دور مفهوم الحق في تجديد الفكر القانوني الاسلامي

تحسين حمه سعيد شمس الدين(تحسين حمه غريب)
قسم القانون ،كلية القانون والسياسة ,جامعة التنمية البشرية، سليمانية، اقليم كوردستان، عراق

مستخلص :

رغم كل الثراء الموجود حول مفهوم الحق فى الفكر القانونى الاسلامى من ذكر التفاصيل والتدقيق فى التفريعات والانواع(بل أن العلماء المسلمين كشفوا انواعا من الحق لم تكن موجودة في الفقه الغربي الا ان هذا التراث القانونى العظيم يخلو من نظرية متكاملة او كاد ان يقال انه يخلو حتى من تعريف حول هذا المفهوم العظيم في العصر الحديث.

افترض الباحث ان المسالة لا تتعلق بدقة النظر والتحمل والصبر فى البحث تلك الفضيلة التي حقّقها العلماء المسلمون في انفسهم. بل أنها تتعلق بمسألة البرادايم، ذلك المفهوم الذي يتعلق بتغيير النظرة الى جميع المسائل بشكل كلي. بتعبير آخر بدل التعامل بناءا على محاولة معرفة الحلول الجزئية قيام بإلتفاتة وتغيير النظرة.

فلتجديد فكر القانوني الاسلامي لا نحتاج الى الاستمرار في حل الجزئيات بل الى القيام بالتفاتة وتغيير الوجهة ، اي تبديل البارادايم الذي كان يعتمد على مفهوم الواجب الى البارادايم المعتمد على الحق، فحينئذ تقومها الجزئيات الكثيرة مكانها من غير تغيير في معناها الجزئي.

المقدمة

يعتبر مفهوم الحق من المفاهيم التي اثّرت في تكوين العصر الحديث، العصر الذي قبل ان تظهر آثاره من العلوم والتكنلوجيا والعولمة وانظمتها السياسية والقانونية، كان مفاهيم عند منوّريه والفلاسفة يحققون فيها و يبلّغونها، فكان نتيجة عملهم ان تكوّن العصر الذي وصل فيه البشر ما لم يصل اليه في تمام تأريخه المدوّن على هذه الكرة المسماة بكوكب الارض، فكان لمفهوم الحق (ومنه حقوق الانسان) الحظ الأكبر في تكوين هذا العصر، حيث من الفلاسفة من ادَّعى بأنه بجانب الطاقة الكهربائية التي حوَّلت سبات الليل إلى معاش النهار، كان للحق الدور الأول في تكوين العصر الحديث. ولهذا إن هذا المفهوم يعتبر من المفاهيم الأساسية في كثير من الحقول المعرفية المهمة في العصر الحديث كالقانون والسياسة وتاريخ الفكر والأخلاق. ولكن (ومع الأسف) رغم أهمية هذا المفهوم لم يأخذ مكانه اللائق في الدراسات التي بدأت بها العقول الكبيرة في العالم الاسلامي عن التجديد و بذل نوابغ الأمة جهدها للقيام بها، حيث يعتبر تجديد الفكر الإسلامي المشكلة الأساسية التي تريد ان تحلها لكي تحل بها الأمة مشاكلها وتجاوز انحطاطها الذي أصابها في القرون الأخيرة بعدما كانت صاحبة حضارة عظيمة تقدم خدماتها من علومها و فنونها و مهاراتها الروحية للبشرية، وتقتدي بها الأمم الاخرى.

رغم ان هناك دراسات سابقة عن الموضوع من البحوث حول الحقوق الطبيعيةعند الفلاسفة المسلمين والدراسات عن حقوق الإنسان، بل الدراسات عن نظرية الحق و وجود وتعريف الحق و انواعه عند فقهاء الأمة و في الشريعة الغراء، الا انه لم تكن تلك الدراسات والبحوث كافية وقابلة للقياس بما قام به الغربيون حول الموضوع في الحقول التي دارسوا فيها عن هذا المفهوم وخاصة في الحقول الفكرية والقانونية. ولهذا يبدو ان على الباحثين المسلمين ان يدلوا بدلوهم حول هذا الموضوع المهم. وما هذا البحث الا محاولة متواضعة من قبل الباحث يريد أن يشارك إخوانه الباحثين في بيان دور الحق في تجديد الفكر القانوني الإسلامي، الغاية التي نريد تحقيقها جميعنا وبه نخدم ديننا وبلادنا والإنسانية جميعا.

فما هو دور مفهوم الحق في الفكر الانساني الحديث، وماهو مكانته عند الباحثين في الفكر القانوني الاسلامي وخاصة في موضوع التجديد، وما هو تاثير وتأثر الفكر الاسلامي بهذا المفهوم المركزي ؟.

من خلال محاولة الجواب على هذه الأسئلة ومن خلال الأخذ بنظر الاعتبار العلاقة الموجودة بين الجانب النظري والفكري والمجال التطبيقي والعملي الذي يريد المسلمون حل مشاكلهم الموجودة فيها، حتى يواكبوا الامم المتقدمة بل يعيدوا مكانتهم القيادية للبشرية بالاعتماد على مفاهيم كالحق والعدالة في عصر يحتاج اكثر مما يحتاجه هو كشف مفاهيم كهذين المفهمين و تطبيقهما.

وبالنسبة للمنهج الذي اعتمد عليه الباحث أثناء البحث هو المنهجان الوصفي و التحليلي المقارن.

ومن أجل تحقيق أهداف البحث فقد قسّم البحث الى مبحثين :

المبحث الاول خصِّص لإلقاء الضوء على مفهوم الحق ومكانته و دوره في الفكر الحديث.

أما المبحث الثاني فيتناول علاقة مفهوم الحق و الفكر القانوني الإسلامي الحديث ومحاولات تجديده.

و اختتم الباحث البحث بخاتمة تضم أهم ما توصل إليها من نتائج، من غير أن تكون مستغنية عن التفاصيل التي وردت في ثنايا البحث .

مجلة جامعة التنمية البشرية
المجلد 4، العدد 2(2018) ؛عدد الصفحات (10)؛ معرف الكائن الرقمي: 10.21928/juhd.v4n2y2018.pp14-23
أُستلم البحث في 13 أذار 2018؛ قُبل في 6 نيسان 2018
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 30 حزيران 2018
البريد الإلكتروني للمؤلف : tahsin.hamagharib@uhd.ed.iq
حقوق الطبع والنشر © 2018 تحسين حمه سعيد شمس الدين(تحسين حمه غريب). هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

المبحث الاول: مفهوم الحق

المطلب الاول: تعريف مفهوم الحق

من المسلم عند فقهاء القانون ان تعريف الحق مثار خلاف كبير بينهم وذلك باختلاف وجهات النظر وباختلاف المدلول الذي يقصدونه من الحق، ومن ثم بدت النظريات المختلفة المعروفة في القانون حول تعريف الحق وان كان مرد كلها الرجوع الى مفهومي (الإرادة) و(المصلحة) او الاعتراف بالوجود الخارجي للحق من عدمه (الطالبي، 1393،ص49)، حيث أن فقهاء المذهب الارادي يؤمنون بالوجود الموضوعي الخارجي للحق. وأن المعتقدين بنظرية المصلحة لا يؤمنون بالوجود المستقل للحق فالحق ليس الا ما يرى مصلحة لصاحب الحق . وذلك بالاعتماد على اساس وجودها (الطالبي، 1393 ، ص50).

أولا: أن المعتقدين بالوجود الخارجي للحق يذهبون الى أن الحق موجود منذ وجود الانسان وحتى قبل وجوده، وانه موجود ومتعلق بوجوده منذ وجوده كإنسان، وانه لم يعط أحد الأنسان حقوقه الاساسية بعد أن وجد. وإن كان المؤمنون بوجود حقوق الانسان كونه إنسانا الا أنهم مختلفون في نوع الحقوق الموجودة و الأساس الذي أخذ منه تلك الحقوق(Simmoonds,. 1998)

فمنهم من ذهب الى أن الحقوق الاساسية الملازمة للإنسان هي حقوق أخلاقية حيث أن الإنسان يدرك وجودها الأخلاقي وان لم يعترف بها القانون ، وأن صاحبها له حق أخلاقي في مطالبتها، فمن له دين على شخص آخر يرى بأن له الحق الأخلاقي في مطالبة دينه، ومنهم من يرجعها الى اللياقة والكرامة الانسانية الموجودة التي أعطاها الله له او انه يمتلكها من كونه إنسانا، وهذه الكرامة هي نقطة التميز للإنسان من الكائنات الحية الأخرى، ومنهم من يرجعها الى الحقوق الطبيعية التي يكشفها العقل البشري(تبيت، 1384 ،ص26)

ثانيا: هناك الراي المقابل للرأي الاول الذي يذهب الى ان الحق ليس له وجود خارجي وهو ليس الا ما مايعترف ويعتبر به (Bobbio, (1996. P12)

ولهذا من يرجعها الى الحقوق القانونية الفقط اي ان الحقوق الثابتة لشخصية الانسان هي الحقوق القانونية المعترف بها قانونا والا لا يوجد للقانون معنى، فالقانون هو الذي يخلق القواعدالاخلاقية التقليدية في بعض الاحوال. ففي هذا النوع من التفكير لايوجد حق الملكية الطبيعي ، يعترف بالحقوق ويحفظها، هناك معنى للحق يتجاوز المعنى الاخلاقي للحق ، ولا يلائم القواعد القانونية في كثير من الاحيان، بل ان القانون اعطاه للانسان مع نوع من ضمان المحافظة عليه (البشير، عبدألباقي البكرى زهير،1989). ففي المثال السابق ان الدائن ليس له الحق الاخلاقي فقط لطلب حقه، بل ان له اللجوء الى استعمال القوة القانونية ، والقوة التي نذكرها هنا هي قوة واقعية وليست قوة أخلاقية فقط ، وهذا الامر هو الذي يجعل الحق حقا، اذا الحق هو الحق القانوني فقط. ويرى الباحث بأن المسألة تتعلق بمسألة اية نظرية من النظريات المربوطة التي نعتمد عليها. ولهذا يجب البحث عن النظريات المتعلقة بالحق.

