

# النظرية العامة للالتزامات

## في الشريعة الإسلامية\*

للدكتور شفيق شحاته

مصادره ، وفي آثاره ، وفي طرق انقضائه . على أن بالشريعة الإسلامية كنوزاً من الأفكار والآراء والتصورات القانونية ، فإذا نحن أردنا الانتفاع بها يتحتم علينا أولاً الوصول إلى القواعد العامة التي تحكمها جميعاً ، إذ لا يقوم العلم إلا على أساس من القواعد العامة

ثم إن الفقه الإسلامي ، قام وتزعرع في مدى أجيال عديدة ، وساد في مختلف الأقطار التي جمعها المدينة العربية ، تلك المدينة التي تركت آثاراً خالدة في جميع مناحي العلوم والفنون . فليس من الغريب أن يكون أثرها كذلك في ناحية التفكير القانوني . وفي الواقع قد ظهر هذا التفكير في صورة من أبعى صوره ، ولا تزال آثار هذا التفكير من أنفس ما يدخر الشرق من التراث العلمي

فن العقوق إذن أن يهمل هذا التراث ؛ ومن العناية به أن يعتمد إلى التأليف بين فروعه . ففي جميع الأيم وفي مختلف العوالم عمد العلماء إلى التركيب بعد التحليل ؛ وقد قام الفقهاء بقسطاهم الوافر من التحليل ، فيتميم البدء من حيث انتهوا ، وبهذا العمل نكون قد وصلنا ما كان قد انقطع . فمدى أن يكون الاهتمام بالآثار القانونية لفقهاء المسلمين على هذا الوجه فائحة عصر إحياء لتشريع لا يمكن أن يكون غيره ملائماً مثله في بلاد كانت مهداً له ومرتماً

وإن في هذا العمل تحقيقاً كذلك لغرض من أغراض التشريع المقارن ، وقد أعلن المؤتمر الدولي للمنمقد بلاهاي في سنة ١٩٣٢ ، ما يعلقه من الأهمية على التشريع الإسلامي ، كصدر من مصادر التشريع المقارن

### ١ - طريقة البحث

#### ١ - الطريقة الموضوعية

لا يخفى أن القيام بهذا العمل يقتضى من الباحث اعتماد خطة معينة ، فقد لوحظ أن الخطة التي انبعت للآن لم تكن مما ترتضيه دائماً القواعد العلمية

فإننا نجد من جهة أن من تصدى من العلماء الغربيين لمعالجة هذه المسائل لم يصل أبداً إلى تفهم روح النصوص ، وهم في الغالب ، يجهلون أيضاً اللغة التي وردت بها هذه

إن صرح القانون مشيد على فكرة الالتزام . وقد ارتدت هذه الفكرة في القانون الخاص رداءً خاصاً ، حيث ظهرت في صورة الحق الشخصي ، القابل للحق العيني . ثم هي فيه ، تخضع لقواعد عامة ، تحكم مختلف المسائل التي تعرض للالتزام . وقد استخلص هذه القواعد فقهاء الرومان ، ونقلت عنهم في القوانين المستمدة من التشريع الروماني . وجمعت هذه القواعد ، النظرية المعروفة بالنظرية العامة للالتزامات ، وهي نظرية أجمعت الآراء على أنها من خير ما أنتجت قريحة الرومان القانونية

أما في الشريعة الإسلامية ، فقد وجه الفقهاء جهودهم نحو الحلول الفرعية ، ولم يحاولوا وضع قواعد عامة تحكم الالتزام في

(\*) مقدمة الرسالة التي تقدم بها إلى كلية الحقوق المصرية  
نيل الدكتوراه .

