كتابة الفقه الإسلامي بالطريقة القانونية

To write Islamic jurisprudence legally

جمال عياشي*

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس- المدية (الجزائر)

dr.djamelayachi@gmail.com

*تاريخ الإرسال: 2019/09/04 * تاريخ القبول: 2019/11/25 * تاريخ النشر: 2020/01/01*

ملخص:

كانت الجزائر في ظل تبعيتها للدولة العثمانية لا تعرف إلا حكم التشريع الإسلامي، إلا أن الاحتلال الفرنسي استبدله بالقوانين الوضعية طوال فترة الاستعمار؛ وبعد الاستقلال، حاولت الحكومة الجزائرية الرجوع إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن عبر مراحل، كانت أولاها استبقاء القوانين الفرنسية مع إلغاء ما يخالف أحكام الشريعة منها.

بعد مضي كل هذه الحقبات المعيشة، حاول المشرع الجزائري الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية على استحياء، إلا أنه وجد الكثير من الصعوبات لاسيما الفقهية منها، والتي لا يجيز جملة من الفقهاء فيها تقنين الفقه الإسلامي، ومع صعوبة إعمال الأحكام الشرعية بطريقة كتابة أخرى عدا التقنين، فإن القوانين الجزائرية حوت جملة من الأحكام الشرعية، وهي دائما في صراع حول إرجاع الفقه الإسلامي إلى الواجهة من طريق التقنين، أو إرجائه والإبقاء على القوانين الغربية الأوربية.

الكلمات المفتاحية: أساليب مختلفة للكتابة، الشريعة الإسلامية، الفقه الإسلامي، القوانين الوضعية، التقنين.

Abstract:

At the time Algeria was under Ottoman rule, Sharia (Islamic law) was the only law to refer to. Nevertheless, during colonization, the French colonizer replaced it with positive law. Right after the independence, the Algerian Government tried to re-implement sharia laws gradually starting by keeping the French statutes and leaving out what did not conform to Islamic rules and teachings. After such a long period of time, some "timid" attempts have been made by the Algerian legislator to return to the Islamic law statements; yet, a myriad of obstacles has stood in the way, mainly those related to Fiq'h since many scholars see the impossibility of turning Fiq'h into law. Despite the fact that there is no other easy way to use Fiq'h in a written form rather than law texts, the Algerian law still contains many Islamic rules and this has created a continuous controversial situation whether to or not to imbed Fiq'h in legislation or applying western (European) laws until later on.*

Keywords: *Different ways of writing, Islamic law (Sharia), Islamic jurisprudence (Fiq'h), positive laws, making laws.*

*** المؤلف المرسل**

مقدمة:

كانت الجزائر كغيرها من الدول التي احتضنت الإسلام واعتنقته شعوبها ديانة، وأعملته الجهات الحاكمة كتنظيم بين الناس يحكم عباداتهم ومعاملاتهم وسائر مجالات حياتهم، وبمجرّد دخول المستعمر الفرنسي قام بالعمل على إبعاد كافة تعاليم الشريعة الإسلامية من الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية والقانونية، بحيث عَمد إلى إلغاء المحاكم الشرعية واستبدالها بمحاكم مدنيّة مطبّقة لقوانين وضعيّة ليس فيها من أحكام الشريعة الإسلامية شيئا.

ومباشرة بعد خروج المستعمر الفرنسي من الجزائر، بادرت الهيئات الحاكمة إلى إصدار قانون يُبقي العمل بالقوانين الفرنسية ما لم يخالف منها مبادئ ثورة نوفمبر الخالدة وأحكام الشّريعة الإسلامية السمحة، في مرحلة أولى للرجوع إلى إعمال أحكام الشّريعة الإسلامية في صورة مناسبة للوضع ما بعد الاستعمار.

وذلك بعد أن كانت أحكام الشّريعة الإسلاميّة تطبق في ظل الانضمام للدولة العثمانية من خلال فتاوى واجتهادات الفقهاء المستخرجة من أمهمات كتب الفقه الإسلامي، وهي الوسيلة التي أضحت صعبة على الأقل خلال المرحة الأولى من الاستقلال، فكان لزاما على الهيئات الحاكمة إعادة النظر فيها للوصول إلى الطريقة الأمثل لمثل هذه المرحلة.

تلك الطريقة المستحدثة، تجسّدت في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، وهو الأمر الذي كان يقتضي تكاتفا لجهود معتبرة، وذاك ما كان غائبا في زمن ما بعد الاستعمار.

والجزائر، وبعد عديد من المحاولات للرجوع إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق تقنينها، فشلت في ذلك، نظرا للمعطيات التي من أهمها: قلة القضاة وضعف تكوينهم الشرعي، وقلة الفقهاء الشرعيين الصالحين لممارسة عمل القضاء، فضلا عن عدم اللجوء إليهم؛ ذلك أن المشرع في ذات الفترة حاول تطبيق الأحكام الإسلامية بطريق التقنين وهو طريق لم يعتد فقهاء الشريعة عليه، وبالمقابل فإنّ القضاة الذين كانوا موجودين حينها لم يكونوا ليستوعبوا المعاني الصحيحة للأحكام الفقهية الإسلامية المكتوبة بالطريقة الحديثة، فباءت كل تلك المحاولات بالفشل، وحال ذات الوضع دون إعمال أحكام الفقه الإسلامي، لينتفي تعايش الشريعة مع القانون الوضعي خلال تلك الفترة لتلك الأسباب وغيرها.

وهو الأمر الذي تأكّد في الجزائر بمرور المراحل التي سعت من خلالها الهيئات الحاكمة التّي تداولت على حكم الجزائر إلى إعمال أحكام الشّريعة الإسلامية في مجالات محددة بطريقة التقنين.

وفي الوقت الرّاهن، وبعد أن امتد العمل بالقوانين المستوردة (غربية كانت أم غيرها) لمدة طالت، **هل يمكن للأحكام الفقهية الإسلامية أن تصدر بطريق التقنين لتعوض بعض القوانين الوضعية السائدة في الجزائر؟**

ولعل تلك التقنينات المستحدثة، تساهم في الخروج من ضائقة الفترة الانتقالية من القوانين الوضعية الصرفة إلى التعايش بين القوانين الوضعية (غير المخالفة للأحكام الإسلامية) والأحكام الفقهية الإسلامية، تلك الطريقة المختلف فيها فقهيا بين مجيز ومانع، رغم عديد التجارب التي عرفتها غالبية الدول الإسلامية، بل وحتى غير الإسلامية بتقنينها لبعض الأحكام الإسلامية ضمن قوانينهم الوضعية.

إلا أنّ الجدل الفقهي الثّائر حول طريق التّقنين يفرض إعادة النّظر فيه للوقوف على حكمه الشرعي والتّحري في صلاحيته لمثل هذا الأمر، وكلّ التخوف من أن يفقد الفقه الإسلامي معناه بكتابته بطريقة القوانين الوضعية.

ومنه، يتضح بأنّ الطّرح المعاصر يتّجه نحو كتابة الفقه الإسلامية بطريقة تتجاوب مع الظروف المعيشة، وقد اقترح بعض الفقه أن تكون هي طريقة التقنين رغم ما للفقه الإسلامي من طرق كتابة عديدة ومتعددة (مبحث أول) وذلك باختلاف مجالات الكتابة وتخصصات المؤلفين فيها والتي منها الكتابة عن طريق التقنين الذي سبقت التجارب إليه وأبرز فيه الفقه بعضا من المحاسن وبعضا من العيوب التي يمكّن سردها ومناقشتها الوقوف على الرأي الأكثر سدادا في شأن تعايش النظم القانونية في الجزائر لاسيما الإسلامية والوضعية منها (مبحث ثاني).

مبحث أول: طرق كتابة الفقه الإسلامي ومكانة التقنين منها

كثُرت صور جَمْعُ الأحكام الشرعية والمبادئ الفقهية الإسلامية بكتابات وفي مصنفات، رسائل ومجلّدات، إلا أن أي كاتب لم يكن، خلال ذلك، إلا ليَسْع لتيسير الوصول إلى الحكم الشرعي الأنسب من خلال مقاله وتبسيط الوصول إليه بحسن أسلوبه واختياره، فاختلفت بذلك الوسيلة بين الجامع للنصوص الشرعيّة والمفسّر لها والملخّص والمفتي بها. ذاك ما أدى بالتّبِعة إلى بروز العديد من الأساليب الفنيّة في كتابة أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، من المبسّطات والمُغْنِيات والملخصّات والمُتُون والمجموعات لاسيما إن تعلقت بالفتاوى والمسائل والنوازل... . وبتقدّم الأزمنة لاسيما بعد ظهور ما يزاحم أحكام الشريعة الإسلامية من نُظم وأحكام من ناحية إعمالها بين المسلمين من قوانين وضعيّة، ظهر مِن الفقهاء من نادى بانتهاج طرق كتابية أخرى تُعرض من خلالها أحكام الشّريعة الإسلاميّة والفقه الإسلامي ليسهُل الوصول إليها والاعتماد عليها، كما هو الشأن بالنسبة للتدوين والتشريع والتقنين (مطلب أول).