المطلب الثاني: نظريات الحق

رغم ان المذكور في كتب فلسفة القانون واصول القانون والمداخل لدراسة القانون أن هناك عدة نظريات عن مفهوم الحق، الا انه يبدو أن كل النظريات ترجع الى مفهومين أساسيين يذكران في التعاريف الموجودة في النظريات، وهما مفهوما (المصلحة) و(الإرادة). فكل نظرية من نظريات الحق اما اعتمدت على مفهوم المصلحة في تعريفها للحق او اعتمدت على مفهوم الإرادة. ولهذا ان جميع النظريات المتعلقة بالحق توزع على نظريتين كبيرتين وهما نظرية المصلحة ونظرية الإرادة (مبارك الدكتور سعيد عبدالكريم، 1982)واما سائر النظريات هي اما تطوير لنظرية المصلحة، فتأسست نظريات المصلحة الحديثة، او تطوير لنظرية الارادة، فتشكلت النظريات الحديثة للارادة ، واما نظريات اخرى ارادت تجاوز الاعتماد على مفهومي (المصلحة) و (الإرادة)، فتكونت تعريفا خاصا بها وفي النهاية يكون مفهومي المصلحة والإرادة هي قياسها ايضا، انهاجعلتها قياسا لها او حاولت تجاوزها فهي قياسها أيضا، لان من يريد مخالفة أمر ما فهذا الأمر هو قياسه. و من ثم علينا دراسة نظريات الحق:

اولا: نظرية المصلحة:(Benefit- Interest Theory) في هذه النظرية يصبح الحق مصلحة(المصلحة الخاصة وواجب الآخرين المحافظة على هذه المصلحة) ولهذا يعرف الحق وفق هذه النظرية بأنه مصلحة يحميها القانون. فالحق عند أهرنج(احد المنظرين لنظرية المصلحة) مصلحة يحميها القانون ,(1998).Simmoonds,N.E) (p118.

فالمصلحة هي جوهر الحق، المصلحة قد تكون (مادية كحق الملكية أو معنوية كحق إبداء الرأي) وهي مصالح مشروعة يحميها القانون وليست الإرادة.في هذه النظرية تكون المركزية للقانون، ويصبح مفهوم السيادة القانونية ذي الاهمية الكبرى (الطالبي، 1393 ، ص50). يعتبر بنتام الفيلسوف الأخلاقي مؤسس هذه النظرية(الاخلاق العواقبي) وتحقيق النتيجة ورعاية المصلحة العامة(MacCormik, 1977, p192). ان بنتام يعتبر الحقوق الطبيعية في احسن الاحوال انها خيال وفي اسوئها انها وهم، وانه سمّى تلك الحقوق بالأدبيات الوحشية و الطبول فارغة المضمون(Bawling upon paper) (تبيت، 1384ه ش،ص157). وهذا يعني ان الحق مجرد خيال وان الحقوق لامعنى لها، وانها كالتعبير عن السخونة والبرودة في نفس الوقت، وانها من تلك القضايا التي لا يمكن التعبير عنها بشكل صحيح منطقيا.طبعا ان المعتقدين بموضوعية الحق وخاصة اصحاب نظرية الحق المعتقدين بالحق الطبيعي أجابوا انتقادات بنتام وغيره من المؤمنين بنظرية الإرادة ، يقولون ان اعتقاد جميع الافراد الكثيرة بالحق وحقوق الانسان لا يمكن ان يعتبر وهما و لا يكون له واقع موضوعي خارجي(تبيت، 1384،ص161).

وان كان جواب بنتام واصحابه بأنه ليس للوجود الخارجي للحق و عدم وجوده اي دور في تغيير الواقع، لأنه من الناحية العملية يمكن مطالبة الحقوق و تحديد عقوبة على عدم رعايتها حتى وان لم تكن لها وجود خارج القانون، او يقولون أنه لو كانت الحقوق موجودة لماكان هذا الوابل من الآراء المختلفة حولها، أو أنه لو كان لتلك الحقوق الوجود الخارجي لما تمكن المستبدون استعمالها لمصالحهم الخاصة ,Lyons) 1967). ولكن يمكن الاجابة عن هذه المسألة بسهولة ايضا لأن هذه الادلة لا تعتبر ادلة لعدم وجود الحق،كما ان التطور الموجود في علم كالفيزياء الذي لم يصل الى حد كشف حقيقة موضوع كالإلكترون لا يعني انه غير موجود. كما ان الاعتراف بالوجود الخارجي للحق ينجينا من الاعتراف من مرض النسبية المعرفية والثقافية، ايضا ان إنكار الحقوق الطبيعية من قبل المستبدين والتعنت في محاربتها دليل على وجود تلك الحقوق. وأن نظرية الحقوق الطبيعية والمؤمنين بها هم الذين دافعوا ويدافعون عند الاعتداء على حقوق الانسان. ايضا ان اقتصار الحقوق في الحقوق القانونية منتقد ايضا لأن الحق القانوني هو للدفاع عن حق موجود ثابت قبلي، مثلا الدفاع عن حق حرية عبد موجود قبل الدفاع(تبيت، 1384ه ش،ص161).

ثانيا: نظرية الإرادة(Will-Choice Theory) تركز هذه النظرية على الارادة الإنسانية في تعريفها للحق فتعرف القانون ب(تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخوّلها القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاها أن يقوم بعمل معين في حدود القانون)(Simmoonds,.(1998), p118) ، ومن ثم لا يوجد الحق الا بإرادة الشخص في حدود القانون، يعتبر الفيلسوف الالماني (أمانوئيل كانط) مؤسس هذه النظرية، حيث ان كانط ذهب إلى ان مشروعية القانون تكون رهينة اخلاقية مضمونه ، بمعنى آخر ان اى قانون بدون الاعتماد على المبادئ الاخلاقية ليس له مشروعية قانونية ، ومن هنا على كل نظام قانوني معتمد على الارادة ان يكون تابعا للقانون والحقوق الطبيعيين. بناءا على اعتقاد كانط ان حرية الارادة هي احدى خصوصيات البشر، ولهذا كل تقييد على تلك الحرية باية وسيلة، ومنها الوسيلة القانونية يعتبر خلافا للأصل. لكن لضرورة عيش الانسان في الجماعة والمجتمع الانساني يبدو انه لا مناص من وضع بعض القيود على تلك الحرية وقبول القانون.

يقول كانط (وضع الحقوق والتكاليف يعين حدود إرادة الإنسان ، كل انسان حر في القيام بما يريده ، الى أن يكون هناك حق لصاحب حق يلزمه واجب) ,Kant (1991, p51).

و طوَّر فيلسوف القانون المشهور (هارت) في كتابه المشهور(مفهوم القانون) النظرية، حيث يعتبر هو من المدافعين عن الحقوق الطبيعية ويركّز على الإرادة في تعريفه للحق ويعادل بين الارادة و الأخلاق والقانون فتصبح المعادلة بالشكل التالي:

الإرادة= الاخلاق +القانون

فلا يعتمد على القانون فقط بل على الاخلاق والحق الطبيعي ايضا(Hart,. 1961)

هذه النظرية تعرضت لانتقادات منها:

- ان المذهب الإرادي يربط بين الحق والارادة لأنه يعتبره قدرة إرادية (أي يشترط وجود الإرادة) مع ان الحق قد يثبت للشخص دون ارادته (فالوارث تنشأ له حقوق في التركة بمجرد وفاة مورثه ودون تدخل من ارادته). وكذلك المجنون، والصبي (مبارك، 1982).

- أن هذا النظرية يجعل من المتعذر الاعتراف بالشخصية المعنوية، لأن إرادة الشخص المعنوي ليست حقيقية (مبارك، 1982، ص٢٥٩).

