



جامعة الأوغاط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



محاضرات في تاريخ القانون

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

(جذع مشترك)

د./لعجال مداني

(الإصدار الأول)

السنة الجامعية 2021-2022



أولا : الانسان إجتماعي بطبعه

لقد اتفقت النظريات العلمية على أن حياة الإنسان لا تستوي إلا ضمن مجتمع ينتمي إليه بالولادة أو بالاختيار وهذا ما جعل فكرة المجتمع تتطور باستمرار على حساب الفكرة المنادية بالفردية نتيجة الإيمان الجماعي بضرورة التعاون مع الآخرين لمواجهة شؤون الحياة وشجونها.

غير أن تطور المجتمعات لم يكن متماثلا في مختلف الحضارات والأدوار التاريخية ، بل حدث بدرجات متفاوتة تبعا للظواهر الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمعتقدات الدينية التي تبرز في المجتمع بدافع من حاجاته ، ويتأثر من احتكاكه بالمجتمعات الأخرى وتفاعله معها.

ولقد كان المفكرين القدامى يفسرون تطور المجتمع على أنه أثر من آثار العناية الإلهية أو وليد الصدفة. غير أن هذه النظرة تغيرت لدى علماء الاجتماع الذين يرون أن تطور المجتمع البشري قد خضع ويخضع دائما لظواهر سببية منتظمة.

ثانيا : حاجة المجتمع الإنساني إلى القانون

وبما أنه لا بد ، في كل مجتمع بشري ، من ضابط يُنظم العلاقات بين أفراد المجتمع الواحد أو بين المجتمعات المختلفة ، فقد نشأت الحاجة إلى القانون. فالرابطة الاجتماعية هي ، قبل كل شيء ، رابطة قانونية ، إذ لا يمكن أن نتصور وجود مجتمع بشري دون قانون.

ويعرّف القانون بأنه : مجموعة القواعد والمبادئ التي تُنظم حياة الجماعات والأفراد، وتُفرض عليهم عن طريق الجبر والإكراه من خلال تقرير عقوبة على كل من يخالفها. وهذه القواعد والمبادئ السارية في مجتمع معين وزمان معين إنما هي انعكاس للظواهر السياسية والاجتماعية والاقتصادية والدينية السائدة.

ثالثا : مفهوم تاريخ القانون

يُشير مصطلح القانون إلى مجموعة من القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الإنسان في المجتمع والتي تتصف بالإلزام لاقتربانها بجزء مادي حال يُوقَع ضد من يخالفها. أما التاريخ فهو بصورة عامة ذاكرة الأمم والمرآة التي تعكس حضاراتها في مختلف مجالات الحياة الفكرية، السياسية، الاجتماعية والقانونية، فهو مجموعة النظم التي سارت على نهجها المجموعات البشرية في عصر من العصور.

وتعتبر دراسة تاريخ القانون من أهم الدراسات التي لا يستغني عنها الباحث في الحقل القانوني، حيث أصبحت لها مكانة خاصة في الدراسات العلمية لتاريخ القانون بداية من القرن التاسع عشر، إذ على ضوءها يمكن معرفة تطور محاولات المجتمعات البشرية في إيجاد قواعد تنظم علاقاتها.

وعلم القانون يُغطي من حيث الزمن ثلاثة مباحث أو مواد هي : القانون الوضعي، تاريخ القانون، السياسة التشريعية.

*- **القانون الوضعي** : ويبحث في القواعد القانونية السارية في الزمن الحاضر.

*- **تاريخ القانون** : ويتناول بالدراسة القانون من حيث التطورات التي مرت بها المصادر والنظم القانونية منذ نشأتها في المجتمعات الإنسانية السابقة وحتى وقتنا الحاضر.

*- **السياسة التشريعية** : وهو الجزء الذي يحاول رسم الصورة المستقبلية لتطور القواعد القانونية.

رابعا : مضمون مادة تاريخ القانون

تشمل دراسة تاريخ القانون الحالات والظروف التي تكونت في ظلها القواعد القانونية ، كما تشمل أيضا التطورات والتعديلات المختلفة التي مسّت تلك القواعد خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت إلى مرحلتها الحاضرة.

وعادة ما يتم دراسة مادة تاريخ القانون في محورين : الأول يبحث في النظم القانونية للمجتمعات الإنسانية السابقة حيث يتناول نظم القانون العام (كنظام الحكم، والجرائم والعقوبات ...) ونظم القانون الخاص (كنظام الملكية ، ونظام الاسرة ..)، أما المحور الثاني فيبحث في مصادر القاعدة القانونية وتطورها عبر العصور المختلفة.

خامسا : أهمية دراسة تاريخ القانون

بعد ظهور المدرسة التاريخية في ألمانيا على يد العالم الشهير "سافيني" منتصف القرن التاسع عشر، اكتسبت دراسة تاريخ القانون أهمية متزايدة.

وقد أجمعت الآراء على أن النظم القانونية الحالية ما هي إلا تهييب لنظم سابقة ، وعلى أن الكثير من النظم والقواعد القانونية الوضعية قد نشأ منذ أقدم مراحل التاريخ وما زال يحكم بعض العلاقات الإنسانية. ومن هنا فلا يمكن فهم النظم المعاصرة إلا بالرجوع إلى أصولها التاريخية وتطورها عبر العصور المتعاقبة.

فالدراسة التاريخية للنظم القانونية لا تقتصر على البحث فيها من خلال العصور المختلفة ، بل تتعداها إلى اكتشاف أسباب تطور القواعد القانونية وحقيقتها. والقواعد القانونية في أي عصر من العصور ، ولدى أي شعب من الشعوب ، ليست بشكل عام ، مجرد حدث عرضي ، أو نزوة من نزوات المشرع ، وإنما هي وليدة الظروف التاريخية وثمره التطور الاجتماعي ، ونتيجة عوامل سياسية ، وعوامل اقتصادية ، ومعتقدات دينية ، وأصول فكرية متصلة الحلقات.

ويمكن أن نلخص أهمية هذه الدراسة في النقاط التالية :

*- إن دراسة تاريخ النظم القانونية تمكننا من الوقوف على مختلف التطورات والتعديلات المختلفة التي مرت بها الشرائع القديمة حتى وصلت إلى حالتها الحاضرة.

*- لا يمكن فهم بعض النظم القانونية المعاصرة إلا إذا تتبعنا تطورها التاريخي، كالتمييز بين الحق العيني والحق الشخصي الذي يعتبر ركيزة الدراسة القانونية في التشريعات المعاصرة.

*- إن البحث في تاريخ القانون يساهم في تنمية الفكر القانوني بتقصي أسباب تطورها في الماضي، وهو ما من شأنه تمكين الباحث من الوقوف على مدى أصالة بعض النظم واستشراف مصيرها المستقبلي.

*- لا يمكن فهم النظم القانونية الحالية دون البحث عن جذورها وكيفية تطورها، وفائدة ذلك تكمن في تحديد الطريق الذي يمكن إتباعه لتحسين القواعد والنظم القانونية وتطويرها بالمحاكاة مع تجارب الأمم السابقة.

المبحث الأول : النظريات المختلفة التي قيلت في تكوين المجتمع البشري

يتفق علماء الاجتماع على أن الإنسان كائن اجتماعي يَنزَعُ إلى العيش المشترك في جماعة مع أبناء جنسه. ولكي يتسنى لنا البحث في كيفية نشوء البوادر القانونية أو التنظيمية الأولى لدى الإنسان، يجب أن نستعرض النظريات المختلفة التي قيلت في تكوين الخلية الاجتماعية الأولى، وما تلا ذلك من تطورات في علاقة الإنسان بأخيه الإنسان أو بالمجموعة التي ينتمي إليها.

أولاً : نظرية القبيلة

يذهب بعض علماء الاجتماع إلى أن أساس المجتمع البدائي هو القبيلة، وليس الأسرة المؤلفة من الأب والأم والأولاد. وعلى هذا الأساس فإن أول جماعة إنسانية كانت مكونة من أفراد لا تجمعهم صلة القرابة وإنما جمعتهم الصدفة والحاجة إلى دفع الأخطار المحدقة بهم، والتعاون في الحصول على القوت من خلال قنص الحيوانات وصد خطر الضواري منها.

ووفقاً لهذا الرأي، فإن القبائل استقرت في بعض المناطق فنشأت بين أفرادها علاقات متداخلة ومتشابكة أسفرت عن قيام منازعات ومشكلات، وقد استوجب ذلك قيام حَكَمٍ من بين أفراد القبيلة (قد يكون رئيسها أو حكيماً) قادر على الفصل في الخلافات والنزاعات وإصدار الأوامر والنواهي وتنفيذ العقوبات بحق من يخرج على القواعد والأعراف السائدة. وهكذا ظهرت السلطة التي تسهر على تنظيم مختلف العلاقات بين أفراد القبيلة وفقاً لهذا الرأي.

وهناك اتجاه آخر يذهب إلى أن القبيلة ظهرت في مرحلة متأخرة، جراء تكاثر العشائر الطوطمية وتوالدها وتجمعها في بقعة جغرافية محددة.

ثانيا : نظرية العشيرة الطوطمية (التوتمية)

يرى أصحاب هذه النظرية أن الخلية الاجتماعية الأولى التي تُعد أصل نشأة المجتمع المنظم، هي ما يطلق عليه "العشيرة الطوطمية" أو "العشيرة التوتمية". والعشيرة الطوطمية تتكون من مجموعة من الأفراد، لا تربط بينهم وحدة الأصل أو الدم، كما هو الحال في الأسرة أو القبيلة، وإنما تربط بينهم صلة روحية تقوم على أساس خرافي، هو اعتقادهم بأنهم ينتمون جميعا إلى طوتم مقدس. والطوتم هو حيوان أو نبات أو جماد ترى العشيرة فيه مثلها الأعلى ورابطة قراها وعله وجودها، وتحيطه بهالة من القدسية فتقيم له الطقوس وتتوجه له بالشفاعات. *** والحيوان الطوتم قد يكون من الحيوانات المفترسة كالذئب والثعلب والدب أو مسالم كالسمكة والحمامة والغراب، وتؤله الجماعة طوطمها وتقيم له الاحتفالات الدينية في أوقات معلومة، وهو شعارها توشم به أجسادها، وتنقش صورته على أدواتها المنزلية وأسلحتها، وتحمل رايته في حروبها، وتعتبره مصدرا لما ترجوه من خير وحاميا يدفع عنها كل شر. وعلى ذلك فإن الرابطة بين أفراد الجماعة الطوطمية لا تقوم على صلة الدم بل تقوم على عقيدة الانحدار من طوتم واحد. ويدلل أصحاب هذه النظرية بما عُثر عليه من الأواني التي كانت تحمل شارات لحيوان أو نبات ومن تقديس الشعوب القديمة لبعض الحيوانات مثال ذلك تقديس المصريين للعجل والثعبان، وأن الحمامة والسمكة كانت رمزا في العقيدة المسيحية إبان نشوئها. ويذهب آخرون إلى حجة أخرى ألا وهي اتخاذ العرب أسماء كثير من الحيوانات وتسمية قبائلهم وأبنائهم بها.

ثالثا : نظرية الأسرة

يعتقد أصحاب هذه النظرية بأن الأسرة المكونة من الأب والأم والأولاد تُعدُّ أول خلية في تطور البشرية، وإن أولى القواعد التي تناولت التنظيم الاجتماعي في هذه الخلية إلى

جانبا القواعد الخاصة بالسلوك الفردي، هي القواعد التي تحكم الزواج. وترتب على ذلك تحديد المحرمات من النساء، بعدما تكاثرت الأسرة الأولى وأصبح هناك رجالا ونساء، لمنع اختلاط نسب الأطفال، كذلك فإن الأب في هذه الخلية هو صاحب الأمر فيهم والمتصرف في شؤونهم.

وقد اتسعت الأسرة فتنفر عنها أسر عديدة، ومن تعدد هذه الأسر نشأت العشيرة، ومن تعدد العشائر نشأت القبيلة. وبعد حياة طويلة من الرحيل والتنقل استقرت القبائل فوق أرض معينة وتميزت بخصائص محددة. ثم أخذت بالنمو والتكاثر والتنظيم فنشأت منها المدينة التي تحولت فيما بعد عند ظهور عدة مدن إلى دولة.

وعلى هذا الأساس، فإن أساس الدولة، حسب هذه النظرية، هي الأسرة.

ملاحظة: إن مضمون هذه النظرية يتفق مع ما جاء في الشريعة الإسلامية الغراء، التي بينت لنا بوضوح أصل المجتمعات البشرية. وقد بين لنا الله سبحانه وتعالى في محكم كتابه ذلك بقوله جلت قدرته: (ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليمٌ خبيرٌ)¹.

المبحث الثاني : : تطور فكرة القانون

يقسم علماء القانون مراحل نشأة القانون بالنظر إلى مصادر القاعدة القانونية وأهمية كل مصدر إلى عدة عصور، هي :

أولا : عهد القوة (الانتقام الفردي أو القضاء الخاص) « Justice privée »
ويتميز بأن حفظ النظام في المجتمع يتم عن طريق القوة ، ولذلك لا يوجد قانون بالمعنى المفهوم لنا الآن، بل مجموعة تقاليد غريزية أو مجرد إحساس وشعور بوجود حقوق وواجبات للناس، والمظهر الخارجي لهذا الإحساس وتلك التقاليد هو استعمال القوة. وهذه

¹ الآية 13 من سورة الحجرات.

المرحلة ظلت سائدة حتى بداية العصر الحجري الحديث حيث ظل الإنسان يعتمد في حياته على جمع القوت.

ثانيا : عهد التقاليد الدينية أي الوحي الإلهي (Inspiration divine)

ويتميز هذا العصر بظهور قواعد قانونية في صورة أحكام إلهية في الحالات الفردية سرعان ما تحولت إلى عادات وتقاليد عامة ، ولكن الدين ظل هو مصدرها مما جعل لرجل الدين السلطان الأول في المجتمع. وقد ظهر القانون على هذه الصورة في مرحلة البربرية بعد ما اعتمد الإنسان في حياته على الزراعة ، وظلت هذه الصورة سائدة في العصر الحديث ومعظم عصر استعمال المعادن. وبعض الشعوب ظلت تعيش في هذه المرحلة حتى اهتدت إلى الكتابة فدونت قانونها وهو في صورة تقاليد دينية.

ثالثا : عهد التقاليد العرفية (Coutume)

تتميز هذه المرحلة بانفصال السلطتين الزمنية والدينية عن بعضهما وما أعقب ذلك من انفصال القانون عن الدين مما أدى إلى ظهور العرف كمصدر للقانون. واعتماد القاعدة القانونية على العرف أدى إلى ضرورة تخصص نفر من الناس المدنيين في شرح القواعد العرفية وبيان مجال تطبيقها فظهر الفقه كمصدر للقانون. وفي المجتمعات التي اشتد فيها ساعد الدولة ظهر التشريع كمصدر ثانوي للقانون.

رابعا : عهد التدوين (Codification)

بعد أن اهتدى الإنسان إلى الكتابة اتجهت بعض المجتمعات إلى تدوين قانونها ونشره بين الناس إما في صورة مدونات قانونية (Codes) يصدرها المشرع بعد ما اشتد ساعد الدولة وتتضمن كل أو بعض ما ساد لدى الشعب من تقاليد عرفية وما استحدثه المشرع من تعديلات فأصبح التشريع مصدرا للقانون ، وإما في صورة سجلات عرفية لا تصدر عن المشرع ولكن يقوم بها الأفراد المتخصصون، ويطلق عليها من باب التجوز في التعبير ومن باب التعميم لفظ "مدونات". والتدوين رغم أهميته البالغة لا يمثل مرحلة جديدة في

نشأة القاعدة القانونية لأنه يقتصر على تسجيل ما هو قائم. فمرحلة التدوين هي في حقيقتها استمرار لمرحلة سابقة هي التقاليد الدينية أو التقاليد العرفية.

المبحث الثالث : الظواهر القانونية في العصور البدائية

لا شك أن القانون بمعناه المعروف لدينا الآن لم يظهر في العصور الأولى من تاريخ البشرية، ولكن ذلك لا يعني أن تلك الجماعات البدائية كانت تتمتع بحرية مطلقة ودون أية قيود قانونية. فالإنسان لا يستطيع أن يعيش في المجتمع بغير نمط قانوني يحكم سلوكه فيه.