ومع كثرة تلك السبل والطرق التي وجد كل واحد منها مجاله اتضح تناسب بعض الطرق لبعض المجالات وقصور الأخرى على بعض المجالات الأخرى، فكان للتقنين كطريقة كتابة مكانة خاصة في تدوين الفقه الإسلامي (مطلب ثان).

مطلب أول: طرق كتابة الفقه الإسلامي

إن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها الفقهية بما تمتاز به من ليونة ومرونة، سواء من حيث الصياغة أو من حيث المضمون(ابن بطال.2003م.ص 535)، قد تناسب كافة الطرق الفنيّة الشّرعيّة منها والقانونيّة، القديمة والحديثة في كتابتها وإخراجها على دعامة مادية مكتوبة.

تلك الطرق، قد تتشابه في الشريعة والقانون من حيث المصطلح وتختلف من حيث المعنى فقط، كما هو الحال بالنسبة للتدوين والتقنين والتشريع (فرع أول)، وقد تختلف من حيث المصطلح والمعنى كالملخصّات الفقهية والمتون (فرع ثان).

فرع أول: الطرق المتشابهة في كتابة الفقه الإسلامي

تعتبر مثل هذه الطرق الكتابية الأكثر انتشارا والأكثر خلطا بين الفقهاء والباحثين والناقلين في مجال تعايش القوانين، إذ بمجرد ذكر مصطلح التدوين مثلا يتجه فكر البعض إلى معنى دون معنى (أولا)، وكذلك الحال بالنسبة لذكر مصطلح تشريع (ثانيا) وتقنين (ثالثا) وغيرها من المصطلحات متداخلة المبنى متباينة المعنى، وهو ما لا يمكن الوصول إلى تناسبه إلا بعد عرض كل مصطلح منها وبيان درجة مناسبة لفظه لمعناه.

أولا- تدوين الفقه الإسلامي

يقصد بتدوين (ابن منظور.1994م.ص 164) مبادئ الفقه الإسلامي عند علمائها تحرير النصوص الشرعية التوقيفية والاجتهادات الراجحة على دعائم مادية (زيدان.2001 م.ص 98) سواء تجسدت فيما عُدّ أصلا للتحرير عليه، أو فيما لم يعدّ أصلا للكتابة عليه، كالرقاع من العظم أو الجلد أو الجريد أو الحجارة وعلى كل ما كان ميسورا وصالحا للكتابة عليه وقتئذ (محمد إسماعيل إبراهيم.ص 17).

أما التدوين بالمفهوم القانوني فمختلف المعنى ويقصد منه جمع النصوص القانونية وكتابتها في مدونة تحوي عددا من النصوص القانونية مختلفة المواضيع والمخاطب بها واحد (REIG.1999.P 1887).

ومنه يبدو أن معنى التدوين الشرعي والقانوني وإن اختلفا في المحل والمصدر فإنها يجتمعان في معياري الجمع والتحرير الذين يُعدَّان من صميم عملية التدوين، وهو ما يؤدي إلى القول بأن كل جمع لأحكام لازمة عن طريق تحريرها على دعامة مادية موحّدة تدوين.

ثانيا- تشريع الفقه الإسلامي

التشريع مجموعة الأحكام التي سنّها الله للناس جميعا على لسان نبيه محمد ﷺ في الكتاب والسنة (الشّرنباصي. 1403هـ.ص7-8). قال الدكتور محمد مصطفى شلبي التشريع هو: "سن الشرائع والأحكام"، وهو "إنشاء للشريعة وسن لقواعدها" (شلبي. 1985م.ص 19)، ومنه قوله تعالى: ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبي إليه من يشاء ويهدي إليه من ينيب﴾ (سورة الشورى.الآية 13). وتشريع الفقه فهم لأحكام الشريعة الإسلامية باجتهاد المجتهدين، بحيث يبلّغ المكلف بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعاله كالوجوب والحظر والإباحة الندب والكراهة وكون العقد صحيحا أو فاسدا أو باطلا، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله (زيدان. ص 54).

أما التشريع قانونا، فيقصد به مجموعة القواعد القانونيّة التي تضعها السّلطة التّشريعية في صورة مكتوبة، دون غيرها من القواعد القانونية التي تنشأ عن الهيئات الأخرى (الخليلي. 1983 م. ص 12).

وعليه، فإن التشريع الإسلامي والقانوني يختلفان من حيث الواضع والموضوع ومن حيث الوسيلة أو الإجراء أيضا، إذ التشريع من الناحية القانونية ذو إجراءات معقّدة لازمة الاحترام إذا خُرِق منها إجراء فَقَدَ القانون صفة التشريع وإلزاميته أيضا، بل قد يفقد صفة القانونية مطلقا؛

أما التشريع الإسلامي فإنه لا يمكن بحال أن يفقِد صفته إلاّ إذا ثبت على يد العارفين بمجال النقل والمتن أن هذا النص مكذوب على النبي ﷺ وهو -والحمد لله- ليس من المسائل التي قد تطرأ على القرآن لحفظه من الله ﷻ إذ تعهد بحفظه كما أنزل حين قال ﴿ إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحَافِظُونَ ﴾ (سورة الحجر.الآية 9).

ورغم ذلك إلا أن بعض الفقهاء أرادوا أن يجمعوا بين التشريع السماوي والقانوني انطلاقا (وفق رأيهم) من أن التشريع "سن مجموعة الأحكام المشروعة"، فإن كان مصدره السماء بأن نزل به الوحي سمي بالتشريع السماوي وإن كان مصدره من الأرض سمي بالتشريع الوضعي (شلبي.ص 19).

ثالثا- تقنين أحكام الفقه الإسلامي

بعيدا عن المعنى العام لمصطلح تقنين والذي يرمي إلى اعتبار أن كل قانون بمدلوله العام هو تقنين وأن كل واضع للقانون مقنن لأنه يُعنى بوضع التقنين فصح أن يسمى مقنّنا (ظافري.1406هـ ص 25)، فإن للتقنين في نظر فقهاء الشرعية الإسلامية والقانون الوضعي فارق وذلك أسباب عديدة.

التقنين من حيث مدلوله الشرعي أو كما هو عند فقهاء الشريعة "صياغة أحكام الشريعة الإسلامية القابلة للتدوين، من قِبل أهل الخبرة والاختصاص، في صورة مواد متجانسة، قابلة للتطبيق والتنفيذ، بصورة ملزمة من الحاكم، يسهل الرجوع إليها" (الخلايلة.1422 هـ.ص 25).

التقنين بمدلوله القانوني: نصوص القانون المشرّعة التي تحكم حقلا من حقوق الحياة الاجتماعية التي تتسم روابطه بوحدة طبيعتها (بدير والبكري والبشير.1982م.ص 23)، أو هو: مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعا من فروع القانون مثل التقنين المدني وتقنين العقوبات (الخليلي.ص 11)، أو هو: قانون يضم في مجموعة واحدة نصوص من فرع قانوني وحيد (Delestraint .1980.P 21)، وقد عرفه بعضهم بأنه: جمع في كتاب واحد قواعد مجال وحيد لمنح نفس موحد لذات المجال، فهو على ذلك قد يجمع تحت طياته نصوصا تشريعية وأخرى تنظيمية ...وهكذا (GUINCHARD ET DEBARD. juin 2014. P 188-189).

ومنه، فإنّ التّقنين بالمدلول الشّرعي وبالمدلول القانوني مختلفان من حيث موضوعه المجسد في الأحكام الفقهية في الشريعة وفي الأحكام الوضعية في القانون، وكذلك من حيث مجاله المحدود في القانون والشامل في الشريعة، فهما لا يتناسبان إلا من حيث الشكل بحيث يُعرضان في صورة مواد مرقمة يسهل الرجوع إلى الأحكام المبوّبة منها الواردة فيها، فهو الأنسب لعمل القضاء شرعا وقانونا.

