

محاضرات التقنين الفقهي... السنة الأولى ماستر فقه مقارن...الأستاذ:طيب بن شهرة

تعريف تقنين الفقه الإسلامي "

أولاً: تعريف التقنين لغة: مصدر " قنن " بمعنى " وضع القانون " وفي اللغة العربية شاع استعمالها بمعنى المقياس الذي تقاس به الأشياء وعبروا بها عن الأصل والقاعدة والطريق، فالقانون " مقياس كل شيء وطريقة".

ثانياً: تعريف التقنين الفقهي اصطلاحاً: وردت عدة تعريفات لهذا المصطلح، نذكر منها:
عرف الشيخ مصطفى الزرقا التقنين أنه بوجه عام " جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات أمرية موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة ، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تقرضه الدولة، يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس".

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: " صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها، جامعة لإطارها، في صورة مواد قانونية، يسهل الرجوع إليها".
وعرفه الدكتور القرضاوي بأنه: "صياغة الأحكام في شكل مواد قانونية مرتبة مرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وتجارية... إلخ. وذلك لتكون مرجعاً سهلاً محدداً يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون."

محاولات التقنين الرسمية

ابن المقفع والتقنين :

يرجع بعض المؤرخين أن المحاولات الأولى لتقنين الفقه الإسلامي ترجع الى رسالة الصحابة، التي كتبها عبدالله بن المقفع للخليفة العباسي أبي جعفر المنصور - عرض للقضايا الاجتماعية التي كانت تمور في عصره، ومنها: موضوع تنظيم القضاء، الذي تضاربت أحكامه، واهترت أسسه وقواعده، فاقترح على الخليفة أن يجمع الفقهاء على تأليف قانون عام متفق عليه، يضم كل الأحكام التي يجب أن يسير على ضوئها كل القضاة في دولة الخلافة.

وكان مما قاله: "ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي - اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال، فيستحل الدم والفرج بالحيرة، وهما يحرمان بالكوفة، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكعبة، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى، غير أنه على كثرة ألوانه نافذ على المسلمين في دمائهم وحرمتهم، يقضي به قضاة جائر أمرهم وحكمهم... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسير المختلفة فنُرْفَع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة وقياس، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله،

ويعزم عليه عزماً، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتاباً جامعاً - لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً.

وقد وقع اختيار المنصور على إمام أهل المدينة للقيام بهذه العمل التشريعي؛ "قال الشافعي: بعث أبو جعفر المنصور إلى مالك لما قدم فقال له: "إن الناس قد اختلفوا في العراق فضع للناس كتاباً نجمعهم عليه، فوضع الموطأ، وقال غيره: إن أبا جعفر لما قال لمالك: ضع كتاباً في العلم نجمع الناس عليه، قال له مع ذلك: اجتنب فيه شواذ ابن عباس وشذائد ابن عمر ورخص ابن مسعود.

"وقال ابن سعد في الطبقات: أخبرنا الواقدي قال: سمعت مالك بن أنس يقول: لما حج أبو جعفر المنصور دعاني، فدخلت عليه فحدثته، وسألني فأجبته، فقال: إني عزمْتُ أن أمر بكتابك هذا الذي وضعته - يعني الموطأ - فينسخ نسخاً، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها بنسخة، وأمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره، ويدعوا ما سوى ذلك من هذا العلم المحدث؛ فإني رأيت أهل العلم رواة أهل المدينة وعملهم.

فقلت: يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا؛ فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كل قوم مما سبق إليهم وعملوا به ودانوا له من اختلاف الناس وغيرهم، وإن ردهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم، فقال: لعمري لو طاوعتني على ذلك لأمرتبه.

ويبدو أن هارون الرشيد أعاد هذه المحاولة مرة أخرى؛ فقد روى أبو نُعيم في الحلية عن مالك بن أنس أنه قال: "شاورني هارون الرشيد أن يعلق الموطأ في الكعبة، ويحمل الناس على ما فيه، فقلت: لا تفعل؛ فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع، وتفرقوا في البلاد، فكلُّ مُصيب.

-**الخراج لأبي يوسف:** يبدو أن هارون الرشيد كان قد تأثر بما كتبه ابن المقفع في رسالة الصحابة لأبي جعفر المنصور؛ ذلك أنه حين ولي الخلافة استقطب واحداً من أبنه تلامذة الإمام أبي حنيفة (أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم المتوفى سنة 182هـ)؛ لأنه كان أول من دون الكتب في المذهب الحنفي، كما يقول ابن النديم في الفهرست، فأسند إليه القضاء، وكان أول من حمل لقب "قاضي القضاة"، وقد طلب الخليفة من أبي يوسف أن يضع له كتاباً يستهديه في نظم الدولة الماليّة وإدارتها؛ لإزالة ما كان في عهد الأمويين من العمل بالرأي الطليق في هذا الأمر، فدوّن أبو يوسف " كتاب الخراج، الذي يُطلق عليه الباحثون اسم الدستور الديني للسياسة العامة.

ولا يوجد بيدنا كتابُ الخليفة الذي يكلفه بهذا العمل، ولكننا نجد في مقدمة كتاب الخراج: "إن أمير المؤمنين - أيده الله تعالى - سألني أن أضع له كتاباً جامعاً، يعمل به في جباية الخراج والعشور والصدقات والجوالي (الجزية)، وغير ذلك مما يجب عليه النظرُ فيه والعملُ به، وأراد بذلك رفع الظلم عن رعيته والصلاخ لأمرهم، وفقَّ الله تعالى أمير المؤمنين وسدده وأعانه على ما تولّى من ذلك، وسلّمه مما يخاف ويحذر، وطلب مني أن أبين له ما سألني عنه مما يريد العمل به وأفسره وأشرحه، وقد فسرتُ ذلك وشرحتُه.

وقد جدّت في أمور النظام الإداري والمالي مسائل، بعد كتاب الخراج لأبي يوسف، جعلت الخليفة المهدي يطلب إلى الخصّاف (المتوفى سنة 261هـ) مراجعة قانون الإدارة وإبداء ما يراه، فذكر له آراءه في " كتاب الخراج" الذي وضعه لذلك، ولكني لم أقف على هذا الكتاب.

36- كتاب الأحكام الشرعية للخلافة الفاطمية: من المعروف أن الفقه عند طائفة "الإسماعيلية" يعتمد على "التأويل"، وعلى أن الخليفة هو المرجع الأول والأخير في تحديد الأحكام؛ لأنه الشخص الذي ورث العلم الإلهي كـلّه عن آباءه وأجداده من لدن الإمام عليّ بن أبي طالب، فلما دخل المعز لدين الله مدينة القاهرة "كان معه عالمه الأكبر وفتية الإسماعيلية، فلم يلبث أن عُيّن قاضي القضاة بمصر - وهي أول مرة عُرف فيها هذا الوصف بمصر، وكان قبل ذلك قاصراً على القاضي الأكبر ببغداد دار الخلافة الكبرى - وكان هذا القاضي يقضي بين الناس بمذهب الإسماعيلية في المواريث وفي أشياء أخر... ومع ترتيب القضاء المصري على هذا المذهب، كان علماءهم يقومون بتدريسه في الجامع الأزهر"، حتى تم إنشاء "دار العلم" أو "دار الحكمة" لتقوم بوظيفة من أكبر وظائف الدولة، هي وظيفة إعداد الدعاة والقضاة وتدريبهم، على ألا يُسمح لهم بدخول الدار حتى يتّموا دراستهم في الجامع الأزهر.

وقد اختلف المؤرخون حول مصير مذاهب أهل السنة في ظل الخلافة الفاطمية؛ فبينما يروي المقرئ أن القائد جوهرًا عمل على نشر مذهب الشيعة بجد، حتى عمل به في القضاء والفتيا وأنكر ما خالفه، ولم يبقَ مذهبٌ سواه، حتى إن تعلم أيّ مذهب أو اقتناء كتاب من كتبه كان جريمة يُعاقب عليها، يقول القلقشندي في "صُبْح الأعشى": إن الفاطميين كانوا يتألفون أهل السنة والجماعة ويمكّنونهم من إظهار شعائرهم على اختلاف مذاهبهم، وقد أقاموا قضاة من المالكية والشافعية، ولم تكن كراهتهم لمذهبي حنيفة إلا لأنه مذهب العباسيين، على ما يظهر.

والذي يهمنا في هذا الأمر، أنه: لما تولّى يعقوب بن كلس الوزارة، سنة 368هـ/ 979م، ألف كتاباً في الفقه على مذهب الفواطم، يتضمّن ما سمعه من المعز لدين الله ومن ابنه العزيز بالله، مرتباً على أبواب الفقه، ويشتمل على فقه الطائفة الإسماعيلية. وكان هذا الكتاب بمثابة الفقه والقانون، يطبّقه القضاة ويشرحونه للناس، وإذا أشكل على القاضي شيء رجّع فيه إلى الخليفة نفسه.

37- الأحكام السلطانية للماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (المتوفى سنة 450هـ) تصدّر للتدريس في بغداد والبصرة، وألف كتاباً قيّمة في التفسير والحديث والفقه والأدب والنحو والفلسفة والسياسة وعلوم الاجتماع والأخلاق، وقد ولي القضاء ببلدان كثيرة، وفي سنة 429هـ - في عهد الخليفة العباسي (القائم)، والسلطان (جلال الدولة) - أسند إليه أكبر منصب قضائي في الدولة، ولقّب بـ (أقضى القضاة)، كلفه الخليفة (القائم) بوضع كتاب شامل موجز في تدبير سياسة الدولة، فدوّن "الأحكام السلطانية"؛ لبيان الأحكام الشرعية في مسائل: الإمامة، والوزارة، وإمارة البلاد، وإمارة الجهاد، وولاية القضاء والمظالم، وإمامة الصلوات والولاية على الحج والصدقات، وقسم الفئء والغنيمة، ووضع الجزية والخراج، وإحياء الموات واستخراج المياه، والحِمى والإرفاق، وأحكام الإقطاع، ووضع الديوان، وأحكام الجرائم، والحسبة.