الا ان هناك نظريات اردت تجاوز النظريتين ولكنها وكماقلنا في النهاية ان قياسها اما (نظرية المصلحة)او (نظرية الارادة) او هما معا. كما هو الحال في كل من النظرية المختلطة والنظرية الحديثة للحق، ولهذا يوجد فيها كل العناصر الموجودة في النظريتين السابقتين، او أدخلت عناصر ارادت بها تجاوز عناصر النظريتين كما أن فيها عيوب النظريتين، ولهذا سنلقي الضوء على النظريتين المذكورتين :

اولا النظرية المختلطة:

واضح من اسم النظرية انها اختلطت بين عناصر كلا نظريتي الارادة والمصلحة فعرّفت الحق بناءا على الجمع بين الارادة والمصلحة لذلك لذلك سميت ب(المذهب المختلط)، ولكن هناك خلاف بين اصحاب هذه النظرية

فالبعض منهم يغلب الارادة ويقدمها على عنصر المصلحة ويعرفون الحق بأنه: (سلطة ارادية يعترف بها القانون ويحميها، محلها مال أو مصلحة(مبارك 1982، ص٢٦٢).

ويغلب البعض الاخر عنصر المصلحة ويقدمها على عنصر الارادة، ويعرفون الحق بأنه: (المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة ارادية لصاحبها) (مبارك 1982، ص٢٦٢)

وانتقدت النظرية بأن الحق ليس الارادة، لأن الحق يثبت للشخص دون تدخل من ارادته. وانه ليس المصلحة، لأن المصلحة ليست جوهر الحق بل الغاية منه(مبارك 1982، ص٢٦٢).

ثانيا: النظرية الحديثة للحق: النظرية الحديثة المشهورة بنظرية (دابان) فقد أراد صاحبها (دابان) تجاوز مفهومي المصلحة والارادة وتشكيل تعريف جديد غير مبني على المفهومين: فعرَف الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق

قانونية، ومقتضاها يتصرف الشخص متسلطاً على مال معترف له به بصفته مالكاً أو مستحقاً له. (البشير، البكرى، 1989،ص٢٢٤)

فتكون عناصر الحق في هذا التعريف :

-الاستئثار بمال، اختصاص شخص على سبيل الانفراد بقيمة معينة أو مال معين.

-التسلط ، سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق.

- تعدد الأشخاص واحترام الغير لهذا للحق.

- الحماية القانونية، تدخل السلطة العامة لحماية هذا الحق(مبارك 1982)

غير ان النظرية الحديثة وجهت اليها بعض الانتقادات منها

اذا كان تعريف الحق بالاستئثار والتسلط يتفق مع بعض الحقوق كالملكية، ولكن لايمكن اعتباره مناسبا لبعض الحقوق الاخرى التي يمنع القانون ان يتصرف فيها ، كما هو حال الحقوق اللصيقة بالشخصية كالحق في الحياة والحريات(سعد، 2010).

ايضا ان فكرة الاستئثار بالشكل الذي عرضها دابان يوسعها الى حد لا يمكن تطبيقها عل ارض الواسع وربما هذا هو سبب في وجود الصعوبات التي ظهرت امام تطبيق النظرية(سعد، 2010، ص33).

غير ان تلك االنظريات الجديدة ايضا لم يكن بإمكانها الوصول الى الماهية الحقيقية لمفهوم مهم كالحق وكشف موقعه الحقيقي ودوره المهم في هذا العصر. ولهذا علينا معالجة المسألة بالبحث عن اسلوب جديد لفهم الحق وكشف دوره المهم في العصر الجديد.

المطلب الثالث: دور مفهوم الحق في الفكر الحديث

لا يرجع ظهور العصر الحديث الى المواضيع الخارجية المرئية كالتكنلوجيا والعولمة كما اشرنا في المقدمة. بل يرجع كما قال الفلاسفة والمفكرون الى ظهور مفاهيم لها الدور الاساسي في تكوين العصر الجديد، واحد تلك المفاهيم هو مفهوم الحق. ولكن السؤال الذي يظهر نفسه هنا هو ان مفهوم الحق موجود في العصور والشرائع القديمة المنقرضة والباقية حتى الآن كالشريعة الاسلامية والرومانية، ليس ذكر الحق وتعريفه وانواعه مذكور فيها و لها دور في انظمتها القانونية فقط، بل ان المسائل التفصيلية المعتلقة بالحق موجودة ايضا، فكيف يمكن الادعاء بأن مفهوم الحق له دور اساسي في ظهور العصر الحديث مع العلم بأن ما أضيف لهذا المفهوم في هذا العصر قليل بالنسبة لما هو موجود فيما سبق في الشرائع االقديمة؟. (الطالبي، 1393)

في جواب هذا السؤال يمكننا ان نقول ان المقصود في مركزية مفهوم كمفهوم الحق ليس المقصود تلك التفاصيل المتعلقة بالحق . بل المقصود التغيير الأساسي في الوجهة للكون والانسان الذي حصل في هذا العصر، وكان نتيجته ان اصبح لمجموعة قليلة من المفاهيم كمفهوم الحق دور رئيسي واصبحت بمثابة اس بنيت عليه اكثر العلوم التي نشأت في هذا العصر ومنها ما يتعلق بهذا المفهووم (حيدرى، 1387).

. بتعبير آخر اذا كان هناك عدة تقسيمات للعلوم، فهناك تقسيم يوزّع العلوم الى العلوم التوليدية الاساسية التي تنتج العلوم الاخرى وعلوم استهلاكية تعيش على

منتجات العلوم التوليدية ، وليس هذا مقصورا على العلوم التجريبية بل في العلوم الانسانية ايضا (ايمان، ١٣٩١)

. وبتعبير آخر هناك نوعان من التغيير في العلوم، هناك تغيير جزئي تفصيلي يشتغل عليه العلماء في الظروف العادية يعلّمونها ويتعلمها منهم طلابهم ، ولكن هناك أزمات عميقة تحدث في المجتمع العلمي وتحدث مشاكل علمية لا يمكن للعلوم التقليدية ان تجد لها حلا، ولا يمكن معالجتها بالمسائل التفصيلية وتغيير حل جزئي بآخر، بل تحتاج الى تغيير النظرة الى جميع المسائل بشكل كلي وهذا مايسمى في فلسفة العلم بالمعاجة الكلية (النظرة الكشتالتية((gestalt) (ايمان، ١٣٩١) . بتعبير آخر بدل التعامل بناءا على محاولة معرفة الحلول الجزئية قيام بإلتفاتة وتغيير النظرة. بدل الاستمرار على الطريقة التقليدية، تغيير السبيل والوجهة الى طريق آخر غير مسلوك من قبل، أيجاد ثورة علمية لا تتعلق بتغيير الجزئيات بل يذهب الى وراء الجزئيات والنظر من بعد وبشكل مختلف لها، وهذا هو ما سمّاه فيلسوف العلم المشهور كارل كوهن ب(بارادايم(paradigm)) او الانقلاب العلمي الذي يحدث في البنية الاساسية للعلوم

()KuhnK 1997 يحدث تغييرا في مكانة المسائل التفصيلية وان لم يحدث تغيير في معانيها العادية، ويدعي كوهن ان تاريخ العلوم هو تأريخ البارادايمات العلمية (حبيبى 1387.). فمثلا في علم الفلك ان التغيير من النظر ة البطليموسية ال النظرة الكوبرنيكوسية ليست تغييرا للحزئيات بل تغييرا في كل النظرية بل انقلابا فيها. والمهم انه عندما يحدث تغيير من بارادايم الى بارادايم آخر هو ان المسائل الجزئية بل النظريات التي ترجع اليها في كشف المراد في الحلول الجزئية لا يمكنها الاستجابة للواقع الجديد وتصبح غير منتجة وان كانت تبدو في الظاهر أنها صحيحة. ومن هنا يظهر أن البارادايم ليس هو وراء التجريبات والجزئيات فقط، بل وراء النظريات ايضا! (حيدرى، 1387)..

والسؤال هو ان لم يكن البارادايم معلومات جزئية ولا نظريات جامعة كلية فما هو؟

يجيب كوهن بان البارادايم هو (مجموعة من المبادئ والمفترضات القبلية المتعلقة بالمجتمع العلمي فهي مجموعة تعهدات غير تجربية ونظرية للعلماء تنتج النظريات والوسائل العلمية لكشف الحلول). وفي كل عصرومجتمع تكون السيطرة لبارادايم هو الذي يتحكم على المسائل العلمية وتميز للعلماء المسائل العلمية من غيرها وتبقى متاحة الى ان يأتي بارادايم جديد يستولي على الموقع العلمي للبارادايم القديم، فيفكر العلماء بالبارادايم الجديدويكشفون الحلول الجديدة بالاعتماد عليها، وان رجعوا الى المسائل الموجودة في البارديامات القديمة رأوها من وجهة نظر البارادايم الجديد (KuhnK 1997).

وهنا ا المهم في مسالة البارادايم بالنسبة للبحث نقطتان:

اولا:ان التغيير الجذري الذي يحدثه البارادايم في اي عصر من حيث نطاقه لا يقتصر على العلوم التجريبية فقط بل تدخل العلوم الانسانية تحت سلطانها ــكما قال كوهن نفسه ــ ايضا(KuhnK 1997).

