وضع اللبانة الاولى للمنهج الغائي والسبب في ذلك هو التقارب المعرفي المشترك بين المنهجين في بعض المواضع.

وينطلق تحقيق ذلك من خلال المنهجية المتخذة في البناء التشريعي للأحكام من أجل تعديل سياسية المشرع وتوجهاته عند تشريعه لتلك القواعد، وأن استشعار أهل القانون حديثا بوجود هكذا منهج جديد فأنه يحتاج الى هيكل معرفي متقارب مما يصبوا اليه يستمد بعض أدوات مفاهيمه وتكوينه ويكون ذلك عن طريق نظرية المقاصد باعتبارها المدخل المعرفي المنهجي في تأصيل بعض متطلبات المنهج الغائي، حيث تعد أفضل مدخل معرفي لأسلمة المعرفة القانونية له وخاصة في المجتمعات الاسلامية بعيدا عن نظرية المعرفة الغربية المستندة على الرؤية المادية النفعية ويمثل هذا التقارب أبتدأ من الغاية الاجتماعية، حيث أستشعر أهل القانون مؤخرا وبشكل أدراكي فعلي الى ضرورة أعادة هيكلية منهجية أنتاج التشريعات بما يتناسب مع القيم.

---

[12] د. شمام بشير ، فلسفة التشريع الاسلامي في ضوء مقاصد الشريعة ، بحث منشور في مجلة الحوار المتمدن الصادرة من الجامعة الدولية _ الرباط ، المجلد الرابع ، ذي العدد (9) ،2017، ص16 .

[13] يمثل هذا التوجه هو للدكتور عبد الرزاق السنهوري في نظرته حول أجراء الاصلاح التجديدي في القواعد القانونية من خلال أتباع رؤية ومنهجية الشريعة الاسلامية وفقها في صياغة الاحكام وإصلاحها ، للمزيد ينظر الى : (نظرات معاصرة في ضوء المنهج السنهوري للعلاقة البينية للقانون والشريعة) د. أياد مطشر صيهود ، الجزء الثامن ، الطبعة الاولى ، 2022.

والمقاصد الدينية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية وعلى كافة المستويات الاخرى بحجة مواكبة التطورات العلمية وتحقيق العدالة المادية بشكل أكبر، ومن ثم نجد بأن منهجية بناء الحكم في القاعدة القانونية التي سار عليها المشرع غير متناسقة ولا مراعيه لتلك المصالح أو الكليات فنجد أن الاختلاف في المضمون جوهري خذ مثلا أتجاه المشرع في قاعدة حفظ الدين نجد المشرع لا يقتضي تجريم الردة أو تغير الدين على الرغم ما للأخير من مضار على الجانب الديني السائد في الدولة بخلاف القاعدة الشرعية الخاصة بحفظ الدين ، على الرغم من أن الدستور العراقي النافذ لعام 2005 أشار في الفقرة (2من المادة ثانيا)(يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الاسلامية لغالبية الشعب العراقي) ، خذ مثلا أخر في مسألة حفظ العقل نرى المشرع لا يجرم جريمة الخمر على الرغم ما يؤديه هذا الفعل الى الاضرار بالنفس ليصل بعد هذا التصرف الى الاضرار بالأخرين والى غير ذلك من الامثلة لذلك نجد بأن المشرع يبتعد من حيث فهم غاية النص الحقيقة وأختلاف تطبيقه للقواعد القانونية ذات الاهتمام المشترك بين مقصد الشريعة ومقصد القانون أو بما يسمى بالبعد الغائي للأحكام.

بالتالي نجد أن التشابه بين منهج المشرع التقليدي في تشريع القاعدة وبين منهج أو فكرة المقاصد هو تشابه ظاهري لفظي لا يقتضي تحقيق الموافقة التامة بينهما أو بمعنى أخر لا يجسد مبدأ الملاءمة بين الغاية المادية للحكم الشرعي وبين الغاية المادية لحكم القانون، الا أن الحال يبقى فيه فسحة أمل للقاضي المختص فهو استنادا الى القدرة الاجتهادية التقديرية يستطيع أن يغير ولو بالقدر العادل من مجرى حكم المشرع ، إما الاختلاف فهو عميق وجذري حيث أن فكرة المقاصد مصدرها القران والسنة واجتهاد الفقهاء بينما فكرة المنهج التقليدي في القانون فهي نابعة من العقل الجمعي بقصوره ونسبيته ، كذلك أن فكرة المقاصد في مشاركتها في استكشاف وأستخرج نتيجة الحكم تعمل على أن تكفل كفالة تامة لضروريات الناس وتوفير حاجياتهم وبالتالي تؤدي الى أستظهار نتيجة محكمه ومعتبرة تعمل على حسم الخلاف بصورة منطقية عادلة وهذا حقيقة لا نجده في منظومة المنهج التقليدي وتصوره للأحكام القانونية أذ أن المصلحة ظرفية متغيرة متطورة بتطور ونشأة القانون حيث أثبت الواقع بأن تلك القوانين لم تؤدي دورها اللازم في الوفاء بمتطلبات المتقاضين وحل خصوماتهم أو حلها بطريق يجافي أفاق العدالة وهذا ما يميز فكرة المقاصد بأنه ذات ثوابت منطيقة قادرة على تحقيق العدالة المطلوبة حاضرا ومستقبلا نتيجة لمرونة أحكامها وصلابة أسسها العلمية وترتيب على ذلك فأن أهداف التشريع الوضعي رغم قيمتها الا أن المنهج المتبع في صياغة وإنتاج تلك

القواعد غير جامع لكل أبعاد الكليات الخمس في مقاصد الشريعة وهو ما يجعل المنهج التقليدي قاصر عن تحقيق مصالح الناس وجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم وعند أذن تكون نظرية المقاصد هي الملجأ في سد بعض القصور والاغفال التشريعي.