ولقد مر معنا أن القانون في أولى مظاهره بدأ مع ظهور الإنسان. فعلى حين تتولى السلطة المختصة الآن وضع القوانين التي يلزم الناس على احترامها، نجد أن القواعد القانونية لدى الجماعات الفطرية، كانت تتمثل في مجرد الإحساس بوجود القانون، فالقانون لم يكن له كيان محسوس، وليس هناك شخص معين يُنسب إليه وجود القانون، وإنما مجرد شعور كامن في النفس بضرورة مراعاة حقوق وواجبات الآخرين.

إن ما تقدم يُشبه الوضع القانوني لبعض الجماعات التي تعيش حالياً عيش الجماعات البدائية، من ذلك الجماعات الهمجية في أمريكا الجنوبية، التي ليس لديها قانون ولا محاكم سوى الرأي العام، فكل إنسان يحترم حقوق الآخرين احتراماً دقيقاً، فالاعتداء على هذه الحقوق يندر وقوعه أو يستحيل، إذ أن الناس في هذه الجماعات متساوون تقريباً.

ولكي نعطي صورة واضحة عن الظواهر القانونية في عصور الإنسان الأولى، سنقوم بعرض النظم المختلفة التي عرفتتها المجتمعات البدائية بشكل يأخذ بعين الاعتبار التسلسل المنطقي لتطور الإنسان القانوني.

أولاً : نظام القوة

لقد كان النظام لدى الجماعات البدائية الأولى، يقوم على القوة. فكانت القوة هي التي تُنشئ الحق وهي التي تحميه وهي الحَكَم في كل خصومة والفيصل الحاسم لكل نزاع، حيث كان القوي هو صاحب الحق في كل ما يناله بالغبلة والقهر.

وبقي الإنسان طيلة العصر الحجري القديم ، يدفع القوة بالقوة دون وازع يزرعه عن الظلم والاعتداء، فكان يعيش في حالة تريبص وحذر، وكانت حياته مسرحاً لنزاع وحروب متصلة، لا يأمن فيها على حياته، ولا يستقر معه على حال. ومن أجل ذلك اقتضت سلامته واستقرار حياته وجود وازع يمنع من الظلم والاعتداء، وكان هذا الوازع، هو الأساس الذي قام عليه مفهوم القانون.

وإلى هذا يُشير ابن خلدون في مقدمته بالقول : ((ثم إن هذا الاجتماع إذا حصل للبشر كما قررنا وتم عمران العالم به، فلا بد من وازع يدفع بعضهم عن بعض، لما في طباعهم الحيوانية من العدوان والظلم)).

يبدو مما تقدم بأن القوة على الرغم مما تتطوي عليه من معنى القسوة والظلم، إلا أنها دفعت الإنسان إلى احترام الإنسان الآخر خوفاً من بطشه، وبذلك خُلِق الوازع التنظيمي لرسم العلاقة بين الجماعات البدائية، الذي بدوره سيزداد العدوان والظلم أكثر فأكثر.

على أن استعمال القوة لم يكن مقصوراً على العلاقات بين الجماعات المختلفة فحسب، وإنما كان يُعد كذلك الأساس الذي تدور حوله العلاقات بين أفراد الجماعة الواحدة. ففي داخل إطار الجماعة نجد أن النظام العقابي كان يقوم على أساس الانتقام الشخصي أو الثأر. فكان كل فرد يثار لنفسه إذا ما وقع عليه أي اعتداء. ولما كانت الجماعات البدائية تبلغ حداً من الضالة يندر معه وقوع اعتداءات من بعض أفرادها على البعض الآخر، فإننا لا نكاد نجد لها جزاءات محددة لصور الانتفاء المختلفة، وإنما كان الفرد المُعتدى عليه هو الذي يُقدَّر ما إذا كان الفعل الذي وقع عليه يُعتبر اعتداءً يستوجب العقاب أم

لا، وهو أيضا الذي يُقدَّر نوع العقاب ومقداره وهو الذي يُوقَّعه بنفسه أو بمعاونة أهله وأصدقائه.

أما خارج دائرة الجماعة، فقد ظلت القوة هي الوسيلة الوحيدة التي تحسم كل نزاع بين الجماعات المختلفة مهما كان نوعه، وهي التي تحمي الحق بل وتخلقه، لأن تقدير الحق أو الواجب مبني على قوة الخصم أو ضعفه، دون تفرقة في ذلك بين أمر مدني وأمر جنائي، فكل اعتداء على حق كان يُعد جريمة تدفع المعتدى عليه وبشدة إلى الانتقام. إن هذه الحالة كانت تتفق مع معيشة القوم وعقليتهم، إذ لا تعترف الجماعة بحق للغريب عنها، بل تعتبره عدوا يحل قتله، ولا تعتد بالاعتداء على شخص الغير أو ماله، فلا تعتبره جريمة ولا يجر على صاحبه وزرا ولا عارا، بل كان السلب مسلكا شريفا، والإغارة مبعثا للفخر، والانتقام واجبا تحتمة المروءة.

وقد ساعد على الالتجاء إلى الانتقام الشخصي عدم وجود قواعد دينية، تحظر الالتجاء إلى القوة، ولم يتلاشى مبدأ استعمال القوة إلا بعد أن تهذبت أخلاق القوم، وبدأ الشعور باحترام حقوق الغير، فقل الرجوع إلى القوة للدفاع عن النفس والمال. والذي ساعد على اختفاء القوة ازدياد سلطة رؤساء الجماعات الذين اعتمدوا على قوتهم، أو دهائهم وحنكتهم في إقناع الأفراد بترك سلوك الالتجاء إلى القوة.

وقد اندثرت فكرة الانتقام الشخصي واستعمال القوة عندما تأصلت الديانة في قلوب الأفراد ومنحت الرؤساء سلطانا قويا استطاعوا بموجبه أن يوقَّعوا الجزاء على من يعصي أوامرهم وأصبحت السلطة المطلقة بيدهم واختفى بذلك كل أثر لاستعمال القوة في تنظيم العلاقات بين الأفراد.

لقد شعر الإنسان أن استمراره في الاحتكام إلى القوة في علاقات الجماعات المختلفة سيمنع من تكريس جهوده على الزراعة ويحرمه من التمتع بخيراتها. كما أن استقرار الإنسان في عصر الزراعة كان قد خفف من جنوحه إلى العنف ودفعه إلى يقبل على

حياة الهدوء والاستقرار، فحاول أن يحد من استعمال القوة وأن يحصر الأضرار الناتجة عنها أو أن يستعويض عنه بوسائل أخرى.

أسباب ووسائل الحد من الالتجاء إلى القوة

1* - أسباب التخلي عن القوة

عندما جاوزت الجماعات البدائية حياة التنقل والترحال سعياً وراء الرزق وبدأت تستقر في الأرض، أخذت تفكر في إبعاد شبح الحروب للاطمئنان على ما كنت تبذله من جهود لأحياء الأرض وزراعتها. وكان لذلك التفكير أثره الواضح على فكرة العدالة لدى تلك الجماعات، فهي لم تعد تقوم على أساس المصلحة المادية المعززة بالقوة، بقدر ما أصبحت تقوم على حب العيش وإشباع غريزة البقاء لذي الإنسان.

وقد تبلورت تلك الفلسفة في اتجاه الجماعات البدائية نحو البحث عن وسائل بديلة للقوة لحسم المنازعات التي تثور بينها.

وعلى هذا الأساس أخذ استعمال القوة يقل داخل الجماعة، حتى تلاشى وانعدم أثره، إثر توفر المزيد من القوت، فقد كان الالتجاء إلى القوة وسيلة لسد الحاجات بالحصول على ما في يد الغير. وقد قلت الحاجة إلى القوة بعد أن أخذ الإنسان في التغلب على الحيوانات، بما اخترعه من أدوات، وحدث هن هذا سلوك أخلاقي بين أفراد الجماعة يقوم على احترام ما في يد الغير.

ومع ذلك فقد بقي استعمال القوة سائداً خارج نطاق الجماعة، بعد اندثاره في داخلها، واستمر أفراد القبائل المتجاورة يعتمدون على القوة في إنشاء الحق وحمائته.

وكان من نتيجة ذلك أن تأصلت العداوة بين أفراد القبائل المتجاورة واتصلت بينهم الحروب، ثم ظهر مع الزمن شعور بضرورة الحد من استعمال القوة، وهو شعور غريزي أملتته ضرورة الحياة وما يقتضي لاستمرارها من أمن وسلام وحسن جوار. وقد ساعد على ذلك استقرار كثير من الجماعات في الأرض، تزرعها وتتشئ فيها القرى.

2* - وسائل الحد من الالتجاء إلى القوة

لجأ الإنسان في مرحلة لاحقة من تطوره الاقتصادي والأخلاقي والعقلي إلى عدة وسائل للحد من استعمال القوة ويمكن إجمال هذه الوسائل كما يلي :

أ/ التحكيم

يُعتبر التحكيم مرحلة تطورية كبيرة وصلت إليها الجماعات الفطرية في عهد القوة. وتمثل فكرة التحكيم الرضاء بحكم العقل ومنطقه بدلا من ثورات الغضب واللجوء دائما صوب الثأر والانتقام.

كان التحكيم في بادئ الأمر اختياريا، وقد خفف من الالتجاء إلى القوة ولم يقضِ عليها، إذ بقيت القوة هي المرجع الأخير في فض النزاع إذا لم يرض أحد الطرفين بالتحكيم أو رفض تنفيذه.

وكان التحكيم في بداية الأمر يعتمد على بعض الأساليب البدائية التي تعتمد على الصدفة، ثم تطورت تلك الأساليب واختلفت صورها، فكان التحكيم في بعض الجماعات يتمثل في الاحتكام إلى مهارة الخصمين، فيُنظَّم الحَكَمُ بينهما مبارزة يكون المنتصر فيها هو صاحب الحق. وكانت المبارزة تجري بين الخصمين، أو بين عدة أشخاص يُختارون بالتساوي من كلا الجماعتين، فتكون المبارزة جماعية.

ولدى بعض الجماعات الأخرى، كان التحكيم يعتمد على مهارة الخصمين الفنية، فتُنظَّم بينهما مسابقات غنائية يكون المنتصر فيها هو صاحب الحق. كما أن بعض القبائل كانت تحتكم إلى مجرد الصدفة، كأن يعرض الخصمان قطعتين من الخبز في مكان معين، حتى إذا جاء إليهما طائران من نوع معين وأكلا إحدى القطعتين، كان صاحب القطعة الأخرى الباقية هو صاحب الحق.

على أن أرقى صور التحكيم وأكثرها بُعداً عن القوة الفردية هي الاحتكام إلى شخص ثالث يتم اختياره بواسطة أطراف النزاع عن رضا واتفاق كامل بينهما. وقد يكون هذا الشخص الثالث حكيماً في الجماعة، أو صاحب خبرة ورأي، أو رئيس العشيرة.

ولما ظهرت العقيدة الدينية، أخذ الخصوم يحتكمون إلى رجال الدين في كل نزاع، سواء تعلق بمال أو اعتداء، إذ لم يكن يومئذ من تفريق، بين أمر مدني آخر جزائي، فكل تجاوز على مال أو عدوان على نفس، كان يُعتبر جرماً.

ب/ التخلي عن الجاني

ويتم ذلك بأن تقطع جماعة المعتدي صلتها به وتطرده وتتبرأ منه فيصبح دمه مهدوراً ويحرم على أي شخص في الجماعة إيوائه أو حمايته. والتخلي عن الجاني يأخذ إحدى صورتين، أولاهما خلع الجاني، حيث كان باستطاعة عشيرة المعتدي، إذ لم تشأ تحمل مسؤولية اعتدائه، أن تتبرأ منه وتتخلى عنه فيصبح بذلك طريداً لا أسرة له وحينئذ يكون لعشيرة المجني عليه أن تقتص منه كيفما شاءت. والصورة الثانية هي تسليم الجاني، حيث تعتمد جماعة الجاني إلى تسليمه إلى المجني عليه أو جماعته، وبذلك تنجو عشيرة الجاني من الانتقام وتتاح الفرصة أمام جماعة المعتدي عليه لإطفاء شهوة الانتقام.

ولم يكن الأمر مقصوراً على تسليم الأشخاص بل كان يشمل كذلك تسليم الأشياء التي سببت ضرراً للغير، حيث طُبِّق هذا المبدأ على الحيوان والجماد أسوة بالإنسان تأسيساً على أن كل ماله وجود له روح.

ويشير البعض إلى أن الرومان عرفوا هذا النظام فيما بعد تحت إسم التخلي عن مصدر الضرر، وبهذه المثابة يكون لرب الأسرة الخيار بين تسليم مصدر الضرر أو دفع الغرامة المقررة قانوناً.

ومن جهة أخرى طُبِّق فقهاء المسلمين هذه الفكرة بالنسبة للرقيق الذي يرتكب عملاً غير مشروع، إذ يكون لسيد الخيار بين تسليمه لأهل المجني عليه أو دفع الفداء.

ج/ القصاص

هو الانتقام من الجاني بمثل جنايته، النفس بالنفس والعين بالعين والأذن بالأذن والأنف بالأنف والسن بالسن، وبذلك أضحي الانتقام منظماً، بحيث لا يجوز تجاوز الاعتداء بمثله. ويمتاز هذا النظام بأنه يرمي/يهدف من جهة إلى إرضاء شهوة المعتدى عليه أو جماعته في الانتقام والأخذ بالثأر، ومن جهة أخرى إلى إنزال عقوبة بجماعة المعتدي تتعادل مع ما أصاب جماعة المجني عليه من ضرر.

فالقصاص وسيلة يمكن بمقتضاها تفادي الإسراف في الأخذ بالثأر وما يترتب عليه من عدم التناسب بين الاعتداء والانتقام في الشدة والقسوة، ولذلك يمكن القول بأن نظام القصاص قد جاء بديلاً للحروب الخاصة.

وقد وصلت الجماعات الفطرية إلى هذه المرحلة بعد أن تهذبت أخلاقها بعض الشيء وأصبح الانتقام منظماً بحيث لا يتجاوز الاعتداء بمثله. وقد جاء ذلك نتيجة تطور سلطة رؤساء الجماعات واستعمالهم نفوذهم لإقناع أفراد جماعاتهم بعدم الالتجاء إلى الحروب والاكتفاء بالقصاص من الجاني لوحده.

وبدل على ما تقدم ما جاءت به المادة 196 من قانون حمورابي التي تقول : ((إذا فحاً رجل عين رجل آخر، فعليهم أن يفتقوا عينه)). وتؤكد المادة 197 نفس الاتجاه فتقول : ((إذا كسر رجل عظم رجل آخر، فعليهم أن يكسروا عظمه)). وتقول المادة 200 : ((إذا قلع رجل سن رجل من طبقتة، فعليهم أن يقلعوا سنه)).

وقد أخذت الشريعة الإسلامية الغراء بمبدأ القصاص، إلا أنها لم تنس التشجيع على الأخذ بالتعويض بدلاً عنه، كما لم تنس التذكير بحكمة الأخذ بهذا المبدأ، حيث جاء في قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَاقِبَةُ أَلِيمٌ ﴿٢﴾

² سورة البقرة، الآية 178.

د/ الدية

نظام توصلت إليه الجماعات الإنسانية بعد أن توفرت لديها الأموال، وكان ذلك في أواخر عهد الصيد ثم امتد إلى عهد الزراعة البدائية ثم الزراعة الراقية.

والدية عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المعتدي أو عشيرته تهديه إلى المعتدى عليه تهدئة لثورة غضبه، وغالبا ما يفوق هذا المبلغ قيمة ما أصاب المجني عليه من ضرر، لأنه عبارة عن ثمن يُقدمه الجاني ليشتري به حياته، كذلك قد يقوم الجاني وأهله بتسليم عدد من الصبية أو الماشية إلى أهل المجني عليه، بل وكان الجاني يعمد أحيانا إلى تقديم أخته أو إحدى قريباته لتكون زوجة للمعتدى عليه حينما لا تتوفر له الأموال اللازمة للقداء.