ثانيا: ان المبادئ والمفاهيم الاساسية لكل بارادايم لا تتعلق بمبادئ و مفاهيم العلوم التجريبية فقط بل هي قد تكون موجودة في العلوم الانسانية ايضا. وهذا هو المدعى حول مفهوم الحق في هذا البحث. بأن الحق من المفاهيم الاساسية الموجودة في البارادايم المعمول به في هذا العصر، البحر الذي يسبح فيه العلماء كالاسماك التي تسبح في الماء ولا ترى الماء وكما يقول الرومي الشاعر: ان الأسماك يستبحون في الماء ويسألون عن الماء لأنهم لا يرونه ، لان الماء والبحر هو عالمهم الذي أحاطهم(سروش، ١٣٨٤ ص241).

ومن ثم يمكننا ان نقول ان العلوم الإنسانية ومنها العلوم القانونية تتعامل ضمن البارادايمات المتبعة والمعمول بها في كل عصر. وان تغييرها يكون تابعا للتغييرات العميقة في البارادايم الذي يخلق العالم الذي يعيش فيه العلماء، بل الافراد العاديون في كل عصر. ان المفهوم المركزي في القانون الذي كان يعمل في البارادايم المتعلق بالعصور القديمة هو مفهوم الواجب والتكليف(دباغ، ١٣٨٤ ، ص566)، اما في العصير الحديث فان المنظار تحول الى مفهوم آخر وهو مفهوم الحق، ومنه ظهر الموجة الكبيرة من العلوم والموضوعات التي يكون مركزها مفهوم الحق فيالحقول المختلفة من الفلسفة الى القانون منه ظهرت المواضيع الجوهرية المهمة في هذا العصر كحقوق الانسان ومكانتها المهمة.

(دباغ، ١٣٨٤، ص566)

المبحث الثاني: مفهوم الحق والفكر االقانوني الاسلامي

المطلب الأول: أهمية مفهوم الحق للفكر القانوني الإسلامي

مما لا شك فيه أن الشريعة و الحضارة الاسلامية قدمتا الكثير للبشرية في الحقول القانونية، ويبدو أن خدماتها تفوق كثيرا ماقدمته الشرائع الموازية والمطبقة من قبل الأمم الأخرى من هذه الناحية الى أن ذهب بعض الفلاسفة الى القول بأنه اذا كان اهتمام الفكر اليوناني بالفلسفة، فإن التركيز في الحضار الإسلامية كان على الفقه والقانون ، ولهذا يكون الموطن العادي لنشوء الفقهاء العظام هي البلاد الإسلامية في العصر الوسيط، ومنهم أخذ فقهاء الأمم الأخرى الحلول لمشاكلهم. ومن المؤكد أن حضارة غنية من ناحية الفقه القانوني بهذا الشكل أعطت مفهوما مهما كمفهوم الحق حقه من البحث والدراسة، بل انها كشفت بعض انواع الحقوق لم يصل الفكر القانوني الحديث الى كشفها. منها ما ذكرها العلامة السنهوري في كتابه عن نظرية الحق في الشريعة الاسلامية: ان هناك منزلة بين الرخصة والحق، توجد منزلة وسطى،هي اعلى من الرخصة وادنى من الحق نستبقي مثلنا السابق وهو حرية التملك، فحق التملك وحق الملك، الاول رخصة والثاني حق، وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في ان يمتلك .. ولم يصل الفقه الغربي الى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرقي الى مرحلة بعيدة.) وهنا يظهر ارتقاء الفقه الاسلامي في مجال التعرف بالحق وتبيين انواعه،ما لم يصل اليه الفكر القانوني الغربي(السنهورى، 1998.ص10).

كما ان بعض فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرف الحق بتعريف لم يصل اليه الفقه الغربي الا بعد طول تخبط في معرفة ماهية الحق وهو: القاضي حسين بن محمد المروزي، المتوفي سنة(462هـ) (والمعني بالحق: اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً). فإنه عرف الحق بالاختصاص وهو تعريف يبرز ماهية الحق، لأن الاختصاص جوهر كل حقٍ، فلا وجود له إلاّ بوجود الاختصاص الذي هو عبارة عن العلاقة التي تقوم بين الشخص والحق، بحيث يكون لهذا الشخص وحده الاستئثار بالسلطات والمكنات والصلاحيات الثابتة شرعاً في هذه العلاقة لصاحبه في محله، إن وصف هذا الاختصاص بأنه مظهر فيما يقصد له يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار ونتائج يختص بها صاحب الحق. إنه تعريف أحد فقهاء القرن الخامس الهجري، مما يدل على أن فقهاء الشريعة القدامى قد قاموا بتعريف الحق (الزحيلي،١٩٩٢، ص١٠)

ولكن العلماء المسلمين من الفقهاء والاصوليين رغم تعرضهم لأنواع الحقوق المختلفة لا توجد عندهم نظرة كلية شاملة واضحة حول هذا المفهوم المركزي في هذا العصر الى حد هناك من الفقهاء من قال (أمّا الأصوليون: فإنهم عندما تعرضوا لدراسة الحق ركزوا اهتمامهم على أقسام الحق باعتبار مستحقه:(الله أو العبد)، وعلى أهلية وجوب

الحق وأدائه، فلم يهتموا بصياغة نظرية للحق شاملة يتحدثون فيها عن كل ما يتعلق به(زيدان1421هـ-2000).

ويقول فقيه آخر وهو الأستاذ الشيخ أبو سنة :(لكن علماء الأصول حين وضعوا الأصل لهذه النظرية لم يكملوا مباحثها، ولم يبرزوا معالمها، مع أنها القاعدة الكبرى لعلم الفقه التي يتفرع عنها جميع نظرياته وأحكامه)(أبو سنة، 2017.).

قبل ان نتعرض الى علة عدم تعرض العلماء الى نظرية شاملة حول الحق علينا عرض مختصر لما قالوه عن الموضوع وان كان من المحال عرض السيل الذي ذكره العلماء عن الحق في آثارهم المختلفة، ولهذا نكتفي بما يعرفنا بالمقصود وما يتعلق بالبحث و بقدر ما يوصلنا من وصف الحالة الى مرحلة التعليل والتفسير، او كما قال احد الباحثين في فلسفة العلوم الانسانية (الانتقال من التعليم الى التحقيق) (ايمان، ١٣٩١) .

هناك اتجاهات ثلاثة عند فقهاء الشريعة الاسلامية وهي:

الأول: تعريفه على أساس أنه مصلحة ثابتة لصاحبه.

ان كان معيار وجود الحق في نظرية المصلحة هو وجود المصلحة فأن النتيجة في معيار الحق عند علماء المسلمين الذين يركّزون على المصلحة الشرعية وكون احكام الشريعة كلها معللة بعلة تحقيق مصلحة للعباد ،يؤمنون بالمصلحة كمعيار للحق ليس للانسان بل للحيوانات ايضا. كما يقول احد العلماء (ان الاشخاص المجانين لهم حقوق لأنهم ينتفعون فالمعيار ليس العقل بل المصلحة فأن الحيوانات لهم حقوق لأنهم ينتفعون وان كانوا غير عاقلين (الطالبي، 1393).

ويرى الباحث بأن اول من يمثل هذا الاتجاه هو المعتزلة وذلك ليس في قولهم الحسن والقبح العقلين فقط بل في تركيزهم على ان احكام الله معللة بالاغراض فهي جاءت لمصالح الاسرة البشرية(الزلمي، 2008)

الا ان اكثر من ركّز على هذا الاتجاه من المقاصديين وغيرهم من علماء الشريعة هم العلماء المعاصرون المركّزون على مفهوم السلطة الشرعية بناءا على تأثرهم بالدور المركزي الذي يلعبه مفهوم الحق و مدرسة المصلحة والمصلحة الشرعية في كل من القانون والاخلاق بكلا جانبيه جلب المنفعة و دفع المضرة. فعرّفه الشيخ علي خفيف بأنه مصلحة مستحقة شرعا(الزحيلي،1992).

ومن المفكرين والفقهاء الإمامية أيضا بعضهم يركّزون على المصلحة في تعريفهم للحق، منهم الفيلسوف اية الله مصباح اليزدي في كتابه النظرية القانونية للاسلام في باب مفهوم الحق حيث يقول (ان مفهوم السلطة تقريبا مساوي لمفهوم الحق وهو يعرفه في الكتاب (الحقوق والسياسة) (ان الحق امر اعتباري ينشئ لمصلحة شخص على شخص آخر) وهو يشير الى ان الحق هو منفعة ومصلحة لشخص تتحقق بالتزام و واجب على شخص آخر ، بناءا على هذا فان المصباح اليزدي يرى بضرورة وجود احد لوازم وجود الحق وهو المنفعة، وهذا الوصف ينطبق مع الاتجاه المصلحي لتعريف الحق بشكل كامل(يزدى، ١٣٧٤، ص24).

الثاني: تعريف الحق بأنه اختصاص، أو علاقة اختصاصية بين صاحب الحق ومحله(هو اتجاه التخصيص او الامتياز):

ان المدافعين لهذا الاتجهاه هو من الفقهاء المعاصرين من كل المذاهب الموجودة ومنهم فقهاء السنة والامامية ايضا وان كان له جذور في العصور القديمة ايضا كما اشرنا الى رأي فقيه القرن الرابع المذوري.