ويعول الفقه كثيرا على تفضيل نظرية المقاصد على نظرية مقاصد القانون كخطط تشريعية يهتدى بها في أدراك مراد المشرع في ظل تدني بعض جوانب أفكار وأسس المنهج التقليدي ويتضح ذلك جليا لسببين الاول غياب أو عدم وضوح الهدف التشريعي لغموض أو نقص أو أنحراف في مبادى القانون، والثاني نقص الوسيلة المعيارية القيمية في بلوغ الهدف التشريعي أي عدم مراعاة ووسائل تحقيق الغاية المادية للقاعدة القانونية، بعد برهنة عدم تطابق المنهج التقليدي في القانون مع منهج المقاصد في الفقه الاسلامي ما هو البديل عن ذلك المنهج ؟

أن البديل عن ذلك هو المنهج الغائي حيث يمكننا القول أبتدأ بـأن نظريـة المقاصـد أصـبحت ضـرورة لازمة في تفعيل المنهج الغائي ، كيف ذلك ؟ هل يمكن أن تثري فكرة المقاصـد فـي أثبـات تفعيـل هـذا المنهج ؟ ماهي خلاصة معنى المنهج الغـائي وفقـا لمنظـور فكـرة المقاصـد فـي الفقـه الاسـلامي ؟ أن الإجابة عن هذه التساؤلات يبنها لنا المطلب الثاني.

المطلب الثاني

توافقية المنهج الغائي ومنهج المقاصد في تصميم الأحكام

أن تفعيل المنهج الغائي من خلال فكرة المقاصد يكون من خلال نسخ الاخيرة بمفاهيمها وأسسها ومعايرها ويأتي ذلك اعتبارا أن من الحقائق العلمية أن من وراء كل قاعدة قانونية مسوغات غائية [14] تعمل على التحكم من ناحية وضعها بمعنى أخر، أن القاعدة لا توضع الا بعد معرفة الغاية الرئيسية منها أي لا تشرع على سبيل خالي بل لابد أن يكون لها وظيفية تعمل على تنظيم أمر ما وتحل نزاع متعلق بموضوع معين وهنا يستلزم الامر وجود مبادئ معيارية يلجئ اليها المشرع والقاضي من أجل تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، ولقد كانت فكرة المقاصد تلوح بين أعين الفقهاء كمنهج يستعان به من أجل أجراء وظيفتين الاولى وظيفة إرشادية يستعان بها في تكوين القواعد قبل التشريع والثانية وظيفية إصلاحية تقتصر على القاضي حيث يستطيع الاخير اللجوء اليها من أجل أصلاح النص عند عدم ملاءمته بشكل معين ليصبح أكثر تطورا من أجل التخلص من

[14] د. محمد العويسي ، القانون وتربية الضمير ، بحث منشور في مجلة البصائر للإنتاج العلمي ، الجزائر ، المجلد الثاني ، ذي العدد(1) ، 1998 ، ص66.

ظاهرة التقليد لذا وصف فقهاء الشريعة بأن منهج المقاصد هو خير معين في صناعة القواعد الفقهية ، وهنا ينسجم المنهج الغائي مع منهج المقاصد من حيث التوجه الوظيفي في أسلمة الاحكام وحقيقة تفتقر القوانين الوضعية وفق منهجها الى ذلك أذ أن من الصعب تعقب أهداف المشرع ومقاصده.

الفرع الاول : التوافق الفقهي لحكم غاية الاحكام

المضمرة وخاصة في ظل عدم عصمة المشرع وحيادتيه ومن ثم يصبح الوقوف على فهم المقصود أو الهدف الحقيقي من النص أمر بالغ المشقة والعسر، يعمل المنهج المقاصدي على تقريب القانون من الاشخاص المخاطبين به وهذا التقارب يأتي من خلال الالية المرنة والمتطورة التي يتبعها هذا المنهج حيث أنه يعمل على البحث في نتائج الاحكام ومصير تطبيقها ولا يبحث في مصدر تلك الاحكام في كونها صادرة من المختصين بمعنى أخر يبحث في روح الحكم لا في مشروعية تصدير القاعدة كأنها قاعدة مشروعة أم لا وبالتالي ينظر هنا الى مشروعية الحكم من أجل تحقيق العدالة وهنا يتفق مرة أخر المنهج الغائي مع فكرة المقاصد ، فالمنهج الغائي لا يعمل على أن يقرر بأن هذه القاعدة لها مشروعية قانونية أم لا أي أنها صادرة من المشرع متخطية مراحل التشريع بل يبحث في مشروعية حكمها وما تحتويه من حلول مناسبة في معالجة توجها لحل المسائل المختصة، وحقيقة أن ذلك يأتي بفائدة من هذا التقارب بين القانون والفرد حيث يخلق لدى المجتمع قابلية الانضباط الطوعي للأحكام وسرعة الامتثال لها مما يجعل الفرد أكثر أيمانا وأرسخ يقينا بعدالة القانون ونصوصه وما تحتويه من حكمه معقولة في التشريع ، ومن هذا المنطلق أشترط فقهاء الشريعة

شرطين من أجل تحقيق ما ذكر الاول فهم النص على كماله فهما دقيقا معمقا والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها [15] وبالتالي تضيف فكرة المقاصد للمنهج الغائي ميزة العدالة والاستنباط ، تعمل فكرة المقاصد على المحافظة على روح النص وعدم استغلاله أستغلال غير مقبول ينافي المبادئ والاسس الراعية لهذا العلم [16] وحقيقة يأتي ذلك من ضمن توجهات المنهج الغائي حيث أن أتباع هذا المنهج في أنشاء القاعدة القانونية يحل أهم إشكالية تواجه القانون عند النفاذ وهو عدم وضوح الغاية الاساسية للقاعدة ومن ثم تصبح تلك القاعدة في بعض الاحيان محط توجه غير مشروع في رسم أهدافها وتغير مسار غايتها على نحو يجافي مقررات العدالة ، ومن هذا

---

15 د.عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، لبنان _ بيروت ، مطبعة دار الغرب الاسلامي ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ص5.

16 د.علال الفاسي ، مقاصد الشريعة ومكارمها ، بيروت _ لبنان ، مطبعة دار الغرب الاسلامية ،الطبعة الخامسة ، 1993، ص 9.