وقد حظي هذا الكتاب باهتمام العلماء والباحثين في الشرق والغرب، وُترجم إلى عدة لغات أوروبية، ورأى بعضهم أن كتاب الأحكام السلطانية بالنسبة للنظم السياسية الإسلامية مماثلٌ لكتاب السياسة لأرسطو بالنسبة لدول المدن "City States" في بلاد الإغريق. يقول الماوردي في مقدمة الأحكام السلطانية: "ولما كانت الأحكام السلطانية بولاية الأمور أحقّ، وكان امتزاجها بجميع الأحكام يقطعهم عن تصفّحها مع تشاغلهم بالسياسة والتدبير، أفردتُ لها

كتابًا امتثلت فيه أمرٌ من لزمته طاعته، ليعلم مذاهب العلماء فيما له منها فيستوفيه، وما عليه منها فيوفيه؛ توخيًا للعدل في تنفيذه وقضائه، وتحريًا للنصفة في أخذه وعطائه.

38-تقويم النظر لابن الدهان: منذ أن تولى صلاح الدين الأيوبي الوزارة في مصر بأمر من الخليفة الفاطمي "العاضد" في سنة 564هـ، وهو يخطط لإسقاط الخلافة الفاطمية وإعادة مصر إلى الخلافة العباسية، فصرّف القاضي الإسماعيليّ "جلال الدين هبة الله بن كامل الصوري"، وولى مكانه "صدر الدين عبدالله بن درياس الكردي الشافعي" قضاء القضاة بالقاهرة سنة 566هـ، وكان صلاح الدين يقرب العلماء والفقهاء، ويحضر مجلس العدل يومي الاثنين والخميس من كل أسبوع.

وقد عثرت على مخطوط يتعلق باختلاف الفقهاء في المكتبة الوطنية بباريس، ألفه "أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان" المتوفى سنة 592هـ عنوانه "تقويم النظر"، وهو كتاب على هيئة جداول، يذكر المسألة وآراء الفقهاء فيها وأدلتهم، والأصل الذي يمكن تخريج المسألة عليه، وأغلب الظن أن صلاح الدين هو الذي كلفه بتدوين هذا المجموع، ليكون مرجعًا موجزًا وشاملاً للقضاة؛ ولهذا نجد الكتاب يحتوي على أربعة أقسام: ربع العبادات، وربع المعاملات، وربع النكاح، وربع الجنائيات.

يقول المؤلف في المقدمة: "وهب لي على الكبر عبد من عبيد الرحمن... فأرغد العيشة، وهنأ المعيشة، فرغني للاشتغال بخلق البال، ووجدته قد اقتنى مع الذكر الجميل كتبًا تشهد بفضله، فتخذتها ذريعةً إلى تدارك ذلك القصد". ويوجد على غلاف الكتاب ما يدل على أنه كان مملوكًا للقاضي شهاب الدين، قاضي القضاة بمصر المحروسة.

39-مجموع التشريع لدولة الموحدين: أبو يوسف يعقوب - الثالث من دولة الموحدين بالمغرب - تولى الخلافة ما بين سنتي 580 - 595هـ، وتلقّب بالمنصور بالله، وكان يميل إلى الشدة في المحافظة على السنن السلفية وطرح آراء الفقهاء، قام أبو يوسف يعقوب بتدوين وجمع كتب السنن العشرة: البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي، والترمذي، والموطأ، وسنن البزار، ومصنّف ابن أبي شيبة، وسنن الدارقطني، وسنن البيهقي، وأمر بإبعاد ما فيها من آراء الفقهاء في الفروع، وجعل منها مجموعة رسمية للتشريع في دولة الموحدين.

40-الفتاوى الهندية: لم اعْتلى الإمبراطور العالم الفقيه محمد أورنك زيب الملقّب بعالمكير عرش دهلي عام 1069هـ/ 1658م، أراد تيسير الفقه الحنفي وتدوينه في مجموعة يلتزم بها أعضاء الإدارة والفتوى والتشريع في الدولة، فشكّل في سنة 1073هـ "مجلس الفقهاء" من أربعين فقيهاً وقاضياً يرأسهم نظام الدين برهانپوري، لجمع أحكام الفقه في شتى الموضوعات، وخاصة ما يتصل منها بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق، وتدوينها في مدونة تحرّر باللغة العربية، وتعرض فيها أحكام الفقه بتنسيق وترتيب وتنقيح يجعلها سهلة المأخذ، مع العناية بنسبة كل حكم إلى مرجعه، وقد أتم هذا المجلس عمله في ثماني سنوات، بتأليف كتاب "الفتاوى الهندية" المشهور والمتداول بين أيدينا.

"وبعد إتمام هذا الكتاب العظيم الجامع لقانون الشريعة - متمثلاً بالمذهب الحنفي - وإطلاقه للنسخ والتعميم، أصدر الملك مرسومًا إمبراطوريًا بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء المملكة، والعمل بها في الدوائر القضائية".

41-مجلة الأحكام العدلية: في منتصف القرن التاسع عشر عين أحمد جودت باشا ناظرًا للعدلية في الدولة العثمانية - بناء على اقتراح شيخ الإسلام - وكان جودت باشا - إلى جانب تمسكه بالشريعة الإسلامية - مطلعًا على القوانين الغربية، ومقتنعًا بضرورة الإصلاح التشريعي، وهكذا صدرت عدة قوانين جمعت بين الشريعة والعرف المحلي والقانون الفرنسي، وكان أهم هذه التقنيات "مجلة الأحكام العدلية"، التي أنجزت عام 1293هـ/ 1876م، بعد عمل دام أكثر من سبع سنوات، تمّ خلالها تقنين أحكام المعاملات المدنية من الفقه الحنفي، عاريًا من الاختلافات، حاولًا للأقوال الصحيحة، مع اعتبار تبدل المسائل المبنية على العرف والعادة.

والمجلة: أول تقنين رسمي في الفقه الإسلامي يُصاغ على غرار القوانين الحديثة؛ من حيث الترتيب والترقيم وطريقة التعبير الأمر، والاقتصار على قول مختار للعمل به؛ بناء على أنه: "إذا أمر إمام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعيّن ووجب العمل بقوله". وقد جمعت المجلة بين الموضوعات المتناسبة، وميّزت في مسائلها بين الأصول والفروع، وأحسنّت ترتيب الأحكام والشروط، غير أنّاكتفاء المجلة بالفقه الحنفي جعلها قاصرة عن مواجهة مستجدات العصر، فلم يمض زمنٌ طويل على صدورها حتى دخلها التعديل والتبديل، وعلى الأخص: بطلان العقود وفسادها، والشروط المفسدة، التي جرى تعديلها بمقتضى المادة 64 من قانون أصول المحاكمات.

42-مجلة الالتزامات والعقود التونسية: في ظل الاستعمار الفرنسي لتونس تم تقنين أحكام الالتزامات والعقود سنة 1906م، عن مشروع وضعه المستشار الإيطالي "D.SANTILLANA" ضمّنه كثيرًا من أحكام المذهب المالكي، وبعض الأحكام الفقهية المأخوذة عن مذاهب أهل السنة الأخرى، نقلًا عن كتابه "نظام القانون الإسلامي المالكي مقارنًا بالمذهب الشافعي" الذي حرّره باللغة الإيطالية، ونُشر فيما بعد بروما سنة 1926.

43-محاولة الملك عبدالعزيز آل سعود: في مقالين لصحيفة أم القرى يحمل الأول منهما بُشرى إلى العالم أجمع: أن جلالة الملك - حفظه الله - يفكر في وضع مجلة الأحكام الشرعية، يعهد إلى لجنة من خيار علماء المسلمين الاختصاصيين استنباطها من كتب المذاهب الأربعة المعتمدة، وهذه المجلة ستكون مشابهة لمجلة الأحكام التي كانت الحكومة العثمانية وضعتها عام 1293هـ، ولكنها تختلف عنها في أمور؛ أهمها: عدم التقيد حين الاستنباط بمذهب دون آخر، بل تأخذ ما تراه في صالح المسلمين؛ من أقوى المذاهب حجةً ودليلاً من الكتاب والسنة".

وفي المقال الثاني نقرأ: "إن لهذه المجلة المزمع على إنشائها فوائد عظيمة جدًا: (منها) أنها تبين أن الإسلام دين السماحة والتيسير... توافق أحكامه مصالح البشر في كل زمان ومكان... (ومنها) أن اعتماد ما كان أقرب دليلاً وأقوم قياً، وأكثر ملاءمة لحاجة العصر وطبيعة الأمة، من مذاهب الأئمة - يتبين به سعة الفقه الإسلامي... (ومنها) أنه إذا تعاون على تحرير هذه المجلة لجنة مؤلفة من أكبر علماء العصر، المتضلعين من مورد الكتاب والسنة، العارفين بمذاهب الأئمة، الواقفين على حاجة العصر وأسباب الرقي والتقدم، الدارسين لقوانين الدول وحقوق الأمم، الممارسين للشؤون القضائية والإدارية، فلا شك أن عملها هذا سيكون من أكبر مزايا هذا العصر وأفضل مآثر الإمام التي قدّمها للعرب والإسلام".

غير أن هذا المشروع الإصلاحي الجريء لم يُكتب له النجاح؛ بسبب التعصب المذهبي من جهة، ومُعَاداة فكرة التقنين من جهة أخرى؛ لذا صدر قرار الهيئة القضائية، عدد 3، الصادر في 7 من المحرم 1347هـ، والمقترن بالتصديق العالي في 24 من ربيع الأول 1347هـ، ينصُّ على ما يلي:
أ- يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل.
ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاء في تطبيقه على مسألة من مسائله مشقّة ومخالفة لمصلحة العموم، يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب؛ بما تقتضيه المصلحة.

ج- يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية:

1- شرح المنتهى.

2- شرح الإقناع.

فما اتَّفَق فيه كلاهما فهو المتَّبَع، وما اختلفا فيه فالعملُ بما في المنتهى، وإذا لم يكن بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكمُ بما في شرحي الزاد أو الدليل، إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نصَّ القضية في الشروح المذكورة طلب نصّها في كتب المذهب المذكورة التي هي أبسطُ منها، وقضى بالراجح.