ويبدو أن الدية كانت تُقسم بين أهل المجني عليه فيأخذ كل منهم نصيبه منها، وبذلك حل التضامن في دفع التعويض أو قبضه محل التضامن في نصرة الجاني أو مؤازرة المجني عليه.

من ناحية أخرى فإن الدية كانت تختلف باختلاف الجناية، وكان يُراعى في تقديرها مكانه المجني عليه وما أصابه من ضرر. فدية النفس عند العرب مائة من الإبل ويزداد هذا العدد إذا كان المقتول من الرؤساء، فإذا بلغ مرتبة الملوك كانت ألف بغير. وكان قبول الدية اختيارا، لا يمنع من اللجوء إلى الانتقام عند رفضها. وبعد أن قوي سلطان رؤساء القبائل، وظهرت الدولة، أصبحت الدية إجبارية كما أصبح مقدراتها موكولا إلى التحديد الذي تقوم به السلطة العامة، وبذلك تحولت الدية من اختيارية بادئ الأمر إلى دية إجبارية أو قانونية.

هـ / وسائل الإثبات

اعتمدت المجتمعات القديمة على عدة وسائل لإثبات ذنب الجاني أو براءته منه بهدف وضع حد للمنازعات بأية وسيلة. فهناك المحنة التي تُختبر من خلالها براءة الشخص

المتهم، حيث كان يُطلب إليه أن يتناول طعاما مسموما، فإن مرض أو مات كان مُذنباً، أو يُقَدَّم إلى المتداعيين طعام في صحيفتين، إحداهما مسمومة، فمن تناول منهما الصحيفة المسمومة يخسر دعواه، أو أن يطلب من المتهم أن يقبض على قطعة من الحديد المحمى في النار إلى درجة الاحمرار، أو يغمس يده في ماء ساخن إلى درجة الغليان، فإن ظهر الشفاء بعد ثلاثة أيام فهو بريء. ومن وسائل الاختبار الأخرى التي تُشكل نوعاً من المحنة أيضاً أن يطلب من المتهم اجتياز امتحان قاسٍ يتجلى في الإلقاء به في النهر أو النار فإن نجا اعتُبر بريئاً وإن مات أو أصيب بأذى ثبتت التهمة في حقه.

ومن وسائل الإثبات الأخرى اليمين، وكان الحلف على الحجارة أكثر شيوعاً عند الجماعات البدائية، وعند بعض الشعوب كانت هناك أحجار من نوع معين تُسمى أحجار اليمين، وعند شعوب أخرى كان يجري الحلف على السيف المرهف أو الخنجر المسنون، فكان المدعي يُثبت دعواه بيمينه لاعتقاده بالقوة الخارقة التي تكمن في الشيء المحلوف عليه وخشية من انتقامها وصب لعنتها عليه.

ثانياً : نظام الحكم

انحصرت الجماعة البدائية الأولى في الأسرة الأبوية التي تربطها صلة القرى، وتضم أفرادها فكرة الخضوع لسلطة لأب أو جد واحد. وكان الأب في الأسرة هو ممثل السلطة ومصدرها، فهو المالك لأموالها والقاضي في خصوماتها والراعي لديانتها والموقد لنارها والقائم بطقوسها، لذلك كان له حق الحياة والموت على أفراد أسرته. وكان الأب هو المالك الوحيد لأملاك الأسرة، وكان هو القاضي يحكم بسلطته الأبوية ويُصدر قضاءه باسم آلهة المنزل، وكان قضاؤه مبرماً فكان يستطيع أن يقضي بإعدام زوجته وأولاده إذا أتوا بفاحشة من الفواحش، كالزنا فقد كان جزاؤه القتل.

ثم اتسعت هذه الدائرة بازدياد النسل والتوسع في فكرة القرابة بتبني الغريب، وحماية اللاجئين ، وعتق الرقيق حتى صارت عشيرةً مكونة من عدة أسر. وكان لرئيس العشيرة هذه سلطة مطلقة على أفراد جماعته، تمتد إلى أرواحهم وأموالهم وأزواجهم، وهو يتولى أمر العشيرة أمام الجماعات الأخرى فيطالب بحقوقها، وفي بيوعها، وهو الذي يقضي بين الخاضعين لسلطته بما يشاء، فكلمته مطلقة نهائية لا مردّ لها، وهي قانون العشيرة. ومن مجموعة من عشائر تكونت القبيلة التي تركزت السلطات فيها بيد زعيم القبيلة الذي كان سيد الجماعة وقاضياها. وكان شيخ القبيلة يحصل على موارد عديدة أهمها دخل الأرض التي يحوزها وإنتاج الماشية، والضرائب العينية التي يدفعها الأفراد، بالإضافة إلى الجزية التي يحصل عليها من القبائل التي هزمها وكذلك غنائم الحروب. وكان النظام السائد يقضي بأن شيخ القبيلة يتولى سلطانه مدى حياته ويخلفه بعد وفاته ابنه الأكبر.

وهكذا يظهر بأن عدم وجود نظام الدولة لا يعني تخلف أو عدم وجود المجتمع السياسي، لأن السلطة العليا داخل الجماعة كانت تتركز إما بيد رؤساء الأسر أو رؤساء العشائر أو زعماء القبائل.

ثالثا : نظام الملكية

كانت جميع الأشياء في العصور الإنسانية الأولى من المباحات، تنال بالإحراز، وكان الإنسان يتغذى بما يحزره من جذور النبات وثمار الغابات ، أو ما يقتنصه من الحيوانات. وبعد أن لاحظ بأن الحيوانات تُخزن جانبا من طعامها لتأكل منه عند الحاجة، بدأ يحذو حذوها، وبدأ يحرص على جمع القوت وخبزه، وبدأ عندئذ شعوره بالملكية والدفاع عما يحوزه.

وعلى هذا الأساس، فمفهوم الحياة سابق لمفهوم الملكية، وقد تولد المفهوم الأول لذي الإنسان بشكل عفوي مما كان يدفعه للدفاع عما يُحرزه ، وقد كان هذا الشعور غريزيا، لأن ما يُحرزه الإنسان كان ضروريا لحياته، والدفاع عنه يُعد دفاعا عن وجوده. وبعد هذه المرحلة بدأ الإنسان يمتلك الأشياء التي يصنعها من جلود الحيوانات وقرونها وعظامها.

وفي عصور الرعي كان الإنسان يمتلك الحيوانات التي كان يرعاها ويعيش عليها. أما المنقولات القليلة التي عرفها الإنسان البدائي مثل الأسلحة وأدوات الزينة، فقد كانت القاعدة في شأنها أن من يحوز شيئا ويستخدمه بصفة دائمة يُعتبر ملكا له، والأمر يختلف بالنسبة للمطعمات ، حيث تمتلكها الجماعة على الشيوع وتُوزع بين أفرادها طبقا لتقاليد معينة تقوم أساس على فكرة التبادل.

وأول أنواع ملكية الأراضي الزراعية كانت الملكية الجماعية، فكانت هذه الأراضي تُقسم على الأسر لزراعتها والانتفاع منها ، وأما ملكيتها فكانت باقية للجماعة. ويعتقد أن عبادة الأسلاف كانت قد ساعدت على انتقال الملكية الجماعية إلى الملكية العائلية. فالديانة الخاصة تقوم على عبادة أجداد الأسرة. وكانت الأسرة تدفن هؤلاء عادة قريبا منها في الأراضي التي تنتفع بزراعتها، وبهذا وثقت الديانة الخاصة وضرورة ممارسة طقوسها الصلة التي تربط الأسرة بالأرض. وانتهت هذه الصلة بأن أصبحت حق ملكية تعترف الجماعة به للأسر على الأرض. وهكذا ظهرت الملكية العقارية العائلية.

رابعا : نظام الجرائم والعقوبات

إن أم ما يُلاحظ على نظام الجرائم والعقوبات في العصر البدائي عدم التفرقة بين الحق المدني والحق الجنائي، وأن العدالة في تلك العصور الفطرية لم يكن لها أساس حُلقي، بل كانت قائمة على المصلحة المادية المعززة بالقوة يقتص بها الخصم من خصمه، وينال بها من أموال عدوه ما يراه عوضا عما أصابه. ولم يكن استعمال القوة مقصورا على

الأعمال التي يُطلق عليها في عصرنا الحالي اسم "الجرائم" بل كان شاملا كل نزاع مدنيا أم جنائيا، فكل اعتداء على حق يُعد جريمة لأنه إهانة لصاحبه شأنه شأن الاعتداء على النفس أو على المال، ويدفع المهتدي عليه وعشيرته إلى الانتقام.

ويمكن القول بأن المجتمعات البدائية قد فرقت بين الأفعال التي تمس كيان الجماعة وتهدد أمنها وتلك التي لا تصل إلى هذا الحد من الخطورة وتُعتبر ماسة بكيان الأفراد فقط.

وكانت أكثر الأفعال تعد بكيان الأفراد فقط وتخص بالتالي كل من المعتدي والمعتدى عليه. ولهذا فقد كان الفرد هو الذي يقدر ما إذا كان الفعل الذي وقع عليه يستوجب العقاب من عدمه. وهو أيضا الذي يقدر نوع العقاب ومقداره. كما كان الفرد هو الذي يوقع العقاب بنفسه أو بواسطة أهله وأصدقائه.

ويبدو أن القوانين الجنائية لدى الأمم القديمة قد تلتقت من النظم البدائية بعض مفاهيمها المستمدة من مبدأ الانتقام الفردي كما أنها اقتبست منها وسائل للحد من قسوة هذا المبدأ وطورتها. فكان تقسيم الجرائم إلى عامة وخاصة متأثرا بفكرة الانتقام الفردي.

خامسا : نظام الأسرة

قلنا بأن الأسرة تُعد الخلية الأولى في تكوين المجتمع البشري، وهو ما أكدته الشريعة الإسلامية الغراء وأن السلطة في هذه الأسرة كانت للأب، بمعنى أن الأسرة نشأت أبوية وليس كما يذهب البعض بأن الأسرة الأموية هي التي سبقت إلى الظهور.

ونستطيع التذليل على ذلك من قصة سيدنا آدم عليه السلام وبدأ الخليفة حيث جاء في قوله تعالى : ﴿وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شئتما﴾³ وقوله تعالى : ﴿فقلنا يا آدم إن هذا عدوٌ لك ولزوجك﴾⁴ ، وقوله جل شأنه ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم﴾⁵.

³ سورة البقرة ، الآية 35.

⁴ سورة طه ، الآية 117.

⁵ سورة الأعراف ، الآية 172.

وتشير الآيات القرآنية الكريمة في أكثر من مناسبة إلى أن البشرية تُنسب إلى آدم عليه السلام، وتستخدم هذه الآيات دائما عبارة (يا بني ادم)، وهذا يدل بوضوح إلى أن البشرية بدأت بالأسرة الأبوية وليس بالأسرة الأمية.

ومع ذلك تذكر لنا كتب تاريخ القانون بأن الإنسان في فجر العصر الحجري القديم كان يأوي إلى المغاور والكهوف، ليحمي نفسه من وطأة البرد ويتقي غائلة الحيوانات المفترسة. وكان أفراد الأسرة يلتفون حول النار التي تنتشر الدفء وتُخيف الحيوانات فلا تقترب من الكهوف. فإذا خرج الرجل في النهار للصيد أو لجمع القوت من أعشاب الأرض أو من ثمار الغابات، لزمّت الزوجة الكهف لتغذي النار بالوقود، حتى لا تخدم وتعنى بأطفالها وتحفظهم من الأخطار. وفي أعماق الكهف شعر الإنسان بحلاوة الحياة الزوجية التي كانت تقوم على التعاون بين الرجل والمرأة، كما شعر بقوة الارتباط بين أفراد الأسرة.

كذلك فإن البعض يذهب إلى أن الأصل التاريخي لنظام الزواج ما زال غامضا، ويرجعه بعض العلماء إلى الخطف والشراء، وعندهم أن الجماعات البدائية كانت تعيش هائمة في الغابات أو في أطرافها، وكانت كل جماعة تتألف من رجل وعدة نساء اختصن لنفسه، ولم يكن يسمح لأحد أن يُجرّده منهن، فإذا بلغ أولاده الحلم عزلهم عنه وأبعدهم عن نسائه وألزمهم بالحصول على نسوة من الجماعات المجاورة أو بطريق الخطف أو الشراء.

وقد عرفت الجماعات البدائية تقاليد متعددة لعلاقة الرجل بالمرأة تبعا للظروف الاجتماعية التي تحيط بكل جماعة ومدى تقدمها. وقد ظلت هذه التقاليد فترة زمنية طويلة وإن اختلفت صورها تبعا لسنة التطور.

فزواج التجربة أو زواج المتعة يعتبره بعض العلماء من بقايا (الشيوعية الجنسية). وقد يعد كذلك أيضا زواج الأخدان حيث يشترك أكثر من رجل في معاشره امرأة واحدة. ويتقدم المجتمع عرف الإنسان البدائي نظام الزواج الفردي حيث يستأثر الرجل بامرأة واحدة، بل إن نظام تعدد الزوجات قد عرف أيضا في حالات محدودة.

المبحث الرابع : المدونات القانونية القديمة

ما إن اهتدت الشعوب إلى الكتابة حتى بدأت في تدوين أوجه نشاطها الحضاري المختلفة ومن بينها القانون، وأصبح تدوين القواعد القانونية ظاهرة عامة لدى الشعوب القديمة. وهذا لا يعني أن القواعد القانونية قد نشأت بظهور الكتابة، وإنما فتحت المجال أمام تدوين القوانين والتقاليد العرفية في نصوص مكتوبة أدت إلى انتشارها وحفظها من الضياع عبر التاريخ.

أولاً : الأسباب التي دفعت إلى تدوين القوانين

يرجع انتشار ظاهرة تدوين القوانين في المجتمعات القديمة إلى أسباب مختلفة نوجزها فيما يلي :

1- تعدد القضاة

نظراً لزيادة عدد السكان واتساع رقعة الأرض التي يُقيمون عليها، لم يكن من الممكن ترك القضاء في يد شخص واحد، بل لا من تعدد القضاة الذين يفصلون في المنازعات بين الناس، وهذا يتطلب وجود قواعد قانونية موحدة يُطبقها القضاة وأسهل سبيل لذلك هو تدوينها في مجموعات.

2- احترام القانون وحفظه التلاعب والضياع

إن وجود قواعد قانونية مكتوبة وموزعة على مجموعات يؤدي إلى احترام القانون، لأنه يُطبق على جميع الناس بدون تمييز أو استثناء، كما أن الكتابة تمنع من التلاعب بالقاعدة القانونية وتحفظها من الضياع لأن للذاكرة الإنسانية حدود وقدرتها على الحفز والنقل دون تحريف ليست مطلقة.

3- علانية القانون

لمنع احتكار القانون في طبقة من الناس تلجأ الشعوب إلى كتابة القواعد القانونية بهدف نشرها بينهم ولمنع القاضي أو الكاهن من أن يقضي وفقاً لهواه ومصالحه الخاصة، ولإظهار ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات.

ثانيا : المدونات القانونية الشرقية القديمة

وهي أسبق في الظهور على المدونات الغربية، ويرجع تاريخها إلى ما قبل عام 2000 ق.م. وأهم المدونات قانون حمورابي وقانون مانو وقانون بوخوريس وقوانين الشريعة اليهودية.

أولا : قانون حمورابي

يُعد قانون حمورابي أهم وثيقة قانونية تم العثور عليها حتى الآن على الرغم من اكتشاف قوانين أخرى وُضعت قبلها بمئات السنين (الصين) إلا أن قانون حمورابي لا يزال المحور الأساسي لأية دراسة قانونية باعتبار أنه الوحيد الذي وصلنا بصيغته الأصلية. وضعه الملك حمورابي (1728-1676 ق.م) وهو أشهر ملوك مملكة بابل في العراق وقد احتوى هذا القانون على 282 مادة صيغت بأسلوب أشبه بالقوانين الحديثة وقد جاءت أحكامه خالية من القواعد الدينية.