الجانب ذهب كثير من القانونين المعاصرين الى أنشاء مؤلفات تخص غاية القانون من أجل أحياء ما خفي من قواعد حقيقة لهذا العلم وفرز ما أختلط به من مبادئ دخيلة ، ونجد ذلك صراحة بين علم الشريعة الاسلامية وعلم القانون حيث أن سير الشريعة وفقها وفق منهج المقاصد وغيره جعل من أحكام الشريعة الاسلامية لم تهدم ما قبلها بل جاءت (بالتغيير والتقرير) لذلك يتشارك المنهج الغائي والمقاصدي في مصب واحد وهو التوظيف الايجابي لمنظومة القواعد من حيث فهم النص وتنزيله ويكون ذلك من خلال السلطة التقديرية للقضاء في تطبيق تلك القواعد وتوظيفها بشكل سليم من خلال الفهم المنطقي للنص.

يعمل منهج المقاصد من خلال عملية التشريع على ربط الكليات بجزيئاتها ويفكك دلالات النصوص ومعانيها ويدرج الفقه ذلك تحت مسمى(الاجتهاد التنزيلي للأحكام) تفيد هذه العملية في معرفة تدرج المصالح والمفاسد وأداة لضبط الحكم وربطة بالمعاني ، يتفق المنهج الغائي مع تلك العملية أتفاق تاما والتي يمكن أن نطلق عليها (الملاءمة التشريعية) تعد هذه الخطوة مهمه جدا للفقيه والمشرع والقاضي من خلال جعل القاعدة معتمدة حلول متعددة الابعاد هذا بالنسبة للمشرع ، أما بالنسبة للقاضي فهي تعطيه خاصية أجراء الموازنة بين أفضل الحلول نجاحا في فض النزاع ، ومن ثم يحافظ المنهجين على روح النص وأنسجام غايته ، يتفق المنهجين معا على أهم مسألة تعتبر أحد جواهر هاذين المنهجين وهي توافر المصلحة

الفرع الثاني: التوافق القانوني لغاية الاحكام

يؤكد فقهاء الشريعة والقانون على مراعاة مبدأ المصلحة في عملية التشريع وكذلك في عملية نظر النزاع، حيث يذهب علماء الفقه الاسلامي قاطبة الى أن منهج المقاصد ينشئ من فكرتين الاولى التعليل باعتباره أداة لضبط الحكم وربطه بالمعاني ، وثانيهما المصالح باعتبارها غائية للحكم [17] وتعرف المصلحة على أنها (المحافظة على مقصود الشارع من خلال فهم النص وتطبيقه وفقا لتلك المصلحة) [18] لذا يفهم من هذا المعنى بأن صلاحية النص وسلامته وتحقيق غايته تتحقق وفق تلك المصلحة ، ومن ثم يذهب أغلب فقهاء الشريعة الى أن المصلحة وفق هذا المعنى بأنه لا وجود للنص بدون شرط المصلحة ، وهذه المصلحة قد تكون مصلحة قد جزم الشارع ببطلانها (مصلحة وفق نوعها) خذ مثلا القاعدة الخاصة بميراث الابن والبنت فلا يستطيع القاضي أن يعطي للبنت نصيبا

[17] د. محمد سعيد البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، لبنان _ بيروت ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، الطبعة الاولى ، 2001، ص49.

[18] د.عبد السلام الرفعي ، فقه المقاصد والمصالح ، المغرب ، دار أفريقيا الشرق للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص18 .

أكثر من الولد مما هو مقرر شرعا وقانونا أو يساوي بينهما فهنا لا يستطيع القاضي أن يجهد نفسه في تغير منهج حكم تلك القاعدة بحجة أن تلك القاعدة لا تحقق غاية التشريع خذ مثلا القاعدة الشرعية الخاصة بالسرقة توجب بأن السارق هو ضامن للمال المسروق ومن ثم لا يستطيع القاضي أن يغير مجرى الحكم لكن يحق لصاحب المال أن يتنازل عن حقه ، لذلك يصف الفقهاء بأن تلك الاحكام هي أحكام واقعة بين الثبات والتغير أي أن هذه الاحكام تتغير بحسب الظروف زمانا ومكانا أو قد تتغير بفعل الاشخاص وهي ما تسمى (المصلحة وفق جنسها) ويتجلى منهج المقاصد وفق هذا النوع الاخير ، ومن بين الشواهد الفقهية والقانونية التي يتجسد فيها منهج المقاصد والمنهج الغائي هي مسألة الحضانة فأن الفهم المصلحي للقواعد القانونية هي قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في مسائل أسناد الحضانة ، وطلب أسقاطها أو الرجوع أو التنازل عنها لذا فقد ذهبت غالبية التشريعات العربية الى أن كل أسناد للحضانة أو تنازل عنها فيها تهديد مصلحة المحضون لا يؤخذ به ويتوجب على القاضي تقدير تلك المصلحة ، ومن ثم يفهم من ذلك هو أن الاحكام الصادرة وفق هذا المنهج يدور فلكها حول تحقيق المصلحة الفضلى للطفل وليس حضانة الطفل فقط كالتزام يقع على عاتق أحد الوالدين بمعنى أخر أن المنهج الغائي ينظر لحضانة الطفل من باب أيهما أحق في الرعاية وليس وفق ما يشير الية المنهج التقليدي الذي يجزم بجعل الأولوية للأم وبالتالي أينما تكمن المصلحة تكمن العدالة وهذا مسار المنهج الغائي في تصميم الاحكام .

أما في القانون فتتجلى المصلحة بكونها عنصر من عناصر الحق حيث مما لاريب فيه أن أحقاق الحقوق تعد تحقيقا لمصالح أشخاصها سواء أكانت تلك الحقوق فردية أم جماعية ، لذا فأن أي مصلحة يكون خلفها حق فهي أجدر بالحماية ، والمصلحة في القانون قد تبدو في صورة (منفعة مادية محسوسة) سواء أكانت مقررة لفرد أم لمجتمع حيث يعد هذا النوع من المنفعة هي الهدف الرئيسي لتصرفات الفرد والمجتمع أو قد تبدو المصلحة في صورة (منفعة معنوية) حيث تعد هذه المنفعة غير حسيه الا اذا تولدت قناعة لدى حاملها والتي من شأنها أن تستثمر وتتحول الى مادية ومن بالغ الذكر بأن المصلحة لاتعد وسيلة لتحقيق غاية وهي المنفعة بل تعد هي غاية في حد ذاتها في أفعال الافراد أو في التشريعات سواء كانت المصلحة شخصية خاصة أم عامة ويرى البعض [19] بأن المصلحة تكمن في كونها هي الباعث فأن التصرف من دون مصلحة يعد تصرف من غير باعث ولذا

[19] د. سعدي إسماعيل عبد الكريم ، المصلحة في الفقه الغربي والفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد _ كلية القانون ، 1984 ، ص23.