44 - تقنين الفقه في القرن العشرين: شهد هذا القرن نموًّا ملحوظاً في تقنين بعض الأحكام الفقهية، فأصدرت الدولة العثمانية "قانون حقوق العائلة" سنة 1917، الذي لم تقتصر أحكامه على المذهب الحنفي، بل أخذ في كثير من المسائل بفقه المذاهب الأخرى، ومنذ عام 1920 إلى عام 1929 صدرت في مصر قوانين تنظيم أحكام الزواج والطلاق، وفي عام 1943 أصدر قانون الموارد، وفي عام 1946 صدر قانون ينظّم أحكام الوقف وقانون آخر ينظم أحكام الوصية، وفي سوريا صدر قانون الأحوال الشخصية في سنة 1953: وفي المغرب صدرت مدونة الأحوال الشخصية في سنة 1957، وفي تونس سنة 1958، أعد قانون يشتمل على أحكام الهبة والزواج والطلاق والميراث والوصية، وفي عام 1959 صدر بالعراق قانون للأحوال الشخصية تمّ تعديله في عام 1963، ثم في عام 1978، أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد صدر في سنة 1976، كما صدر قانون الأحوال الشخصية الكويتي عام 1984.

أما في غير الأحوال الشخصية: فيحظى القانون المدني بأكبر نصيب من أحكام الفقه الإسلامي؛ إذ نجد هذا القانون يستمدُّ أكثر نصوصه مما جاء في الكتب الفقهية، كما هو الحال في قانون المعاملات المدنية السوداني، والقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أو يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي، فلا يأتي بنصٍّ يخالف حكماً مجمّعاً عليه في الشرع، كما هو موقف القانون المدني الكويتي، أو يقنن بعض أحكام الفقه في إطار قانوني يستمد معظم أحكامه من الفكر الغربي، كما هو الأمر في القانون المدني المصري والسوري والليبي والعراقي والمغربي والجزائري.

وفي مجال العقوبات الشرعية: لا نكاد نجد إلا قانون العقوبات السوداني وتشريعات الحدود الليبية، والمادة الأولى من قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة.

وفيما عدا ذلك من القوانين المطبقة في العالم العربي، لا نجد أكثر من ضلال باهتة لأحكام الفقه الإسلامي، تتلمس طريقها على وجل واستحياء، وسط الركام الكثيف من الأحكام الغربية.

محاولات قدرى باشا: لم تطبق مصرُ مجلة الأحكام العدلية؛ وذلك لإظهار استقلالها التشريعي عن الدولة العثمانية، ولهذا فوضت الحكومة المصرية إلى "محمد قدرى باشا" تدوين الأحكام الشرعية على المذهب الحنفي، فقام بوضع ثلاثة مشاريع قوانين:

الأول: في المعاملات المدنية بعنوان "كتاب مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان، في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان؛ ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية"، يتضمن 1045 مادة، وقد قام بشرحه: محمد زيد الإبياني ومحمد سلامة، ولكن لم يظهر منه إلا الجزء الأول في سنة 1908.

الثاني: "كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان". وقد قام بشرحه: محمد زيد الإبياني في ثلاثة مجلدات، وقفت على الطبعة الرابعة منه التي صدرت في سنة 1924.

وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم يُعتمد رسمياً، فإنه كان مرجعَ القضاة في المحاكم الشرعية بمصر وغيرها من البلاد الإسلامية.

الثالث: "قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف": وهو نموذج طيب يجمع أحكام الأوقاف على مذهب أبي حنيفة، ولكنه يؤدي في بعض المسائل إلى الحرج والإخلال بالمصلحة والبعد عن مسأيرة الحياة الحديثة.

51- مجلة الأحكام الشرعية: في حوالي سنة 1350هـ، وضع القاضي أحمد بن عبدالله القاري (ولد بمكة المكرمة سنة 1309 هـ، وتوفي سنة 1359 هـ) مجلة الأحكام الشرعية، مستمداً موادها من "شرح منتهى الإرادات" و"كشاف القناع" اللذين اعتمدهما الهيئة القضائية في سنة 1347هـ من بين كتب المذهب الحنبلي.

وقد صاغ القاري هذه المجلة على غرار مجلة الأحكام العدلية- المستمدة من الفقه الحنفي - والتي كان يقوم بتطبيقها في الحجاز إبان العهد الهاشمي، عندما كان أمين الفتوى بمكة المكرمة عام 1336هـ، وعضواً بهيئة التدقيقات الشرعية سنة 1339هـ.

ولما كان الرأي العام الفقهي يعارض فكرة تقنين الأحكام، فقد ظلت مجلة الأحكام الشرعية في طي النسيان قرابة نصف قرن، إلى أن حققها ونشرها في سنة 1401هـ الموافق 1981م: الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي.

52 - ملخص الأحكام الشرعية: في ليبيا قام الشيخ محمد محمد عامر بوضع قواعد فقه المذهب المالكي في المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية تحت عنوان: "ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك" ويمكن الاستفادة من هذا الملخص عند وضع القانون المدني الليبي الجديد الذي شرعت لجان خاصة في إعداده؛ ليكون استمداده من الفقه الإسلامي.

53 - محاولات الهيئات والمنظمات: تقوم بعض الهيئات العلمية والفنية بمحاولات جادة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي، وكذلك تفعل بعض المنظمات الإقليمية؛ من ذلك على سبيل المثال:

1- مَجْمَعُ البَحْوثِ الإِسْلَامِيَّةِ: أصدر مجمع البحوث الإسلامية في مصر مشروعًا متكاملًا لتقنين أحكام المعاملات في سنة عشر جزءًا لكل مذهب من المذاهب الأربعة أربعة أجزاء، وقد فُرنت كل مادة من مواد المشروع بتذييل توضيحي يبين المراد منها.

2- مجلس الشعب المصري: قام مجلس الشعب المصري بوضع مشاريع قوانين مدنية وجزائية مستمدة من الشريعة الإسلامية، بدون التزام مذهب فقهي معين، بل تأخذ أحكامها من فقه المذاهب الإسلامية - السنية والشيعة - بما يلائم ظروف العصر.

3- جامعة الدول العربية: بدأت لجان منبثقة من قرارات وزراء العدل العرب - منذ عام 1980 - بوضع قانون المعاملات المالية الموحد، تأسيسًا على أصول الشريعة وفقهها، دون التقيد بمذهب معين، واتخاذ نصوص مواد القانون المدني الأردني منطلقًا لهذا العمل، وقد تم في تونس إنجاز الباب التمهيدي ونظرية الالتزامات، وبدأ العمل في العقود المسماة، كما تم - في اليمن - إعداد مشروع قانون جزائي موحد له استمداد من الشريعة الإسلامية، أما مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد تم إنجازه وإقراره في الكويت.

4- مجلس التعاون لدول الخليج العربية: انعقد المؤتمر الأول لوزراء العدل والشؤون الإسلامية بدول مجلس التعاون في الرياض، يوم الأحد 25 صفر 1403 هـ الموافق 12 ديسمبر 1982م، للنظر في توحيد تشريعات دول المجلس، وكان من أهم القرارات التي توصل إليها المؤتمر أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع بما لا ينافي الاستفادة من مختلف الآراء والتجارب، ما دامت لا تتعارض مع الشريعة.

وقد وافق هذا المؤتمر على تشكيل لجنة من المختصين في الدول الأعضاء؛ لدراسة إمكانية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الأحوال الشخصية، والقوانين الجنائية، وفي مجال توحيد الإجراءات أمام المحاكم.

مزايا التقنين وسلبياته

01- مزايا التقنين

والتقنين بهذا المعنى لا يعدو أن يكون تشريعًا تقوم بوضعه السلطة التشريعية، وتنسب إليه كل مزايا التشريع

أ- فهو وسيلة متطورة لوضع القواعد الشرعية/ القانونية: لأن أفراد السلطة التشريعية بسنّ القوانين، وتخصصها في هذا المجال، يضيف على ما تقوم به من عمل طابع الدقة والتحديد، والتعمق والمقارنة، ومراعاة الظروف العامة والخاصة، والاستعانة بذوي الخبرة في الموضوع وفي الصياغة، واختيار أنسب الحلول، فلا توضع القاعدة الشرعية القانونية موضع التطبيق إلا وقد تحددت معالمها ووضحت أهدافها، وهذا يؤدي إلى استقرار المجتمع، وسلامة التعامل بين أفراد.

ب- وهو وسيلة فعالة: لما يتميز به من السهولة والسرعة في سن القواعد الشرعية/ القانونية، أو الكشف عنها في مكانها، وفي تعديلها - وفق الأصول المرعية - كلما دعت الحاجة إلى هذا التعديل، وفي إلغائها - إن كانت قاعدة اجتهادية - وهذه كلها عوامل تؤدي إلى مرونة التشريع ليكون صالحًا للتطبيق في كل زمان ومكان.

ج- وهو وسيلة لتوحيد القانون: إذ إن التشريع الذي يصدر عن سلطة عامة، أُحسِن اختيار أعضائها، في ظل رأي عامٍ مستنير يمكنه تقويم العوج، ويحسب حسابه عند اتخاذ أي موقف، ويؤدي إلى توحيد الأفكار والنظم المطبقة في البلاد، مما يحقق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع.

د- يترتب على التقنين: من الناحية العملية - تيسيرُ البحث عن الأحكام المتعلقة بموضوع معين، بعد أن جمعت كلها في كتاب واحد، ورُتِّبَت وبوّبَت، وهذا كما يفيد القضاة والفقهاء يفيد المتقاضين الذين تسهل عليهم معرفة التشريعات، بعد أن زال عنها الغموض وتعدّد الحلول في القضية الواحدة، مما يزيد ثقتهم بها

هـ- يترتب على تقنين أحكام الفقه الإسلامي: ضبط الأحكام الشرعية وبيان الرأي الراجح، فالقاضي يجد نفسه أمام حشد هائل من الآراء والأقوال، تتصارع داخل المذهب الواحد، وفيما بين المذاهب المتعددة، ولا يسمح له ضيق الوقت وكثرة المنازعات أن يميز بين الآراء المتعارضة، ويتعمق أدلتها ليختار الأرجح من بينها، يضاف إلى ذلك: أن أكثر القضاة المعاصرين لا تيسر لهم وسائل البحث في الفقه، ولا كيفية الوقوف على القول الراجح أو الرأي المعتمد في المذهب، أو الحكم المفتى به

و- يعتبر التقنين ضرورة ملحة في الدولة العصرية: وذلك بعد أن كثرت الوزارات والهيئات، وتشعبت المصالح والإدارات، فكان من البدهي أن تنظم أعمالها المختلفة بقوانين واضحة المعنى سهلة التطبيق

-02- سلبيات التقنين:

لم تمنع مزايا التقنين من ظهور مَن يُعارضه ويدعو إلى مقاومته، وذلك استنادًا إلى الحجج التالية:
أ- القانون - كاللغة - يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبيئة التي ينشأ فيها، وأنه لا بد من أن يتطور بتطور الجماعة، فإذا حُبس القانون في مدونة وصُب في قالب جامد شلت حركته، ومُنع من التطور وفقاً لتطور الجماعة.