وقد تضمن هذا القانون معظم فروع القانون المختلفة :

- من تنظيم حقوق العائلة حيث أوجب العقد في الزواج ولم يسمح بتعدد الزوجات ونظم الحقوق الإرثية وسمح بالتبني.
- إلى تنظيم العقود من بيع وإيجار وتسليف ومداينات وكذلك عقود الشركات.
- أما في ناحية العقوبات فقد أوجد بعض العقوبات تطبيقا لمبدأ الجزاء بالمثل ورثبها بحسب انتماء الفرد الطبقي.
- كما أورد القانون مسؤولية الطبيب تجاه مريضه، والبناء تجاه مالك البناء، كما منح العامل إجازة ثلاثة أيام إذا كان عاملا شهريا، وعشرة أيام إذا كان عاملا سنويا.

ثانيا : قانون مانو

اختلف المؤرخون في تاريخ وضعه ويمكن إرجاعه إلى القرن الثالث عشر قبل الميلاد، و مانو اسم يُطلقه الهنود على الملوك السبعة المؤهلين الذين حكموا العالم، كما يُطلق اسم فرعون على ملوك مصر القدامى.

ويتألف هذا القانون من 2685 مادة صيغت بأسلوب شعري وهي تتصل بكل ما يتعلق بالإنسان وحياته من الوجهة الدينية والمدنية. وأهم ما يتميز به هذا القانون :

*- أنه يتضمن كثيرا من القواعد التي تهم الناس في المجتمع دون تمييز بين كان منها متصلا بالدين أو كان متصلا بالقانون أو الاقتصاد أو الأخلاق.

*- فيما يتعلق بالأسرة، جعل الزواج إلزاميا للجميع. فالرجل الأعزب ليس له في المجتمع مكانة ولا اعتبار "بالنسل وحده يكمل الرجل".

*-نظم بعض المسائل المالية والاقتصادية وأباح الربا.

*-لم يعرف قانون مانو المساواة في العقوبة وإنما كانت تختلف باختلاف الطبقات التي ينتمي إليها كل من المتهم والمجني عليه.

ثالثا : قانون بوكخوريس

ينسب هذا القانون إلى الملك بوكخوريس مؤسس الأسرة الرابعة والعشرين في مصر سنة 740 ق.م. وهو يتضمن التقاليد المصرية القديمة التي كانت سائدة قبل عهد الملك بعد أن أدخل عليها الكثير من التعديلات.

واعتبر مؤرخو الإغريق بوكخوريس من أبرز مشرعي مصر القدماء. وقد تميز قانونه بكونه صدر كقانون مدني بعيدا عن الطابع الديني.

ومن أبرز خصائص هذا القانون هي :

*- الإصلاحات المتعلقة بالأحوال الشخصية فقد منح المرأة حق المساواة مع الرجل، وأصبح الزواج يقوم على حرية التعاقد، واقتصرت ولاية الأب على أولاده الصغار ولم تعد الوصاية مقررة إلا على مال الصغير، وساوى في الإرث بين جميع الورثة.

*- أخذ القانون بمبدأ التعاقد بالكتابة وبذلك حل العقد الكتابي محل العقد الشفهي.

*- ألغى القانون نظام الإكراه البدني حيث ألغى نظام استرقاق المدين وقرر منع المطالبة بأكثر من ضعف الدين ومهما طالت المدة.

-* قرر في عقد الإيجار رهنا عاما على أموال المستأجر ضمانا للوفاء بالأجرة (حق الحبس).

رابعا : الشريعة اليهودية

ظهرت الشريعة اليهودية في أرض كنعان بفلسطين كشريعة سماوية نزلت على النبي موسى (عليه السلام) لفظا ومعنى، وهي خاصة ببني إسرائيل.

أهميتها تكمن في كونها نموذجا لتطور القواعد القانونية واعتبرت مصدرا أساسيا لبعض القواعد القانونية التي ظهرت في القانون الكنسي وفي قوانين أوروبا في العصور الوسطى.

أما مصادر الشريعة فهي : العهد القديم (التوراة) والتلمود.

*/ العهد القديم - التوراة (Ancien testament)

العهد القديم (التوراة) يشتمل على 39 فرأ وهي التوراة (5 أسفار)، سفر التكوين (قصة خلق آدم)، سفر الزواج (الخروج من مصر والوصايا العشر)، سفر الأحبار (أحكام العبادات)، وسفر العدد (أنبياء بني إسرائيل)، سفر التثنية (التنظيم السياسي والقانوني لعصور ما بعد موسى عليه السلام).

*/ التلمود (Talmud)

وهو مجموعة من التفسيرات الفقهية والقضائية للتوراة ثم الشروح لهذه التفسيرات، وقد نتج عن هذه الشروحات وجود تلمود أورشليم وتلمود بابل، وبرأي التلموديين لا يجوز مخالفة أحكام التلمود، لأن مخالفة شريعة موسى قد تُعْفَر، أما مخالفة التلمود فتعني القتل.

ثالثا : المدونات القانونية الغربية القديمة

ظهرت الكتابة في بلاد اليونان في القرن الثامن قبل الميلاد وتعتبر اليونان على الصعيد الحضاري من أقدم الحضارات في الغرب وقد ظهرت القوانين عند اليونان في وقت لاحق لظهورها في المجتمعات الشرقية وقد صدرت عدة مدونات منذ سنة 700 ق.م. وكان أهمها قانون دراكون وقانون صولون في أثينا، وقانون الألواح الاثني عشر في روما.

أولاً : قانون دراكون

صدرت مجموعة دراكون حوالي عام 621 ق.م. على يد حاكم مدينة أثينا دراكون بعد زوال العهد الملكي فيها. وقد جاءت هذا القانون متأثرة بالقواعد الدينية واتصفت بالشدّة في تطبيق العقوبات حتى بالنسبة للجرائم التافهة، حتى قيل إنه كُتِبَ بالدم "فإذا قيل عن قانون أنه دراكوني فهذا يعني أنه قانون وحشي".

ومع ذلك فإن قانون دراكون تميز بأنه نظم القضاء ووضع حدا لتعسف القضاة وأرباب الأسر، مما أدى إلى زيادة نفوذ الدولة وسلطتها وضعف سلطة رب الأسرة. كذلك أدى هذا القانون إلى اطلاع العامة على حقوقهم والتزاماتهم، الأمر الذي حد من تحكم طبقة الأشراف في تفسير القانون.

كما قد حقق قانون دراكون إحلال قانون محل الانتقام والثأر وجعل للدولة الحق في توقيع العقوبة على الأفراد.

ثانياً : قانون صولون

صدر قانون صولون بعد مرور عشرين سنة على صدور قانون دراكون، وذلك بقصد التخفيف من قسوة قانون دراكون، وأهم ما تيمز به هذا القانون :

- حرّم الربا الفاحش وحدد سعر فائدة الديون وحرّم التنفيذ على جسم المدين.
- حرّم قتل الأبناء أو بيعهم واعترف للأبن بحق التحرر من السلطة الأبوية (سلطة أبيه) متى بلغ سناً معينة.

- كان هذا القانون بعيداً عن الصبغة الدينية، فالقانون، كما يقول صولون : "عمل إنساني لا يبغى الكمال المطلق، بل يبغى ما هو أكثر من ملائمة في مكان وزمان معينين ولذلك فهو عرضة للتغيير والتعديل دائماً".

ثالثاً : مدونة الألواح الاثني عشر

صدرت هذه المدونة في مدينة روما عام 451 ق.م. في ظروف شبيهة بالظروف التي صدرت فيها مدونتا داكون وصولون في أثينا. ولذلك اتفق الأشراف والعامة على وضع

قانون مكتوب يحكم المدينة بغية تحقيق هدفين : أولهما تحقيق المساواة أمام القانون في الحقوق والواجبات، وثانيهما هو القضاء على الغموض والشك الذي يحيط بالتقاليد العرفية والتخلص من احتكار الكهنة - وهم من الأشراف - لتفسير القانون وتطبيقه.

ويرى بعض الفقهاء أن مدونة الألواح الإثني عشر تعتبر مظهراً من مظاهر الديمقراطية لأن لجنة العشرة قامت بوضعها بتفويض من الشعب الذي أقرها وأمر بنشرها، كما أن القواعد القانونية التي تضمنتها صدرت من صنع العقل البشري وليست من وحي الآلهة، ولذلك لم يتعرض قانون الألواح لأحكام الديانة إلا في قواعد قليلة تتعلق بآداب الديانة ومراسم الجنازات.

رابعاً : الملامح الأساسية لمدونة الألواح الإثني عشر

- من حيث الصياغة تميزت هذه المدونة بالإيجاز التام في أسلوب شعري، وبعض قواعده كانت عبارة عن صيغ وأقوال مأثورة، وبعضها الآخر كان في صيغة جمل شرطية.

- اتسمت أحكامها بالشكلية والرسمية، وذلك يرجع إلى أن المجتمع الروماني كان مجتمعاً زراعياً قليل المعاملات ولم يكن قد وصل إلى مرحلة المجتمع التجاري.

- لم يعمد واضعو قانون الألواح إلى تدوين كل القواعد القانونية اللازمة لحكم المجتمع الروماني بل اقتصروا على تجميع التقاليد والقواعد العرفية التي كانت غامضة أو محل شك أو مثار نزاع بين طبقة العامة وطبقة الأشراف مع إدخال بعض التعديلات التي اقتضتها روح العصر، وما عدا ذلك فقد استمر محكوماً بالقواعد العرفية القديمة.

- تعرضت مدونة الألواح بشيء من التفصيل لنظم العقوبات وإجراءات التقاضي، حتى يحل القانون وقضاء السلطة العامة محل الانتقام الفردي والقضاء الخاص.

والجدير بالملاحظة أن الترتيب والتبويب المتداول للمدونة ما هو إلا من تصور شراح القانون الروماني المحدثون الذين أعادوا صياغتها وتبويبها، وقد تصوروا هذا التبويب على الوجه الآتي :

نظام الدعاوى (الألواح الثلاثة الأولى) : وتنقسم الدعاوى إلى نوعين ، دعاوى تقريرية ودعاوى تنفيذية، أما الدعاوى التقريرية فالغرض منها الحصول على إقرار من الخصم

بالحق المدعى به أو الحصول على حكم قضائي يقرر أحقية الشخص فيما يدعيه. أما الدعاوى التنفيذية فالغرض منها تمكين من صدر حكم لصالحه أو من كان مزوداً بسند تنفيذي من التنفيذ على جسم المدين أو ماله.

نظام الأسرة (اللوحة الرابع والخامس) : ويشمل قواعد الأسرة كالزواج والطلاق والإرث والوصايا والسلطة الأبوية. ويبين منها أن النظام الذي ساد قام على أساس الأسرة الأبوية حيث يتمتع رب الأسرة بسلطة مطلقة، كما يبين أن قانون الألواح لا يسمح بالزواج بين العامة والأشراف.

نظام الملكية (اللوحة السادس والسابع) : ويتبين منه أن نظام الملكية الفردية هو الذي ساد بصورة مطلقة.

نظام العقوبات (الألواح الباقية) : ويتميز بشدة العقوبات وقسوتها وتطبيق مبادئ القصاص والقطع بجانب الغرامة.

أما بعض نظم القانون فلم تُعالج في المدونة إلا من خلال بعدد نادر من القواعد. **والخلاصة** هي أن مدونة الألواح الاثني عشر صدر لهدف أساسي وهو تحقيق المساواة بين طبقات المجتمع ورفع الظلم عن الضعفاء إلا أنها لم تنجح في ذلك تماماً حيث بقيت بعض الفوارق في بعض المجالات تمت معالجتها بقوانين لاحقة ، مثل الزواج بين الأشراف والعامة، توزيع الأراضي العامة، القضاء على احتكار الكهنة للعلم بالقانون، المساواة التامة في الحقوق والواجبات وشئون الحكم.

المبحث الرابع : وسائل تطوير المدونات القانونية

إن التقدم الاجتماعي يسبق دائما التطور القانوني. لأن القانون ثابت بطبيعته والفكر الاجتماعي غير ثابت، فلا بد أن تمضي مدة لكي يصبح القانون مساييرا للتطور الاجتماعي. ودلت الأبحاث التاريخية على أن الشرائع القانونية تنقسم لناحية التطور القانوني إلى قسمين :

أ* - **الشرائع المتطورة** : وهي الشرائع التي يتطور فيها القانون تطورا مستمرا تبعا لتطور الظروف والأحوال الاجتماعية، وأهم هذه الشرائع بحسب ظهورها التاريخي الشريعة الرومانية والشريعة الإسلامية والشريعة الانكلوسكسونية.

ب* - **الشرائع الجامدة** : وهي الشرائع التي بقيت على حالها منذ صدورها ولم يطرأ عليها أي تعديل وحتى وقت قريب كالشريعة الهندية.

ولقد استعانت الأمم القديمة في تطورها القانوني بوسائل ثلاث وهي : **الحيلة القانونية** ، **العدالة** ، **التشريع**.

أولا : الحيلة القانونية

الحيلة هي افتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه. فالحيلة تهدف في الأساس إلى التعديل في المعنى القانوني دون التعرض إلى إجراء أي تعديل في نصوص القواعد القانونية مثلا : إن نظام التبني يُجيز خلق رباط عائلي مصطنع عن طريق الافتراض الذي يناقض الواقع.

وتعتبر الحيلة وسيلة شائعة في الشرائع القديمة، استعان بها الحكام والقضاة لمواجهة قسوة النصوص وضيق نطاق استيعابها للحاجات المتطورة، وكانت نشأتها نتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروف نشأتها الدينية، إذ اصطبغت القواعد القانونية بنوع من القدسية والاحترام، فعندما صعب على الأفراد المساس بهذه القواعد على الرغم من التبدلات الاجتماعية والاقتصادية التي اقتضت تطوير

القوانين، كان لا بد من إيجاد حل وسط يوفق بين التمسك بمثل هذه القواعد الواجبة الاحترام من جهة وبين الضرورة والحاجة الملحة لتطويرها من جهة أخرى، وهذا الحل هو عن طريق الاستعانة بالحييلة.

وكان للحييلة دور مهم في تطوير الشرائع القانونية القديمة، فاستعملت بنطاق واسع في القانون الروماني، كما استعملت في نطاق القانون الانجليزي ولم تخل منها الشريعة الإسلامية في بعض الحالات، وعليه سندرس الحييلة في القوانين الآتية :

1/ الحييلة في القانون الروماني

كان للحييلة دور كبير في تعديل قواعد القانون الروماني ورُقِّي نظمه القانونية، وخاصة في العصور الأولى للدولة الرومانية. فبعدما اتسعت الحياة الاقتصادية والاجتماعية عند الرومان وتتنوّعت بشكل أضحى يضيق بها نطاق القانون الذي وُضعت أحكامه لبيئة بدائية، لجأ (البريتور) - الحاكم القضائي - إلى الاستعانة بالحييلة في معالجة الأوضاع والحالات المستجدة التي لا تستوعبها نصوص القانون، واستعملها في أوسع نطاق، لذلك نجد أن كثيرا من النظم والقواعد الرومانية نشأت نتيجة اعتماد البريتور لوسلة الحييلة والتي أطلق عليها **الحيل البريتورية**. ولم يقتصر الأمر على البريتور، بل أن الفقهاء أنفسهم اعتمدوا على هذه الوسيلة وخاصة عندما أصبح الفقه مصدرا رسميا من مصادر القانون الروماني، وسمّيت هذه **الحيل بالحيل الشرعية**، لتمييزها عن الحيل البريتورية. وسواء كانت الحييلة بريتورية أو شرعية فقد استعملت كوسيلة لاستحداث نظم قانونية جديدة.

ومثالها استحداث مبدأ النيابة في التصرفات القانونية. فمن المبادئ المقررة في القوانين الحديثة أن آثار التصرف القانوني الذي يُجرّيه النائب ينصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل. ولكن وفقا للمبادئ المقررة في القانون الروماني تتصرف آثار التصرف القانوني إلى الطرفين المشتركين فيه دون غيرهما. فإذا قام النائب بإجراء التصرف القانوني فإن آثار هذا التصرف تنصرف إلى ذمة النائب دون الأصيل. ولجأ البريتور إلى الحييلة لتلافي

المضار التي تترتب على عدم الأخذ بمبدأ النيابة في التعاقد. فأنشأ لهذا الغرض سلسلة من الدعاوى ترمي إلى إلزام الأصيل بتحمل نتائج التصرفات التي أجراها النائب عنه. كما استعملت الحيلة في تعديل بعض النظم والتخفيف من حدتها وخاصة في مجال الإجراءات القضائية، مثلاً، القانون الروماني القديم وضع لحماية حقوق المواطنين الرومانيين. أما الأجانب فقد كان الرومان لا يعترفون لهم بشيء من الحماية القانونية. فافترض البريتور أن الأجنبي مواطن روماني من أجل أن يُمكنه من المطالبة بحقه في دعوى جنائية في الاعتداء على شخصه أو سرقة أمواله.