فأنه لابد من توافر المصلحة في أي فعل وتأكيدا لهذا القول فأن الاحكام القانونية لن ولم تشرع الا لتحقيق مصلحة ويذهب كثير من الفقهاء الى أن الحقوق (عامة كانت أم مجرد حريات ورخص قانونية) لم تتقرر حمايتها في التشريعات الا من أجل تحقيق مصلحة وعلى هذا فأن صاحب الحق يكون متمتعا بالحماية القانونية كلما أتجه الى تحقيق تلك الغاية ولو ترتب على ذلك ضرر اذا لم يتجاوز الحق أو التعسف فيه [20] وهنا تعد المصلحة ليست منفعة شخصية مشروعة بل المقصود بها هي (تلك المنفعة التي أقرها المشرع في حدود قانونية) ويعد هذا النوع من المصلحة هي الإقوم عند تضاربها أو تعارضها مع مصلحة أخرى وهنا يطرح تساؤل هام عن موقع العدل في تحقيق غايات القانون أذ كما هو معروف أن القانون يصبوا نحو تحقيق العدل والذي يقع على عاتق القاضي تحقيقه ، ولكن ما هو الحل عندما يتعارض تحقيق العدالة مع مصلحة أوجب القانون حمايتها ورعايتها ؟

هنا يعد القاضي مقيدا ولا يكون له منفذ الا من خلال أتباع المنهج الغائي من أجل التخلص من تطبيق حرفية النص والبحث عن منفذ يستطيع من خلاله الموازنة بين ما يسعى له القانون وهو تحقيق العدالة وبين ما تقره المصلحة من حق من أجل عدم ضياع أو هدر الجانبين (العدل والمصلحة المتعارضة) حيث يعمل المنهج الغائي على تحقيق العدالة ورعاية مصالح الافراد ، وهنا يكمن دور المنهج البناء المميز للقاعدة القانونية من خلال فرضياتها وأحكامها ، وكذلك للقاضي لما يملكه من رؤية تكيفية وتحليلية في (فحص المصلحة) الاولى بالرعاية فيعمل على تحقيقها على حساب الاخرى وهنا نرى المنهج الغائي يكمن جوهر تطبيقه في النص الاتي :

نصت الفقرة الاولى من المادة (134) من القانون المدني العراقي النافذ (1. إذا أنعقد العقد موقفا لحجر أو أكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو أنكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه ، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من أن أنتقلت الية العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الايدي فأن هلكت العين في يد من أنتقلت اليه ضمن قيمتها) من خلال النص القانوني المذكور أعلاه أنه أذ قام شخص ببيع شيء مملوك للغير وباعه المشتري بدوره الى شخص أخر وتتابعت البيوع حتى أستقرت في حيازة شخص حسن النية أو سيئ النية فلمالك الشيء الحق في أن ينقض جميع تصرفات التي تمت على الشيء المملوك وله أن يسترده حيث وجده وأن تداولته الأيادي خلال هذا النص نجد بأن المشرع قد أقر العدل لصالح مالك الشيء ، الا هذا النص يتعارض مع ما نصت به المادة (1163) من القانون المدني العراقي النافذ

[20] د. عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966 ، ص65.

والتي نصت (1. من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع دعوى الملك من أحد 2. والحيازة بذاتها قرينه على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك) وهنا يطرح تساؤل هام أي من النصين يعد عاما للأخر؟

أذا قلنا أن نص المادة (134) نص عام لأنها قد وردت ضمن القواعد العامة المنظمة لنظرية الالتزام بما في ذلك نظرية العقد فأن المادة (1163) تعد نصا خاصا يستوجب تطبيقه عند التعارض ، واذا قلنا أن نص المادة (1163) هي تعد نصا عاما لكونها تنظم المبدأ العام الذي يحكم الحيازة في المنقول حسن النية وبسبب صحيح بالتالي تعد المادة (134) تعد نص خاص ينظم حالة خاصة من حالات الحيازة وبالتالي تعد أستثناء من الاصل شأنها شأن المادة (1164) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت (أستثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وبسبب صحيح من خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الامانة)

وهنا يأتي دور القاضي ومن خلال أتباعه للمنهج الغائي أن يختار أنسب الحلول وأكثرها ضمانا لتحقيق العدالة وحل هذا التعارض من خلال أختياره للمصلحة الاجدر بالرعاية وهنا يلاحظ من خلال المادة (134) والمادة (1164) هو أن المشرع في تلك المادتين قد جعل الحماية من نصيب المالك ، ولكن قيد تحقق الاستثناء في المادة (1164) بمدة محدده وهي ثلاث سنوات في حالة خروج المنقول من يد مالكه دون رضاه ولكن لم يحدد وقتا معينا لرفع الدعوى مما جعل المدة مفتوحة للمالك الذي يخرج المنقول من تحت يده مع وجود رضا صادر منه ، ولكن (هذا الرضا كان معيبا) علما بأن الحالة الاولى تعد أكثر خطرا من الحالة الثانية وهذا عيب في موقف المشرع .

وهنا لابد من الالتفات الى شيء جوهري وهو معيار تقويم المصلحة أن تقيم المصلحة وفق المنهج التقليدي يكون حسب رأي البعض في أتجاهين [21] الاول هو أن على القاضي وهو في طور تنظيم المصالح المتعارضة عليه أن يأخذ بمعيار المصلحة العامة فكلما كانت المصلحة الفردية أكثر قرب من المصلحة العامة كانت لها الافضلية من غيرها لكن هذا المعيار على الرغم من مرونته لكنه

21 . د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان _ بيروت ، الطبعة الاولى ، 2017 ، ص514.