ب- لن يكون تدوين التشريع في مصلحة العدالة؛ إذ إنه سيضع القاضي أمام تشريع جامد، يكون في الوقت ذاته ناقصاً؛ لأنه لا يمكن أن يكون قد اشتمل على كل شيء، وبذلك توجد حالات لم ينص عليها، وستعرض حالات جديدة لم تُدر بخلد المشرع وستكثر هذه الحالات كلما بعد العهد بالجماعة عنالوقت الذي فُين فيه التشريع، وكل هذا لا بد أن يُفضي إلى تحكّم القضاء

ج- إيقاف حركة الاجتهاد: إن القاضي أو الفقيه يكون عادةً أمام النص القانوني الموحد مقيداً، فلا مسأغ للاجتهاد في مورد النص، وحينئذ يقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة.

د- الإلزام برأي واحد: يتردد على الألسنة أن اختلاف الأئمة رحمة للأمة، فإذا صدر قانون أخذ برأي واحد، حسبما يرى من المصلحة الآتية، ربما وقع الناس في ضيق وحرَج؛ "إننا الآن بحاجة إلى استخراج الأحكام لما استجد من الأوضاع أكثر من الادعاء بتقنين جديد؛ فإن التقنين الجديد لا يُفيد شيئاً، بل هو ضرر عليها وعلى أمتنا.

فالشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، دون حاجة إلى وضعها في مواد، كما هو الوضع في الأنظمة أو القوانين الوضعية.

هـ- "إن القانون الإسلامي في الكتب الإسلامية، وكتب الفقه هذه كتب عربية، وجُمَلها عربية، وخطها عربي، فلا حاجة إذا لهذا التقنين الذي "سيخلق لدى الفُضاة نوعًا من التكاثر والالتكال على القانون المدوّن، دون تجشّم الرجوع إلى مصادر الفقه والتنقيب فيها عن الحكم ودليله، ومرجحات الأخذ بهذا الرأي دون غيره، مما يوسع أفق القاضي، ويجعله على صلة دائمة بالفقه وأصوله ومصادره"؛ "ولهذا كان الأصل في الشريعة أن يكون القاضي مجتهدًا، قادرًا على استنباط الحكم من أدلة الشريعة الأصلية، وإنما أفتى الفقهاء بقبول المقلد من باب الضرورة، نظرًا لعدم وجود المجتهد، فإذا لم يكن مجتهدًا، فعلى الأقل يكون ممن يُمكنه الاختيار والترجيح".

- **الرأي المختار:** لم يعد لِنَقْد التقنين محلُّ إزاء تشابك المشكلات اليومية وتعدُّدها وتعقُّدها، حتى أصبح "التخصص الدقيق" إحدى سمات العصر، مما زادت معه الحاجةُ إلى تجميع القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة، تيسِّر على الباحث معرفة ماله وما عليه، سواء أكان فقهياً أم قاضياً، أم كان دارساً أم كان من عامّة الناس.

محاضرة: اتجاهات تقنين الفقه الإسلامي

أولاً- الاتجاه الفقهي: ويقصد بهذا الاتجاه أن التقنين يصاغ من الفقه ابتداءً، بحيث ينطلق المقنن - سواء كان فرداً أو لجنة من الفقه، ذاته، وذلك بالاعتماد على مصادره وشروحاته، والبناء على أصوله وقواعده، والالتزام واصطلاحاته، والسير على طرائق الفقهاء في الترتيب العقلي المنطقي للموضوعات و توليد بعضها من بعض.

ويتعلق بهذا الاتجاه مجموعة من المسائل التي ربما جرى الخلاف في بعضها، ويمكن تلخيصها في النقاط الآتية :

- المسألة (1) التلفيق بين المذاهب في التقنين:

والتلفيق قد عرف بتعريفات كثيرة، نذكر منها بأنه: "الأخذ بقول أكثر من إمام أو مذهب سواء في جزئيات المسألة الواحدة أو في المسائل المختلفة".

وقد اختلف فيها الفقهاء بين المنع المطلق، والتجوز المطلق، والتجوز المقيد بشروط، من أهمها ألا يفضي إلى تقويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها، كالذي يكون قائمة على التشهي وتتبع الرخص.

والمشاهد في الواقع العملي أن الهيئات واللجان المخولة بتقنين الأحكام الشرعية تأخذ بالتلفيق والتخير من المذاهب المختلفة، بما تراه أرجح دليلة وأوفق بحاجات الناس ومصالحهم وفق مقاصد الشريعة وقواعدها ونظرياتها الحاكمة ومعاهد الإجماع فيها

نتيجه:

ينبه الكثير من الفقهاء - على أن يتجرد مدونو التقنينات الشرعية عن تلقف الضعيف والمهجور والشاذ من الأقوال؛ لأجل مصلحة موهومة، أو تصنع موافقة قانون وضعي مخالف لقواعد الشرع، وإنما الواجب الانقياد لمحکمات الشريعة، والترجيح في مسائل الخلاف السائغ حسبما

تقتضيه قواعد الترجيح التي بينها العلماء في مباحث أصول الفقه ، مع مراعاة مصالح الناس التي تشهد الشريعة لمثلها بالاعتبار ، وألا يخضعوا لضغوطات السياسة ولا العامة ، فإن الشريعة حاکمة على الجميع .

-المسألة (2) النوازل الجديدة:

مع تطور الحياة في العصر الحديث جدت أوضاع وأحوال لم يتطرق إليها الفقهاء في مصنفاتهم، غير أن في قواعد الشريعة ومبادئها ونظرياتها مفرعة للجان التقنين عن التطفل على التقنيات الأجنبية ، مع إمكان الإفادة منها في صياغتها وتقسيماتها وموضوعاتها، والأخذ بما كان صالحا من موادها متى استقامت على قانون الشريعة ونظامها.

-المسألة (3) مصطلحات التقنين:

الواجب في مدونات التقنين الشرعية أن تلتزم المصطلحات الفقهية بمعانيها الثابتة لها عند الفقهاء دون المصطلحات القانونية، فإن المصطلح الواحد ربما اختلف معناه الفقهي عن معناه القانوني، كمصطلح الالتزام ومصطلح الفضالة وغيرهما.

- المسألة (4) مرجعية التقنين ومصادره:

ينبغي عند صياغة التقنين أن يربط بمصادره الشرعية ومرجعياته العليا لتي تسبغ عليه صفة المشروعية وتكفل له مرجع تفسيرية متى جرى الخلاف في فهمه، وذلك ما تتكفل به المذكرات الإيضاحية، بذكر الدليل الشرعي لكل مادة من نص أو قياس أو مصلحة أو غير ذلك، وبذكر وجه اختيار الحكم والمراجع التي نقل منها، وبذكر ما تدعو الحاجة إلى ذكره مما يختلف من مادة إلى أخرى، كذكر مصطلح قانوني مقابل، أو ذكر رأي مخالف في لجنة التقنين، أو غير ذلك .

- المسألة (5) ترتيب المواضيع الفقهية:

مما ينبغي كذلك عند صياغة التقنينات الشرعية أن يلاحظ الترتيب الفقهي لموضوعات الفقه ومشتملاته، وليس المقصود بذلك الترتيب العلمي الذي تختلف المذاهب فيه تقديم وتأخيرة وضمة وإفرادا، بل المراد الترتيب العملي المنطقي الذي يحكم تولد الموضوعات من بعضها على نحو يكشف النظام الذي يحكم الفقه بعامة ويشكل نظرياته الأساسية، ويبين مقاصد كل شعبة من شعبه، ويشرح القواعد الحاكمة لكل مجال من مجالاته بحيث لا تخرج الأحكام التي تجتهد فيها لجان التقنين عن نظامه.

-المسألة (6) القواعد الكلية والمسائل الجزئية :

من الاعتبارات الواجبة في التقنين الإقتصار على القواعد الكلية والمبادئ العامة دون تطرق للتفصيلات الجزئية ،بالإضافة الى هجر القواعد الجامدة إلى المعايير المرنة ما أمكن ؛لأجل تخويل القاضي سلطة وضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية .

02- الاتجاه القانوني

والمراد بهذا الاتجاه أن يعمد إلى القوانين الوضعية القائمة فتنسب إلى الشريعة الإسلامية متى كان ثمت وجه لإلحاقها بها.

ومما لا ريب فيه أن هذا النهج نهج معيب من الناحية الفقهية ، ومن الناحية القانونية ذاتها، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولا : هذا النهج معيب من الناحية الفقهية لأمر من أبرزها:

لا بد أن ينطلق التقنين الشرعي من الفقه ذاته، بحيث يكون صادرة عن كلياته ومبادئه ونظرياته، فإن الفقه ليس أحكاما متضاربة، بل نظام متسق يشهد بعضه لبعض، وتتصل أجزاؤه وتتعاقد بحيث تغدو بناء تشريعية محكمة يشد بعضه بعضا، فالأحكام التي يتضمنها باب من أبوابه تفسر وتؤيد أحكامه الأبواب أخرى، فأبواب النفقات متصلة بأبواب المواريث، وأبواب العبادات لها تأثير في أبواب البيوع، ومن ثم فالفقه الإسلامي والقانون الوضعي يقوم كل منهما على فلسفة مختلفة، فإن للفقه طبيعته ومزاجه الذي يفارق به سائر القوانين الوضعية. وفي جعل القانون أساسا تخرج أحكامه على اختلافات الفقهاء إخلال باعتدال الشريعة واتزانها، وفيه إخلال بالمرجعية التي تكفل له قاعدة الاتباع بين الشعوب المسلمة.

أحكام الشريعة لا تقوم على المصلحة وحدها، فالمصلحة بحد ذاتها ليست دليلا مستقلا، بل هي دليل تكميلي، لا يعتمد على العقل وحده في تقديرها بل ينبغي أن يكون لها أصل شرعي تستند إليه، فالأصل في الأحكام الشرعية أن تبنى على نصوص الشارع، والعقل آلة في فهمها والبناء عليها وتحقيق مناطاتها ، بينما يراد لهذه التقنيات أن يكون أساس ابتنائها على دليل المصلحة وحده، إلا أن الكثير من المصالح التي تبنى عليها هذه التقنيات التي يراد نسبتها إلى الشريعة مصالح موهومة و غير متحققة .