من فقهاء السنة المعرّفين للحق بالاختصاص هو العلامة عبدالكريم زيدان حيث عرف الحق في كتابه نظرات في الشريعة الاسلامية بأنه (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا) (زيدان1421هـ-2000م، ص297.)

أي: أن الحق هو علاقة اختصاصية بشخص معين أو بفئة. إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره: فالثمن يختص به البائع (الزحيلي، 1992).

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها ، وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالاصطياد ، فلا تعتبر حقاً، وإنما هي رخصة . ولكن إذا منح إنسان امتيازاً باستثمار شيءٍ من هذه المباحات فانحصر به يصبح ذلك حقا. ثم اتبع بأن هذا الاختصاص يقرر به الشرع.أي إن منشأ الحق في نظر الشريعة الاسلامية هو إرادة الشرع فلا يوجد حق شرعي من غير دليل يدل عليه فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً, وما لا فلا(الزحيلي، 1992، ص9).

وذهب اصحاب هذا الاتجاه، الى أن الاختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا، (لأن الحق تارة يتضمن سلطة وتارة يتضمن تكليفا) (الزحيلي، 1992، ص9)

والسلطة عند العلامة زيدان نوعان:

أ-السلطة على شخص كحق الحضانة .ب-والسلطة على شيء معين كحق الملكية (الزحيلي، 1992، ص9).

و التكليف فهو لايمكن ان يكون دائمًا عهدة على إنسان وهو(أ-إما عهدة مالية كوفاء الدين .ب-وإما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمل) (الزحيلي، 1992، ص9).

ؤيبدو ان هذا الاتجاه هو اتجاه عدد كبير من فقهاء اهل السنة فلا نرى جدوى في ذكر توجههم وتعريفهم للحق لأن الجوهر المشترك لتلك التعاريف مذكور في تعريف الزيدان.

اما فقهاء الامامية فهناك عدد لا بأس بهم يعتقدون بان الحق هو اختصاص. منهم الشيخ الانصاري في كتابه المكاسب عند تعريفه للبيع فقال (الحق نوع من السلطة) يعني سلطة صاحب الحق على المكلف الذي يكون ملتزما بهذا الحق كا ان المحقق النائيني يؤمن بأن الحق سلطة وهو يعتبر الحق بأن درجة الحق اضعف من الملكية ، بينما هناك مجموعة فقهاء آخرون لا يرون بضرورة وجود مكلف يقع عليه الحق كواجب كما هو الحال عند السيد محمد كاظم طباطبايي اليزدي فقال: الحق نوع من السلطة على شيئ او على شخص ويستبط من التعريف ان للحق ركنين وهما صاحب الحق وموضوع الحق.

ومن الفقهاء والفلاسفة الذين لايزالون على قيد الحياة و يؤمنون بهذا الاتجاه هو الفقيه والفيلسوف اية الله جوادي آملي حيث عرف الحق في بعض آثاره فقال: ان كان هناك أمر يعتبر من الاختيارات ويرجع للإنسان يسمى بالحق) ومما يلاحظ على هذا التعريف ان الحق يقتصر على الحق الانساني ولا يعتبر بحقوق المخلوقات الاخرى كحقوق الحيوانات.

الثالث: تعريف الحق من منطلق معناه اللغوي(الثبوت والوجوب).يرجع هذا الاتجاه في بيان الحق الى اصله اللغوي اي انه يعرف الحق بناءا على معانيه اللغوية فيعرف الحق بناءا على هذا التوجه ب

مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب.. فأصل معناه ـ لغة : الثبوت والوجوب، لذا أطلق في اللغة على أشياء كثيرة فيها هذا المعنى(الزحيلي، 1992، ص8).

فقد بين الفيروز آبادي في القاموس المحيط: أن الحق يطلق في اللغة على المال والملك والموجود الثابت، ومعنى حق الأمر: وجب ووقع بلا شك (الفيروزآبادى،2005، ص321).

وبين الزمخشري في أساس البلاغة: أن معنى حق الله الأمر حقاً: أثبته وأوجبه (الزمخشرى 1998، ص 187).

والحق: نقيض الباطل. ثم استعرض ابن منظور استعمالات لغوية عديدة تدور على معاني الثبوت والوجوب والإحكام والتصحيح واليقين والصدق (ابن المنظور،1414ه)

وقال الفيروز آبادي في بصائر ذوي التميز في لطائف الكتاب العزيز:(أصل الحق: المطابقة والموافقة. ثم قال: والحق يقال على أربعة أوجه:

الأول: يقال لموجد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة، ولذلك قيل في الله تعالى: هو الحق.

الثاني: يقال للموجود بحسب ما تقتضيه الحكمة، ولذلك يقال: فعل الله تعالى كله حق نحو قولنا: الموت حق، والبعث حق...

الثالث: الاعتقاد في الشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه كقولنا: اعتقاد فلان في البعث والثواب والعقاب والجنة والنار حق.

الرابع: للفعل والقول الواقع بحسب ما يجب، وبقدر ما يجب، وفي الوقت الذي يجب...الخ (الفيروزآبادى، 1996 ، ص484). ثم أخذ في استعراض استعمالات للحق في القرآن الكريم تدور على معنى: الثبات والوجود والوجوب.

وقال العلامة عبدالكريم زيدان في معنى الحق، يطلق على معان منها الثبوت والوجوب, والنصيب المحدد, والعدل(زيدان1421ه-2000م، ص295).

ويرى الباحث ان اكثر المعاني المستندة الى لفظ الحق في الكتب اللغوية ترجع الى النظرة الأرسطية التي تقول: ان الحق هو ارجاع الحق الى صاحبه واثباته له. وأن الجوهر المشترك بين تلك المعاني هو المعنى الثبوتي للحق الذي يعتمد على نظرة الفلاسفة في الطبيعة وهي نظرة ثبوتية ساكنة تبحث عن الطبيعة الثابتة للاشياء والنتيجة التي تحصل عليه هي الوجود المستقر وكل مفهوم يوجد في هذه المرحلة تبحث عن موقع مستقر في الوجود ومنها تكون للعدالة معنى ساكن وهو ارجاع الحق الى صاحبه. و من ثم يكون معنى الحق هو الوجوب والوجود و الثبوت. وان كان الحق مستعمل في القرآن الكريم والسنة النبوية لسياق دلالي غير السياق الفلسفي اليوناني الا انه بسبب تأثر الفكر الاسلامي الوسيط بالفكر اليوناني ولكونه البارادايم المعتمد في ذلك العصر. فقد فسر الحق في تراث تلك الحقبة بمعان قريبة من المعاني الارسطية الثبوتية. ويبدو ان هذا احد الاسباب التي ادت الى عدم الوصول الباحثين الى نظرية متكاملة حول الحق كما ظهرت في الازمنة اللاحقة (آدوين آرثر برت، 1374).

والحق ان ان هذا المعنى لا يقتصر على التوجه اللغوي فقط بل يدخل فيه جميع ما يمكن ان يتأثر بالفكر المركزي والبارادايم المسيطر في ذلك الوقت.(آرثر برت، 1374)

المطلب الثاني : مفهوم الحق ونظريات التجديد القانوني الاسلامي

ان جميع المهتمين بالفكر القانوني الاسلامي يعتقدون بلزوم تجديد هذا الفكر حتى يواكب التغييرات التي حصلت بل انشأت العصر الجديد ومها التغييرات القانونية ومنها التغييرات المتعلقة بمفهوم الحق وهي تنحصر في التوجهات التالية:

اولا: التوجه الاكثر انتشارا بين جميع المذاهب الاسلامية وهو التوجه الذي يقسّم الاحكام بين الاحكام الثابتة والأحكام المتغيرة ، و(الاحكام الثابتة) (الثوابت) هي الاحكام التي لا يؤثر عليها الزمن و هي احكام ثابتة عامة لجميع الازمنة والمجتمعات المختلفة، اما الاحكام المتغيرة هي الاحكام التي أنشئها لكي تتغير حسب مقتضيات الزمان والمكان والمجتمعات المختلفة . وهذا رأي اكثر الفقهاء التقليديين في جميع المذاهب وان كانوا يختلفون في تبيينهم للثوابت والمتغيرات والمنهج المتبع في تحديدها(سروش و ديطران 1363). فمثلا انهم يختلفون في معيار التمييز بين الاحكام الثابتة والأحكام المتغيرة و الشخص الذي يحدّدها. فمنهم من قال بان الثوابت هي المنصوص عليها في الكتاب السنة و المتغيرات هي الاحكام التي ادلتها غير الكتاب و السنة . ومنهم من قال: ان المتغيرات هي التي ترجع الى القياس والمصلحة، ومنهم من ضيّق في المتغيرات فقصرها في الاحكام المتعلقة بالزمان ومنهم من يوسع فيها فيلتفت الى العوامل والظروف غير ظرف الزمان في الاجتهاد وتحديد المتغيرات كالأمكنة والأحوال والأشخاص والنيات والعوائد(كوكسال ,إسماعيل، 2000)..ومنهم من قصرها على ما لم يذكر في الكتاب والسنة وسمّاها بمنطقة العفو ومنهم من حدّدها بالمسائل المتعلقة وبالنظام وإدراة الدولة والاحكام الدستورية ومنهم من جعل الاحكام المتعلقة بتنظيم رابطة العبد ع الخالق احكاما ثابتة و الاحكام الاجتماعية احكاما متطورة قابلة للتغيير. اما فيما يتعلق بالاحكام المتعلقة بالحقوق فان بعضها يعتبر من الاحكام الثابتة و وبعضها يتعلق بالحكام المتطورة ، واهذا يمكن اعتبار ايجابيات وسلبيات هذا التوجه ايجابيات وسلبيات للاحكام المتعلقة بمفهوم الحق(كديور، سروش و ديگران 1363).