يحتاج الى الانضباط ، لذا أقترح بعض الفقهاء [22] معيار ثاني وهو أن الحل المقرر لابد أن يكون عاما شاملا لا يميز بين المصالح أي جعل المصالح كلها في مرتبة واحده من أجل التخلص من هذا التعارض وهذه المصالح يؤخذ منها ما هو هام وجوهري والتضحية ببقية المصالح الاخرى غير الضرورية يعاب على هذا المعيار بأنه غير قابل للتطبيق والسبب في ذلك هو أن وضع جميع الحقوق والمصالح في مرتبه واحده يؤدي الى عدم تحقيق العدالة.

وفي تصورنا بأن المنهج الغائي لا يهدر أي مصلحة فمعياره هو أجراء التوازن بين موضوعات تلك المصالح وقياسها بدرجة الاحكام الموضوعة لأجلها فأدا كانت فئة من المصالح وفق للحكم الموضوع لها وفق المنهج التقليدي يراعي متطلبات العدالة فأن المنهج الغائي يكون غير فعال في ذلك ، أما أذا كانت فئة أخرى من المصالح وفق للأحكام الموضوعة لها أو لم ينص المشرع على أعتبارها ومراعاتها لكنها في الحقيقة تمثل حقوق حقيقه فأن المنهج الغائي وفق لضوابطه ووظائفه يستطيع أن يخلق الحلول العادلة لهذه المصالح بشرط أن تكون ذات مشروعية ، أن هذا المعيار يتسم بالشمولية النوعية أي أنه يأخذ بجميع المصالح ويأخذ منه ما هو ملائم وموافق لفكرة المنهج وأحكام القانون ، بعد معرفة مقاربات فكرة المقاصد والمنهج الغائي والروابط بينهما وبعد كل ما ذكر يطرح تساؤل جوهري : هل أن فكرة المقاصد تتفق مع فكرة مقاصد القانون لدى فلاسفة القانون؟

يمكن القول بأنه صحيح أنا وجدنا توافق بين منهج المقاصد والمنهج الغائي لكن حقيقة لا يعد كلامنا السابق أعلاه فيه موضوع من الفائدة اذا لم تتفق فكرة المقاصد مع فكرة مقاصد القانون لدى فلاسفة القانون باعتبار أن المنهج التقليدي وأغلب النصوص القانونية قائمة على فلسفات ومعارف تلك المدارس ، يمكن القول بأنه تتفق وبلا شك فكرة المقاصد مع فكرة مقاصد القانون لدى فلاسفة هذا العلم حيث قطعت فلسفة القانون مسافات كبيره من أجل تحقيق الملاءمة والمزاوجة بين تعاليم الدين ومناهجه في تكوين النصوص وبين نتاج العقل السليم ، لقد عزز هذا التزاوج الى ترقية الحضارة الغربية وتعليتها بشكل أكثر تطورا وتميزا ونجد ذلك بشكل واضح في الدول الانجلوساكسونية حيث من العلوم القانونية التي نشأت في تلك الدول والتي تكون قريبه بنوعيتها من علم المقاصد والتي صارت تحتل مكانا مميز في الدراسات الغربية .

22 . يمثل هذا الرأي هو للفقيه روسكو باوند عالم الاجتماع القانوني الامريكي ، للمزيد راجع فلسفة الحق ، د. محمد سليمان الاحمد ص517، المصدر نفسه

هو العلم الموضوع تحت تسمية (legal philosophy) [23] حيث يدرس هذا العلم ويركز أهتمامه على دراسة الغايات والاحكام التي تكمن وراء النظم القانونية والتي تستطيع أن تكشف العلاقة بين القانون والمجتمع ، يتناول هذا العلم موضوعات حيوية منها حقوق الانسان وغايات الاحكام ، وتحقيق العدالة والصالح العام ، والاستقرار القانوني ، والامن القانوني ، ويقدم هذا العلم مساعدته في تحقيق التوافق بين الغايات السابقة للأحكام وبين الغايات المستحدثة من أجل الوصول الى أعلى مراتب الكمال التشريعي من أجل توليد نظام قانوني شامل للمقاصد والغايات والمصالح حيث أن كل نظام قانوني له أهداف ومقاصد يحتويها وأهم ما يضيف لهذا النظام القانوني بأنه قابل للتغير والتحول حسب الظروف والمناخ الاجتماعي والدولي وهذا ما وصل الية مونتسكيو في كتابه (روح القوانين) حيث بين ميزتان تمتاز بهما القواعد القانونية هما النسبية أي أن تلك القواعد تتغير حسب الظروف السائدة والاخرى الحتمية أي أن (يخضع القانون لما يشبه قانون السببية) فما هو الا نتائج وأسباب موضوعية متعلقة بالساحة الاجتماعية ، وتعد مسألة البحث عن روح القانون وجوهره من أكثر المسائل إرتباطا بفكرة الغاية والتي يدور محورها وفق هذا العلم هو تحقيق الملاءمة بين (النص القانوني والواقع الاجتماعي) والتي تأتي فكرتها من المدارس التي نادت بالأساس الاجتماعي للقانون ويكون ذلك من خلال تحقيق الانسجام بين الواقع والمصلحة ، ويأتي ذلك ضمن واقع يشير الى عدم فاعلية النصوص القانونية وضعف معياريتها ، وتجاهلها للواقع الثقافي والاجتماعي والاقتصادي للمخاطبين بها مما أدى الى ظهورأتجاهات حديثه في عالم القانون تركز على (الغائية القانونية والمصالح الاجتماعية) .