ثانيا : هذا النهج معيب من الناحية القانونية:

حيث إنه مخالف لقواعد الصياغة ومعارض الأصول الفن التشريعي في استمداد القانون وفلسفته ومراجعة التي يكون إليها الرجوع في التفسير عند الخلاف في التطبيق، والتي ستكون مترددة بين التقنيات الوضعية والمصادر الفقهية.

الترجيح:

الاتجاه الفقهي هو الطريقة المثلى في صياغة التقنين، وهي التي جرت عليها أشهر التقنيات الشرعية، مجلة الأحكام العدلية، وتقنيات قدري باشا، ومجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، وغيرها. ومع ذلك فربما قامت بالناس حاجة الى الاتجاه القانوني ، وذلك أنها ربما كانت مرحلة عند أصحابها إلى التحلل من التقنيات الأجنبية، حسب المسوغات التي يذكرها الفقهاء المعاصرون للتدرج في تطبيق الشريعة، وهي خير من ترك الأمر على ما هو عليه متى صاحبته العزيمة على استبعاد ما كان مخالفا للشريعة من الأحكام القائمة.

محاضرة : منهج التقنين الفقهي

يقصد بمنهج التقنين الفقهي ،أفضل السبل التي تتبع في عملية التقنين ،والتي تركز أساسا على الجهة المصدرة له ،والخطوات المنهجية العملية ،ثم موضوع التقنين.

أولاً: الجهة المُصدرة للتقنين:

استقر العمل منذ صدور مجلة الأحكام العدلية العثمانية، وإلى يومنا هذا على أن يقوم بهذا العمل، وعلماء القانون الذين لهم دراية، بالمناهج العلمية المختلفة، يقول الشيخ أحمد محمد شاكر: "يسند ذلك إلى لجنة قوية من أساطين رجال القانون، وعلماء الشريعة، ويجب أن تكون موفورة العدد، يكون منها لجنة عليا تضع الأسس، وترسم المناهج، وتقسّم العمل بين لجان فرعية، ثم تعيد النظر فيما صنعوا ووضعوا لتنسيقه، وتهذيبه... حتى إذا ما استقر الرأي عليه عرض على السلطات التشريعية لإقراره، وإصدار القانون للعمل به".

وهذا ما طبقتّه جميع الدول العربية، وخاصة منها الجزائر التي أسندت جهة تقنين قانون الأسرة في سنة 1984 إلى أعضاء المجلس الأعلى الإسلامي، وإلى ثلثة من القضاة، وعلماء القانون. وعليه يمكن القول بأن هذه المهمة النفيسة لا يجوز أن يتصدر لها فرد واحد، وأن يتوفر في الأعضاء شرط الاجتهاد، والإلمام بالمناهج القانونية المعاصرة، والمجالات العلمية الحديثة.

ثانياً: الخطوات المنهجية العملية التقنين :

لا يمكن لأي لجنة أن تفلح في عملها ما لم تتبع هذه الخطوات المنهجية، والتي من أهمها :

01 - التبويب: يقصد به تصنيف الأحكام المستخرجة من بطون الكتب الفقهية إلى

أبواب، وفصول، ومباحث وهكذا. حيث يشترط أن يكون العمل علمياً يوافق ما اتفق عليه علماء المنهجية، ونرى بأن ذلك لا يتحقق إلا ب:

أ - أن يكون التبويب متماسكاً ومنطقياً، ويتم هذا إذا ما روعي فيه تبيان الأهمية العلمية لهذه الأحكام، واجتناب إظهار الجانب النظري للأحكام.

ب: تنظيم الأبواب والفصول بحسب ورودها في المؤلفات الفقهية الأصلية، لأن التبويب الحسن يعين على الفهم والاستيعاب، ومن الأحسن أن يتقدم - يتصدر - جميع الأبواب بابي تضمن القواعد العامة، وذلك مثلما قامت به اللجنة المؤلفة للمجلة العثمانية، وفي ذلك تسهيل على القضاة، وربط للأحكام بالأصول الفقهية .

هذا ولا شك أن حسن التبويب يترتب عليه - كما قال "السنهوري" - "عدة محاسن والتي منها:

- غلبة الروح العلمية على الروح العملية، والفقهية، ويتحقق هذا بتجنب ذكر الأمثلة، والأسباب والتعليل والتعريفات، والتقسيمات الفقهية .

- تجنب الإحاطة بكل الجزئيات؛ لأن ذلك من مهمة الفقهاء والقضاة

02-الأسلوب: يقصد به تقنين الأحكام بألفاظ سهلة لا تعلق على إدراك المثقفين، ولا تنبو عنها أدواق المتخصصين بحيث يمكن فهمها دون اللجوء إلى التأويل، وهذا لتفادي ما وقعت فيه المجلة العثمانية).

03-المصطلحات: اتفق جمهور الباحثين على وجوب اعتماد المصطلحات الفقهية التي درج عليها المتقدمين في كتبهم

ثالثا: موضوع التقنين: ويقصد به أمران:

أ- مجال التقنين: هو المعاملات فقط؛ ذلك لأن التقنين هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم فقط، وعليه فهو لا ينظم علاقاتهم مع ربهم؛ لأن هذه العلاقة ليست اجتماعية؛ وإنما هي علاقة تعبدية محضة لا يصح تقنينها على اعتبار أن أحكامها ثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيها.

ب- مصدره: يقصد به المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية المقننة وهي القرآن لكرام، والسنة النبوية الشريفة وإجماع الصحابة، وفتاويهم، والقياس الجلي الصحيح على كتاب الله وسنة نبيه " صلى الله عليه وسلم"، مع جواز الرجوع إلى المصادر الفقهية التي ألفها المتقدمين لاختيار الرأي الراجح وذلك بعد المقارنة بين أقوالهم.

ضوابط التقنين: أقصد بالضوابط تلك الأسس التي تجعل الأحكام الشرعية المقننة ملزمة للمسلمين؛ لأن الصياغة لا تكفي وحدها لتحقيق هذا المقصد النبيل، وعليه يمكن تلخيص هذه الضوابط في:

01- أن تكون الشريعة مصدرا للتقنين: بمعنى أنه لا يجوز أن يخرج المقنن عن المصادر المعروفة للشريعة الإسلامية، وإلا بطل عمله، ويترتب على هذا الضابط وجوب احترام المسلمين لجميع التقنيات التي تصدر عن اللجنة المكلفة بذلك، وهو ما يعرف في القوانين الوضعية بمبدأ المشروعية.

02- يجب مراعاة مقاصد الشارع من التشريع: أن ديننا الحنيف قد انبنى على رعاية المقاصد بأنواعها الثلاثة، من ضروريات (حفظ الدين، و النفس، والعرض، و المال، والعقل)، ومن حاجيات، وتحسينيات. لهذا يجب على المقنن أن يحترم هذه المقاصد جميعها ويحرص دائما على جلب المصلحة، ودفع المفسدة.

03-مراعاة العرف: يقصد بالعرف هنا ما سار عليه الناس من قول أو فعل، أو ترك ما لم يخالف دليلا شرعيا ولم يحل حراما، ولم يبطل و اجبا، ويتفرع عن هذا الضابط المبادئ التالية:

- العادة محكمة.

- الحقيقة تدرك بدلالة المادة.

- العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

عناصر التقنين:

يقوم التقنين على عنصرين اساسين :

01-الإلزام :وذلك بجعل الأحكام الشرعية المقننة ملزمة للقضاء ،بأن يصبغها ولي الأمر بالصفة الرسمية ،ويكسبها قوة الإلزامية.

02-الإيجاز والإجمال :وهذا ما يميز الأحكام المقننة عن الأحكام الفقهية ؛التي تقوم على الشرح والاطناب والتوضيح بالأمثلة ،وهذه الخاصية تسهل على القاضي الرجوع إليها ،والإشارة لها بأرقامها دون ذكر نصوصها ،فتكون أحكام كل موضوع من الموضوعات عبارة عن مواد موجزة مرقمة مادة بعد أخرى

مما تقدم يتبين بأن عملية تقنين الأحكام الشرعية لا يمكنها أن تكتسب **الصفة الإلزامية** إلا إذا تقيدت بمنهج واضح ومحدد، و التزمت بضوابط معينة.

محاضرة: أثر التقنين في تجديد الفقه و تطوريه

مما لاشك فيه أن لتقنين الأحكام الشرعية أثر ظاهر في تجدد الفقه وتطوير أساليبه وصياغته، ومن هذه الآثار ما هو عائد إلى الناحية الشكلية، ومنها ما يعود إلى الناحية الموضوعية، ومن أبرز هذه الآثار ما يأتي:

01-ترتيب المادة الفقهية :

لتقنين الأحكام الشرعية أثر في ترتيب المادة الفقهية وتنظيمها بما يلائم الأساليب والتراتب والصيغات الحديثة؛ فإن الكثير ممن يبتغون الإفادة من المدونات الفقهية - لاسيما غير المتخصصين - يعجزهم عن تمام ذلك اختلاف ترتيباتها، ووعورة طائفة من اصطلاحاتها، بالإضافة إلى الصعوبة التي تعترض فهم جملة من أساليبها ويطول الجدل حول فهم مغزى كلمة ،كان الأولى أن تبذل الأوقات في حسن صياغتها وأدائها. وقد أثبتت بعض التقنيات الشرعية الحديثة . كمجلة الأحكام وغيرها . أنه من الممكن الإفادة من الصياغات القانونية الحديثة مع استصحاب الدقة التي تمتاز بها عبارات الفقهاء. حتى لقد بات الاطلاع على الأحكام الشرعية ميسورة للخاصة والعامة بعبارات لا خفاء فيها ولا التباس.

02- إمداد الفقه المعاصر بدراسات موسعة

عند وضع تقنين ما، فإنه سيكون مسبوقة دراسات مستفيضة وأعمال تحضيرية حول موضوعه ومواده؛ من أجل التوصل بالدراسة والترجيح إلى الأصلح والأنسب منها، كما سيكون متبوعة بمذكرات إيضاحية وشروحات وتعليقات واعتراضات وجوابات عامة وخاصة، مما سيكون له أثره الكبير في إمداد الفقه المعاصر بدراسات موسعة يمكن الرجوع إليها من قبل الباحثين والمتخصصين والمعتنين بشأنها ولو نظرنا - على سبيل التمثيل - إلى ما صنف حول مجلة الأحكام العدلية من دراسات لأحكامها ونظرياتها، ومن وضع المداخل إليها، ومن شروحاتها أو شروحات قواعدها، لاستبان لنا أن ما يقال من حجر تقنين الأحكام على حركة الفقه والاجتهاد ليس بالأمر المسلم به عند التحقيق .