(الرسالة) حل الاقضية فيه ، ولا يواتيني الزمن على إزهاقه من أجله ، ولكنني أنصح للأخ ألا يلبجاً إلى ضروب القول التي يخرج بها الكلام عن حده إلى مجاهر من المناطلة والاهتراض ، وإرادة الغلبة ، واتباع الظن ، وفتنة الرأي ، والاصرار على خطرات النفس . ولعلم الأستاذ أني لست ممن يفغل عن مواضع التحريف في القول ، أو الاحالة في الحججة ، أو الفساد في التأويل ، فإن أراد أن يعود إلى الحديث والكتابة ، فليعد على مذهب مرضى متبع معروف غير منكر . فإن فعل فأنا بالذي يسوءه أو يفضيه ، وما أريد من شيء إلا أن أهدى إلى الحق على يدي من كان له فضل سبق ، وحسن الحديث ، وكال الغلبة بالحق . . . هذا وقد أعفينا الأستاذ من كثير قول في الذي جاء في مقاله الأخير - لو أردنا أن نكيل له من جرأته مثل كيله لقمنا فأشويها . . . ولكن

عبأت له حلي لأكرم غيره وأعرضت عنه ، وهو بادمقائه

محمد محمد شاكر

وهذه الطريقة تصل بنا إلى الملل الرئيسية والأخيرة للحلول ،  
وهذه الملل وحدها هي التي يقبلها العلم ، ويجب اعتبارها دون  
غيرها وإحلالها محل ما استبعد من التعليقات

وقد تمسدد في كتب الفقه الطارق لتبرير الحل الواحد .  
أما تمدد الأدلة فأمر لا شائبة فيه لو كانت الأدلة جميعها تضانر  
لتكوين مبدأ واحد يقضى بالحل موضوع النظر  
ولكننا نجد في الغالب الطرق لا الأدلة تتمدد ، وكل طريق  
منها صادر عن فكرة قد تكون متنافرة مع الفكرة التي  
أوحت بالطريق الآخر

ففي الخطة التي تقول بها تلزم الاستماعة بالروح العامة  
للتشريع ، لاستبعاد ما يتبين فضوله من الطرق . فإذا ما اكتنى  
بأحدها وجب الاحتفاظ به في جميع المناسبات ، حتى إذا  
ما اضطر الباحث اضطراراً إلى الرجوع إلى الطريق الآخر  
في حالات أخرى معينة وجب اعتبار هذه الحالات استثناءات  
لمسبق تقريره كبداً عام ، وقد تم هذه الحالات عن اتجاه  
التطور في التفكير

وكذلك التكييف القانوني النظري لا يخضع دائماً عند  
الفقهاء لفكرة واحدة . صحيح أن تمعد الظاهرة القانونية قد  
يحول في بعض الأحوال دون تصويرها على أساس الفكرة الواحدة .  
ولكن في هذه الأحوال يقتضى منا المنطق أن نقلب الضمير  
السيطر على هذه الظاهرة ؛ وعند تصويرنا لها نلاحظ ما شذ على  
تكييفنا القانوني من الحلول ؛ ولا يلجأ الى ذلك إلا إذا لم يثر في  
التشريع الاسلامي نفسه على تصوير ينتظم النظرية بما حوته  
من الحلول جميعاً

يتضح مما تقدم أنه إذا كان تقييدنا بالحلول وثيق العرى  
فالأمر بخلاف ذلك بالنسبة للشروح ؛ ولا يخشى من هذا التحرر  
على صحة تفهم روح التشريع ، فقد قلنا إن التشريع الاسلامي  
قائم على هذه الحلول ، وروحه فيها وحدها

على أن هناك محظوراً آخر . فإنا إذا نحن فرضنا على التشريع  
الاسلامي أفكاراً غريبة ، اقتضتها أساليب التشريعات التي نشأت  
فيها تكون قد مسختنا هذا التشريع بالفعل  
فيلزمنا إذن التجرد من أساليب هذه التشريعات ، وإذا

النصوص . أما المستشرقون ، فلا نجد بينهم القانوني الفقيه  
الذي مرعان ما يلحظ ما للنص من خطر