ولذلك يظهر التوافق بين مقاصد القانون بثوبها الفلسفي القانوني وفكرة المقاصد بإطارها الفقهي الاسلامي من خلال أشتراكهما في البحث عن غايات ومقاصد المشرع ومن خلال ذلك يمكن بناء نص قانوني منطقي عادل أو تمكين القاضي من فهم النص وتنزيله على الواقع تنزيلا سليما ، ومن ثم فأن كلا المقصدين يعملان على تحقيق المصالح ودفع المضار مما يجعل لنظرية المصلحة المحورية مكانة مميزه في بناء القواعد في الفكرين الاسلامي والقانوني ، لذلك يذهب أحد فقهاء القانون الغربي [24] الى أن العلاقة بين فكرة المقاصد ومقاصد القانون علاقة علم دجماطيقي أي أنه (علم كلي القواعد

---

[23] فلسفة القانون أو تأتي بمعنى روح القانون : وهو علم يدرس الاسس والمبادئ الجوهرية للقانون ويبحث في غايته وتطوراته فيما يكون وبما سيكون في إطار فلسفي.

[24] وهو الفقيه أدوار لا مبير أحد أعلام القانون الفرنسي في جامعة ليون ومن الرواد الكبار في تأسيس القانون المقارن وكان مربط أهتمامه بأحكام الفقه الاسلامي لدرسته لهذا العلم نتيجة تأثيره البارز على المدرسة المصرية

) حيث يعد هذا العلم وفقا لهذين المقصدين يجعل من القانون قانون حي ويذهب كذلك أحد فقهاء القانون الغربي [25] الى أن علم المقاصد أضاف لنا كيفية فتح مغاليق النصوص وعلمنا كيف لا نجعل من القانون علم مغلقا أو معزولا وعلمنا تعليل الحكم وفهم النص ليختم قوله الشهير (أذا أخذ القانون بألفاظه فهو هيكل عظمي مجرد عن الحياة) وتعد نظرية التعسف في استعمال الحق هي أحد النظريات التي تمثل أحدى نتاج فكرة المقاصد في الفقه الاسلامي والتي نسخ الفقه الغربي قواعدها ومقاصدها ونقلها الى علومهم بعد أن كانت تمثل وفق الفقه القضائي الفرنسي بدعة قضائية .

_ نص قانوني مميز

نصت المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الامام الشافعي والامام ابي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة . فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب واذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الامارة.) ويلاحظ من خلال النص المذكور أعلاه بأن المشرع أعطى صلاحية للقضاء في حل المنازعة المعروضة أمامه بحسب مصادر القانون وهو التشريع ثم الشريعة الاسلامية ثم العرف وأهم ما يميز هذا النص الاتي :

_ أن المشرع قدم الشريعة الاسلامية على العرف.

_ راعى فكرة المقاصد من خلال حصر النص بمذاهب معينه دون غيرها وهذه المذاهب تؤمن بفكرة المقاصد وتؤسس أحكامها وفق هذا المنهج عدا المذهب الحنفي الذي قد يعمل بهذه الفكرة على سبيل الاحتياط لكونه يعمل وفق فكرة فقه المدرسة الظاهرية التي تلتزم بحرفية النص لا غاية النص أو مقصده وفي رائينا أن ورد هذا المذهب في هذا النص هو بسبب مكانة هذا المذهب في الفقه

وتسلمه لأداره المدرسة الحقوق السلطانية في القاهرة في أواخر القرن التاسع عشر للميلاد دفعه لمعرفة علم الفقه الاسلامي وهو يعتبر أحد الناقلين لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي الى الفقه القانوني الغربي الفرنسي . للمزيد أكثر راجع مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، د. محمد كمال الدين أمام ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق _ جامعة الاسكندرية ، المجلد (4) ذي العدد(19)،ص280

[25] وهو الفقيه أرما نجون وهو أحد فقهاء القانون الفرنسي وأحد تلامذة الفقيه إدوارد لا مبير ويعتبر أرمانجون هو من عمل على تطوير وأدخل فقه المقاصد في الفقه الغربي بصورة أكثر توسعا عندما كتب أطروحته في نظرية التعسف في أستعمال الحق بمشاركة فقه المذاهب الاربع وكانت نالت التقدير بمرتبة الشرف ، للمزيد أكثر راجع مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، محمد كمال الدين أمام ، المصدر نفسه، ص282.

الاسلامي ، وكذلك من أجل اللجوء اليه عندما تكون المذاهب السابقة له (الواردة في النص) لم تتناول حل مسألة معينه أو لم يكن حلها مناسبا لفض النزاع وفق عدالة الشريعة الاسلامية والا فهو يعد مذهب معطل في قانون تلك الدولة.

_أخذ المشرع بفكرة المنهج الغائي حيث أسس هذه القاعدة وفق هذا المنهج من حيث التعدد الاختياري وإعطاء طابع المرونة في النص ويتضح ذلك جليا من خلال ورود التعبير اللفظي (فإذا لم يوجد ، يراعي ، أنسب الحلول)

ويذهب البعض [26] حول تعليقه حول هذا النص (أن هذا النص ليس له مثيل في القوانين المدنية العربية التي أطلعت عليها وهو فيه جانب من الابداع التشريعي والأصولي) وقد برع المشرع الكويتي في ذلك بحسب ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة الاولى من القانون المدني الكويتي النافذ رقم 67 لسنة 1980 بقولها (فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الاسلامي الاكثر أتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها) وبالتالي ووفق هذا النص يستطيع القاضي أن يكون مخيرا في تحديد أنسب الحلول على وفق المذهب الذي يتفق مع مصلحة البلاد في كل حالة على حدة وفي ذلك تبني للفكرة المقاصد .

وختام بالغ القول نقول بأن المنهج الغائي قد كسب من فكرة منهج المقاصد في الفقه الاسلامي الاتي :

_ العدالة التشريعية

_مراعاة مصالح الافراد دون تميز وأجراء التوازن بين متطلبات تلك المصالح وبين مصير نتائج الاحكام

_ الملاءمة عند تشريع النص

_ المرونة بين جمود النص ومتطلبات واقع الاحكام .

_ بروز صفة الحكمة التشريعية .

_ تطوير الحنكة التشريعية للمشرع لفظا وحكما .

_ زوال التناقض والتعارض بين الاحكام .

_ تحقيق الامان القانوني .

_ شيوع اليقين القانوني .