وكذلك استعملت الحيلة لتبرير بعض النظم القانونية. فالشخصية القانونية كقاعدة عامة تبدأ من الولادة وتنتهي بالوفاة. وتطبيقاً للقاعدة لا يرث الجنين لأنه لم يولد بعد. لجأ الرومان للخروج من هذه القاعدة، حفاظاً على مصلحة الجنين، إلى/عن طريق الحيلة، فاعتبروا الجنين قد وُلد قبل وفاة مورثه، ولذلك يتمتع بالشخصية القانونية ويُمنح نصيبه من التركة.

2/ الحيلة في القانون الانجليزي

كانت الحيلة وسيلة مهمة في تطور النظم القانونية والقضائية في القانون الانجليزي. فبالنسبة لتأريخ النظام القضائي الانجليزي فإنه يدلنا على أن القضاء الانجليزي من الفتح النورماندي عام 1066 م كان موزعاً بين المحاكم الإقطاعية التي كانت تفصل في المنازعات التي تقوم بين أتباع النبلاء صاحب الإقطاع، والمحاكم الكنسية التي كانت تفصل بالنسبة للمنازعات التي يكون فيها أحد الخصوم من رجال الدين والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمحاكم الملكية التي كانت تنتظر في المنازعات التي تقوم بين النبلاء، وكل ما يُخل بأمن الملك وسلامته والاعتداء على أفراد عائلته.

ومن أمثلة الحيل ما لجأت إليه المحاكم الملكية لتوسيع اختصاصاتها المدنية. فكانت تقترض أن المتهم قد أخل بأمن الملك. وهذا الأمر يقتضي وضع المتهم في "حراسة أمين الملك" وأن يُحاكم أمام المحاكم الملكية، فإذا حضر أمام هذه المحكمة أمكنت مقاضاته

عن أي أمر آخر. وأتبع باب الافتراض ليشمل بعد ذلك الدعاوى الواقعة في اختصاص محاكم الإقطاع، وكان يؤسس على أن "اللورد تنازل عن النظر في القضية"، فتؤول القضية عندئذ إلى محكمة الملك للنظر فيها.

ويقرر القانون الإنجليزي مصادرة أموال المجرم في بعض الحالات على اعتبار فساد الدم العائلي للمجرم، فيفترضون توقف سير الإرث الشرعي للأولاد بعد إعدام المورث في بعض الجرائم كالخيانة العظمى، ومصادرة أمواله للدولة.

3/ الحيلة في الشريعة الإسلامية

لم يكن للحيلة في العهود الأولى السابقة على نشأة المذاهب الكبرى الدور البارز في الشريعة الإسلامية لأنها ليست في حاجة لاستعمالها وسيلة من وسائل تطوير نظمها القانونية.

ولكن حين تكونت المذاهب الفقهية في العصر العباسي، وما تبع هذا العصر من جمود وتقيد لروح الاجتهاد. وبما أن الوقائع والحوادث غير محدودة وأن النصوص والأحكام محدودة، لجأ الناس إلى التحايل بقصد استحداث بعض النظم أو تعديل بعضها الآخر لمواجهة التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وعلى الرغم من أن الحيلة لم يكن لها سوى أثر محدود على الشريعة الإسلامية فإن ذلك لم يمنع استعمال بعض الفقهاء والمجتهدين لها ولكنهم أطلقوا عليها اسم "المخارج من المضايق" وذلك لما بين الحيلة والشريعة من تضاد يجعل استعمالها في تعبير واحد، بعيداً عن المنطق والذوق.

وقد استعملت الحيلة لتبرير بعض النظم القانونية، فافترضت حياة الجنين قبل ولادته إذا مات المورث في أثناء الحمل، وبذلك يستحق نصيبه من التركة. وكذلك اعتبرت أن المتوفى لا يزال حياً مالكا لعناصر ذمته المالية إلى أن تتم تصفية تركته، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن "لا تركة قبل سداد الدين" ومنها أيضاً اعتبار المفقود ميتاً حكماً وتوزيع أمواله على ورثته، لأن من شروط الميراث وفاة المورث. فإن مضت مدة معينة على فقده، يُدكم بموته على افتراض أن المفقود كالميت.

4/ الحيلة في التشريعات الحديثة

إن المشرع في العصر الحديث لم يعد بحاجة إلى هذه الوسيلة لإجراء الإصلاح في القوانين، وخاصة وقد زالت النظرة إلى النصوص القانونية بأنها مقدّسة وغير قابلة للتعديل، فالقاعدة القانونية هي من صنع العقل البشري، فلا مانع من تعديلها كلما ظهر

قصورها أو عدم الفائدة منها، ومع ذلك فإن التشريع الحديث لم يخل من بعض معالة الحيلة.

ففي مجال تسوية بعض النظم القانونية يلجأ الفقه والقضاء وأحيانا المشرع نفسه إلى الحيلة القانونية، ومن ذلك نظام التبني الذي لا يزال مقبولا في معظم القوانين الغربية. وكذلك الأمر بالنسبة للضرورة العملية التي أملت الظروف في مبدأ النيابة في التعاقد، فيفترض المشرع أن التصرف القانوني قد صدر من/عن الأصل وليس من النائب، وهذا الافتراض لا يتفق مع الحقيقة ولكن المصلحة أملت هذا الاعتبار.

ثانيا : العدالة

العدالة هي شعور كامن في النفس، يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه، وفكرة العدالة ظهرت لتحكم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتحقيق المساواة فيما بينهم. وهذا ما دعا إليه الفقيه الروماني شيشرون بقوله : ((إن العدالة هي جوهر القانون" ، ومع ذلك فإن هنالك بعض القواعد القانونية التي قد تتعارض مع مبدأ العدالة.

وسنتناول مصادر العدالة لدى الشعوب المختلفة حسب التفصيل التالي :

1/ العدالة عند اليونان

يعتقد علماء اليونان بوجود قوة عليا، وضعت قانونا عاما ونظاما ثابتا يحكم العالم من الناحيتين المادية والمعنوية، وهذا المذهب نادى به الفلاسفة اليونان، أمثال سقراط وأفلاطون وأرسطو.

وقد عمد بعض الفلاسفة إلى تقسيم العدل إلى قسمين : العدل الطبيعي ، أي العدل المطلق الصالح الذي أعدته الطبيعة لجميع الناس. والعدل القانوني أو التشريعي وهو عدل القوانين أو الأعراف التي تضعها كل أمة لنفسها.

ثم تناولت فكرة القانون الطبيعي بعد ذلك مجموعة من الفلاسفة يُطلق عليها الفلسفة الرواقية، والتي شددت على عالمية لطبيعة البشرية إخوة الإنسان وعدت العقل الميزة الأساسية للإنسانية.

2/ العدالة عند الرومان

كان للعدالة عند الرومان مصدرين، قانون الشعوب والقانون الطبيعي.

2-أ) قانون الشعوب

كان في روما نوعان من القوانين، الأول خاص بالمواطنين الرومان وهو يتضمن أعراف الرومان وتقاليدهم. ويتولى تطبيق هذا القانون حاكم قضائي يُسمى بريطور المدينة. والثاني قانون خاص بالأجانب الذين يفدون إلى روما ويسمى قانون الشعوب.

2-ب) القانون الطبيعي

أدى انتقال الثقافة اليونانية إلى الرومان وتأثر الفقيه الروماني شيشرون بها إلى صياغة فلسفة القانون الطبيعي في مبادئ عملية تطبيقية. فقد بين هذا الفقيه بأن القواعد القانونية ليست جميعها صادرة عن المشرع، أو أن أصلها العرف، وإنما هناك القانون الطبيعي الذي يُنظم بصورة ثابتة، لا تتغير بتغير الزمان والشعوب، العلاقات التي تنشأ بين الأفراد.

وتأثر فقهاء الرومان ومفكروهم بمذهب الرواقيين للتخفيف من تطرف القانون وتحكم شكلياته. وانطلق شيشرون بعبارته الشهيرة: "إن الإفراط في العدل إفراط في الظلم".

ولذلك جعل الرومان القانون الطبيعي أساساً فلسفياً لقانون الشعوب. ومع أن كلا القانونين يهدف إلى تحقيق مبدأ العدالة ذلك، إلا أنهما يختلفان في تحديد غايتها. فالعدالة في قانون الشعوب نسبية ترمي إلى تحقيق غايات محدودة بزمان ومكان.

أما العدالة في القانون الطبيعي فمطلقة لا تتحدد بزمان ومكان.

وتركت مبادئ العدالة آثاراً مهمة على تطور القانون الروماني وأهم هذه الآثار:

(* التخلي التدريجي عن الشكليات والرسميات، إذا أن القانون الروماني القديم كان يشترط إفراغ التصرفات القانونية في قالب شكلي معين، فالشكلية هي التي تنشئ الالتزام وليس الإرادة، في أغلب مراحل القانون الروماني.

(* استخلاص بعض المبادئ القانونية من فكرة العدالة، كمبدأ حسن النية في التعامل الذي يقتضي من المتعاقد بأن يفي بتعهده أو التزامه حتى ولو لم يفرغه في قالب شكلي. (* الاعتراف بقدرة الإرادة على الالتزام بالتزامات جديدة سواء تم الالتزام بصيغة شكلية أو بدونها. وبذلك نشأت العقود الأربعة : البيع والإيجار والوكالة والشركة.

3/ العدالة في الشريعة الإسلامية

إن مبدأ العدالة الذي اتخذ صورة الاجتهاد في الرأي في الشريعة الإسلامية يستند إلى روح التشريع الإسلامي ونصوصه.

ولقد وردت آيات كثيرة منها قوله تعالى : فقد بينت هذه الآية الكريمة بوضوح تام أن الله/القرآن قد أوجب القواعد القانونية التي سماها العدل، مقرونة بالعدالة التي سماها الإحسان.

واستهدفت العدالة في الشريعة الإسلامية تحقيق مقاصد الشريعة المعروفة وهي : حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال. وهي تقوم على منع الضرر، لأن الضرر ظلم يجب دفعه، ومن هذا الأصل تفرعت قواعد أساسية في الشريعة الإسلامية كانت مصدرا لكثير من الأحكام كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وكالقاعدة التي تُقرّر بأن "الضرورات تبيح المحظورات".

ولتطبيق هذه القواعد، وضع الفقهاء المسلمون قواعد عامة ذات صفة أساسية كقاعدة "الضرر لا يزال بمثله" أو "الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف" و"الضرر يُدفع بقدر الإمكان" و يُتحمّلُ الضرر الخاص لدفع الضرر العام". وتستند هذه القواعد إلى مبدأ أساسي، وهو أن الشريعة لا يجوز أن ينشأ من تطبيقها ضرر عام أو خاص. ومن هذا المبدأ يمكن استخلاص نظريات عامة من الفقه الإسلامي، كنظرية التعسف في استعمال

الحق، ونظرية الميسرة ، ونظرية الضرورة. والتطبيقات العملية لهذه النظريات وتُقدّم على مبدأ العدالة.

ثالثاً : التشريع

تفيد كلمة التشريع معنيين، الأول وهو عام يُقصد به وضع القواعد القانونية واستنباطها من مصادرها كالدين والعرف والقضاء والفقه ومبادئ العدالة و الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية. أما المعنى الثاني للتشريع فيُقصد به التعبير عن إرادة السلطة العامة المختصة في الدولة بإصدار قاعدة قانونية وإلزام الناس باحترامها، وهذا هو المعنى المقصود هنا من كلمة التشريع باعتباره وسيلة من وسائل تطور القانون أيًا كانت السلطة المختصة بإصداره.

ويُلاحظ أن دور التشريع كان محدوداً في تطوير القواعد القانونية في المجتمعات القديمة. غير أن دور التشريع ازداد أهمية في العصور الحديثة حيث أصبح المصدر الأساسي للقواعد القانونية وتطويرها. في حين تراجع دور الحيلة أو العدالة، لذلك يكاد يكون التشريع الوسيلة الوحيدة لتطوير القوانين في العصر الحديث، وقد صرح وصف عصرنا بأنه عصر التشريع خلافاً للعصور القديمة التي تُعرف بأنها عصور العرف والدين.

مقارنة بين التشريع والحيلة والعدالة

** الحيلة تختلف عن العدالة في أنها تؤدي إلى تعديل القاعدة القانونية بصورة غير مباشرة مع الحفاظ على احترام حرفية النصوص، في حين تعتمد العدالة على تعديل القاعدة القانونية بصورة صريحة ومباشرة وكذلك التشريع هو تغيير في حكم القانون ونصه.

** الحيلة تستمد قوتها ليس من سلطة عليا أو هيئة تشريعية، بل من الضرورات العملية التي أملت طبيعة التطور في حياة ومعاملات الأفراد، أما التشريع فيستمد قوته من كونه يصدر عن سلطة عليا تشريعية أو سلطة حاكمة يحق لها فرض القوانين، في حين تتميز العدالة بأنها تستمد قوتها من سمو مبادئها وانفاقها مع العقل السليم.

** تتفق العدالة مع التشريع في كونهما يُعدّان القانون صراحة ومباشرة في حين تعتمد الحيلة إلى تعديله بصورة غير مباشرة.

المبحث السادس : مصادر التشريع الإسلامي

للتشريع الإسلامي مصادر عديدة، منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف عليه. وقد أشار القرآن الكريم إلى مصادر التشريع الإسلامي في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خيرٌ وأحسن تأويلاً ﴾⁶. وهذه الآية الكريمة أمرت برد ما يقع فيه التنازع بين المؤمنين إلى الله ورسوله، ومعنى هذا اتباع ما جاء في كتاب الله، وما وردت به سنة الرسول (ص)، واتباع ما يتفق عليه المجتهدون وهو الإجماع، والعمل بالقياس حيث لا نص في القرآن ولا في السنة ولا إجماع. فالحوادث التي لا يوجد لها حكم في النصوص أو الإجماع، يُعرف حكمها بإلحاقها بما يشبهها من وقائع وَرَدَ النص بحكمها، متى اشتركت الحادثتان في علة الحكم.

وقد اتفق المسلمون على الاستدلال بهذه المصادر الأربعة : الكتاب (أي القرآن الكريم) ، والسنة والإجماع والقياس، واستنباط الأحكام منها، وأما غيرها من الأدلة في مصادر محل خلاف، كما هو الحال بالنسبة للاستحسان ، والمصالح المرسلة، والعرف. وهناك من يضيف مصادر أخرى كسد الذرائع وقول الصحابي وشرع من قبلنا والاستصحاب وهذه المصادر هي الأخرى محل خلاف بين الفقهاء.

ومصادر التشريع الإسلامي منها ما يرجع إلى النقل كالكتاب والسنة، ومنها ما يرجع إلى العقل كالقياس والاستحسان، والمصالح المرسلة. كما يمكن تقسيم المصادر إلى مصادر أصلية لا تتوقف دلالاتها على الأحكام على دليل آخر، وتتنحصر في الكتاب والسنة. أما المصادر التبعية فهي التي تتوقف دلالاتها على أدلة أخرى.

⁶ سورة النساء، الآية رقم 59.

أولا : القرآن الكريم

تعريف القرآن : هو الكتاب الذي أنزله الله تعالى على النبي محمد (ص) بواسطة الوحي طيلة ثلاث وعشرين سنة (12 سنة و 5 أشهر في مكة و 9 سنوات و 9 أشهر في المدينة) وهذه المدة هي مدة بعثة الرسول برسالة الإسلام.