ومن جهة أخرى ، نرى المؤلفين الشرقيين تنقصهم الروح  
العلمية ، ومؤلف (ساقاس باشا) على شهرته مثل ناطق لهذا النص  
وكذلك الأمر في الرسائل والمؤلفات التي حاول فيها  
مؤلفوها التقريب بين الفقه الاسلامي وبين آخر ما وصلت إليه  
أبحاث المحاكم في عصورنا هذه ، فإكان من تأثير حماسهم  
الصياني إلا مسخ الشريعة الاسلامية

فن التمين إذن أن نضع في مواجهة هؤلاء وهؤلاء الطريقة  
التي نرى وجوب اتباعها ، وقد سميناها الطريقة الموضوعية  
التاريخية لأنها تتناول موضوعات البحث وتقررها كما وردت في  
النصوص مراعية في ذلك منتهى الأمانة ، ثم هي تتبع هذه  
النصوص على مدى الأجيال لتلمس تطورها التاريخي . فهي  
قائمة على فكرة أساسية ، ألا وهي أن التشريع كائن حي  
وليد الهيئة الاجتماعية ، ينمو بها ولها ، ويتطور معها ، ويجمد  
عند جمودها

وهذه الطريقة تمعد لذلك إلى المسائل . فقد رأينا أن  
التشريع الاسلامي لم يعم إلا بالمسائل ، فإذا أردنا تفهمه على  
حقيقته ، وجب أن تنقص المسائل ونستوعب ما ورد عليها من  
الحلول ، فتكون هي الحجارة التي بها يتم بناء هيكل النظريات  
بصرف النظر عما حشر في الكتب حشراً لتفسير هذه الحلول  
إذا كانت هذه التفسيرات لا تتفق والواقع

فن بتصفح كتب الفقه يتبين أن التفسير الذي يرد على  
الحلول لا يكون صادراً دائماً عن مبادئ عامة ، متمشية في  
جميع أجزاء الجسم الواحد ، بل هو يري إلى تبرير الحل الذي  
ورد بشأنه فقط ، تبريراً يستند سواء إلى فكرة مقبولة عقلاً ،  
أو إلى أن حلولاً مشابهة قد جاءت في مناسبات أخرى

ولكن هذا التبرير المباشر لا يمكن اعتباره كافياً ، إذ قد  
تكون هناك مسائل أخرى مماثلة أيضاً ولم تحمل على نفس  
الشكل . فالتفسير الصحيح يكون بإيراد التعليل الذي ينطبق  
على أكثر المسائل المتشابهة ، مع ذكر مادداً إلى الأخذ بغير  
ما يقضى به في مسائل معينة أخرى

ونذكر هنا أن هذا التشريع لا يتبع مصدره الديني من اعتباره تشريعاً بالمعنى الصحيح ، ذلك أننا إذا نظرنا إلى ماهية القاعدة القانونية في هذا التشريع ألفيناهما تتضمن جميع العناصر التي تلاحظ في القواعد القانونية

من ذلك ابتناؤها على الظان ، وابتادها عن التوغل في الدوافع النفسية ؛ ومن ذلك أيضاً الجزاء المترتب على مخالفتها ، فقد فرق الفقهاء بجلاء بين ما هو واجب قضاء ، وما هو واجب ديانة

أما « القياس » وقد اعتبروه مصدراً من مصادر التشريع ، فهو ، في الواقع ، عملية من عمليات الاستدلال يقوم بها العقل ، إذا أراد الوصول إلى حكم عن طريق الاستنتاج

وهذه العمليات العقلية تؤدي إلى وضع حدود وتقسيمات ، وشأن علم الفقه منها شأن سائر العلوم الأخرى

وإذا استعمل العقل في مهمة استنباط الأحكام ، فقد يؤدي به منطق الجأء إلى حلول قد تتعارض مع فكرة العدالة المطلقة أو مع بعض الأحاديث الصريحة فيلجأ الفقهاء عندئذ إلى ما يسمونه « الاستحسان »