اما انه قد وجه الى هذا التوجه انتقادات نشير الى بعضها:

اولا: لا يوجد معيار واضح للتفرقة بين الأحكام الثابتة والمتغيرة، حيث لم يشر اي نص من نصوص الكتاب والسنة حين ذكر الاحكام بأن هذا الحكم ثابت او متغير.

ثانيا: بناءا على ان الحكام تدور مع عللها، فان وجدت العلة وجد الحكم، فالحكم لايكون موجودا بناءا على ثبوتها اوتغيرها بل على وجود العلة.

ثالثا: ان الاحكام مختلفة تتعلق بشتى مجالات الحياة منها المجال الاقتصادي والسياسي والاجتماعي وعليه ان الذي يحدد ثبوت الحكم هو العلوم المتعلقة بتلك المجالات وليس ثبوتها و تغيرها الذاتي(كديور، سروش و ديگران 1363).

رابعا: ان كان الاحكام المتغيرة تتغير بتغير الزمان والمكان و تكون ادلة الاعتبار بها هي من الأدلة التي يسميها الاصوليون (بالاستدلال) اي الادلة التي تعودالى الكتاب والسنة، وهي ذاتها تحتاج الى دليل من الكتاب والسنة كالقياس والمصلحة و الاستحسان والعرف) (كديور، سروش و ديطران، 1363، ص ٢٠٤) . فان من يحددها هم العلماء الخبراء في هذه المواضيع او من يسمّون بعقلاء العصر وليسوا علماء الشريعة فلا يكون جدوى من ايداعها في يد الفقهاء حتى يستنبطوا احكامها من الكتاب والسنة ، وحينئذ يكون منبع الاستنباط هو الواقع وعلماؤه وليس الشريعة وعلماؤها(كديور، سروش و ديگران 1363).

خامسا: ان التغيرات التي حصلت في العصر الحديث داخل اذهان الافراد وخارجها هي اعقد من ان يكشف الحلول لها بناءا على الاجتهاد الجزئي والمنهج المتبع فيها وهو منهج التفريق بين الثوابت والمتغيرات في الاحكام وخاصة في المسائل المتعلقة بنظام الحكم وادارة المجتمع ، ولهذا اتجه بعض الفقهاء الى توجه آخر يراه ملائما لمشاكل هذا العصر المعقد وخاصة بعد ان ارتضى بعض الدول ان تطبق الشريعة الاسلامية في حياتها القانونية(كديور، سروش و ديطران 1363).

الاتجاه الثاني: هو اتجاه المصلحة ونظرية ولاية الفقيه، ويعتبر مؤسس جمهورية الاسلامية اية الله الخميني منشئ هذا التوجه وهو المؤمن بالاجتهاد الكلي وان العلة الاساسية لجميع احكام الشريعة هو مصلحة الاسلام و والنظام الاسلامي وان الفقيه هو الذي يحدد تلك المصلحة، واذا حدد المصلحة فان له ان يعلق جميع الاحكام المخالفة لها، وان كانت تدخل في المسائل المهمة كالشعائر والعبادات كفريضة الحج وأداء الصلاة وصوم رمضان ، لان الحفاظ على مصلحة النظام يعتبر

اوجب الواجبات و أكبر الغايات للشريعة وجلب رضا الله جل جلاله. (كديور، سروش و ديگران 1363).

ويبدو ان (آية الله) وصل الى هذا الاتجاه بعد قيامه بالثورة الاسلامية وتشكيل الحكومة والجمهورية الاسلامية ومعرفة المسائل المعقدة المتعلقة بالسلطة ونظام الحكم، حيث انه في البداية وقبل وصوله الى سدة الحكم كان كغيره من الفقهاء يعتقد باتجاه آخر وهو اتجاه الثوابت والمتغيرات عندما كان موجودا في مدينة النجف وهي المرحلة المعروفة بمرحلة النجف. (كديور، ١٣٨٠)

الا ان هذا الاتجاه وكالاتجاه السابق وجهت اليه بعض الانتقادات منها:

أولا:ان هذا التوجه كالتوجهات الاخرى لم يحدد ضابطة غير شخصية لتحديد مقتضيات العصر، بل اوكلت ذلك التحديد بشخص محدد و هو الولي الفقيه.

ثانيا: كيف يكون دينية هذا التوجه، فان مقتضيات الزمان والمكان و مصالح النظام ومنافع الشعب هي امور يكشفها العقل ولا توجد لزوما في النصوص الدينية، وليس ضروريا ان تتغير بتغيير الدين والمذهب ومن ثم ليس من الضروري ان تكون بيد الولي الفقيه.

ثالثا: ان المجال الواسع للتدخل في مسائل الحكومة والسلطة السياسية وتبعا لهذا التدخل في كل صغيرة وكبيرة تصبح النتيجة ان يكون الدين دينا رسميا(دين الدولة) والديانة الرسمية هي تخرب الايمان والمعنوية والوجدان الديني:

رابعا: ان هذا الانتظار الواسع من الفقه والفقيه يجعل من الفقه أن يكون بديلا لجميع العلوم الانسانية وان هذا العدد الهائل من المسائل المتنوعة ليس بأمكان الفقه القيام بحلها ، لان الفقيه هو الذي يجيب عن جميعها ، كما ان هذا الاعتماد الكامل على انسان واحد ليس له دليل.(كديور، سروش و ديگران 1363).

ولهذا اتجه اغلب الفقهاء الى الاتجاه الاخير.

ثالثا: الاتجاه المقاصدي

يعتبر هذا الاتجاه هو الاتجاه الاخير حتى الآن للتعامل مع الاحكام القانونية الشرعية، حيث يذهب أكثر الفقهاء في شتى المذاهب ان الاحكام الشرعية معللة بعلل و وانه هناك لكل حكم من الاحكام علة خاصة به ، وان لكل جانب من جوانب الحياة مقاصد خاصة به، بل ان هناك مقاصد عامة يجمع جميع الاحكام الشرعية، حددها العلماء بحفظ (الدين ، والنفس، والنسل، والعقل، والمال)(زيدان، بدون ،ص379.) جاءت الشريعة السمحاء لتحقيقها، وانها مرتبة حسب (الضروريات، والحاجيات ، التحسينيات)(زيدان، بدون ، ص37).

يعتبر الامام الشاطبي المنظر الاساسي لها وانه سماها بروح الشريعة/فكما ان البدن لا يمكن ان يعتبر انسانا بدون الروح، فإن المقاصد هي روح الشريعة وانه وغيره سمّاها بأسرار الشريعة ، وانها تتخلص بجلب المصالح ودفع المضار. وانها تنقسم الى مقاصد الخطاب ومقاصد الحكم ، والمقصود بمقاصد الخطاب هو رعاية المسائل المتعلقة بالجانب اللغوي الخطابي للوصول الى مقصد الشارع في كلام الشارع. امامقاصد الحكم وهي الأغراض التي اراد المشرع تحقيقهابأحكامه ،والمقصود بالمقاصد بشكل عام هي مقاصد الحكم.

وأن تلك المقاصد لا تختص بالشريعة الاسلامية بل هي مقاصد جميع الملل الاخرى من غير المسلمين كما قال الامام الشاطبي. وان المقاصد المذكورة ليست على سبيل الحصر، بل يمكن ان تتغير او تضاف اليها ، كما أضاف العلامة ابن العاشور بعض المقاصد(الريسوني، 2010). ان ما يزيد من أهمية المقاصد هو زيادة اهمية التغيير العصري زمانا ومكانا وظهور ابداعات الانسان سواء كان في مجلات التكنلوجيا والعلوم الانسانية او كان في مجال العلوم الانسانية ، ونان العقل الانساني وفهم مسألة لعدالة وصل الى مرحلة عليا. والسؤال هو يمكن ان يعتبر مفهوم الحق والحفاظ على حقوق كحقوق الانسان من مقاصد الشريعة ؟ (شبستری، ١٣٨٣).

رغم الجوانب الايجابية الكثيرة في هذا التوجه ولكن يؤخذ على هذا التوجه بما يلي:

اولا: ان كان من السهل الوصول الى مقاصد الشارع الا ان تعيين مصداقها الخارجي وتحديد مقدارها وترتيب اهميتها الخارجية مشكلة اساسية فيه.