والقرآن بمثابة الدستور في الشرائع الوضعية ، حيث يتناول بيان الأحكام بنصوص إجمالية، ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلا. فقد ورد فيه الأمر بالصلاة والزكاة مجملا ولم يفصل كيفيتها ولا مقاديرها بل فصلته السنة النبوية (كما في المراسيم التطبيقية الوضعية)، وأوجب القرآن إقامة العدل بين الناس بنصوص عامة ولم يحدد طريقة القضاء، بحيث تأخذ كل جماعة ما يلائمها من أن يكون القاضي فردا أو متعددا ، ومن أن يكون الحكم نهائيا أو خاضعا لرقابة محكمة أعلى كمحكمة الاستئناف أو التمييز (النقض).

وهذا الإجمال يحتاج إلى البيان بالسنة وهي وحي بالمعنى دون اللفظ بنص القرآن ﴿وما ينطق عن الهوى ، إن هو إلا وحي يوحى ﴾⁷. وأحال القرآن في تفصيل جزئيات ما عم إلى السنة فقال تعالى : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾⁸.

وعدد آيات القرآن الكريم ستة آلاف آية⁹ ، وقد أجمع الفقهاء على أن عدد الآيات القرآنية المتضمنة لتشريع الأحكام بلغ خمسمائة آية.

دلالة اللفظ القرآني وحجية القرآن : القرآن هو أصل الشريعة وأساسها ، وتستمد منه سائر الأدلة الشرعية حجيتها ولا خلاف حول حجته على الناس أجمعين، فنصوصه

⁷ سورة النجم، الآية 3-4.

⁸ سورة النجم، الآية 3-4.

⁹ وهذا هو الحد الأدنى الذي اتفق عليه العلماء، وهناك اختلاف فيما يزيد عن هذا العدد.

قطعية الثبوت لم يشبها تحريف أو سهو، وتبعا لانفراد اللفظ بمعنى واحد أو بأكثر من معنى فإن نصوصه قد تكون قطعية الدلالة، وقد تكون ظنية الدلالة.

أما النصوص القطعية الدلالة، فهي لا تحتل إلا معنى واحدا ولا مجال لتأويله، كقوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولدٌ فإن كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾¹⁰.

أما النصوص الظنية الدلالة، فتعني كل لفظ يُفيد أكثر من معنى واحد، أو يجيء لفظه عاما أو مطلقا ويحتمل اللفظ على أي من معانيه أو يحتمل تخصص عمومه أو إطلاقه. فالآية الكريمة ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾¹¹، جاءت ظنية الدلالة لأن لفظ الميِّتة لفظ عام يحتمل الدلالة على كل ميِّتة كما يحتمل تخصيص التحريم بما عدا ميِّتة البحر من الأسماك.

وقد يجيء النص قطعي الدلالة في جزء منه، وظني الدلالة في الجزء الآخر، فالآية الكريمة ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين﴾¹² دلت دلالة قطعية على وجوب مسح الرأس في الوضوء، وجاءت ظنية الدلالة في القدر الواجب مسحه من الرأس.

هذا الاختلاف في دلالة النصوص الظنية أدى إلى اعتبار أن من خالف فيها لا يُعتبر خارجا عن رأي الأمة، ما دام اللفظ يحتمل معنى آخر. وكانت هذه النصوص الظنية هي الدافع الأساسي لإعمال الرأي في استنباط الأحكام، فتكاثرت الاحتمالات وتعددت المذاهب الفقهية، ونشط الفقه لممارسة دوره في مواجهة ما يستجد من مسائل وتعقيدات.

ويمكن إجمال المنهج القرآني في بيان الأحكام فيما يأتي :

¹⁰ سورة النساء، الآية 12.

¹¹ سورة المائدة، الآية 3.

¹² سورة المائدة، الآية 6.

- 1/ الدلالة على مشروعية الإتيان بالفعل (واجبا أو مندوبا) بتعظيم الفعل أو الفاعل، أو مدح الفعل أو الفاعل، أو حبه للفعل أو للفاعل، أو قسمة بالفعل أو بفاعله.
- 2/ الدلالة على مشروعية ترك الفعل، سواء كان على سبيل التحريم أو الكراهة بطلب ترك الفعل أو ذمه أو وصفه بكونه خبيثا أو رجسا أو بكونه فسقا ... الخ
- 3/ الدلالة على مشروعية الفعل على سبيل الإباحة والتخيير بين الإتيان والترك بذكر لفظ الحل أو بالإذن في مباشرته ، أو بنفي الإثم وفع الحرج عن الفاعل إذا فعله.

ثانيا : السنة النبوية

هي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي، ويراد بها في هذا الموضوع ما رُوي عن الرسول (ص) من أقوال وأفعال وتقريرات، فهي بهذا المعنى مصدر من مصادر التشريع في المرتبة الثانية بعد القرآن، وهي بالنسبة إليه شارحة ومبينة ومؤكدة ، لأنها قد تبين مجملا فيه مثل قول الرسول (ص) : ﴿ صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي ﴾ المبين لقوله تعالى ﴿ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ . وقد تكون مؤكدة لما جاء فيه ، مثل حديث ﴿ اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا ، فَأَنْهَن عَوَانَ عِنْدَكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ ﴾ فإنه مؤكّد لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقد تكون مصدرا مستقلا للتشريع لأنها أتت بأحكام كثيرة لم يرد ذكرها في القرآن ، مثل حديث ﴿ لَا تُكْحِمُ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا الْمَرْأَةَ عَلَى ابْنَةِ أَخِيهَا أَوْ أُخْتِهَا إِنْكُمْ إِنْ فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَكُمْ ﴾ .

والسنة النبوية ثلاثة أنواع : قولية وفعلية وتقريرية. والسنة القولية تعني ما صدر عن الرسول (ص) من قول في أغراض متعددة ومناسبات مختلفة كقوله (ص) ﴿ الْمُسْلِمُ مَنْ سَلِمَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ ﴾ . والسنة الفعلية تعني ما صدر عن الرسول (ص) من فعل موضحا لتشريع يأخذ به المسلمون في دينهم، كأفعال الرسول (ص) في أعمال الصلاة ومناسك الحج. أما السنة التقريرية فتعني سكوته (ص) عن الإنكار عند رؤيته

شخصاً يفعل شيئاً أو يقول شيئاً، بشرط قدرته على الإنكار وعدم تقدم إنكاره على ذلك الفعل.

وتعتبر السنة مصدراً للأحكام الشرعية ودليلاً من أدلتها ينبغي العمل بها متى ثبت صحتها، وقد دل على حجية السنة الكتاب والسنة ذاتها والإجماع.

أما الكتاب فقد وردت فيه الآيات الكثيرة التي توجب إطاعة الرسول (ص) كقوله تعالى : ﴿ وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾¹³ وهنالك من الآيات التي اعتبرت عصيان الله والرسول ضلالاً مبيناً ، كقوله تعالى : ﴿ ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالاً مبيناً ﴾¹⁴ . كما أوجبت بعض الآيات رد التنازع فيه إلى الله ورسوله كقوله تعالى : ﴿ فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ﴾¹⁵ . ومن الآيات أيضاً ما دلت على أن الرسول له سلطة بيان مجمل القرآن حتى يصح به التكليف ، كقوله تعالى : ﴿ وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين لهم الذي اختلفوا فيه وهدى ورحمة لقوم يؤمنون ﴾¹⁶ .

كما وردت أحاديث كثيرة تدل على أن السنة واجبة الإتيان في أحكامها ، منها ما روي عن الرسول أنه أقر معاذ بن جبل على اعتبار السنة مصدراً للتشريع يلي الكتاب مباشرة. كذلك أجمع الصحابة على الاعتداد بالسنة والاحتجاج بها ، ولم يؤثر عن أحد من الخلفاء الراشدين أو الصحابة أنه عمل برأيه في موضع ورد بشأنه حديث عن الرسول (ص) ، أو اقتصر على القرآن وحده في استنباط الأحكام دون السنة.

¹³ سورة الحشر ، الآية 7.

¹⁴ سورة الأحزاب ، الآية 36.

¹⁵ سورة النساء ، الآية 59.

¹⁶ سورة النحل ، الآية 64.

ثالثا : الإجماع

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامي ، والعلماء مختلفون في تعريفه ، وأحسن ما قيل فيه أنه : "اتفاق المجتهدين من أمة محمد (ص) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي".

ومعنى ذلك ن تقع حادثة بعد عصر الرسول (ص) لا يوجد نص صريح في حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم ، سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم غير مجتمعين ، ثم ينتهي اجتهادهم إلى التوافق في النتيجة واتحاد الحكم.

والإجماع كما يقول علماء الأصول نوعان : صريح ، وسكوتي. الأول : أن يتفق كل المجتهدين باقول أو بالفعل على حكم شرعي مُجْتَهَدَ فيه ، وهذا لا نزاع في حجته عند جمهور المسلمين متى وُجِد. والثاني : أن يتكلم البعض بالحكم ويسكت الباقيون من غير موافقة أو مخالفة صريحة ، أو يفعل البعض الشيء ، ويسكت الباقيون كذلك. وهذا النوع مختلف فيه ، فمن الفقهاء من اعتبره دليلا ، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ما صدر من البعض ولو كان غير صواب لأنكروه وبينوا خطأه.

ومنهم من لم يعتبره دليلا معللين ذلك بأن السكوت كما يُحتمل الموافقة يحتمل غيرها ، ولا دلالة مع الاحتمال.

والشرط في الإجماع عند أكثر العلماء اتفاق جميع المجتهدين ، فلو خالف واحد منهم لم ينعقد الإجماع ، لأن الحق يحتمل أن يكون في جانب المخالف فلا يكون الاتفاق من الأكثر حجة مع هذا الاحتمال. واشتُرِط في الإجماع أيضا أن يكون الحكم حكما شرعيا إجتهاديا ، لأنه لا يعد إجماعا اتفاقهم على الحكم الذي لا مجال للاجتهاد فيه.

ويجب أن يكون للإجماع سند ، ويقصد بسند الإجماع الدليل الذي اعتمد عليه المجمعون. وقد يكون هذا الدليل قطعيا ، وقد يكون ظنيا في رأي جمهور الفقهاء. فقد

يكون مستنده الكتاب كالإجماع على حرمة نكاح الجدات وبنات الأولاد استنادا إلى الآية الكريمة : ﴿رُمَّتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ﴾¹⁷. وقد مستنده من السنة كإجماع الصحابة على توريث الجدة السدس استنادا إلى ما رُوِيَ عن الرسول (ص) بإعطائها السدس. وقد يكون سنده القياس كالإجماع على قياس حد الشرب على حد القذف. وقد يكون سنده المصالح المرسلة كالإجماع على جمع القرآن في مصحف واحد.

كما يستندون إلى الأحاديث الشريفة التي تدل على عصمة الأمة من الاجتماع على ضلالة كحديث الرسول (ص) : ﴿لا تجتمع أمتي على خطأ﴾ ، وقوله (ص) : ﴿لا تجتمع أمتي على الضلالة﴾ وقوله (ص) : ﴿يد الله مع الجماعة﴾ ، و ﴿ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن﴾.

كذلك فإن العادة تمنع بل تُحيل أن يجتمع كل المجتهدين في عصر من العصور على حكم ، ويقطعوا به على سبيل الجزم ، ولا يكون لهم من كتاب الله أو سنة نبيه مستند يستندون إليه في إجماعهم ، كما أن العادة تُحيل أن يكونوا مخطئين في إجماعهم من غير أن ينتبه إلى الخطأ واحد منهم ، فعلى هذا يكون ما يتفق عليه المجتهدون صوابا مُعتمداً على دليل ، ومُقنضيا وجوب العمل به.

رابعا : القياس

القياس مصدر رابع من مصادر التشريع الإسلامي ، قبل به معظم الفقهاء ، وهو يستند إلى تحكيم العقل والمنطق ، في القضايا التي لا نص أو إجماع فيها ، وذلك بأن يتحرى الفقهاء العلة ، أو غاية المشرع ، في الأحكام المنصوص عليها ، فإذا عرفوا علة حكم منصوص عليه في مسألة من المسائل ، أمكنهم قياس مسألة أخرى عليها ، وإعطائها

¹⁷ سورة النساء ، الآية 23.

مثل حكم المسألة الأولى ، إن اتفقت معها في العلة. فالقياس إذن هو إعطاء حكم مسألة لمسألة شبيهة بسبب وحدة العلة.

ويتضح الأخذ بالقياس من خلال الأمثلة التالية :

1/ قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ﴾¹⁸ . اشتمل هذا النص القرآني على النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، والنهي هنا يفيد الكراهة لا التحريم ، لأن النهي ليس لذات البيع ، وإنما هو لمعنى قد يوجد معه وقد ينفك عنه بأن يتعاقد المتبايعان وهما سائران إلى المسجد لأداء صلاة الجمعة. والعلة هنا هي أن البيع وقت النداء يشغل كلا من البائع والمشتري عن الصلاة.

ولما كانت الإجارة والرهن وغيرهما من العقود والأعمال ، إذا باشرها الشخص وقت النداء للصلاة الجمعة توجد فيها العلة المذكورة ، وهي الشغل/الانشغال عن الصلاة ، تأخذ هذه العقود حكم البيع وقت النداء وتكون مكروهة قياسا.

2/ يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾¹⁹ . فالخمر وفقا لهذا النص محرمة ، وعلة تحريمها الإسكار ، وبما أن النبيذ مسكر فهو محرم أيضا بالقياس إلى الخمر ، بسبب وحدة العلة.

3/ يقول الرسول (ص) : ﴿ لا يرث القاتل ﴾. دل هذا الحديث على حرمان الوارث الذي قتل مورثه من الميراث ، وعلة النهي/الحرمان هي أن القاتل استعجل الميراث قبل الأوان فعاقبه الشارع بالحرمان. وقد قيس على ذلك قتل الموصى له للموصي ، فنظر في ذلك

¹⁸ سورة الجمعة ، الآية 9.

¹⁹ سورة المائدة ، الآية 90.

فوجد أن الموصى له إذا الموصي يكون مستعجلا الشيء قبل أوانه ، وهو عين السبب الذي من أجله حرم الوارث قتله المورث.

وأركان القياس أربعة ، الأول هو الأصل : وهو المقيس عليه ، والثاني الفرع : وهو المقيس ، والثالث العلة : وهي الوصف الجامع الذي يجمع بين المقيس والمقيس عليه ، والرابع هو الحكم : أي ما يُحكم به قياساً.

خامسا : الاستحسان

عرّفه الكرخي من الحنفية بقوله : ((هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول)) وعرّفه بعض الحنفية بأنه ((تخصيص قياس بدليل أقوى منه)) وعرّفه البعض ((بالقياس الخفي ، وإنما سُمي به لأنه في الأكثر الأغلب يكون أقوى من القياس الظاهر ، فيكون الأخذ به مستحسنا)).

وهناك من يرى بأن الاستحسان هو : ((ترك القياس والأخذ بما أوفق للناس)) ، ((والالتفات إلى المصلحة والعدل)) وهو بعبارة أخرى : ((ترك الدليل واستحسان ما تفرضه العدالة والضرورة والحاجة)).

وعلماء الحنفية يُثبتون للاستحسان أنواعا أربعة : استحسان السنة ، الإجماع ، القياس الخفي ، الضرورة. ومن تتبع فقهم يجد أنواعا أخرى من الاستحسان. ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم في العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملا لأنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والإجماع.

ومن الأمثلة التي تُضرب على الاستحسان ما يلي :

1- أقرر الفقهاء أن الشخص إذا أوقف أرضا زراعية على جهة برّ فإن حقوقها من الشرب والمسيل والمرور تدخل في الوقف ولو لم ينص في وقفه على ذلك ، مع أن مقتضى

القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كما في بيع الأرض حيث لا تدخل في المبيع إلا بالنص عليها ، ووجه الاستحسان ، إن الوقف لا يُفيد ملك الموقوف عليه المال الموقوف ، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق.

2/ جواز بيع السلم استثناء من قاعدة بيع المعدوم المنهي عنه فقد رُوي عن النبي (ص) أنه نهى عن بيع جهل الجهلة، وقوله (ص) : ﴿ لا تبع ما ليس عندك ﴾.

والسلم ويُسمى سلفاً هو بيع مؤجل بمعجل أو بعبارة أخرى هو بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم فهو بيع المفايس كما يقول الفقهاء.