---

[26] د. محمد سليمان الاحمد ، الهندسة التشريعية ، سلسلة منشورات زين الحقوقية ، لبنان _ بيروت ، الطبعة الاولى ، ص 240 ، 2022.

_ تطوير العقلية الاجتهادية لدى القضاء من خلال عملية التحليل والتحقيق في أعماق مأرب النصوص .

الخاتمة

اولا: النتائج

1.أن المنهجين يعتمدان على مصادر قادرة على الوصول إلى حكم عادل وملاءم يتناسب مع كل ما هو مستجد، فالمنهج الغائي يعتمد على السلطة التقديرية الاجتهادية المنطقية المرنة للقاضي وحسب ما تفرضه قواعد العدالة والإنصاف ومبادئ القانون الأكثر(توافقاً) وما تفرضه طبيعة الوقائع والظروف، أما فكرة المقاصد مصدرها القران والسنة واجتهاد الفقهاء، وهذا عكس ما نراه في المنهج التقليدي، فنجد أن فكرة المنهج التقليدي في القانون نابعة من العقل الجمعي بقصوره ونسبيته فمصدره دائما المشرع لا غير.

2.أن فكرة المقاصد تلوح بين أعين الفقهاء كمنهج يستعان به من أجل أجراء وظيفتين الأولى: وظيفة إرشادية يستعان بها في تكوين القواعد عند التشريع، الثانية: وظيفة إصلاحية تقتصر على القاضي حيث يستطيع الأخير اللجوء إليها من أجل أصلاح النص عند عدم ملائمته بشكل معين ليصبح أكثر تطوراً من أجل التخلص من ظاهرة التقييد، لذا يصف فقهاء الشريعة بأن منهج المقاصد هو خير معين في صناعة القواعد الفقهية.

وهنا ينسجم المنهج الغائي مع منهج المقاصد من حيث التوجه الوظيفي في أسلمة الأحكام، وحقيقة تفتقر القوانين الوضعية وفق منهجها إلى ذلك، إذ من الصعب تعقب أهداف المشرع ومقاصده المضمرة وخاصة في ظل عدم عصمة المشرع وحياديته، ومن ثم يصبح الوقوف على فهم المقصود أو الهدف الحقيقي من النص أمر بالغ المشقة والعسر.

3.يعمل المنهج المقاصدي كذلك على تقريب القانون من الأشخاص المخاطبين به وهذا التقارب يأتي من خلال الآلية المرنة والمتطورة التي يتبعها هذا المنهج، حيث أنه يعمل على البحث في نتائج الأحكام ومصير تطبيقها ولا يبحث في مصدر تلك الأحكام في كونها صادرة من المختصين، بمعنى أخر أنه يبحث في روح الحكم لا في مشروعية تصدير القاعدة بأنها قاعدة مشروعة أم لا، ومن ثم ينظر هنا إلى مشروعية الحكم من أجل تحقيق العدالة، وهنا يتفق مرة أخر المنهج الغائي مع فكرة المقاصد، فالمنهج الغائي لا يكمن عمله هنا في تقرير بأن هذه القاعدة لها مشروعية قانونية أم لا أي أنها صادرة من المشرع

متخطية مراحل التشريع، بل يبحث في مشروعية فاعلية أحكامها وما تحتويه من حلول مناسبة في معالجة المسائل المختصة بها.

أن هذا التقارب بين القانون والفرد يأتي بفائدة حيث يخلق لدى المجتمع قابلية الانضباط الطوعي للأحكام وسرعة الامتثال له مما يجعل الفرد أكثر أيماناً وأرسخ يقيناً بعدالة القانون ونصوصه نتيجة ما تحتويه من حكمه معقولة في التشريع ومن هذا المنطلق أشترط فقهاء الشريعة شرطين من أجل تحقيق ذلك، الأول: فهم النص على كماله فهم دقيق معمق، الثاني: التمكن من الاستنباط استنادا على فهمه فيها، ومن ثم تضيف فكرة المقاصد للمنهج الغائي ميزتي العدالة والفهم المنطقي للأحكام.

4. تعمل فكرة المقاصد على المحافظة على روح النص وعدم استغلاله استغلال غير مقبول ينافي المبادئ والأسس الراعية لهذا العلم وحقيقة أن ذلك يأتي من ضمن توجهات المنهج الغائي، حيث أن إتباع هذا المنهج في أنشاء القاعدة القانونية يحل أهم إشكالية تواجه القانون عند النفاذ وهو عدم وضوح الغاية الأساسية للقاعدة، ومن ثم تصبح تلك القاعدة في بعض الأحيان محط توجه غير مشروع في رسم أهدافها وتغير مسار غايتها على نحو يجافي مقررات العدالة.

5.أن مسار الشريعة الإسلامية وفقها وفق منهج المقاصد جعل من أحكام الشريعة الإسلامية لم تهدم ما قبلها بل جاءت(بالتغيير والتقرير) لذلك يتشارك المنهج الغائي والمقاصدي في مصب واحد، وهو التوظيف الإيجابي لمنظومة القواعد من حيث فهم النص وتنزيله ويكون ذلك من خلال السلطة التقديرية للقضاء في تطبيق تلك القواعد وتوظيفها بشكل سليم من خلال الفهم المنطقي الدقيق للنص.

6.يعمل منهج المقاصد من خلال عملية التشريع على ربط الكليات بجزيئاتها ويفكك دلالات النصوص ومعانيها ويدرج الفقه ذلك تحت مسمى(الاجتهاد التنزيلي للأحكام) تفيد هذه العملية في معرفة تدرج المصالح والمفاسد وأداة لضبط الحكم وربطة بالمعاني، يتفق المنهج الغائي مع تلك العملية أتفاقاً تاماً والتي يمكن أن نطلق عليها(بالملاءمة التشريعية) تعد هذه الخطوة مهمه جداً للفقيه والمشرع والقاضي من خلال جعل القاعدة معتمدة حلول متعددة الإبعاد وفق دقة صياغية مرنة تأخذ بنظر الاعتبار الظروف والحالات وتغير الوقائع هذا بالنسبة للمشرع، أما بالنسبة للقاضي فهي تعطيه خاصية أجراء الموازنة بين

أفضل الحلول ملاءمة في فض النزاع، ومن ثم يحافظ المنهجين على روح النص وأنسجام غايته.