فالحكم الذي يقضى به الاستحسان ليس في الواقع إلا استثناء اقتضته قواعد العدل والانصاف أو أسباب أخرى وقد يستعمل الاستحسان لادخال ما استقر عليه « الاجماع » في التشريع

وقد يتعين اعتباره كالمادة والعرف ، طالما من عوامل التطور ، إذا تبين أن التشريع الاسلامي قد تأثر بالفعل بواسطته . وهذا هو موضوع الطريقة التاريخية ( يتبع )

شفيق شهاب

## مكتبة العرب

من أشهر المكاتب المصرية وأوسدها نطاقاً ، حاوية كل ما يحتاج إليه العالم والتعلم والأديب والشاعر من الكتب الأدبية والتاريخية وخلافها من سائر الفنون من مخطوط ومطبوع ؛ كما أن المكتبة مستعدة لشراء جميع الكتب بأثمان جيدة . وللمكتبة قائمة مطولة ترسلها مجاناً . وجميع الخبرات والرسائل باسم صاحبها الشيخ يوسف البستاني بشارع القبة لشجرة ٤٧ بمصر

نحن حاولنا الوصول إلى المبادئ الأولية ، فلن تكون إلا تلك التي يتطلبها كل تشريع مجرد كونه وليد العقل البشري ، وهو واحد مهما اختلفت الأمكنة والأزمنة

وذلك كله لا يحول دون الاستمانة في عرض المسائل بما جربنا عليه في بحث تواتينا الحديثة على أن يكون هذا إطاراً خارجياً ، وعرضة للتحوير وفقاً لقتضيات التشريع الاسلامي

لذلك لن نغير كثيراً من الاهتمام ما حوته الكتب الفقهية من الأمثال والأصول ، فهي في الغالب عبارة عن مبادئ يقضى بها النطق أو العدل ، لا نفس النصوص التي وردت بمناسبة . ونذكر هنا أن ما استندت نصيباً من نشاط الفقهاء مقارنة للحلول بعضها يعمض لظهور الفروق والأشياء ، على أنهم في هذا كله قلما يرتقون إلى المبادئ الأولية العامة

أما علم أصول الفقه فهو شديد الاتصال بعلم الكلام ، ولا يفيد في دراسة موضوعية للنصوص ، فهو أشبه بفلسفة القانون منه بالقانون

وقد قرب فقهاء الحنفية بينه وبين الفروع ، ومع ذلك يقول (المجوى) (أنظر « الفهم » ج ١ ، ص ٢٤٥) إنه : « لا عبرة بما في كتب الأصول إذا خالف ما ذكر في كتب الفروع كما صرحوا به »

وكذلك لا يلتفت في دراستنا الموضوعية إلى مصادر التشريع ، ذلك أن « القرآن الكريم » ، لم يأت إلا بقليل من الآيات في موضوع الالتزامات ، وهي في الغالب من قبيل القواعد الأخلاقية

أما « الأحاديث النبوية » ، فهي أيضاً قليلة العدد ، وسيؤخذ بها على أنها نصوص إذا جاءت بحلول معينة لبعض المسائل . ولن نتعرض لما وجه من الطمون إلى بعض هذه الأحاديث ، فهي مجرد ورودها تم عن أجناس خاص في التفكير

فالعبرة إذن دائماً بالمسائل وأحكامها . وبما يؤيد وجهة النظر هذه أن في عقد البيع قد وردت أحاديث متعددة في صيغة النهي ، وقد فرغ الفقهاء عليها البطلان في بعض الأحوال ، وبمجرد الكراهية في البعض الآخر بالرغم من اتحاد الصيغة في جميع الأحوال

يتضح من ذلك أن التشريع الاسلامي في موضوع الالتزامات يفقد صبغته الدينية