03- تيسير عقد الموازنات بين الشريعة والقانون

إن تدوين الفقه على صورة قانون محدد ومفصل وواضح المعالم من شأنه أن يسهل إجراء المقارنات على وجه يمكن به الحكم على التقنيات الأخرى ومدى إمكان الإفادة منها. وفي ذلك إثراء للساحة الفقهية بالدراسات المقارنة التي كان في التقنين سبيل إلى تيسيرها.

04- اثر الفقه الإسلامي المعاصر بحركة اجتهادية

عند تدوين التقنيات من فقه الشريعة فإن ذلك يستدعي الخوض في أحكام وأسماء ونظريات لم يسبق للفقهاء الكلام فيها مما أفاضت القوانين الوضعية الحديثة في تقسيمه وترتيبه والتفصيل فيه، الأمر الذي سيثري الفقه الإسلامي المعاصر بحركة اجتهادية يتطلبها بيان أحكام ما يناظر هذه الأحكام والنظريات والاصطلاحات في الشريعة الإسلامية، حتى لقد غد ظهور (مجلة الأحكام العدلية) حد فاصل وحدثا مهما في تاريخ الفقه؛ بما أحدثته من أثر كبير في الدراسات الفقهية التي أعقبتها ..

05- مراجعة المدونات الفقهية:

أسهمت حركة التقنين المعاصرة في مراجعة المدونات الفقهية المطولة لأجل الإفادة منها واستخراج ما فيها من كنوز تشريعية وثروة فقهية، وقد كان لذلك أثر كبير في تعريف القانونيين المسلمين وغيرهم بنفائس التشريع الإسلامي.

06- تنقيح المسائل الفقهية:

كان لحركة التقنين أثر في تنقيح المسائل الفقهية واستبعاد ما كان مستغربا وشاذة من الاجتهادات وغير متفق مع الأصول الفقهية المعتمدة، مما قد يؤدي إلى تناقض الأحكام وتعارضها، وذلك ما يبتغي بالتقنين إزالته ورفع.

محاضرة: نماذج عملية للتقنين الفقهي في مجال المعاملات والأحوال الشخصية

أولا: في مجال المعاملات: مجلة الأحكام العدلية العثمانية تعد هذه المجلة أول تقنين رسمي للأحكام الشرعية العملية، وللوقوف على أهميتها يحسن بنا التعرض بالشرح للعناصر التالية:

01 - سبب تأليف المجلة: بالنظر إلى الظروف التي أنشئت فيها هذه المجلة يظهر بأن ثمة أسبابا دعت إلى سنها، نذكر منها أمران :

أ- تنامي الدعوة إلى الإصلاح في أوروبا:

لقد تميز القرن التاسع في بداياته بالدعوة إلى تدوين القوانين في أوروبا، وخاصة بعد تدوين القانون المدني الفرنسي، الذي تأثر به العثمانيون، فكان ذلك دافعا للمطالبة بالإصلاح، مما ترتب عليه ظهور تغير في المنظومة القضائية العثمانية حيث برز في القضاء الشرعي ازدواجية المحاكم والقضاء، وتأسس القضاء النظامي إلى جانب القضاء الشرعي، فصدرت بذلك إرادات سلطانية في بعض المسائل الفقهية كمنع سماع الدعوى مع مرور الزمن، وعدم نفاذ وقف المدين بالقدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله .

ب- إنشاء المحاكم النظامية:

تعمدت السلطة العثمانية إنشاء محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية، فوضت لها بعد ذلك النظر في مختلف الدعاوي التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية، ولأجل التسهيل على قضاة هذه المحاكم الذين لم يكن باستطاعتهم أخذ الحكم الفقهي من الكتب الفقهية، دعت الحاجة إلى تجميع الأحكام الشرعية المدعمة بالأقوال القوية المعمول بها، فصدرت إرادة سلطانية بتكوين لجنة من مشاهير العلماء لتقنين هذه الأحكام على شكل قانون عام، وكان ذلك في عهد السلطان الغازي "عبدالعزیز خان العثماني" حيث ابتدأ عملها رسميا عام 1286هـ 1989م وانتهى أواسط عام 129هـ 1876م وكتبت أولا باللغة التركية ثم ترجمت إلى العربية.

02- التعريف بالمجلة : مجلة الأحكام العدلية العثمانية : هي مجموعة الأحكام الشرعية المتعلقة بقسم المعاملات دون العبادات، ألفها أصحابها من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي غير ملتزمين بالقول الراجح في المذهب، وإنما بالقول الذي يوافق حاجات العصر تيسيرا، وتخفيفا على الناس، والدليل على ذلك أنك تجدهم في بعض الأحيان لا يلتزمون بالمذهب الحنفي وإنما يأخذون بقول أحد أئمة الإسلام سواء كان من أئمة المذاهب الأربعة أو من غيرهم.

03- ترتيب المباحث:

رتبت مباحث المجلة وفق منهج الكتب والأبواب الفقهية التي درج عليها الفقهاء المتقدمون إلا أنها ميزت فصلت -بينها ب مواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها فجاء مجموعها في ألف وثمانمائة وإحدى وخمسين مادة (1851مادة)

04- محتواها :

الناظر في مضمون هذه المجلة يجد بأن أصحابها اتبعوا في تبويب وتنظيم أحكامها نفس المنهج الذي اتبعته القوانين الوضعية الحديثة، حيث قسمت إلى أبواب، وفصول، وأقسام، لكنها تختلف عنها بذكر بعض الأمثلة والتفسيرات في متن المواد ليسهل فهمها وتطبيقها، كما احتوت أيضا على تسع وتسعين قاعدة فقهية (20) وستة عشر كتاب تعالج جميعها المعاملات المدنية والتجارية والأحكام القضائية.

05- مزايا المجلة :

لقد كان صدور المجلة على شكل مواد قانونية فتحا جديدا في تاريخ الفقه الإسلامي ، فأصبحت منظمة مقننة أحسن تقنين ملزمة للأفراد، وللقضاة، بحيث لا يجوز لهم أن يحكموا بغير مانصت عليه إلا إذا لم يجدوا فيها ما يحكمون به.

وقد تميزت المجلة بوضع مقدمة عامة بمائة مادة ، وتصدير كل فصل و كل كتاب بتمهيد ، مع تقديم أمثلة لمزيد شرح المادة، والإسهاب في ذكر التعريفات ، ورد المباحث، والفروع إلى مناسباتها، ومطابقتها .

كما قسمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية ، وفرعية كالتعريفات ، والشروط والأحكام ، وميزتها بفصول مضبوطة محددة ، وألحقت كل مسألة بموضوعها ، وبهذا يمكن القول أن هذه المجلة هي بحق أول تقنين في العالم الإسلامي بالمعنى القانوني؛ لأنها اكتسبت صفة الإلزام بصدورها من قبل الدولة وعليه يكون ماسبقها مجرد تأليف علمي حر .

ثانيا - التقنين الفقهى فى الجزائر

الناظر في محتوى المنظومة القانونية الجزائرية بقسميها العام والخاص ، يجد بأن المشرع الجزائري قد اعتمد بالأساس على المدونة الفرنسية وعلى الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه المختلفة وخاصة فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأسرة التي استنبط أحكامها من المذهب المالكي بشكل أساسي مع أخذه ببقية المذاهب في بعض المناسبات .

وللوقوف على هذه الحقيقة نقدم نماذج لدور الأحكام الشرعية في إثراء هذه المنظومة.

01- دورها فى إثراء القانون المدنى:

الدارس لهذا القانون يجد بأن المشرع الجزائري قد أثرى نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية المقننة وذلك في الكثير من الحالات أذكر منها على سبيل التمثيل :

أ-أخذه بنظرية التعسف في استعمال الحق : لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية وخصص لها المادة 41 ق م وجعل

لها تطبيقات في العديد من المواد والتي من أهمها المادة 343 ق م، والمادة 534، وغيرهما من النصوص التي تشرحها.

الحق أن المشرع الجزائري قد أخذ أحكام هذه النظرية من نصوص القرآن، ومن مختلف القواعد الفقهية الكلية كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "المشقة تجلب التيسير" والقواعد الجزئية المندرجة تحتها وهي جميعها مبحوثة في كتب القواعد الفقهية.

ب-الأخذ بالإرادة الظاهرة: بالنظر في نصوص القانون المدني وخاصة منها المادة (62) نجد المشرع الجزائري قد اعتمد إلى جانب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة في إبرام العقود، وهو بهذا يكون قد وافق المذهب الحنفي والشافعي وخالف المذهب المالكي والحنبلي لأنهم لا يعتقدون بها وأخذ أيضا بهذه النظرية في العقود غير الواضحة، وهذا ما يستشف من نص الفقرة الثانية من المادة 112 م حيث نصت على أنه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة الواردة في بعض العقود فيغير مصلحة أحد أطرافها وهذا يستدعي العمل بالإرادة الظاهرة.

ج-الأخذ بنظرية الظروف الطارئة: استفاد المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في الأخذ بهذه النظرية التي تقضي بأن التزام المدين لا يئته عند وقوع حادث طارئ لم يكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، والذي يترتب عليه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد حيث لا يجعل تنفيذ المدين مستحيلا، وإنما مرهقا له، فيتدخل القاضي لتعديل العقد، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

د-الأخذ بنظرية "الإرادة المنفردة": إضافة إلى النظريات السابقة نجد المشرع الجزائري يأخذ أيضا بنظرية الإرادة المنفردة التي تبنتها الشريعة الإسلامية كمصدر للالتزام والمستنبطة من قوله تعالى: ((قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)) سورة يوسف.

هـ - تبني المشرع الجزائري في المادة 352 م خيار الرؤية : متبعا في ذلك الشريع الإسلامية، ومخالفا للقانون الفرنسي الذي لم يأخذ بهذا المبدأ، واعتبر في المادة 408 م أن بيع مريض مرض الموت يدخل في حكم الوصية، وهو بهذا يوافق الشريعة الإسلامية ويخالف القانون الفرنسي، ورتب للجار، ولمالك الحائط في المادتين 691 و 704 التزامات كثيرة أخذا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية فقط، وجعل الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية كما دلت على ذلك المادة 794، وهو بهذا يكون قد أخذ بالنظام الإسلامي الذي لاتعرفه المنظومة الغربية.