7. يتفق المنهجين معاً على أهم مسألة تعتبر أحد الركائز المهمة لهاذين المنهجين وهي توافر المصلحة، يؤكد فقهاء الشريعة والقانون على مراعاة مبدأ المصلحة في عملية التشريع وكذلك في عملية نظر النزاع، ويذهب علماء الفقه الإسلامي قاطبة إلى أن منهج المقاصد ينشئ من فكرتين الأولى: التعليل باعتباره أداة لضبط الحكم وربطه بالمعاني، وثانيهماً: المصالح باعتبارها غاية الحكم.

8. أن المنهجين معاً يستوعبان بشكل كبير الفراغ المفاهيمي لروح القانون، والسبب في ذلك هو تقاطعهما في حيز الأحكام العملية، وقيامهما بتكميل المصالح وتقليل المفاسد، إلا أن هذا لا يعني المساواة بينهما، بل يراد هنا بتقريب(خدمة روح القانون بروح الشريعة) نتيجة دقة الأسس التفسيرية والتحليلية بين المنهجين.

9. أن هاذين المنهجين يؤسسان النص بشكل قادر على استيعاب عوارض المكان والزمان، وما تحمله خصوصيات الأفراد والأعيان من اختلف، بمعنى أخر أن هاذين المنهجين يعدان بمثابة اجتهاد متحرك، فهما يدوران مع النص ويطورانه وفقاً لتغير وتعدد المصالح والوقائع والظروف.

فهما يستنطقان النص الغامض بالدرجة الأولى لاقتناص المعنى الصحيح، ثم الواضح لفهم أسراره وعمق غايته حتى يتعين له محلاً للتطبيق، ومن ثم فإن النص قد يضيق أو يتسع إعماله بحسب مقتضيات الأحوال، وتصورات الوقائع.

ثانيا: توصيات

1 .ندعو المشرع العراقي بإعادة النظر في صياغة المادة الاولى الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي النافذ لكونها تتعارض مع مسار مبادىء القانون وغائية أحكامه وروحه بسبب تقديم حكم العرف على الشريعة الإسلامية.

2 .ندعو المشرع العراقي الى إعادة النظر في آلية صياغة القواعد القانونية بالشكل الذي يتناسب مع تطورات حكم القانون ووقائعة المتغيرة.

3 .ندعو المشرع العراقي الى عبور الفهم التقليدي للحكم القانوني وعدم التقييد بالفهم الجامد والذي من شأنه أن يولد لدينا نص خامل غير فعال مع روح القانون.

4 .التخلي عن الأسلوب الحامد واستبدله بالاسلوب المرن إذ يعتمد الأسلوب الاخير على اكثر من حل والذي من شأنه أن يحل موضوع النزاع بشكل أكثر توافق مع معطيات النزاع وتطلعات الأفراد المشروعة محققاً من ذلك تحقيق العدالة المادية لا التنازعية _ التقليدية.

المصادر

1. د. محمد الطاهر أبن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، دار النفائس للطباعة والنشر ، الاردن _ عمان، الطبعة الثالثة، 2011.
2. د. علال عبد الواحد الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الدار العالمية للنشر، السعودية _ الرياض، الطبعة الاولى ،1998.
3. د. مصطفى محمود شلبي، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر، المجلد الثامن عشر ، ذي العدد (7) ، 2015.
4. د. صبري السعدي ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية ، مصر _ القاهرة ، الطبعة الاولى ، 1979.
5. د. شمام بشير ، فلسفة التشريع الاسلامي في ضوء مقاصد الشريعة ، بحث منشور في مجلة الحوار المتمدن الصادرة من الجامعة الدولية _ الرباط ، المجلد الرابع ، ذي العدد (9) ،2017.
6. د. أياد مطشر صيهود ، نظرات معاصرة في ضوء المنهج السنهوري للعلاقة البينية للقانون والشريعة ،الجزء الثامن ، الطبعة الاولى ، 2022.
7. د. محمد العويسي ، القانون وتربية الضمير ، بحث منشور في مجلة البصائر للإنتاج العلمي ، الجزائر ، المجلد الثاني ، ذي العدد(1) ، 1998.
8. د.عبد المجيد النجار ، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ، لبنان _ بيروت ، مطبعة دار الغرب الاسلامي ، الطبعة الاولى ، 2008.
9. د. علال الفاسي ، مقاصد الشريعة ومكارمها ، بيروت _ لبنان ، مطبعة دار الغرب الاسلامية ،الطبعة الخامسة ، 1993.
10. د. محمد سعيد البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، لبنان _ بيروت ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، الطبعة الاولى ، 2001.

11. د. عبد السلام الرفعي ، فقه المقاصد والمصالح ، المغرب ، دار أفريقيا الشرق للنشر والتوزيع ، 2004.
12.د. سعدي إسماعيل عبد الكريم ، المصلحة في الفقه الغربي والفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد _ كلية القانون ، 1984.
13.د. عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1966.
14.د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان _ بيروت ، الطبعة الاولى ، 2017.
15.د. حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة الحضارة للنشر والتوزيع ، مصر _ الاسكندرية ، لا ذكر لسنة الطبع .
16. د. عبد الحي حجازي ، محاضرات في المخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة وهبة ، مصر _ القاهرة ، الطبعة الثانية ، لا ذكر لسنة الطبع.
17.د. محمد كمال الدين أمام ، مقاصد الشريعة والقانون المقارن ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق _ جامعة الاسكندرية ، المجلد (4) ذي العدد(19).
18.د. أسماعيل حسن حيفان ، تفسير النصوص من منظور الشريعة والقانون ، مطبعة الدار المغربية ، المغرب _ الرباط ، الطبعة الاولى ، 2019 .
19. د. عدنان نعمه ، مبادئ العدالة والانصاف ، سلسلة منشورات زين الحقوقية ، لبنان _ بيروت ، الطبعة الاولى ، 2016.
20.د. جمال الدين سامي ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر _ الاسكندرية ، الطبعة الاولى ، 2013.