ثانيا: ان دور المقاصد دور بعدي لا يمكن كشفها اولا، بل يجب التعامل مع الاحكام وبعدها معرفة المقصد ولهذا لا يمكن الاعتماد عليها في بادئ النظر كمصدر لإنشاء الأحكام.

ثالثا: في مواقع الأحكام المتغيرة والمواقع التي لايوجد فيها حكم شرعي يقوم الأفراد بوضع الأحكام وينسبونها الى الشارع بحجة الاعتماد على مقاصد الشريعة.

رابعا: في الحقيقة ان اعتبار عقلاء العصر- واعتبارات مبادئ العدل و الوجدان الاخلاقي يجعل من المسائل المهمة التي يجب رعايتها ثم تعتبر مقاصد للشريعة كما هو الحال فيمسالة الحرية والكرامة الذاتية للانسان الذي جعل بعض الفقهاء يعتبرونها من المقاصد (كديور، ١٣٨٧).

المطلب الثالث: دور مفهوم الحق في تجديد الفكر القانوني الاسلامي

بعد البحث عن الاتجاهات الحديثة حول تجديد الفكر القانوني الإسلامي رغم الاختلاف الموجود بين جميع الاتجاهات وان جميعها منتقدة بدرجات متفاوتة، الا انه رغم المحاولات المختلفة لم يصل اي اتجاه من الاتجاهات المختلفة الى تعريف شامل و منسجم لمفهوم كمفهوم الحق، ربما علينا البحث عن المسألة في مستوى أعمق، واذا رجعنا الى ما بحثنا عنه في المبحث الاول رأينا ان عدم قدرة الفكر القانون الاسلامي في عدم وصوله الى مرحلة التنظير الكامل لمفهوم الحق رغم وجود أكثر الجزئيات والتفاصيل بل التعريفات الموجودة في الفكر القانوني الحديث فيها، يرجع الى عدم وضع القانون الاسلامي هذا المفهوم في موقعه المحدّد له في هذا العصر- و هو موقع البارادايم وخاصة بعد ظهور المكانة التي يحتلها الانسان و الحقوق الذاتية له(شبستری، ١٣٨٣). ومن ثم ظهور علوم عديدة تكون نتيجة قبول الإنسان و مكانته في هذا العصر- لم يكن وصل اليها في العصور القديمة. فمثلا ان العنصر- الأساسي في التعامل في الكتب القانونية و الشرعية هو عنصر- التكليف(الواجب)، وهذا لا يتعلق بالجزئيات فقط، بل يتعلق بالرؤية العامة والتوجه الكامن في التعامل مع المسائل او الأحكام القانونية بشكل عام.وهذه الرؤية التي تركز على التكليف لا يمكنها كشف كيفية التعامل مع الحق والحقوق الأساسية، وهذا التعامل لا يرجع الى درجة تدين الفقهاء او الطعن في مستواهم العلمي العالي بل يتعلق بتلك الرؤية التي تغطي بظلها غير المرئي على جميع المسائل. وهذا هو السبب الأساسي في ظهور عدة علوم لم تكن موجودة في العصور القديمة او أصبح لها وجودها المستقل. والمقصود هو تلك العلوم التي تركز على الإنسان كعلم الاجتماع وعلم النفس و العلوم القانونية والسياسية و علم مقارنة الاديان الخ.. والمهم في البارادايم ليس كثرة المعلومات الجزئية بل الالتفات و تغيير الرؤية(دباغ،١٣٨٤).

ان ما يشير الى ضرورة قبول البارادايم الجديد الذي يركّز على مفهوم الحق يمكن تلخيصه في النقاط التالية:

اولا:ظهور مفهوم الموقع (status) الفلسفي الذي يكشف عن موقع جديد يوجد فيه الإنسان يختلف عن الموقع الذي كان يوجد فيه في العصور القبلية، وهذا الموقع

يتعلق بمكانة وجودية اصلية، فاصبح صاحب حقوق ذاتية لم تعطه اي مشرَع بل هي حقوق تتعلق بكونه إنسانا في ذاته.

ثانيا: تبديل مفهوم الطاعة الذي يركز عليه في الكتب الفقهية والقانونية بمفهوم الارادة و الاختيار والذي يشير الى التنوع والحق في الاختلاف ووجود الحقوق المتنوعة ما يفهم منه ان احدى الخصوصيات المتمايزة لهذا العصر هو موضوع الحقوق ودورها الاساسي(شبستری، ١٣٨٣ه ش).

ثالثا: ان جعل مفهوم الحق نقطة تحول وأس بارادايم التعامل القانوني والشرعي لا يكون اقل دينيا متأثرا باحكام الشريعة من البارادايم القبلي الذي يركز على مفهوم الطاعة والتكليف(دباغ، ١٣٨٤)، بل يكون الأفضل لانه يساعد في حل المعضلات التي اصبحت حجر زاوية لما يعيق طريق تطور المجتمعات المسلمة وكشف الاساس الفكري القانوني في العصر الحديث . مع أن التفصيلات الواردة في كتب الفقهاء والمذاهب يمكن ان ترد في البارادايم الجديد ولكن من وجهة نظر أخرى و ما اتفق عليه البشرية وعقلائها بأنها أكثر عدلا وإنصافا وأكثر اتفاقا مع روح الشريعة وهي العدالة والرحمة المنزلة على روح خاتم الانبياء (صلى الله عليه وسلم) الرحمة المعطاء للبشرية جميعا(وما ارسلناك الا رحمة للعالمين) وبشكل يفهمه الامم والافراد المشتركين معنا في العيش على هذه الكرة الأرضية.

الخاتمة والاستنتاجات:

1- إن أكثر المسائل المتعلقة بالحق في الفكر القانوني الحديث مذكورة في الفكر القانوني الاسلامي و عند العلماء المسلمين.
2- لم يصل الفكر القانوني الاسلامي الى نظرية متكاملة عن مفهوم الحق ، كما هوالحال في الفكر القانوني الحديث.
3- هناك اتجاهات ثلاثة لتجديد الفكر القانوني الاسلامي لم ينج اي واحد منها عن سهام النقد.
4- أن جوهر اختلاف هذا العصر مع العصور القبلية لا تكمن في العلوم التي ظهرت ولا في الكمية الهائلة من المعلومات التي شكلت ثورة من المعلومات، بل في البارادايم الذي يختلف عن البارادايم المعمول به في العصور القبلية، وهو بارادايم يركّز في جانبه الانساني على مفهوم الحق. بينما كان البارادايم القبلي يركز على مفهوم الواجب(او التكليف).
5- ان تطور العلم ومنه تطور الفكر القانوني ليس بزيادة كمية المعلومات بل بتبدل بارادايم مكان بارادايم قبله، ومنه يظهر علوم لم تكن معروفة في البارادايم القبلي ويعطي شكلا ومضمونا يختلف عما هو موجود في العلوم الموجودة من قبل.
6- ان الإصلاح في الفكر القانوني الاسلامي وهو مبتغى الجميع لا يكون بتبني الاجتهاد الجزئي الذي سلكنا طريقه خلال اكثر من قرنين و لم نجن منه ما يجعلنا نرضى به و يوصلنا الى مستوى العصر في كل ميادين التطور.
7- ان التحول الى البارادايم الذي بسط جناحيه على جميع المجلات العلمية سواء كانت علوما تجريبية او انسانية، البارادايم الذي يشكل مفهوم الحق إحدى مكوناتها الاساسية، هو الطريق الصحيح والمنهج الواقعي في تطوير فكرنا القانوني والذي لا يستفيد منه المسلمون فقط بل الانسانية جميعا، حيث ان الشريعة الاسلامية هي من الشرائع المعتبرة والمعترف بها عالميا.

قائمة المراجع و المصادر

القرآن الكريم

ابن المنظور، (1414ه) لسان العرب، دار صادر، بيروت،ج 10، ط 3 ،.

أحمد، الدكتور محمدشريف، (1980)فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين(دراسة مقارنة)، وزراة الثقافة والاعلام دار الرشيد للنشر، بغداد،.

الاحمد، الدكتور محمد سليمان، (2017)فلسفة الحق، منشورات الزين الحقوقية ، بيروت لبنان، الطبعة الاولى،.

إمام، زكريا بشير ، (2003)مفهوم العدالة بين الفكر الإسلامي والفكر الغربي، دار روائع مجدلاوي، عمان أردن، الطبعة الأولى،

البرزنجی، الدكتور صباح، (1395ه ش) ثوياپي فقه اسلامي،ناشر ثيروان ، ضاث يكم، سنندج .

البزاز، عبد الرحمن، (1958)مبادئ أصول القانون، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد.

البزاز، عبد الرحمن، (1967)مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد م.

البزاز، عبد الرحمن،(1958)ابحاث و أحاديث في الفقه و القانون، مطبعة العاني، بغداد.

البشير، عبدألباق البكرى زهير، (1989)المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي جامعة بغداد،.

البناني،العلامة حاشية العلامة البناني على متن جمع الجوامع، ناشر كتابفروشي محمدي، مدينة سقز، بدون ذكر تأريخ النشر.