فرع ثان: الطرق المختلفة في كتابة الفقه الإسلامي

يعتبر الفقه الإسلامي من أثرى العلوم على وجه المعمورة مطلقا، ولا يضاهيه في ذلك علم ولا فن، فهو يختلف عن القانون من هذا الوجه ومن أوجه أخرى عديدة (الشّرنباصي.ص 28-38)، ذلك أنه يمس كافة مجالات الحياة، ولأجله تكون طرق كتابته متعددة بتعدد المجالات التي يطرقها وباختلاف الغرض الذي كتب له والطريقة التي يُدوّن بها: نقلا كالمسانيد (أولا) وتحقيقا كالصحاح (ثانيا) وتفسيرا وتيسيرا كالشروح والملخصات والمتون (ثالثا) واجتهادا كالمجموعات (رابعا).

أولا- نقل أحكام الفقه الإسلامي

لا يكون نقل الفقه الإسلامي متأتيا إلا من خلال نقل أحكامه التي لا يمكن عمل النقل عليها بدورها إلا إذا تمّ ذلك من خلال نقل النصوص وهو ما قام به أصحاب المسانيد. قال ابن حجر في مقدمة الفتح: "رأى بعض الأئمة ... أن يفرد حديث النبي ﷺ خاصة...، فصنف عبيد الله بن موسى العبسي الكوفي مسندا، وصنف مسدد بن مسرهد البصري مسندا، وصنف أسد بن موسى الأموي مسندا، وصنف نعيم بن حماد الخزاعي نزيل مصر مسندا، ثم اقتفى الأئمة بعد ذلك اثرهم فقل إمام من الحفاظ الا وصنف حديثه على المسانيد كالإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وعثمان بن أبي شيبة وغيرهم من النبلاء ومنهم من صنف على الأبواب وعلى المسانيد معا كأبي بكر بن أبي شيبة" (العسقلاني.ص 3).

فجسّدت المسانيد كما تم ذكره جمعا لأحاديث النّبي ﷺ القوليّة منها والفعليّة وحتّى التّقريريّة، والخلاصة وأمام ما حوى القرآن من أحكام حاول الأئمة المذكورين هم وغيرهم، حصر النصوص الشرعية الحديثية في مسانيد وفي مراجع أخرى تتيح الرجوع إليها قصدا للاعتماد عليها واستخراج الأحكام منها وهو الفقه المقصود والمطلوب.

ثانيا- تحقيق نصوص الفقه الإسلامي

قال ابن حجر: "...لما رأى الإمام البخاري ﷺ هذه التّصانيف ورواها وانتشق رياها واستجلى محياها، وجدها بحسب الوضع جامعةً بين ما يدخل تحت التصحيح والتحسين والكثير منها يشمله التضعيف، فلا يقال لغثة سمين، فحرك همته لجمع الحديث الصحيح الذي لا يرتاب فيه أمين، وقوى عزمه على ذلك ما سمعه من أستاذه أمير المؤمنين في الحديث والفقه إسحاق بن إبراهيم الحنظلي المعروف بابن راهويه" (العسقلاني.ص 4) فقام الإمام البخاري بجمع ما صح من الحديث ثم عرَضه على كبار العلماء في عصره ونقّل الحديث من أهل العلم والفن فاستحسنوا ما قام به البخاري وشهدوا له بالصحة.

وكان عمل الإمام البخاري على كتابة ما سمّاه "الجامع المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه"، وهو المشهور بصحيح البخاري وهو يعدّ من أكثر كتب الحديث تحقيقا وإجلاءً للصحيح منه عن غيره من الضعيف والمكذوب عن النبي المختار ﷺ.

وعلى سَيْره سار قرينه الإمام مسلم في جمع الحديث الصحيح في مصنفه "المسند" (البخاري.ص 123) المشهور "المسند الصحيح المختصر من السّنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ" (الإشبيلي.ص 85)، وقد تميز صحيح الإمام مسلم بجمعه لروايات الحديث الواحد في باب وحيد على عكس البخاري الذي وزّعها وفقا للأحكام التي وردت فيها، فكان صحيح مسلم أيسر وكان صحيح البخاري أغزر.

فشكلا سويا ثروة حديثية صحيحة كبيرة هم ومن تبعهم في تصحيح الأحاديث، الإمام النووي والحاكم والمعلّمي وغيرهم ممن عنى بالحديث الشريف سندا ومتنا تصحيحا وتدققا وتحقيقا.

ثالثا- شرح وتيسير الفقه الإسلامي

اعتمد بعض من اعتنى بالنصوص الشرعية لاسيما الحديث الشريف منها إلى تفسيرها واستنباط الأحكام الواردة فيها فكتب بعضهم ما اشتُهِر بالمبسّطات مثلها مثل المبسوط للسرخسي وبالمُغْنِيات مثلها مثل مغني ابن قدامة المقدسي... .

ثم جاء جيل من الفقهاء حاول جمع شتات العلم المنشور في تلك المصنفات، التي لا يقدر على الخوض فيها والاطلاع على ما ورد ضمنها إلا ذو الاختصاص الماهر بالفقه ومن حباه الله ﷻ بالصبر والثبات وعزم على بلوغ الغايات، فعمدوا إلى تلخيصها لمن له إرادة في تعلمّها حتى تكون له مدخلا وكان من هذه الملخصات ما اشتهر صيته كالقوانين الفقهية لابن الجزي الكلبي (ابن جزي. 2009م) القواعد لابن رجب الحنبلي (ابن رجب. د.س)، وكذلك كان دور من دوّن المتون واجتهد في جمع زوايا الفقه المتناثرة فيها جمعا غير مخل بمعناها ميسّرا لحفظها، فكان منها مثلا: "المنار" للنسفي و" التحرير" لمحمد بن همام الدين السيواسي في الفقه الحنفي، و"متن ابن عاشر" و"مختصر خليل" في الفقه المالكي، و"الورقات في أصول الفقه" للجويني و"منهاج الوصول في علم الأصول" للشيرازي في الفقه الشافعي، و"مختصر روضة الناظر" لسليمان بن عبد القوي الطوفي و"المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل" لعلي بن محمد بن عباس البعلي في الفقه الحنبلي، وغيرها (ابن قاسم. 1420 هـ.ص 281-295-307-333).

رابعا- الاجتهاد في الفقه الإسلامي

تَجسَّد جمع الاجتهادات الفقهية، لاسيما المتعلقة بالنوازل والمسائل المستحدثة على العباد والتي لم يأت في أحكام الأولين لها ذكرا، فكانت مجموعات الفتاوى بمثابة طريقة مستحدثة في كتابة الفقه الإسلامي وكان لها من الأمثلة الكثير والتي منها جمع فقه الإمام مالك وفتاويه في مصنف وحيد وُسم "المدونة الكبرى" (مالك بن أنس. 2004م)، وهكذا كان الحال في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية إذ جُمعت فتواه في مصنف وُسِم "مجموع الفتاوى"(ابن تيمية.1416هـ)، وهذا العمل لا يزال قائما إلى هذه الأزمنة المتقدمة أين جُمعت فتاوى الشيخ أحمد حماني في مصنف واحد وكذلك جُمعت ويعمل على الاستمرار في جمع فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.

مطلب ثان: مكانة التقنين من كتابة الفقه الإسلامي

لا يمكن في كتابة الفقه الإسلامي تفضيل طريقة من الطرق المذكورة سابقا عن غيرها من الطرق الأخرى، وإن بدا على بعضها نوعا من العيب، إلا أن محاسنها كانت أكثر من مساوئها بكثير. غير أن تخصيص كل طريقة بموضوع أو بعلم محدد من فروع الفقه الإسلامي أمر معقول ومقبول، فيما يكون البحث عن طريقة يمكن كتابة الفقه كاملا من خلالها تيسرا لعمل القضاء وكل عامل في سلكه أو مهتم به أمر مهم.

تلك الطريقة هي التقنين، الذي أثار بين الفقهاء الإسلاميين اختلافا بين من منعه (فرع ثان) ومن رأى جوازه (فرع أول).

فرع أول: المانعون لتقنين الفقه الإسلامي

انطلاقا من فكرة أن التقنين أسلوب كتابة دخيل على الفقه الإسلامي (البُغا.2009م.ص 749) وأنه يخص القضاء بصفة أولى، والقضاء مخول شرعا بالاجتهاد في النزاعات المعروضة عليه، فإن اتجاها من الفقه الشرعي (الألفي.2000م.ص 58-65) منع تقنين الفقه الإسلامي مستندا على حجج وأسانيد عديدة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- الأدلة من الكتاب:

قوله ﷻ ﴿ إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما﴾ (سورة النساء.الآية 105) وقوله أيضا ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ (سورة ص.من الآية 26)، هاتان الآيتان ورد فيهما

الأمر بالحكم بحكم الله وحده وهو الحق الذي لا يبلغ بالقضاء بالراجح من أقوال الفقهاء لأنه الحق في نظرهم وقد لا يكون حقا في نظر غيرهم (أبو زيد.1416هـ. ص 58-59) ذلك أن الراجح يقابله قول آخر غالبا ما يُحكم عليه بأنه القول المرجوح وحكم الله الحق لا مرجوح فيه فلا يصلح أن يلزم الناس على الحكم بغير الحق المطلق.

وقوله ﷻ ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله﴾ (سورة الشورى.من الآية 10)، وقوله أيضا ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ﴾ (سورة النساء.من الآية 59)، وهاتان الآيتان بدورهما فيمها وجه للدلالة بأن الحكم المُتَعيّن اتباعه هو حكم الله وما نقله رسوله ﷺ عنه فقط دون غيره من الأحكام الأخرى كقول في مذهب أو رأي لفران أو عِلاّن، ذلك أن إلزام القاضي به مع مظنة أن ذلك غير ما يعتقده غير شرعي، لأن القاضي لا يحكم إلا بقناعته في مجلس الحكم فقط واجتهاده ولا يجوز جبره على غيره.

2- الأدلة من السنة:

عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: ﴿القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار. فأما الذي في الجنة، فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار﴾ (أبو داود.ص 426)، والاستناد على هذا الحديث مؤسس على ما فيه من أن الأجر أو الإثم لا يتحمله القاضي إلا إن وقف على حكم يظنه الحق ثم قضى بما يوافقه أو بما يخالفه، وإلزام القاضي بحكم سابق عن عرض الخصومة بين يديه وبحكم غير نابع من اجتهاده وقناعته غير مشروع وهو ما يلزم عدم التقنين.

3- الأدلة من الإجماع:

وقد أجمع فقهاء الأمة على عدم جواز حمل الناس على قول واحد وإلزامهم به وحملهم عليه كما رد الإمام مالك على المنصور حينما أراد أن يلزم الناس بالموطإ. ونُقل مثل هذا الحكم أيضا عن شيخ الإسلام ابن تيمية وعن غيره كابن عثيمين والألباني وقرار اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء من المعاصرين (الشثري.1435 هـ.ص 59-60).

4- الأدلة من المعقول:

تعددت الأدلة العقلية وفقا لتعدد المصالح التي يراها الفقه المانع للتقنين، وهي ككل دائرة حول بعض النقاط التي يمكن حصرها في:

1. أن الصياغة بأسلوب خلاف الأسلوب الذي جاءت به الأحكام الشرعية يؤثر فيها ببشرية واضعيه فيحدث فيها الخلل؛
2. أن الاجتهاد الشّرعي يتعطّل بصبّ الاهتمام في تفسير المواد والعزوف عن الرجوع لكتب الفقه؛
3. أن التقنين لا يرفع الخلاف إذ قد يختلف القضاة في تفسير النص من التقنين ويصبح الأمر سيّان.

ولكن، الآيات المستند عليها كلها ترمي إلى الرجوع إلى الحق في حال التنازع وهو حكم الله وإليه يرجع المقنن في تقنينه للفقه الإسلامي. أما الحديث فلا يسع إعماله إلا على القاضي المجتهد وهذا الصنف من القضاء يكاد يكون منعدما والأصل في الأشياء للغلبة، وأما إجماع الأمة على منع التقنين فيُجاب عليه بأنه يصعب التسليم به لأن ثمة من علماء الأمة من أباح التقنين، ثم إن هذا الإجماع ولو توفر فإنه ورد نظري وعلى غير التقنين بداية في موقف الإمام مالك وفتوى ابن تيمية ثم تحول إلى الكلام عن السعي نحو إعمال غير حكم الله، وتقنين الفقه فيه إعمال لحكم الله.

ردا على الأدلة من المعقول يمكن القول بأن التقنين كمصطلح لا مشاحاة فيه، إذ يمكن أن يتم الوقوف على مصطلح غيره يكون محلا للاتفاق، ثم إن الأسلوب المؤثر لا يمكن أن يطال النصوص لأن التقنين لا يتعدى مسائل الاجتهاد إلى غيرها من النصوص الوقفية ولو صدق أن تم تقنين النص لأُدرج كما هو ثابت ولا يمكن بحال المساس به لاعتباره من النصوص الجامدة، ولا يمكن ادعاء تعطل الاجتهاد الشرعي بانتهاج طريقة محمد بن عامر في "ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية"، أين أدرج في كل مادة تقريبا المصادر

للرجوع إليها والاستناد عليها في تفسير النص وشرحه، وبه يكون التقنين قد حقق التيسير وضمن الاجتهاد في حدود المراجع الفقهية ولو وقعت بين القضاة اختلافات.

فرع ثان: المجيزون لتقنين الفقه الإسلامي

مراعاة للمصلحة الوقتية وضرورات الحياة الاجتماعية وتطورات الحياة الاقتصادية والثقافية...، رأى جانب ثان من المجتهدين جواز تقنين الفقه الإسلامي، وهو ما استدلوا عليه بحجج من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- الأدلة من الكتاب:

قوله ﷻ ﴿ ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي العلم منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ (سورة النساء.من الآية 83)، ومنه فإن العلم الشرعي لا يعلمه إلا العلماء الراسخون في العلم المستنبطون للأحكام الشرعية التفصيلية من القواعد الكلية وبه يكون تقنين الفقه من هذا القبيل جمع لمجموع الاستنباطات لا استبدال صياغة القواعد الكلية الشرعية حتى تكون عُرضة لسوء الفهم وللانتقاد؛

وقول الله ﷻ ﴿يا أيها الذّين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ (سورة النساء.من الآية 59)، فطاعة أولى الأمر (وهم الحُكّام) واجبة شرعا، إن لم يأمر الحاكم بما يخالف القواعد الكلية للشريعة الإسلامية، وبه يكون أمر تقنين الفقه لازم الامتثال.

2- الأدلة من السنة:

روي عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال ﴿السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بالمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة﴾ (ابن بطال.ص 126)، وهو الحديث الذي يؤكد أن طاعة السلطان فيما أمر واجبة شرعا ولا يسوّغها إلا خروجه عن شرع الله بأمره بمعصية، وطالما أن التقنين ليس أمرا بمعصية -على قول هؤلاء- فإنه يجب على القاضي وعلى غيره ممن له بالتقنين علاقة من قريب أو من بعيد أن يمتثل لأمر ولي الأمر الذي ولاه الله أمر المسلمين.

3- الأدلة من المعقول:

والأدلة العقلية التي قيلت في هذا الشأن متعددة:

1. القاضي متى كان مقلدا غير مجتهد استسيغ إلزامه بالمذهب الواحد في حكمه ومن قال بخلاف هذا إنما لأنه لم ير للقاضي غير المجتهد ولاية في القضاء؛

2. كثرة الأعباء على القضاء تحول دون تقصيهم ولو كانوا مجتهدين في كثير من المسائل لاسيما النوازل التي لم يتكلم فيها القدامى من الفقهاء فتركهم وهذا الحال فيه من السوء ما يكفي عنه تقنين مثل تلك الأحكام؛

3. فتح الباب شاسعا أمام القضاة للنظر في الأحكام بما يجدونه صائبا عندهم ينشئ من الفوضى في الأحكام ومن عدم التجانس بينها ما يثلب العامة على الحكم والحكام ويثير الشكوك حول جهاز القضاء برمته؛

4. منع المباح عند الكثير من الفقهاء الأجلاء والنظر بمنظار التحفظ في تقنين الفقه أمر قد يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه؛

5. في التقنين عيوبا ولكن محاسنه أكثر من مساوئه وعليه تتقى المفسدة الأعظم بالأخف.

ومن خلال كل ما سلف، يتبين أن الخلاف بين أهل العلم هو خلاف شكلي فقط، ولذلك قال بكر بن عبد الله أبو زيد "...ومهما كانت التسمية تقنيناً، أو تدويناً، أو تأليفاً، فإن هذا عَرْضٌ مغلوط، ودائرة الخلاف إنما هي منحصرة في الإلزام جوازاً أو منعاً" (أبو زيد.ص 11)، خلاصته الاختلاف حول الطريقة المستحدثة في تدوين الفقه الإسلامي، وعليه فإن التقنين كطريقة ليس محلا للمنع بل المنع كان سدا لذريعة الخروج عن حكم الله، وإقامة حكم الله هو ما يسعى بعض المبيحين للتقنين تعزيزه لا طمسه وتبديله؛ نعوذ بالله من الحور بعد الكور.

مبحث ثان: مجالات تقنين الفقه الإسلامي والآثار الناتجة عنه

اعتنى جميع الفقهاء الذين كان لهم في تقنين الأحكام الإسلامية اليد، بتمييز المجالات التي وجدوا التقنين أصلح لها عن تلك المجالات التي ليس للتقنين فيها أهمية، ولا تناسبا، فوفّروا على أنفسهم الجهد وبيّنوا ضمنها ما لا يصح -في نظرهم- أن يكون محلا للتقنين، فعمدوا إلى تخصيص الفقه (شلبي.ص 32-33) دون الشريعة (القرطبي.1985م.ص 211) الإسلامية لما تشمله هذه الأخيرة من معان أعم ولما يتحدّد في الفقه من مجالات متعلقة بالخصومات الناشئة بين الناس وبالقضاء من باب النتيجة، فاعتمدوا على تقنين مجالات متعددة في الفقه كل حسب اجتهاده وكل وفق نظره وتقديره، انطلاقا من الظروف المعيشة ومتطلبات القضاء والتوجه الفقهي المختار.

وطالما أن الفقه كان هو محل التقنين عند البعض من الفقهاء الذين كانت لهم مبادرة في تقنين الفقه الإسلامي، كما فعله لجنة من الفقهاء حنفية المذهب عند تقنينهم للمذهب الحنفي في ما سموه "مجلة الأحكام العدلية" (لجنة علماء. 1882 م.ص 13-14) وفعله الشيخ أحمد بن عبد الله القاري حينما قنن الفقه الحنبلي في "مجلة الأحكام الشرعية" (القاري.1981 م)، ومحمد محمد بن عامر حينما قنن الفقه المالكي في "ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية" (ابن عامر.1996م)، فإن الكلام في مجلات التقنين لا يخرج عن تلك المجالات التي حصرتها هذه النّماذج لتقنين الفقه الإسلامي (مطلب أول).

تلك النماذج، كانت لها بلا ريب آثار لاسيما فيما تعلق بما دخل حيز النفاذ منها، كما هو الشأن بالنسبة لـ"مجلة الأحكام العدلية" الحنفية، وهو ما قدّره بعض الفقهاء ونظروا فيه وبينوه في دراساتهم وبحوثهم (مطلب ثان).

مطلب أول: مجالات التقنين

لم تتعدّ النّماذج المذكورة من "مجلة الأحكام العدلية"، و"مجلة الأحكام الشرعية"، و"ملخص الأحكام الشرعية"، وغيرها من التقنينات الفقهية الإسلامية (قدري باشا.2007م) مجالات فقهية مخصوصة متعلقة أساسا بما يقتضيه عمل القاضي والقضاء وما يمثل أصلا للتنازع بين الناس وآليات فك تلك الخصومات (فرع أول) ومتعلقة بالمعاملات لاسيما البيوع منها وما كان ذو صلة بها فضلا عن التبرعات والمواريث وكذا مجالات الأحوال الشخصية وما تعلق بها من زواج وطلاق وآثار كل واحد منهما (فرع ثان).

فرع أول: مجالات القضاء وآليات فك الخصومات

لأنّ كل المحاولات في تقنين الفقه الإسلامي لم تأت إلا بغرض تيسير مهام القضاء والعمل على توحيد الأحكام الصادرة عنه، فإن كل من تصدّر لتقنين الفقه الإسلامي حاول جاهدا شمول المجلة التي قننها جانب القضاء (أولا) والآليات الفقهية والإجرائية التي تساعد القاضي على الوصول إلى الحقيقة والعدالة المنشودة بين الناس (ثانيا).

أولا- تقنين القضاء

القضاء بمعنى «الحكم والحاكمية» كما هو وارد في المادة 1784 من مجلة الأحكام العدلية الحنفية، وهو «الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومة بتبيينه» كما بينته المادة 2009 من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، وقد نظمته على ما يظهر من النصوص المذكورة مجلتي الأحكام العدلية والشرعية في مراحل متأخرة فيهما، بحيث ورد في مجلة الأحكام في الكتاب السادس عشر وضمنته اللجنة المعدة له مدخلا للاصطلاحات الفقهية وأربعة أبواب تدور كلها حول الحكام والحكم ثم رؤية الدعوى بعد الحكم وحول التحكيم؛

مشابهةً لها، نظّمت المجلة الشّرعيّة القضاء متأخرا أيضا، وذلك ضمن الباب التاسع عشر وضمّنته مقدمة احتوت مجموعة من المصطلحات الفقهية وبابين خُص الأول منهما لما يتعلق بالقضاء من تمييز الحكم عن غيره وطريقة صدوره والحكم للغائب وعليه، فضلا عن بعض الأحكام العامة فيها.

وفي باب ثان خص للقاضي وشروط أدائه لمهامه من شروط وآداب القاضي ووظائفه وصلاحياته وفصل في التحكيم والمحكّم.

وكذلك نظم ملخص الأحكام الشرعية المالكي القضاء، إلا أنه جاء متقدما مقارنة بمجلتي الأحكام أين ورد القضاء في القسم الأول من الملخص غير أنه اشتمل على كافة متعلقات القضاء في أبواب متفردة والباب الذي ورد في المجلة متعلقا بالقضاء ورد أولا (في الباب الأول من القسم الأول) وقُنّن في تمهيد وثمانية فصول، خُصت كلها على التوالي لشروط القاضي وآدابه، أحكام التحكيم، أحكام الآجال، الإعذار ودفع الدعوى ما لا عذر فيه، التعجيز، حكم الحوز، كتاب القاضي إلى القاضي.

ومنه، بتبين أن فقه القضاء والقاضي من المجالات التي عنت التجارب السابقة بتقنينها للفقه الإسلامي لِمَا تمثُّله هذه الأخيرة من أصل أصيل في تقنين الأحكام الفقهية الإسلامية، إذ حولها تدور سائل الأحكام الأخرى.

ثانيا- تقنين آليات فك الخصومات

يقصد بآليات فك الخصومات: كل ما هو خادم لتحريك الدعوى أو إثبات الحق بأحكام شرعية وردت في النصوص للمخاطب بها أو لم تأت إلا اجتهادا من لدن فقهاء الحكم الإسلامي.

ولقد نظّمت النّماذج المقترحة جميعها هذه الآليات في كتب وأبواب خاصة بها، ففيما نظمتها المجلة العدلية في الكتاب الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر على التوالي: الصلح والإبراء، الإقرار، الدعوى والبيانات والتحليف، مقسمة لأبواب تضمنتها تلك الكتب المذكورة. نظّمتها المجلة الشرعية في الكتب الخامس عشر والسادس عشر والكتاب العشرين والحادي والعشرين، أين جاء في كل منها: الصلح والإبراء ثم الإقرار ثم الدعوى وأخيرا كتاب البينات والتحليف (البُغا.ص 749).

ولقد كان لملخص الأحكام اهتماما بهذا الجانب من الفقه، إذ قنن الشيخ محمد بن عامر العديد من تلك التدابير في أبواب متعددة من القسم الأول للملخص، أين تعرض للقضاء والمحاكمات في باب ثان وفي باب ثالث للصلح وفي باب رابع للشهادة وأحكامها وفي باب خامس للإقرار وأحكامه وفي باب سادس لليمين وأحكامها، فيما تعرض في الباب السابع وهو الباب الأخير لبعض الأمور المرتبطة بالقضاء كلزوم تقييد القاضي بالمشهور بالمذهب في فصل أول ولاستئناف الأحكام في فصل ثان وفي فصل ثالث لأحكام التوثيق وفي فصل رابع لأحكام الكفالة التي تناول فيها فقه المحاماة الشرعية بما فيها من آداب المحامي وواجباته، كل ذلك في القسم الأول من الملخص.

وما يلاحظ في هذا الوصف اليسير لمثل هذه المجالات التي نظمتها هذه المجلات الثلاث، أن الأحكام المنظَّمة كلها لم تأت مختلفة بين المجلة والأخرى من حيث ذكر الصنف من الأحكام إذ نظمت كلها البينات أو الشهادة والحلف واليمين والإقرار وهي كلها وسائل لإثبات الحقوق وكذلك الصلح والوفاء والإبراء، إلا أن مصطلحات التوثيق والمحاماة والاستئناف التي وردت في ملخص الأحكام الشرعية المالكية يبين قرب فكر مقنن الملخص من الفكر القانوني المعاصر إذ أنه حاول تقريب المصطلحات لتيسير فهم أعمق للفقه، حتى يتسنى استيعاب معناه والعمل بمقتضاه.

وجاءت مجلة الأحكام الشرعية بدورها مقسمة لإحدى وعشرين كتابا، وتأخرت فيها كتب القضاء وما تعلق بها في الترتيب، من كتاب خُصص للدعوى وكتاب البيانات والتحليف، أين جاء كتاب القضاء التاسع عشر، وكتاب الدعوى بعده، ثم كتاب البينات والتحليف آخر كتاب متعلق بالأحكام ذات الشأن بالقضاء وآخر كتاب في المجلة أيضا.

وما تتمز به هذه المجلة حسن الترتيب الموضوعي إذ ركز فيها الشيخ القاري (وهو مقننها) على منطق سريان القضاء في ترتيبها بحيث جعل من باب نظام القضاء هو السابق ولحقه باب الدعوى الذي لا يمكن للقضاء

أن ينظر في الخصومة لولا الادعاء، وأخيرا باب البيانات والتحليف الذي لا يمكن أن يكون ذو محل إلا بعد بدأ نظر القضاء في الخصومة.

فرع ثان: مجالات المعاملات المالية والأحوال الشّخصيّة

لأن التقنين يوجّه أصالة إلى القضاء والعاملين في سلكهم والمتقاضين، فإن الأصل فيه أن لا يخرج عن المسائل ذوات الصلة بالخصومات التي تنشأ بين الموطنين في الدولة الواحدة وعلى الأكثر بما يتعلق بتنازع القوانين في المجالات القضائية. وعليه، فإن التقنين يمكن أن يُضمّن العديد من المجالات التي تنظمها القوانين الوضعية إن لم تكن كلها.

ومن ثم مثّلت مجالات المعاملات الماليّة (أولا) والأحوال الشّخصية (ثانيا)، فضلا عن الجنايات، صميم عمل القضاء، ولأجله لم تغفل تجارب التقنينات الفقهية المختارة هذه المجالات، كيف وقد قُننت لأجلها حصرا.

أولا- مجالات المعاملات المالية

رغم ما اختصت به المجلة العدلية من تأكيد على عدد من القواعد الفقهية في بدايتها إلا أن أول كتاب لها كان تحت عنوان معاملة مالية أصليّة في هذا الصنف من المعاملات وهي البيوع، وقد تم تقسيم هذا الكتاب إلى أبواب سبعة بعد مدخل في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيع، تلا كتاب البيع كتاب الإجارات وهو بدوره تم تقسيمه إلى ثمانية أبواب سبقها مدخل في الاصطلاحات الفقهية، ثم كتاب الكفالة، ثم كتاب الحوالة، ثم كتاب الرهن، ثم كتاب الأمانات، وهي كتب ستة أولى متتالية في المعاملات المالية، وفي الكتاب العاشر الشركات الذي تضمن هو بدوره أبوابا ثمانية.

أما مجلة الأحكام الشّرعيّة الحنبليّة، فعلى نفس طريقة تقنين المجلة العدليّة (القاري.ص 64-67) كان أول كتاب لها في البيوع، وفيه مقدمة وخمسة أبواب، ورد في الباب الأول أحكام عقد البيع (أركانه وشروطه وموانعه) وفي الباب الثاني ما يتعلق بالبيع من أحكام (شروط المبيع وتلفه وضمانه) وفي الباب الثالث ما يتعلق بالثمن وفي الباب الرابع الخيارات وفي باب الخامس والأخير أنواع البيوع. أما الكتاب الثاني فوردت فيه الإجارات وفي الكتاب الثالث القرض وفي الكتاب الرابع الوقف وهو من الأبواب التي لم تتعرض لها مجلة الأحكام العدلية، وفي الكتاب خامس الهبة، وفي الكتاب السادس الرهن، وفي الكتاب السابع الضمان والكفالة، وفي الكتاب الثامن الحوالة، وأما الكتاب العاشر فخُص للعارية والحادي عشر للوديعة. وفي الرابع عشر الشفعة، وبه تكون سائر الأبواب الأخرى متعلقة بالغصب والحجر والإكراه وهما البابان الثاني عشر والثالث عشر تتابعا.

اشتمل ملخص الأحكام الشرعية المالكي بدوره سائر أبواب الفقه المتعلقة بالمعاملات المالية وخصص لها مقننها القسم الثالث منه بحيث أدرج القسم الثالث من الملخص "المعاملات والتبرعات" تحت عنوان واحد وذكر العديد منها في أبواب بلغت أربع عشر بابا كان أولها باب البيوع وآخرها باب الوصية وبه يكون الملخص المالكي لم يُفوت التبرعات المالية كما كان الأمر في المجلة العدلية التي أغفل واضعوها بيان أحكام التبرعات، وكان الأمر عليه في المجلة الشرعية التي أغفل فيها الشيخ القاري بيان أحكام الوصية.

ثانيا- مجالات الأحوال الشخصية

انطلاقا من الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية الحنفية خلت تماما من أي حكم متعلق بمجال الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وتبرعات ومواريث، وهذا من نقائصها العزيزة (البُغا.ص 765)، إلا أن واضعوها لم يُغفلوا الهبة -وفقط- من التبرعات (القاري.ص 31) رغم كونها جميعها مدرجة في قوانين الأسرة الإسلامية المقارنة.

أمّا مجلّة الأحكام الشّرعيّة الحنبليّة للشّيخ أحمد القاري، فقد جاء فيها ذكر لبعض التبرعات المالية دون أحكام الأحوال الشخصية أين كان الوقف فيها مذكورةٌ أحكامه بالكتاب الرابع منها على ثلاثة أبواب أركان الوقف

فالتصرفات في الوقف وناظره ثم مبطلاته ودعاواه، والهبة في الكتاب الموالي بمقدمة، وثلاثة أبواب أيضا فالأول منها خص بالانعقاد والشروط، أما الثاني فمتعلق بالشيء الموهوب، والثالث بالمتعاقدين في الهبة.

على عكس ما سلف بيانه بالنسبة لمجلتي الأحكام، فقد جاء ملخص الأحكام الشرعية المالكي حافلا بمسائل الأحوال الشخصية، من زواج وطلاق وآثارهما والتبرعات المالية من هبة ووقف ووصية والمواريث، إذ خص الشيخ محمد بن عامر القسم الثاني كاملا لمسائل «الحقوق العائلية والأحوال الشخصية» وصنفه في خمسة أبواب علق الأول بالنكاح وما متعلقاته من أركان وشرائط وصور النكاح ومحرمات وأنكحة فاسدة وغيرها، وعلق الباب الثاني على الطلاق وتوابعه من أركان وشروط صحة وخلع وأحكام تنازع الزوجين في الأمتعة وكذا أحكام المفقود التي تقوم عليها للزوجة حقوق. أما الباب الثالث وهو المتعلق بالإيلاء والظهار واللعان فجعله في ثلاثة فصول لكل صورة من صور فك الرابطة الزوجية فصل ثم ختمه بخلاصة، وفي الباب الرابع ذكر الحضانة وأحكام النفقة، وفي الخامس ذكر أحكام الحجر والرشد فأدرجها ضمن قسم الأحوال الشخصية.

ثم خص المقنن لملخص الأحكام القسم الثالث في المعاملات والتبرعات وهذه الأخيرة أدرجها الأبواب السادس وبين فيه أحكام الهبة والثالث عشر وبين فيه أحكام الوقف ثم الباب الرابع عشر وبين فيه أحكام الوصية، ليجعل في القسم الموالي وهو القسم الرابع المواريث أين بين كل أحكامها بدءا بالحقوق المتعلقة بالتركة وختم ببيان «كيفية الأصول العملية للفرائض والمناسخات».

مطلب ثان: آثار التقنين

لا يمكن الوقوف على هذه الآثار إلاّ من خلال اعتماد تقنين الفقه الإسلامي كمصدر قضائي لازم، بحيث تكون آثاره من الناحية التطبيقية واضحة، وهو الأمر الذي لا يمكن تجليّه إلا في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت بأمر سلطاني وأُلزم بها القضاء فكان لها أثر بارز عليه (البُغا.ص 766-767)، أما غيرها من التقنينات الفقهية الأخرى المذكورة كتجارب سابقة فهي لم تلق نفس درجة الإلزام القضائي لأنها لم تصدر عن هيئة حاكمة عليا ولم تنفذ أحكامها في القضاء فبقيت مجرد دراسات فقهية ومراجع لا غير.

ومن التجربة المنفردة لمجلة الأحكام العدلية يمكن الوقوف على بعض المحاسن (فرع أول) وعلى بعض المآخذ (فرع ثان).

فرع أول: محاسن مجلة الأحكام العدلية في تقنين الفقه الإسلامي

إن مجلة الأحكام العدلية لمّا عُهد فيها التقنين لجماعة من الفقهاء الأجلاء كانت نبراس فقه منير لا بد له من محاسن (البغا.ص 764-765) تبدو، ولقد أجمع جمهور الفقهاء المعاصرين على أن محاسن التقنين تفوق عيوبه سواء كان ذلك من مجلة الأحكام العدلية أو في غيرها (الزرقا.2004م.ص 319). تلك الإيجابيات على الإجمال عدها بعض الفقهاء من الذين اعتنو بالمجلة من حيث تقييمها وبيان محاسنها، وقد ذكروا لها العديد منها والتي يمكن تلخصيها فيما يلي:

1. تحويل الفقه الإسلامي من متون وشروح وحواشٍ وأقوال وترجيحات كثيرة متعددة في المذهب الحنفي إلى قول واحد معتمد (الزحيلي.1987م.ص 28)؛
2. تلافي الخلط بين الألفاظ والمعاني بإدراج أول كل كتاب مقدمة تبين المصطلحات اللازمة الاتباع ومعانيها الدّقيقة؛
3. جعل القول المعتمد في كل مسألة على حدة في مادة قانونية ملزمة؛
4. حصر القضاء وفقاً للمذهب الحنفي حسماً لمادة النزاع والفوضى في الحكم وفق كل مذهب أو قول يشاؤه القاضي (الزحيلي.ص 6241)؛
5. التخلص من الاختلاف الفقهي المضر في التطبيق؛
6. تحديد المرجع القانوني للقضاة عند الحكم في القضايا المختلفة؛

7. مظهر من مظاهر وحدة المسلمين في القوانين ذات الصلة؛
8. مما اختصت به مجلة الأحكام العدلية أنها أخذت بالقول الأصلح من المذهب دون التقيد بالراجح أو بظاهر الرواية في المذهب الحنفي (الزرقا. ص 319)؛
9. حماية القضاة وسمعتهم وحفظ هيبتهم وإشراف الدولة على ذلك (البُغا. ص 765).

فرع ثان: مآخذ مجلة الأحكام العدلية في تقنين الفقه الإسلامي

لقد كان لمجلة الأحكام العدلية باعتبارها عملا إنسانيا، بعضا من المآخذ عددها رجال الفقه في مصنفاتهم حين وقفوا على آثارها السلبية، غير أنها قليلة وممكنة التجاوز مقارنة بتلك المحاسن التي سيقت فيما سلف، وهي في الجملة لا تتعدى:

1. قصور المجلة على المذهب الحنفي دون الخروج إلى غيره من المذاهب المقررة في الفقه الإسلامي وذلك مع قبول الدولة لهذه المذاهب والتعايش معها، وهذا فيه حمل لأتباع المذاهب الأخرى على المذهب الحنفي ومع أنه للحاكم حمل الناس على قول يراه الأصلح لهم ولكن ربما كانت بعض الأقوال المخالفة للمذهب الحنفي هي الأصلح، وذلك كما في نظرية الفساد والشروط في العقود وعدم اعتبار مالية المنافع (حيدر.1991م.ص 236-237)؛
2. كثرة التكرارات في المجلة بخلوّها من النظرية العامة للعقود والالتزامات وإن وجدت هذه الأحكام مقررة في فصولها مفصلة ولكنها مكررة في كل كتاب من كتب المجلة مع جعل كتاب البيع مشتملاً على قواعد الإيجاب والقبول المتعلقة بجميع العقود؛
3. شمول المجلة لموضوعات عديدة، فهي تشمل القانون المدني وأصول التقاضي والمحاكمات والدعاوي وكثيراً من مباحث القانون التجاري؛
4. طول عبارات المواد في المجلة وكثر التفصيلات فيها يجعلها أشبه بكتب الفقه أحياناً؛
5. خلو المجلة من الكلام في العبادات لأن القصد من وضع المجلة خدمة القضاة والقضاء، وتذليل صعوبة الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي، والعبادات مبنية على التيسير والتوسعة (الزرقا.ص 240)؛
6. خلو كذلك من الأحوال الشخصية فلم تبحث موضوعات الزواج والطلاق والنفقة والنسب والولاية والوصية والوصاية والحضانة والإرث والمفقود والأوقاف، ومرد ذلك إلى سياسة التسامح التي قصدتها المجلة في ذلك نظراً إلى كثرة الأديان والمذاهب وإلى ترك الحرية لهم في أمورهم الخاصة؛
7. خلو المجلة من العقوبات لصدور قانون الجزاء العثماني قبل ذلك سنة (1274 هـ1840م)؛
8. الإلزام برأي واحد مما يترتب عنه الجمود في الحركة الاجتهادية (الألفي.1994م.ص 117).

خاتمة:

النّاتج، أن لكل علم فن كتابة اختص به أهل صنعته، أين ابتدعوا تلك الطرق في الكتابة بعد حقبات متتالية من الزمن بما وافق واقعهم واقتضته ظروفهم ومميزات علمهم، حتى ارتبط العلم بطريقة كتابة محددة، ومضبوطة بمصطلحات متخصصة لا يفقهها إلا صاحب المُكْنَة من ذات العلم.

ومنه، فإن الخيار يبقى قائما بين يدي الحكّام بالتنفيذ والمحكومين بالمطالبة. فمن أراد تطبيق الفقه الإسلامي ما عليه إلا إعماله من حيث إعمال طريقة كتابة تتوافق معه لا طريقة كتابة يتوافق هو معها، فما الكتابة إلا وسيلة يصل بها العلم ولا بد أن تكون هي الخادمة له لا أن يكون العلم خادما للكتابة مهما كانت الدوافع إليه والمسوغات نحوه، وذلك وفق مقتضيات العصر ومتطلبات المصالح العامة.

وقد ظهر من هذا البحث، أن أنسب طرق الكتابة ما اصطلح الفقه الشرعي على تسميته بالتقنين، ذلك أن أهل الفن أولى بالتسمية وهم الأوائل في النظر لآرائهم في المصطلحات التي يطلقونها على معاني الأشياء والمفاهيم المتعلقة بعملهم، فكان التقنين أصح ما يُطلق على كتابة الأحكام الإسلامية في الصبغة القانونية.

تلك الأحكام الإسلامية، رغم اختلاف الفقه في مدى صلاحية تقنينها من عدمه، إلا أن فتح الباب أمام التقنين أمر فيه تيسير على الخاص والعام من الناس وعلى المختص وغيره منهم، وذلك انطلاقا من اعتبار الكتابة بطريق التقنين طريقة متماشية مع الزمن المعيش، إذ طرق الكتابة في تطور مستمر، فلماذا يُتفق على كتابة الرسالة للإمام الشافعي مثلا، وقد كانت حينها طريقة كتابة مستحدثة، ولا يُتفق على كتابة الأحكام الإسلامية حديثا بالطريقة التي تخدم القضاء والمتقاضين، والشريعة لم تُسن إلا لأن تُحَكَّم بين الناس.

ولكن، كتابة الأحكام الشرعية أيا كانت الطريقة التي تتم بها، لا بد أن يُخضع أثناءها لمبادئ يستقر عليها المقنن، حتى لا يُفقد لتلك الأحكام كُنهها بإدراجها ضمن نصوص قانونية مرقّمة.

تلك المبادئ لا تعدو -وبطريقة استقصائية- أن تبرز في بعض النقاط التي يمكن حصرها فيما يلي:

- يجب التأكيد إلى أنه لا يمكن الكلام عن تقنين الشريعة الإسلامية بكاملها، لِمَا تشمله هذه الأخيرة من معتقدات لا يسع القاضي الشرعي إلا أن يحكم على من خالفها بما يتناسب مع مخالفتها من أحكام، فلا يتعدى التقنين إذن مجال الفقه الإسلامي؛

- يلزم المقنن أن يعتمد على بعض التِّقنيّات القانونية في تقنينه للفقه، أين يُدرج المبادئ الفقهية الثابتة بالنص كوجوب الإشهاد على الزنا بأربعة شهداء، وغيرها من التي هي محل الاتفاق ضمن نصوص قانونية آمرة لا يمكن للقاضي ولا لغيره أن يخالفها، فيما يدرج الأخرى (أي المسائل المختلف فيها) في نصوص قانونية مكمّلة، فاتحا بذلك أمام القاضي باب الاجتهاد؛

- أن ينصبّ التقنين بدرجة أولى على مجالات الفقه الاجتهادية من معاملات وأحوال شخصية، كما جاء في النماذج المنتقاة، ويجعل الأحكام فيها غير آمرة يبيح فيها للقاضي الاجتهاد ولا يقيده بحكم لازم؛

- أن لا يُغفَل تقنين الإجراءات المشروعة إسلاما والخادمة لكل مواضيع الفقه المقننة.

فإن نجح المقنن في ذلك، يكون الفقه الإسلامي صالحا لتطبيقه تقنينا، بما وَسِعَ الدّول الإسلامية اليوم من إمكانات لاسيما البشرية منها، كما هو الشأن عليه في الجزائر. إذ تكوين القضاة لا يمكّنهم إلا من الرجوع إلى القوانين وتطبيقها تطبيقا مباشرا، وفي أقصى الأحوال اللجوء إلى بعض المراجع العامة في المسائل التي يُطرح فيها التنازع عليهم، أما رجوعهم إلى المصادر والأمهات فهذا شاق جدا لهم إن لم يكن مستحيلا، كيف؟ وقضاة المحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية مثلا كثيرا ما يرجعون وفي كل مرة إلى مختصر خليل للاستدلال به على بعض القرارات التي يصدرونها.

قائمة المراجع:

المصادر والمراجع:

أحمد بن عبد الله القاري. (1401هـ-1981 مـ). **مجلة الأحكام الشرعية**. تهامة.جدة.المملكة العربية السعودية.

أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**. الجزء التاسع. دار المعارف.بيروت.لبنان.

بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد. (1416هـ). **فقه النوازل**. الجزء الأول. مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان.

تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني. (1416هـ). **مجموع الفتاوى**.تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.المدينة النبوية.المملكة العربية السعودية.

حبيب إبراهيم الخليلي. (1983 مـ). **المدخل للعلوم القانونية. (النظرية العامة للحق).** ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.

رضا على السيّد الشّرنباصي. (1403هـ). **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**. مطبعة الأمانة.

سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم للإمام مالك بن أنس. (2004مـ). **المدونة الكبرى**. مكتبة الثقافة الدينية. القاهرة.جمهورية مصر العربية.

سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني. **سنن أبي داود**. الجزء الخامس.تحقيق وتخريج الأحاديث شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي.دار الرسالة العالمية.السعودية.

عبد الرحمن بن رجب (المتوفى 795هـ). **القواعد في الفقه الإسلامي**. دار الفكر.دمشق.سورية.

عبد الرحمن بن سعد الشثري. (1435 هـ). **تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه**.دار التوحيد للنشر والتوزيع.الرياض.المملكة العربية السعودية.

عبد العزيز بن إبراهيم بن قاسم. **الدليل إلى المتون العلمية**. (1420 هـ). دار الصميعي للنشر والتوزيع.الرياض.المملكة العربية السعودية.

عبد الكريم زيدان. **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**. (1421 هـ- 2001 مـ) . مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان.

علي بن خلف بن عبد الملك المشهور بابن بطال. (1423هـ - 2003مـ). **شرح صحيح البخارى**. الجزء التاسع. تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم. مكتبة الرشد.الرياض. المملكة العربية السعودية.

علي حيدر (1411هـ- 1991مـ). **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. الجزء الأول. دار الجيل.

علي محمد بدير. عبد الباقي البكري.زهير البشير. (1982 مـ). **المدخل لدراسة القانون**. مديرية دار الكتب للطباعة والنشر.جامعة الموصل.العراق.

لجنة علماء في الخلافة العثمانية. **مجلة الأحكام العدلية**. تحقيق نجيب هواويني. طباعة نور محمد. كارخانه تجارتِ كتب.كراتشي.

محمد إسماعيل إبراهيم. **القرآن وإعجازه العلمي**. دار الفكر. بيروت. لبنان.

محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي. (1405هـ-1985مـ). **الجامع لأحكام القرآن**.الجزء الأول. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.

محمد بن خير بن عمر بن خليفة اللمتوني الأموي الإشبيلي. **فهرسة ابن خير الإشبيلي**. الجزء الأول.دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.

محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي. (2009مـ). **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية**. مؤسسة المختار للنشر والتوزيع.القاهرة. مصر.

محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري. (1992 مـ). **لسان العرب**.الجزء الثالث عشر. دار صادر. بيروت. لبنان.

محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري. (1994 مـ). **لسان العرب.** الجزء الثالث عشر. دار صادر. بيروت. لبنان. ص 164.

محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري. **الخطة في ذكر الصحاح الستة**. الجزء الأول. دار الجيل. بيروت. لبنان.

محمد قدري باشا. (1308هـ-1891مـ) . **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.** المطبعة الكبرى الأميرية.بولاق.جمهورية مصر العربية.

محمد قدري باشا. (2007 مـ). **قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف**. مؤسسة الريان.

محمد محمد بن عامر. (1416هـ- 1996مـ). **ملخص الأحكام الشّرعيّة على المعتمد من مذهب المالكية**. المنهاج. جدة. المملكة العربية السعودية.

محمد مصطفى شلبي. **المدخل في الفقه الإسلامي "تعريفه وتاريخه ومذاهبه"**. (1405هـ-1985مـ). الدار الجامعية. بيروت. لبنان.

مصطفى أحمد الزرقا. (1425هـ-2004مـ). **المدخل الفقهي العام**. الجزء الأول.دار القلم. دمشق. سوريا.
وهبة الزحيلي. (1408هـ-1987مـ). **جهود تقنين الفقه الإسلامي**. بيروت. لبنان.
وهبة الزحيلي. **الفقه الإسلامي وأدلته**.الجزء الثامن. دار الفكر. دمشق. سوريا.

مراجع باللغة الفرنسية:

Daniel REIG. (1999). **LAROUSSE-Bourdas**. **Dictionnaire Arabe-français/Français-arabe.** Édition Satire. Paris.

Serge GUINCHARD Thierry DEBARD. (juin 2014). **LEXIQUE Des Termes juridiques 2014-2015**. 22ème édition. Dalloz. Paris.

Pierre Dupont Delestraint . (1980). **Introduction à l`étude du droit civil** . 8ème édition. mémentos Dalloz. Paris.

Xavier HENRY. (2015).**CODE CIVIL**, DALLOZ, Cent-Quatorzième Édition. Paris.

الرسائل الجامعية:

ظافري محمد بن محمد حجر. (1406 هـ). **المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه**. رسالة لنيل درجة دكتوراه.تخصص الشريعة الإسلامية.المعهد العالي للقضاء.جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.المملكة العربية السعودية.

يحي محمد الخلايلة. (1422 هـ).**تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة لتجربة باكستان ومشروع مصر في التعزير)**.رسالة دكتوراه.الجامعة الإسلامية العالمية.باكستان.

المجلات والمقالات:

محمد الحسن البُغا. (2009مـ). **التقنين في مجلة الأحكام العدلية**. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.العدد 2. صفحات 743-772.

محمد جبر الألفي. (1994 مـ). **محاولات تقنين الفقه الإسلامي**. من أعمال ندوة "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة".جامعة الإمارات العربية المتحدة. 8-10 شوال 1414هـ موافق 20-22 مارس 1994مـ.

محمد جبر الألفي. **مجلة الأحكام العدلية**. تحقيق نجيب هواويني.طباعة نور محمد.كارخانه تجارتِ كتب.كراتشي.

محمد جبر الألفي. (1411 هـ- 2000 مـ). مجلة البحوث الإسلامية. أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية. **تدوين الراجح من أقوال الفقهاء في المعاملات وإلزام القضاة بالحكم به**. مجلة البحوث الإسلامية.المجلد الواحد والثلاثون.

النصوص القانونية:

القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31.الصادر بتاريخ 1963/01/11.جريدة رسمية.عدد 2.سنة 1963.ص 18.المتعلق بتمديد السيرورة إلى أمر لاحق بالتشريعات المعمول بها بتاريخ 13 ديسمبر 1962.

القانون المدني الجزائري. الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل المتمم.

القانون المدني المصري. المؤرخ بقصر القبة في 9 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو 1948.الصادر في 22 رمضان 1367 الموافق 29 يوليو 1948.جريدة رسمية.عدد 108 مكرر 1.والداخل حيز النفاذ ابتداء من 15 أكتوبر 1949.

القانون المدني الفرنسي. المعدل والمتمم.

قانون الإثبات العراقي. رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000.