هذه إذا عينة من بعض الأحكام التي استمدها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية.

02-إثراء الأحكام الشرعية لقانون الأسرة

الناظر في محتوى قانون الأسرة الجزائري الذي صدر في 9 رمضان 1404 هـ الموافق، ل9 يونيو 1984 يجد بأن أغلب أحكامه قد قننت بالاعتماد على الأحكام الشرعية التي تضمنتها المذاهب الفقهية الأربعة، وخاصة منها المذهب المالكي الذي كان سائدا في البلاد الجزائرية قبل صدوره. وقد بوب المشرع الجزائري هذه الأحكام في أربعة كتب موزعة على مائتين وأربع وعشرين مادة، وفي ما يلي ملخص لمضامينها:

-مضمون الكتاب الأول:

جعله للكلام عن أحكام الزواج والطلاق، ولذلك قسمه إلى بابين، حيث عالج في الأول الأحكام المتعلقة بالخطبة، وبأركان الزواج، وموانعه، وحقوق، والثاني جعله لتوضيح مسألة انحلال عقدة الزواج أو ما يعرف بالطلاق، فتكلم عن تعريفه وعن إثباته وعن آثاره .

-أما مضمون الكتاب الثاني:

فقد جعله للكلام عن الولاية الشرعية التي تضمنت العديد من المباحث مثل: الولاية والوصاية، والتقديم، والحجر، والمفقود والغائب، والكفالة.

وَأما مضمون الكتاب الثالث :

فقد تناول فيه الميراث حيث بين فيه أسبابه وشروطه، ومن يستحقه، ومن لا يستحقه وأصناف الورثة ومسألة التنزيل، والمسائل الخاصة كالأكدرية، والمشاركة، والباهلة ثم ختمه بالكلام عن قسمة التركات.

-وأما مضمون الكتاب الأخير :

فقد أبان فيه التبرعات، ولخصها في الهبة، والوصية، والوقف .

ثم في آخر هذه الكتب الأربعة ختم المشرع هذا القانون بأحكام عامة أشار فيها إلى أن هذا القانون يطبق على جميع المواطنين الجزائريين، وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني. (12) كما نبه أيضا إلى وجوب اللجوء إلى أحكام الشريعة فقط في حالة انعدام النص في هذا القانون (المادة 222).

علاقة تقنين الفقه الإسلامي بظاهرة المختصرات الفقهية

أولا: تعريف الاختصار:

الاختصار في اللغة: اختصار الكلام في لسان العرب: إيجازه، والاختصار هو تقليل اللفظ مع استبقاء المعنى، قال الخليل بن أحمد: " هو ما دل قليله على كثيره". وفي الاصطلاح ذكر النووي أن الاختصار: "معناه عند الفقهاء رد الكثير إلى القليل، وفي القليل

معنى الكثير، وقيل هو إيجاز اللفظ مع استيفاء المعنى".

أما الحطاب فعرفه بقوله " : هو ضم بعض الشيء إلى بعض للإيجاز وهو إيراد المعاني الكثيرة بألفاظ قليلة".

ثانياً: أوجه التشابه بين المختصرات الفقهية والتقنين يمكن رصد ما تتفق فيه المختصرات الفقهية مع التقنين

وما يختلفان فيه في النقاط الآتية:

من حيث الصياغة: كلاهما صياغة للفقهاء في عبارات موجزة مختصرة بعيدة عن التطويل والتكرار خالية من الأدلة وأوجه الاستدلال، والخلو من الاستطرادات والتفريعات الكثيرة مع تجنب الاختلافات والأقوال المختلفة سواء داخل المذهب أو خارجه - إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى من الصياغة؛ من ذلك أن التقنين تصاغ فيه الأحكام بعبارات أمرية دالة على الإلزام بخلاف المختصرات.

من حيث الثمرة والفائدة: كلاهما من وسائل تقريب الفقه وتيسير الاطلاع على الأحكام بأقرب طريق - إلا

أن مقاصد التقنين غير مقاصد المختصرات ، فإذا كان المقصد الأصلي من التقنين توحيد الأحكام والإلزام

القضاة بالحكم ، مع ما ذكرناه من مقاصد التقنين وفوائده فإن مقاصد المختصرات تتمثل في:

1- تيسر حفظ الفقه، واستحضار مسائله، فإن المطولات يصعب حفظها أو يتعذر.

2- تقريب المذهب من طلبة العلم، وتمكينهم من الاطلاع على فروعها من أقرب طريق.

3- اجتناب التكرار والتطويل، والاقتصار على ما لا بد من معرفته.

4- الاقتصاد في الوقت.

5- ضبط الآراء والأقوال في المذهب، وحذف الأقوال الشاذة وتصحيح النقول -

6- المختصرات جامعة لما تبعث في الدواوين الفقهية ولم لشتات، كما أنها تحفظ نقولاً من مؤلفات لا يمكن الاطلاع -

من حيث الموضوع والمباحث: المختصرات الفقهية وتقنين الفقه الإسلامي كلاهما يشتمل على مسائل الفقه ومباحثه المستمدة أحكامها من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم والمستنبطة منهما بأدوات الاجتهاد والأصول والأدلة المقررة في أصول الفقه، إلا أن المختصرات أوسع وأشمل من حيث المباحث، فهي تحوي جميع أبواب الفقه المدونة في المطولات بصيغة موجزة مختصرة، أما التقنين فمجاله أبواب الفقه غير العبادات، أي يخص المعاملات والجنايات والأقضية والشهادات ---

من حيث تاريخ الظهور: ظاهرة المختصرات متقدمة في نشأها وظهورها حيث نشأت مع نشأة

المذاهب الفقهية لكنها نمت وتطورت شأنها شأن عامة مناهج التأليف، أما التقنين بالمعنى

الاصطلاح الذي حددناه فلم يبرز للوجود إلا في عهد الدولة العثمانية -
من حيث المذاهب المعتمدة في الاختصار والتقنين: الأصل في المختصرات أن تكون مذهبية،
خالية من الاختلافات الفقهية، إلا ما استثنى ككتاب "القوانين الفقهية" - لابن جزى فإنه في
المذهب المالكي، ورغم اختصاره وصغر حجمه إلا أن صاحبه نبه فيه على غيره من المذاهب
وسمّاه: "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية
والحنبلية"، أمّا التقنين فالأصل فيه أن يؤخذ فيه بالرأي الراجح والمحقق للمصلحة الشرعية
والموافق لمقاصد الشريعة الإسلامية من أي مذهب كان هذا الرأي، وهذا ما أوصى به العلماء
القائلون بالتقنين، فالحق ليس محصوراً في جهة واحدة، ولأن الاختصار على المذهب الواحد يوقع
في الحرج والضيق، وهذا يتنافى مع المصلحة المقصودة من التقنين -
تلكم بعض أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما، ويبقى أن نقرر أن العلاقة بينهما تتمثل في
الآتي:

تعد المختصرات الفقهية من أهم مصادر تقنين الفقه الإسلامي إلى جانب المدونات الأخرى من
مطولات
وحواشي وشروح -

وكانت ظاهرة الاختصار التي نشأت قديماً ثم نمت وانتشرت في القرون المتأخرة عاملاً مساعداً
لعملية تقنين
الفقه الإسلامي، حيث مهدت من خلال صياغتها المختصرة إلى ظهور صياغة أكثر تطوراً
وهي العبارات
الأمرة الدالة على الإلزام ووجوب التنفيذ، وعليه فإن تقنين الفقه الإسلامي يعد مرحلة متطورة
بالنسبة
للمختصرات الفقهية -

المحاضرة: علاقة تقنين الفقه الإسلامي بالقواعد والضوابط الفقهية

أولاً: تعريف القاعدة الفقهية:

القاعدة في اللغة: يراد بها الأساس والأصل، نقول قاعدة البناء بمعنى أساسه وأصله، ومنه قوله
تعالى: ﴿وَإِذ يَرْفَعُ

إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلَ﴾ سورة البقرة 127، وقوله تعالى: ﴿فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ

الْقَوَاعِدِ﴾ سورة

النحل/ 26.

الفقهية: نسبة إلى الفقه وهو في اللغة الفهم، أو هو إدراك الشيء والعلم به، تقول: "فقهت الحديث
أفقهه"،

وكل علم بشيء فهو فقه.

القاعدة الفقهية في الاصطلاح: عرفت القاعدة الفقهية بتعريفات عديدة منها: تعريف الجرجاني: عرفها في كتابه التعريفات (فقال " : القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها".

ثانيا: تعريف الضابط الفقهي:

الضابط لغة: مأخوذ من الضبط: (من معانيه: لزوم الشيء وحبسه، والحزم والقوة والحصر والإحكام

والإتقان - وأقرب هذه المعاني إلى المعنى الاصطلاحي: الحبس والحصر، فالضابط الفقهي يحصر ويحبس الفروع التي تدخل في إطاره.

الضابط اصطلاح : فيه اتجاهان:

أ- أن الضابط: بمعنى القاعدة) بدون تفريق بينهما, أي أن الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية اصطلاحان مترادفان -

وهو اختيار شائع في المصادر الفقهية وفي عدد من كتب القواعد الفقهية -

ب- أن الضابط: هو غير القاعدة، فمجال الضابط الفقهي أضيق من مجال القاعدة الفقهية، فهما متفقان في

أن كلا منهما حكم كلي تدرج تحته فروع فقهية، إلا أن: الضابط يختص بباب فقهي واحد فقط، والقاعدة

أوسع مجالا، فهي تتعلق بعدة أبواب فقهية -

وبناء على الاتجاه الثاني و ما سبق من تعريف القاعدة الفقهية يمكننا تعريف الضابط الفقهي اصطلاحا

بأنه " : قضية فقهية أغلبية، جزئياتها أحكام فقهية من باب واحد".