وإجازة بيع السلم استحساناً جاءت بالاستناد إلى حديث الرسول (ص) : ﴿ من أسلف فليستلف في ثمن معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ﴾.

سادساً : المصالح المرسلّة

قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس، ودفع الفساد عنهم. والمصالح هي المنافع ، والفساد هي المضار ، وأن الشارع عند وضعه للأحكام أباح ما غلبت منفعته ، وحرّم ما غلبت مفسدته ، ولم يسر مع رغبات الناس وأهوائهم ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن ﴾²⁰ ، وقوله عز وجل :

﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾²¹.

ولذلك انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع : أولها ما قام الدليل الشرعي على اعتبارها ، وثانيها ما قام الدليل الشرعي على إلغائها. أما الثالث فهو ما لم يقد دليل من الشرع على

²⁰ سورة المؤمنون ، الآية 71.

²¹ سورة المائدة ، الآية 49.

اعتبارها أو إلغائها، وهذا النوع يُسمى بالمصالح المرسلّة ، لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها. ومن العلماء من سمى هذا الدليل بالاستصلاح، ومعناه "العمل بالمصلحة". أما بالنسبة لآراء العلماء في الاحتجاج بالمصالح المرسلّة ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن المصلحة المرسلّة لا تكون حجة في العبادات كلها ، وفي المقدرات الشرعية كالحدود والكفارات ومقادير الميراث وإعداد أشهر العدة ونحوها مما اختص الشارع بعلم المصلحة في تحديده ، حيث لا مجال للعقل والرأي في تقديرها ، وهي ليست محلا للاجتهاد بالرأي والقياس.

لكن آراء الفقهاء اختلفت في الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة والاستدلال بها في المعاملات التي لا نص فيها ولا إجماع. فالإمام مالك له ترجيحاً على غيره من الفقهاء في الأخذ بهذا النوع من الأدلة ، يليه الإمام أحمد بن حنبل ، بينما ذهب الظاهرية وبعض الشافعية إلى لا يصح الاحتجاج بالمصالح المرسلّة ، ولا بناء الأحكام عليها.

ومن أبرز أدلة القائلين بحجية المصالح المرسلّة ، أنه يترتب على عدم اعتبار المصالح المرسلّة ، تعطل الكثير من مصالح الناس ، ووقوف التشريع عن مسابرة تطورات الحياة نظراً لخلو الكثير من الوقائع عن الأحكام. لذلك لا بد من معالجة ما يستجد من أمور ، خصوصاً وأن وسائل الناس إلى مصالحهم تتغير بتغير الأزمان ، ولا سبيل إلى حصرها. ومن الأمثلة عن الأخذ بالمصالح المرسلّة ، جواز أخذ الضرائب خلافاً لقاعدة عدم أخذ مال الغير بدون حق. فالقياس لا يُجيز أخذ هذا المال ، إلا أن النفقات التي تصرفها الدولة على الخدمات والمصالح العامة أدت إلى وجود مصلحة تُجيز للدولة فرض الضرائب.

كما أجازت فكرة المصالح المرسله فرض الغرامات المالية على المجرمين عقابا لهم. ومن هذا النوع أيضا قتل الجماعة بالواحد ، فإنه لم يرد دليل خاص باعتباره أو إغائه ، فلو لم يُقتل الجماعة بالواحد عند اشتراكهم في قتله لأدى ذلك إلى إهدار الدماء.

سابعا : العرف

العرف ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد مرة وتمكن أثره في نفوسهم وقبلته عقولهم. والمراد بالعرف هنا ، ما لا يُخالف دليلا شرعيا ، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ، ولا حكما ثابتا علم من سر تشريعيه أنه لا يختلف باختلاف الأزمان والأحوال.

ومن الناس من يسوي بين العرف والعادة ، ويرى أنهما مترادفتان ، فإذا عطف أحدهما على الآخر فقبل مثلا : هذا الحكم ثابت بدلالة العرف والعادة ، يكون ذلك من باب التأكيد لا التأسيس.

وقد فرق بينهما بعض الباحثين بالقول ، إن العادة بمعنى التكرار ، وكما يكون تعوُّد الشيء من فرد يكون من جماعة ، والأولى تسمى عادة فردية ، والثانية عادة جماعية ، أم العرف فلا يصدق إلا على الجماعية ، فما يعتاده بعض الناس لا يكون عرفا ، لأنه لا بد في تحقق العرف من اعتياد الأغلب أو الكل لا فرق في ذلك بين علمائهم وعامتهم. ويتنوع العرف إلى أنواع ، فينقسم إلى عرف قولي ، ويعني تعارف الناس على إطلاق لفظ ما للدلالة على معنى معين ، مثل تعارفهم على لفظ اللحم في البيع والشراء على ما عدا السمك من اللحوم ، مع أن القرآن سماه لحما في قوله تعالى : ﴿ وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا ﴾²².

²² سورة النحل ، الآية 14.

والنوع الثاني هو العرف العملي ، ويُقصد به تعارف الناس على نهج معين في معاملاتهم ، كتعارف للاس على تقسيم المهر إلى مُقدّم ومؤخّر .

وهناك العرف العام ، وهو ما يتعارفه أهل البلاد عامتهم وخاصتهم في زمن من الأزمنة ، والعرف الخاص هو ما كان ساريا بين بعض البلدان دون باقيها ، أو ما كان بين طائفة دون غيرها من الطوائف .

وينقسم العرف أيضا إلى صحيح وفساد ، والعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لقواعد الشريعة أو مبطلا للنصوص ، كتعارف الناس على وقف بعض المنقولات كالكتب العلمية. أم العرف الفاسد فهو الذي يكون مُخالفا لقواعد الشريعة ، كتعارف الناس على شرب الخمر أو لعب القمار .

ولكي يكون العرف معتبرا في نظر الشارع ، يُشترط فيه ، أن يكون مُطردا في جميع معاملاتهم أو غالبا عليها ، وأن يكون موجودا إنشاء التصرف ، وأن لا يعارضه تصريح بخلافه ورد على شكل شرط صحيح ، وأن لا يكون مُعطّلا لنص أو مناقشا لأصل شرعي قطعي .

المبحث السابع : النظم القانونية الإسلامية

أولاً : نظام الحكم

كان نظام الحكم في الحجاز ، في العصر الجاهلي، لا يتخذ شكل "الدولة" بالمعنى الحديث. لذلك فإن ظهور الدولة في يثرب (مدينة الرسول (ص) بعد الهجرة إليها) بتكامل عناصرها يعد تطوراً كبيراً. ففي المدينة مارس الرسول (ص) السلطة الدنيوية على جمع معين من الناس في نطاق إقليم محدد.

وكان حكم الرسول (ص) حكماً دينياً أساسه أن الرسول لا ينطق عن الهوى ﴿ إن هو إلا وحيٌ يوحى ﴾²³ فكل ما كان يصدر عنه (ص) من قول أو فعل أو تقرير فهو قانون يجب إتباعه ويُعاقب من يخالفه.

ويقوم نظام الحكم في الإسلام على مبدأ الشورى ، وهو مبدأ يتفق مع طبيعة العرب وأسلوب حياتهم. وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ في خطابه للنبي (ص) بقوله : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾²⁴ ثم جعله أساساً للحكم بقوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾²⁵.

وعلى أساس هذا المبدأ استحدث الإسلام نظام الخلافة إثر وفاة النبي (ص)، ليقوم الخليفة بالمحافظة على الدين والدعوة إليه والجهاد في سبيله وتطبيق أحكامه.

إلا أن الخلافة أصبحت في عهد الأمويين أقرب إلى السياسة منها إلى الدين، واستحالت إلى ملك موروث، وتأثرت في ذلك بالنظام الذي كان سائداً في الدولتين البيزنطية والفارسية. وعلى هذا النظام سار العباسيون، فحولوا المسلمين عن الشورى وهو الحق

²³ سورة النجم، الآية رقم 4.

²⁴ سورة الشورى، الآية 38.

²⁵ سورة آل عمران، الآية 159.

الطبيعي الذي ألفه العرب وأيده القرآن الكريم والأحاديث النبوية، وأشتطوا في ذلك حتى أصبحوا يولون عهدهم اثنين بل ثلاثة.

وكان هناك إلى جانب رئيس الدولة، معاونون أو وزراء. وقد ظهر في العصر العباسي نوعان من الوزارة، وزارة التنفيذ، وكانت مهمة الوزير فيها تنفيذ أوامر رئيس الدولة، وعدم التصرف في شؤون الدولة بصفة مستقلة، بل كان يعرض أمور الدولة على الخليفة ويتلقى أوامره منه، وبهذا كان الوزير وسيطا بين رئيس الدولة وأفراد الأمة والشعب. أما وزارة التفويض، فلن يتقلدها النظر في أمور الدولة والتصرف في شؤونها دون الرجوع إلى رئيس الدولة.

وكانت الدولة الإسلامية تُقسم إلى وحدات تُسمى الولايات وهذه إلى عمالات، ويُسمى كل من يشرف على الولاية واليا وعلى العمالة عاملا. ورئيس الدولة هو الذي كان يقوم بتعيين الولاة والعمال. وكان هؤلاء يقومون بشؤون الحكم في الولاية أو العمالة. وإلى جانب الولاة كان هناك أهل الحل والعقد، وأطلق عليهم في بعض الأحيان مجالس الولايات.

ثانيا : نظام القضاء

كان رسول الله (ص) أول من قضى للمسلمين فيما اختلفوا فيه، وذلك تبعا للآيات الكريمة التي نزلت بهذا الشأن، كقوله تعالى ﴿ فاحكم بينهم بما أنزل الله ﴾²⁶. وقوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾²⁷.

²⁶ سورة المائدة، الآية 48.

²⁷ سورة النساء، الآية 65.

وقد نصت المعاهدة التي عقدها الرسول (ص) بالمدينة بين الطوائف المختلفة بها مسلمين ويهود وعرب مشركين على النص التالي : (وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده، فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد رسول الله (ص)).

وكان الرسول يحرص حرصاً بالغاً على العدالة بين المتخاصمين بحيث لا ينال أحداً أكثر من حقه بسبب براعته في الدفاع عن نفسه وعرض وجهة نظره. فقد روي رسول الله (ص) أنه قال : ﴿ إنكم تختصمون إلي رسول الله وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما ذلك قطعة من النار، يأتي بها في عنقه يوم القيامة ﴾.

ولقد امتد نطاق الإسلام إلى اليمن وغيرها في عهد الرسول ، ولى الرسول (ص) الولاية على البقاع الجديدة، وجعل للولاية الحق في القضاء بين المسلمين، ومن هؤلاء معاذ بن جبل عندما أرسله إلى اليمن، وعتاب ابن أسيد الذي استعمله الرسول على مكة بعد فتحها عندما سار منها إلى حنين، وعلى بن أبي طالب (رض) الذي أرسله إلى اليمن كذلك.

هذا وقد ترسم الخليفة الراشدي الأول أبو بكر (رض) خطوات الرسول، ولكن أسند مهام القضاء إلى عمر بن الخطاب (رض)، فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان لما عُرِف عنه من الشدة والحزم. وعندما تسلم عمر مهام الخلافة، واتسع نطاق الدولة، أوكل شؤون القضاء إلى أشخاص مستقلين عن الولاية سموها "قضاة" ، وزعمهم على المدن والأمصار لفض الخلافات بين الناس، وجعل لكل منهم مرتباً شهرياً محددًا، وسن لهؤلاء القضاة دستوراً يسيرون على هديه في الأحكام. وقد أصبح هذا الدستور مرجعاً للقضاء. والخليفة هو الذي يعين القضاة ويختارهم ممن تتوافر فيهم الغزارة في العلم والتقوى والورع والذكاء. وكان القاضي يجلس في بيته أول الأمر، ثم أصبحت الجلسات تُعقد في المسجد. وقد

عُرفت فكرة المحكمة بمعناها الفني لأول مرة في عهد عثمان بن عفان (رض) ، فكان أول من اتخذ دارا للقضاء.

وقد ظل القضاء مستقلا محترم الجانب في عهد بني أمية كما يذكر ذلك بعض الباحثين، وكانت كلمة القضاة نافذة على الولاة وعمال الخراج. وكان الخلفاء الأمويون يراقبون أعمال القضاة ويعزلون من يتجاوز حدود الشرع خصوصا في زمن البعض منهم كالخليفة عمر بن عبد العزيز.

وفي العصر العباسي تأثر القضاة بالسياسة، وتدخل الخلفاء في شؤون القضاة، فبدأ العلماء يزهدون بمنصب القاضي خشية أن يضطروا إلى مخالفة دينهم وضميرهم من أجل إرضاء الخليفة وأصحاب السلطان، واستحدثت الخليفة الرشيد منصب "قاض القضاة" وهو يُشبه من بعض الوجوه وزير العدل اليوم.

وقد عرف المسلمون **القضاء الاستثنائي** الذي يتألف من ولاية المظالم وولاية الحسبة. ويهدف النوع الأول إلى إنصاف المظلومين ورد حقوقهم إليهم، وهي ، أي ولاية المظالم، تتميز عن القضاء العادي، في أنها لا تخضع لأية قواعد ثابتة أو محددة ، ويكفي أن ينتظم أحد الناس إلى ولي الأمر، خليفة أو أميراً، حتى يُنظر في ظلامته ويعمل على إنصافه بما له من هيبة الحكم وقوة الزجر، بل يكفي أن يطلع ولي الأمر على ظلم أو اعتداء ليدفعه أو يمنعه.

أما ولاية الحسبة ، فنقوم على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ويدعى والي الحسبة المُحتسب، ويختص بأمور دينية وأخرى مدنية. فأما الأمور الدينية ، فمنها ما يتعلق بحقوق الله كالأمر بإقامة الصلاة، وتأديب من يأكل في رمضان، وأخذ الزكاة ممن يمتنع عن أدائها وغير ذلك. وأما الأمور المدنية فمنها ما يتعلق بالمصلحة العامة كتأمين الشرب للمدينة وإصلاح سورها وعمارة مساجدها وصيانة طرقاتها وساحاتها وحفظها من

التجاوز عليها أو إشغالها. ومنها ما يتعلق بمصلحة الأفراد في علاقاتهم أو تعاملهم كمراقبة الغض في البيوع والتطيف في الكيل والميزان ومراقبة أهل الصنائع والحرف، وإزالة تعدي الجوار وحماية العبيد من جور أسيادهم.

ثالثا : نظام الجرائم والعقوبات

قسم الإسلام الجرائم إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص (الجنايات) ، وجرائم التعزير.

وجرائم الحدود تمس حقوق الجماعة وأنظمتها كالاغتداء على الأموال بالسرقة والسلب أو تهدد كيان الأسرة كالاغتداء على الأعراض بالزنا والقذف. وقد حدد الشرع لهذه الجرائم لهذه الجرائم عقوبات ثابتة. فعقوبة الزنا هي الجلد لغير المحصن (البكر) رجلا كان أم أنثى، والرجم حتى الموت للمُحصن (المتزوج) رجلا كان أم أنثى. وعقوبة جريمة السرقة قطع اليد، وجريمة القذف، عقوبتها الجلد، وجريمة شرب الخمر عقوبتها الجلد أيضا. أما عقوبة قطاع الطريق فتكون بحسب الأعمال التي يرتكبونها وهذه محصورة بالقتل وأخذ المال، وإرهاب الناس خارج المدن، وقطع الطريق عليهم. ويلحق بهؤلاء البغاة وعقوبتهم التأديب قتالا إذا شهبوا السلاح ضد الدولة وعقوبة الردة القتل.

أما جرائم القصاص (الجنايات) فتؤدي إلى تلف النفس أو تلف الأعضاء، والأصل في عقوبتها القصاص، أي أخذ الفاعل بمثل جنايته، تأكيدا لقوله تعالى ﴿ ولکم فی القصاص حياة یا أولی الألباب لعلکم تتقون ﴾²⁸

وقد اعتبر الإسلام الحق في هذه العقوبة حقا شخصيا لا يسوغ للقاضي أن يحكم بها إلا بدعوى يرفعها ولي المجني عليه. وخير الإسلام بين القصاص والدية، فإذا اختار ولي الدم الدية سقط حقه في طلب القصاص.

²⁸ سورة البقرة، الآية رقم 179.

وقد اعتبر الإسلام التنازل عن حق القصاص صدقة يمحو بها الله للمتصدق قدرا من ذنوبه، وفي ذلك يقول الله تعالى : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾²⁹

أما جرائم التعزير فيُقصد بها الأفعال الجرُمية الأخرى التي لم تُحدد لها عقوبات، وإنما تُركت الحرية فيها لولي الأمر أو للقاضي الذي ينوب عنه في اختيار العقوبة الملائمة لها، بما يكفي لتعزير المجرم أو تأديبه ومنعه من العودة إلى اقتراف الجريمة.

رابعا : نظام الأسرة

كانت الأسرة العربية هي الأساس التي قام عليها المجتمع في العصر، وحين ظهر الإسلام حافظ على أصالتها وهدَّب بعض أحكامها بما يتفق مع غاياته ومثله، وبما يتلائم مع البيئة الإنسانية للمجتمع الجديد و غاية الزواج الشرعية في الإسلام حلُّ العِشرة والنسل والاستقرار وتقوية الجماعة الإسلامية.

والزواج في الإسلام يتم بالخطبة والعقد والمهر ويستلزم توفر الكفاءة فيه، وقد جعل الإسلام معيار الكفاءة الدين والخُلُق دون النظر إلى نسب أو جنس أو حرفة. وعندما أتى الإسلام أبطل التبني حرصا على إلحاق الولد بأبيه، فقال تعالى : ﴿ أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ﴾³⁰

كان وضع المرأة الحقوقي في الجاهلية شبيها بوضع الرقيق، فقد كانت محرومة من جميع الحقوق حتى من حق الحياة، إذ كان العرف يُبيح لأبيها أن يئدها وهي حية منذ ولادتها. فجاءت الشريعة الإسلامية ورفعتها من منزلة الرقيق إلى منزلة الإنسان الحر. فحرمت وأد الأنثى، ومنحتها حق الملكية، وأعطتها حق الإرث، ومنعت زواجها بدون إرادتها بعد أن

²⁹ سورة المائدة، الآية رقم 45.

³⁰ سورة الأحزاب، الآية رقم 5.

كان وليها يُجبرها على الزواج من الرجل الذي يختار لها، ومنحتها حق الطلاق بعد أن كانت محرومة منه.

وكانت عادة تعدد الزوجات شائعة في الجاهلية، إذ كان يحق للرجل أن يمتلك ما شاء من النساء، فجاءت الشريعة الإسلامية فقيدت تعدد الزوجات بأربع بعد أن كان لا حد له، وجعلت العدل بينهن شرطا لإباحته، وأوجبت الواحدة عند عدم العدل ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾³¹ ونوهت بعدم إمكانية العدل بين النساء ولو حرص عليه الرجل، كنا نصت الآية الكريمة : ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾³².

وفي الطلاق أعطت الشريعة الإسلامية للمرأة حق التفريق من زوجها إذا أساس معاملتها. وجاءت الشريعة بتشريع جديد للتفريق بين الزوجين لم يكن في الجاهلية وهو التفريق القضائي، فأمرت الأهل وولي الأمر، عند حدوث شقاق بين الزوجين، القيام بالمساعي الحميدة لإزالة الشقاق وإعادة الوفاق بينهما، واللجوء إلى التحكيم قبل التفريق بينهما، كما نصت الآية الكريمة : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا ﴾³³.

كما منحت الشريعة الغراء المرأة حق الإرث بعد أن كانت محرومة منه كذلك حرمت الشريعة تزويج المرأة دون رضاها. وجعلت الشريعة المهر ملكا للمرأة.

خامسا : نظام الملكية

تقوم فكرة الملكية في الإسلام على أن المالك هو الله تعالى : ﴿ له ملك السماوات والأرض ﴾³⁴ ، و ﴿ بيده ملكوت كل شيء ﴾³⁵ ، وقد اقترن حقه في الملك بقدرته

³¹ سورة النساء، الآية رقم 3.

³² سورة النساء، الآية رقم 129.

³³ سورة النساء، الآية رقم 35.

³⁴ سورة البقرة، الآية رقم 107، سورة المائدة ، الآية رقم 40

³⁵ سورة المؤمنون، الآية رقم 88، سورة يس، الآية رقم 83.

على الخلق ، فهو يهب الحياة ويؤتي المُلْك من يشاء، وهو يقبض الحياة وينزع المُلْك ممن يشاء : ﴿قُلْ اللَّهُمَّ مَالِكُ الْمَلِكِ تُؤْتِي الْمَلِكَ مِنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمَلِكَ مِنْ تَشَاءُ﴾³⁶

وقد اعترف الإسلام للفرد بحق التملك، بشرط أن يُراعي فيه حق الجماعة، فلا يجوز أن يتصرف بما يضر الجماعة. ولذلك لا يُعتبر الإسلام الملكية حقا مطلقا، وإنما هي وظيفة اجتماعية، لا يقتصر خيرها على المالك، بل يجب أن يفيض على الجماعة، فلا يجوز تعطيلها أو إهمالها أو استغلالها بشكل لا يؤمن انتفاع المجتمع منها.

وتُكتسبُ الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية بأحد الوسائل الناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية والإرث والشفعة وحيازة المال المباح أو بوضع اليد عليه.

وعرف المسلمون أيضا ملكية الجماعة ، ومن هذا القبيل كتب الرسول (ص) إلى بني قُرّة بن عبد الله بن أبي نجیح النهديين، أنه أعطاهم المظلة كلها أرضها وماءها وسهلها وجبلها حمى يرعون فيه مواشيهم، وأعطى لبني جوين الطائيين أرضهم ومياههم وما أسلموا عليه.

أما بالنسبة للقيود الواردة على حق الملكية، فلم تقيد الشريعة الإسلامية حق التملك بمدى محدد أو مقدار معين، فلإنسان أن يملك من المال ما يستطيع، ما دام يملكه بوسائل مشروعة. غير أن المبدأ العام الذي قرره الشريعة الإسلامية وجوب المصلحة العامة وحاجات المجتمع.

وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في جواز تقييد سلطة المالك بأمر من الإمام ، أي القانون، كما يجوز تقييدها بالاتفاق فلإمام أن يفرض قيودا على سلطة المالك في ممارسة الزراعة والصناعة وتنظيم البناء والنقل والمرور وغير ذلك.

³⁶ سورة آل عمران، الآية رقم 26.

ويمكن تقييد سلطة المالك بالاتفاق، ويثبت فيه كل شرط لم يرد فيه حظر، ويلتزم به المتعاقدان، كالاتفاق على إنشاء ارتفاق أو الاتفاق على تقييد حق المشتري لعقار، بتحديد انتفاعه بنوع من الانتفاع.

سادسا : نظام التعاقد

يتكون العقد وينشأ الالتزام فيه بتلاقي إرادة الطرفين، ومعنى العقد شرعا ارتباط القبول بالإيجاب ارتباطا يظهر أثره في المعقود عليه على وجه مشروع. ومعنى الإيجاب في الاصطلاح الشرعي، ما يُذكر أولا من كلام المتعاقدين، أو ما يقوم مقام كلاميهما الدال على الرضا. والقبول في الاصطلاح هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانيا الواقع جوابا للأول، ولذا سُمي قبولا. وسُمي الأول إيجابا لأنه أوجد الالتزام، وسُمي الثاني قبولا، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام، وما جاء في القول الثاني من التزام بالنسبة للعائد الثاني كان نتيجة لرضاه بما تضمنه الأول من إلزام.

ولا بد من صياغة العقد بألفاظ معينة كي يُنتج آثاره، ولا بد من جلاء معنى الصيغة، كما لا بد من توافق الإيجاب والقبول، ولا بد من جزم الإرادتين.

وتتجلى شروط الانعقاد في أن يكون كل من العاقدين أهلا للعقد، وأن يعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر، وإن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، وأن يكون القبول موافقا للإيجاب ومتصلا به. أما بالنسبة لخيار المجلس في الفقه الإسلامي فيُقصد به أن يكون للمتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان. والوقت المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه.

هذا وقد أجازت الشريعة الإسلامية للمتعاقدين إنشاء ما يلزم من العقود، وحثت على الوفاء بها ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾³⁷. كذلك اشترطت الشريعة الغراء أن لا

³⁷ سورة المائدة، الآية رقم 1.

تكون القيود مخالفة لمقاصد الشريعة وأهدافها، وفي ذلك يقول الرسول الكريم (ص) ﴿... المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما﴾³⁸.

ومن أمثلة العقود الجائزة شرعا عقد البيع، وهو من أهم العقود وأكثرها شيوعا في التعامل والتجارة. وقد أجاز جمهور الفقهاء العربون، إذا حُسب من الثمن في حال إمضاء البيع. كما أخذ الإسلام بالقواعد العرفية المتبعة في تنظيم علاقة المؤجر بالمستأجر، غير أنه نزع/منع الاستغلال، ومنح الضمانات الوافية لاستيفاء المنفعة وحسن استعمال المأجور. وقد عرّف المسلمون القرض : وهو عقد يسلم بموجبه المقرض مالا إلى المقرض ليعيده إليه مثله، ولذلك لا يكون إلا في المثليات كالنقود والحبوب والزيت وما أشبه ذلك.

كما عُرِف الاستلاف من بيت المال في الإسلام ، فقد استلف منه بعض الخلفاء والعمال وكبار الرجال لحاجتهم إلى المال أو لتشغيله وللاستفادة منه في التجارة أو لاستخدامه في مشاريع زراعية.

وعرف الفقه الإسلامي نظام الشركة ، من ذلك شركة المفاوضة وشركة الأعمال. فشركة المفاوضة هي الشركة التي يضع فيها الشركاء حصصا متساوية، وتوزع الأرباح بينهم بالتساوي. فإذا باعوا مالا من أموال الشركة أو أجره كانوا متضامنين في المطالبة بالثمن. وإذا غصب شخصا أو أتلف مالا من أموال الشركة فجميع الشركاء متضامنين في المطالبة برد المال المغصوب أو بضمان المال المتلف. وشركة الأعمال ، هي الشركة التي رأسمالها عمل الشركاء، فيقدم كل من هؤلاء عمله للشركة. ويكون الشركاء متضامنين في المطالبة بالأجر المستحق لهم. فيستطيع كل منهم أن يطالب رب العمل بكل الأجرة.

³⁸ جامع الترمذي، حديث رقم 1268.

سابعاً : النظام المالي

أنشأ الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رض) بيت المال لأول مرة، وهو شبيه بوزارة المالية اليوم. وكانت واردات بيت المال تتألف من :

1- الغنائم : وهي ما كان يناله المسلمون من أعدائهم في الحرب.

2- الخراج : وهذا المصطلح يجمع في معناه ثلاث أصناف من الضرائب هي :

أ/ **ضريبة الأرض الخراجية :** وهي ضريبة على الأرض التي استولى عليها المسلمون عنوة أو صلحاً، وبقيت في أيدي أهلها. وهذه الضريبة واجبة على الجميع ولا تسقط بالإسلام.

ب/ **الجزية :** وهي ضريبة يدفعها رعايا الدولة من الذميين (أهل الذمة) في أوقات معينة، إذا توافرت شروط وجوبها ولم يوجد ما يسقطها.

ج/ **العشور :** وهي شريبة تُقدَّر بعُشر غلة الأرض الخاضعة لها وتُسمى بـ "الأراضي العشرية". والأراضي العشرية هي إما الأراضي التي أسلم أهلها برضاهم من دون حرب أو الأراضي التي آلت إلى الدولة وقُسمت بين المحاربين.

3- الفية : وهو المال الذي حصل عليه المسلمون دون قتال. وحصّة بيت المال منه الخمس. وكان هذا الخمس يُدفع إلى الرسول (ص) أثناء حياته، وأما ما يبقى من الفية فيُوزع على الجند ولشراء السلاح والعتاد. ولما أنشئ بيت المال عاد هذا الخمس إليه. وإضافة إلى ما تُرك للفرد وشأنه في أن يهب من ماله ويتصدق، فقد اقتضت عضويته في الجماعة بعض الواجبات المالية يؤديها لبناء المجتمع وتخفيف هموم الجماعة، وكان الرسول (ص) منذ قيام الدولة في المدينة قد حض المسلمين على الصدقة في أول خطبة خطبها في المدينة بعد هجرته إليها من مكة.

ووردت أحاديث كثيرة في باب الحث على الصدقة، من ذلك قوله (ص) ﴿ ما تصدق أحد بصدقة من طيب، ولا يقبل الله إلا أخذها الرحمن بيمينه ، وإن كانت تمرة، فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربي أحدكم فلوه ﴾³⁹.

الزكاة : وهي مورد مالي يُشبه الضريبة الدينية، يدفعه رعايا الدولة من المسلمين من أموالهم إلى بيت المال من أجل إيصالها إلى مستحقيها وفق الأصول المقررة في هذا الشأن. وقد أكد القرآن الكريم على الزكاة من خلال عدة آيات قرآنية منها قوله تعالى : ﴿ إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون ﴾⁴⁰ ، وقوله تعالى : ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واركعوا مع الراكعين ﴾⁴¹ ، وقال عز وجل : ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضاً حسناً ﴾⁴² ، وغير ذلك من الآيات الكريمة التي تبين لنا أهمية الزكاة في حياة المجتمع الإسلامي.

إنتهى بحمد الله وتوفيقه

³⁹ الفلو ولد الفرس

⁴⁰ سورة البقرة، الآية رقم 277.

⁴¹ سورة البقرة، الآية رقم 43.

⁴² سورة المزمل، الآية رقم 20.



فهرس المحتويات

2	مقدمة
2	أولا : الانسان إجتماعي بطبعه
2	ثانيا : حاجة المجتمع الإنساني إلى القانون
3	ثالثا : مفهوم تاريخ القانون
3	رابعا : مضمون مادة تاريخ القانون
4	خامسا : أهمية دراسة تاريخ القانون
6	المبحث الأول : النظريات المختلفة التي قيلت في تكوين المجتمع البشري
6	أولا : نظرية القبيلة
7	ثانيا : نظرية العشيرة الطوطمية (التوتمية)
7	ثالثا : نظرية الأسرة
8	المبحث الثاني : : تطوّر فكرة القانون
8	أولا : عهد القوة (الانتقام الفردي أو القضاء الخاص) « Justice privée »
9	ثانيا : عهد التقاليد الدينية أي الوحي الإلهي (Inspiration divine)
9	ثالثا : عهد التقاليد العرفية (Coutume)
9	رابعا : عهد التدوين (Codification)
10	المبحث الثالث : الظواهر القانونية في العصور البدائية
11	أولا : نظام القوة
14	أ/ التحكيم
18	ثانيا : نظام الحكم
19	ثالثا : نظام الملكية
20	رابعا : نظام الجرائم والعقوبات
21	خامسا : نظام الأسرة
23	المبحث الرابع : المدونات القانونية القديمة
23	أولا : الأسباب التي دفعت إلى تدوين القوانين



- 24..... ثانيا : المدونات القانونية الشرقية القديمة
- 26..... ثالثا : المدونات القانونية الغربية القديمة
- 28..... رابعا : الملامح الأساسية لمدونة الألواح الاثني عشر
- 30..... المبحث الرابع : وسائل تطوير المدونات القانونية
- 30..... أولا : الحيلة القانونية
- 35..... ثانيا : العدالة
- 38..... ثالثا : التشريع
- 40..... المبحث السادس : مصادر التشريع الإسلامي
- 41..... أولا : القرآن الكريم
- 43..... ثانيا : السنة النبوية
- 45..... ثالثا : الإجماع
- 46..... رابعا : القياس
- 48..... خامسا : الاستحسان
- 49..... سادسا : المصالح المرسله
- 51..... سابعا : العرف
- 53..... المبحث السابع : النظم القانونية الإسلامية
- 53..... أولا : نظام الحكم
- 54..... ثانيا : نظام القضاء
- 57..... ثالثا : نظام الجرائم والعقوبات
- 58..... رابعا : نظام الأسرة
- 59..... خامسا : نظام الملكية
- 61..... سادسا : نظام التعاقد
- 63..... سابعا : النظام المالي