الجابرى، د. محمد عابد،(1999) التراث و الحداثة، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية.

الجابرى، د. محمد عابد، (1996) الدين و الدولة و تطبيق الشريعة، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى ،.

الحافظ، الدكتور هاشم، (1980)تأريخ القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، طبع على نفقة جامعة بغداد، دارالحرية للطباعة، بغداد.

حريق، إيليا، (2001) الديموقراطية و تحديات الحداثة، دار الساقي، الطبعة الأولى.

خاتمی، محمد، (2001) الدين و الفكر فى شراك الاستبداد، ترجمة: ماجد الغرباوى، دمشق، دارالفكر.

خدوري، د. مجيد، (1998) مفهوم العدل في الإسلام، ترجمة: دار الحصاد للنشر و التوزيع، دمشق، الطبعة الأولى 1998م.

الدكتور احمد الريسونى، مدخل الى مقاصد الشريعة، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة – المنصورة، ط1، 2010.

الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، المنطق القانوني قسم التصورات، بدون مكان و تأريخ نشر.

الزلمي، الدكتور مصطفى أبراهيم، (2002)أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، طبعة تاسعة،

الزمخشرى، أساس البلاغة، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، 1998م،

الزنون، الدكتور حسن علي، (1975)فلسفة القانون، الطبعة الأولى، بغداد،.

الزنكى، الدكتور صالح قادر، (2003)اسباب النزول و الورود و اشكالية قراءة النص الشرعى دراسة اصولية، الطبعة الأولى، ايران- قم،

زيدان، عبدالكريم، (1421هـ-2000م)نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة(ناشرون)،بيروت ، الطبعة الأولى ،1421هـ-2000م .

زيدان، الدكتور عبدألكريم، الوجيز في أصول الفقه، نشر إحسان، الطبعة الأولى، تهران، بدون تاريخ نشر.

سعد الدكتور نبيل محمد ، المدخل الى القانون ، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى 2010، بيروت لبنان،

السنهورى، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، جلد 1، دار احياء التراث العربي، بيروت.

السنهورى، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998.

الشاوي،الدكتور منذر، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد،1414هـ-1994م.

الشاوي، الدكتور منذر، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1986م.

الفارابي، ابوالنصر، آراء اهل المدينة الفاضلة و مضاداتها، تقديم تبويب و شرح على بوملحم، بيروت دتر و مكتبة الهلال، 1995م.

الفيروزآبادى،القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق دار التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005م .

القرضاوي، دوكتوريوسف، 1419هـ-1998م.السياسة الشرعية (في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها)، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى،

كوكسال إسماعيل ,تغيرالأحكامفيالشريعةالإسلامية، مؤسسةالرسالة، بيروت، طم 2000م , ص٨٢.

مبارك الدكتور سعيد عبدالكريم، اصول القانون ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي جامعة بغداد، 1982.

المؤمن، مشكاة صبيح عبد علي، (1422هـ – 2001م)مبادئ العدل و الإنصاف كمصدر للقانون الدولى العام، اطروحة متقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد ، بإشراف الدكتور عصام العطية.

ايمان، دكتر محمد تقى فلسفه روش تحقيق در علوم انسانى، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تهران چاپ اول، ١٣٩١ه ش.

آدوين آرثر برت،1374(هش) مبادى مابعد طبيعى علوم نوين، ترجمة:عبدالكريم سروش، شركت انتشارات علمى و فرهنطى، تهران، ضاث دوم،

ايمان، دكتر محمد تقى، فلسفه روش تحقيق در علوم انسانى، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تهران چاپ اول، ١٣٩١ه ش، ص20.

دباغ، سروش،١٣٨٤ه ش آئين در آئينه، مؤسسه فرهگنى صراط، تهران ، چاپ اول

حيدرى، غلامحسين مقدم، ،1387قياسناپديرپارادايمهاى علمى، نشر نى ، تهران، چاپ دوم،.

حبيبى، رضا،ه1387ه ش،،درآمدى بر فلسفة علم(سلسلة كتب آموزشى غيرحضورى) زير نظر اكبر ميرسياه، انتشارات مؤسسة آموزشى وثزوهش آمام خمينى، ضاث عترت، قم ، نوبت و تارخ ضاث، دوم، بهار.

سروش، عبدالكريم ،١٣٨٤ه ش قمار عاشقانه(شمس وموالانا)، مؤسسه فرهنگى صراط، تهران ، چاپ هفتم، آبان ، ص241.

سروش و ديگران، عبدالكريم، 1363 هـ.ش سنت وسكولاريسم، مؤسسه فرهنطى صراط، ضاث دوم.

كديور، محسن حكومت ولايى،١٣٨٠ ه ش (انديشه سياسي در اسلام 2) ، نشر تى ، تهران، چاپ چهارم،.

كديور، محسن ، ١٣٨٧ه ش حق الناس(اسلام و حقوق بشر) نشر كوير، چاپ سوم، تهران،.

الطالبي، دكتر محمد حسين1393،ه. ش ، درآمدى بر فلسفه حق، نشر ثذوهشطاه حوزة و دانشطاه، قم جعفرى، ضاث اول.

مصباح يزدى، ١٣٧٤ه ش، حقوق و سياست در قرآنن مؤسسه آموزشى و پژوهشى امام خمينى، قم،

أبو سنة، النظريات العامة: 49.نقلا عن الدكتور عبدالسلام داود العبادي(نظرية الحق بين الشريعة والقانون بحث منشور على الشبكة العالمية للاتصالات (انترنت)، صفحة الايران والعرب، تاريخ النقل، (11/11/ 2017.)

legislation (eds) by J. H burns and H.L.A hart, (Oxford: Oxford University press).

Buckle, s. (1991), natural law, in peter singer (ed) a companion to ethics (oxford: Blackwell publishers).

Bobbio, N (1990). The Age of Rights, tranc. Acameron,Oxford; Polity Press, 1996.

Crickbernard، on justice new statesman، number5، may1974.

Cample Tom(1988). justice، Macmilan Education، (1988).

Daniels Norman (editor) (1989)، Reading rawls، Stanford University press،

Dwokin Ronald (1979). Taking Rights Seriously، Harvard University press،

Dwokin Ronald (1990). “foundation of libral equality” published in “The Tanner lectures on human valves”، edited by Grethe Peterson،

Malachowski Alan، reading Rorty، basil Blackwell، 1990.

Manning David (1968) . The mind of Jeremy Bentham، London lomgman.

MacCormik, Neil, (1977). Rights in legislation, , Law, morality and Society; Essays in Honourof H.L. A. Hart , p, Hacker& J. Raz(eds) ,Oxford, Oxford univercity press.

Mac Intyre, A. (1985) after virtue: a study in moral theory (London: duckworth).

Mackie, J. L. (1980) Humes moral theory, (London: Routledge and kegan Paul).

Mill, J .s. (2001) utilitarianism, (ed) by George sher (indianapolis: Hackett publishing company).

Nozick Robert "Anarchy، state and utopia" Blackwell، 1974.

Pettit Philip & chanddran Kukathas (1990) "Rawls: A theory of justice and its critics"، polity press،

Pound, roscoe (1969). Social control through law, archon books,.

Pettit Philip & Robert Goodin (1998). Contemporary political philosophy، Blackwell،.

Paul, J. (1981) reading nozick: essays on anarchy, state and utopia, oxford: Blackwell.

Rawls John (1999). "A Theories of justice" oxford university press، (first published، 1971).

Rawls John، (2000). "justice as fairness"، Harvard University press،.

Feinbergk Joel, Coleman, jules(ed): philosophy of law, 6th ed, printed in u.s.a 1999.

Fridrich, Carl Joachim (1964): the philosophy of law in historical prespective, Chicago, the university press,.

Habermas jurgen، the jurnal of philosophy، no 92، 1995.

Ian, brownli(ed): basic documents in international law, Clarendon press, oxford, 1995.

Hart, L,A. (1961) The concept of law.oxford; Clarendon: revisededn 1995.

International covenant of economic, social and cultural rights (1966), in H.R: A compilation of international instruments.

Kant, Immanuel (1991). The Metaphysics of Morals(1797), Mary Gregor (trans) Cambrige; Cambrige University Press.

KuhnK Thomas S. (1957), renewed1985. The coperinican Revolution. Ninteenth printing1997, Harward,Universiy Press.

Kymlicka Wil l(1999). contemporary political philosophy، Clarendon press،.

Khadduri, majid (1982). Islamic conception of justice, Baltimore and London, john Hopkins University press.

Keslen, hans: (1993) (law as a normative order) in philosophy of law, ed. By Johnson Conrad, mecmillan publishing company, New York.

Locke john(1957) the second Treatise of government، edited by Gough، Blackwell،.

Lyons,David(1967), Rights Claimants and Beneficiiaries, Amercan Philosophical Quarterly

rawls John(2000) "the law of peoples"، Harvard university press، fifth printing.

Jorgen HabermasK (1984)، The Theory of communicative Action، Volk1: Reason and the Rationalization of sociatyktr.T.Macarthy (London Heinemannk