ثالثا: القواعد الفقهية مستند للتقنين: إذا كانت مادة القوانين الإسلامية مستمدة من المصنفات الفقهية فإن صياغتها تعود إلى القواعد الفقهية التي زخرت بها تلك المصنفات منذ العصور الأولى لحركة التأليف الفقهي، بل إن كثيرا من نصوص كتاب الله المعجز والسنة المطهرة للنبي صلى الله عليه وسلم الذي أوتي جوامع الكلم، تعد قواعد فقهية جاهزة لكونها صيغت صياغة محكمة موجزة مع اشتمالها على أحكام عامة مجردة يستند إليها كل من الفقيه والمفتي والقاضي وحتى المقلد، وهذا ما يفسر لنا تصدر هذه القواعد لمجلة الأحكام العدلية التي تعد أول تقنين رسمي للأحكام في تاريخ الفقه الإسلامي، يقول الشيخ مصطفى الزرقا: " ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية تحمل في صدرها مجموعة كبيرة من هذه القواعد مختارة بلغت تسعاً وتسعين قاعدة .

إن القواعد الفقهية بما تنسم به من العموم والتجريد ذات وظيفة هامة للقاضي إذ تعينه على إيجاد

الحلول للمسائل المعروضة والنوازل الطارئة، وذلك عن طريق التخرّيج، فإذا عرضت عليه
حادثة غير منصوص عليها نظر إلى أقرب القواعد وألحقها بها عن طريق القياس والتخرّيج.
كما أن القاعدة الفقهية بما تحمله من خصائص تضي على التقنين صفة المرونة وتعطي للقاضي
فسحة

لممارسة سلطته وتفسح له المجال عند التطبيق لوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة خاصة
فيما يخضع منها

لظروف الزمان والمكان والأحوال والأشخاص.

من جانب آخر، تعد الكثير من القواعد الفقهية قواعد تفسيرية للمواد القانونية تحكمها وتضبطها
وتنير

للقاضي سبل تطبيقها لئلا يحصل التناقض والاختلاف عند التطبيق، وحتى لا يحدث التصادم مع
نصوص

الشريعة الإسلامية وأحكامها الثابتة ومقاصدها السامية.

هذا فيما يتعلق بالقواعد الكلية العامة التي تشمل أحكاماً فقهية من أكثر من باب، أما القواعد
الخاصة

المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه والمصطلح عليها بالضوابط فإنها تعد بذلك مواد قانونية
جاهزة.

من مذهب بعينه.

وإذا كان للقواعد الفقهية كل هذه المزية في عملية التقنين، فمن الإنصاف ألا نغفل دور التقنين في

إبراز القواعد الفقهية وتفعيلها وإخراجها من دائرة النظرية إلى مجال التطبيق، وبناء عليه فلا

نعجب إذا وجدنا الكثير من الباحثين في مجال التقعيد الفقهي يعتبرون ظهور مجلة الأحكام العدلية

مرحلة نضج وتنسيق واستقرار ورسوخ للقواعد الفقهية فبظهورها اشتهر ذكر القواعد، وشاع

أمرها، وسمت مكانتها وتوالت عليها الشروح، وصار لها

صدى وحضور في كافة المجالات الفقهية والقانونية.

محاضرة: علاقة التقنين الفقهي بالسياسة الشرعية

أولاً: تعريف السياسة الشرعية: عرف ابن عقيل السياسة الشرعية بأنها " ما كان فعلاً يكون معه

الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل

به وحي".

وقال عبد الوهاب خلاف في تعريفها: " تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية ، بما يكفل تحقيق

المصالح ودفع المضار ، مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية ، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة

المجتهدين".

ثانياً: علاقة التقنين بالسياسة الشرعية: فظهر من مفهوم السياسة الشرعية أنها تمثل دوراً هاماً

في بيان مزايا الشريعة الإسلامية وخصائصها، وتعبير عن مراعاة لمقاصد الخلق وسعتها وشمولها وصلاحها لكل زمان ومكان، لهذا اعتبرت مقاصد الشريعة هدف السياسة وغايتها وخلاصتها، فهي تمثل طريقاً سويًا في تنزيل مقاصد الشرع على الواقع، كما أنها تمثل ضابطاً لأحكام السياسة، بحيث تبقى تحت مظلة الشريعة وكنفها. ولما كانت السياسة الشرعية شاملة لكافة التدابير التي يتخذها الإمام لتحقيق مصالح الناس، فهي توجب عليه اتباع ما توجبه المصلحة ودرأ المفسدة بإقامة العدل وإخراج الحق من الظالم ودفع المظالم وردع أهل الفساد وكل ما توجبه المقاصد الشرعية، وهذا ما يحققه التقنين. يقول الإمام ابن القيم: "ومن له ذوق في الشريعة واطّلاع على كمالها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنّ هـ لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح، تبين له أنّ السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من أحاط علماً بمقاصدها ووضعها مواضعها وحسن فهمه فيها، لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة." فتصرفات الحاكم في مجال السياسة الشرعية فيه الكثير من مظاهر السعة والمرونة وهو مبني على قاعدة جلب المصالح ودرء المفسدات وقاعدة الضرورة، وقاعدة تغير الأحكام بتغير الأماكن والأزمان والأحوال، ولا شك أن التقنين يندرج ضمن هذا المجال ويخضع لهذه القواعد، وطاعة الحاكم فيما يسّنه من أحكام ويلزم به من آراء واجبة مادامت لا تخالف نصاً شرعياً ولا تناقض مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية ولقد ربط بعض العلماء المعاصرين التقنين بمفهوم السياسة الشرعية، إذ جعلوها نظاماً وقوانيناً، ومن هؤلاء عبد الوهاب خالف في تعريفه لعلم السياسة الشرعية بأنها "علم يبحث فيه عما تدبر به شؤون الدولة الإسلامية من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام وإن لم يرقم على كل تدبير دليل خاص"، كما جعل موضوع هذا العلم "النظم والقوانين التي تتطلبها شؤون الدولة من حيث مطابقتها لأصول الدين وتحقيقها مصالح الناس"، كما جعل -رحمه الله- غاية هذا العلم: "الوصول إلى تدبير شؤون الدولة بنظم من دينها، والإبانة عن كفاية الإسلام بالسياسة العادلة وتقبله

رعاية مصالح الناس في مختلف العصور والبلدان".

المحاضرة: المنهج المختار في تقنين الفقه الإسلامي

بعد أن اتفق القائلون بجواز التقنين على أنه يجب الحكم بما أنزل الله عز وجل ولا يجوز تعطيل شرع الله عن

التطبيق، اختلفوا في مصدر اختيار النص القانوني المستمد من الشريعة الإسلامية على الأقوال الآتية:

القول الأول: إن تقنين الشريعة الإسلامية يتم من خلال مذهب فقهي واحد، وإذا تعددت الآراء في المذهب الواحد فيلتزم رأي إمام المذهب أو أرجح الأقوال في المذهب أو المفتي به، وهذا الرأي يتغذى من الرؤية

التي تلزم الاتباع في إطار المذهب الواحد، أو إلزام القاضي بالمفتي به في المذهب الواحد، كما جرى عليه العمل

في بغداد في عهد الخلافة العباسية من الإلزام بالمذهب الحنفي وكان عليه العمل في قرطبة من الإلزام بالمذهب

المالكي، وهذا الرأي هو الذي سارت عليه مجلة الأحكام العدلية حيث قد اقتضت على الراجح من المذهب الحنفي.

القول الثاني: الأخذ بأرجح الأقوال من المذاهب الفقهية المختلفة، وهذا ما أكد عليه الشيخ مصطفى

أحمد الزرقا والشيخ يوسف القرضاوي وغيرهما من العلماء المعاصرين، وقالوا إنه يجب عند القيام بعملية التقنين

أن يتم اختيار القول الأرجح دليلاً والأوفق مصلحة من مجموع المذاهب الفقهية المدونة والأقوال المأثورة عن

فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم ممن لم يدون مذاهبهم، وقال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: "يرى بعض

المفكرين من علماء العصر أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة

الإسلامية وكل مذهب فردي منها كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها يعتبر في هذا المذهب

العام كالآراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد، فيرجح علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان

القضاء والفتيا ما هو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر، وهذا رأي سديد -

وقال أيضا: "وفي تقنين الفقه أو التقنين منه عندما تتعدد الآراء والأقوال الفقهية في المسألة الواحدة يختار منها للتقنين ما هو الأصلح بحسب قوة الدليل الشرعي ويسر التطبيق والقرب من مقاصد الشريعة وعدالتها وهذا الاختيار عمل اجتهادي يتطلب فوق المعرفة الشرعية بصيرة زمنية بأحوال الناس العملية وأنواع المشكلات التي يصادفونها والمخالفات التي يقعون فيها وغالبا ما يعهد هذا العمل الاجتهادي إلى مجموعة من الخبراء الثقات ، ولما يترك لرأي شخص واحد فهو اجتهاد جماعة وليس اجتهاد فرد."

القول الثالث: الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلا عاما للتقنين مع الخروج عليه عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء، فيكون الأصل معروفا والاستثناء بينا، بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه، ففي مصر مثلا يؤخذ بالمذهب الحنفي أساسا مع الخروج عليه إلى مذهب آخر إذا دعت المصلحة.

وفي العصر التشريعي الحاضر بعض التجارب وفقا لهذه المنهجية، منها: تجربة تقنين فقه الأسرة للدولة العثمانية- قانون العائلة العثماني.

على ضوء المناهج المذكورة سابقا نرى أن المنهج المختار هو عدم التقيد في التقنين بمذهب معين من المذاهب الفقهية؛ وذلك للأسباب الآتية:

– لأن التقيد بمذهب معين يحرم التقنين الاستفادة من رحابة الفقه الإسلامي وسعته كما يحرمه من الاستفادة من الآراء الراجحة في المذاهب الأخرى.

– يمنع التقيد بمذهب معين الاستفادة من الآراء التي تحقق المصلحة العملية والفائدة الواقعية على ضوء متغيرات الزمان والمكان وهو ما لا ينكر معه تغيير الأحكام.

– التقيد بمذهب معين يصطدم بمشكلة النوازل والمستجدات التي ليس في كلام فقهاء المذهب عين حكم لها.

– عدم التقيد في التقنين بمذهب معين من المذاهب الفقهية نبذ للتعصب المذهبي -

– عدم التقيد بمذهب معين أقرب إلى الصواب وأدعى إلى التيسير على الناس، فربما يكون في التزام مذهب

معين ضيق وخرج وفي غيره تيسير وتخفيف.

– عدم التقيد بمذهب معين يترتب عليه الأخذ بأراء الفقهاء من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين