أصل الخلافات الفقهية
في مسألة تقنين
أحكام الشريعة الإسلامية

دراسة تحليلية معمقة في الشريعة الإسلامية والقانون

دكتور
أوان عبد الله الفيضي
كلية الحقوق - جامعة الموصل

دار الفكر الجامعي
أمام كلية الحقوق - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

المقدمة

المقدمة :-

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك لـه وأشـهد أن محمدا عبده ورسوله ، قال تعالى بعد أعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾ سـورة النسـاء/ ١ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ سـورة الأحـزاب/٧٠-٧١ ، أما بعد(*):

(*) الجدير بالذكر أن هذه تعد خطبة الحاجة التي علمها النبي محمد (ﷺ) لأصحابه ، وقد رواها الإمام أبو داود في سننه ، وللمزيد من التفصيل ينظر: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٧ .

فان اصدق الحديث كتاب الله وأحسن الهدي هدي محمد (ﷺ) وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار ، نحمد الله الذي جعل الأحكام على منهج شرعه القويم الهادي إلى الصراط المستقيم حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى ، ونحمده تعالى الذي أجزل إحسانه وانزل قرآنه وبين فيه قواعد دينه وأركانه ثم جعل إلى رسوله بيانه فأوضح ذلك لأصحابه في حياته ثم تفرقوا بعد وفاته يبتغون من الله تعالى فضله ورضوانه ، واشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له وما أعظم سلطانه ، واشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله وحبيبه وخليله الذي عصمه وحماه وصانه وأيده بالنصر والتأييد والإعانة ، سيد أنبيائه المنزل عليه هذا الشرع المبارك الطاهر والنور الباهي الباهر، اللهم صلي وسلم وزد وبارك وانعم عليه وعلى اله ، وإخوته من الأنبياء والمرسلين صلوات ربي وسلامه عليه وعليهم أجمعين ، وعلى أصحابه من العلماء الأعلام والمشايخ العارفين ما اقتفت أثارهم السادة الأجلة ومن تبع منهجهم وسار على نهجهم ودعا بدعوتهم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وعنا معهم يارب العالمين ، صلاة ترجح لقائلها ميزانه وتبلغه يوم الفزع مأمنه وترفع في الجنة منزله .

لاشك أن التدوين والتقنين من الأمور التي اعتنى بها المسلمون الأوائل فضلا عن سعة ملكاتهم وعلومهم وأهليتهم العلمية مع ما يضاف إلى ذلك من ورع واستقامة وحرص على وضع الأمر في نصابه الصحيح ، والتشريع الإسلامي تشريع ربانية لا يفرق بين بني البشر ولا يرجح في العدالة والمساواة مسلما على غيره ولا شريفا على وضيع ولا قويا على ضعيف.. وهو الذي انتشر في ربوع العالم تطبيقا لشرع الله تعالى وعرفا وعادة شرقا وغربا ، قال تعالى في محكم آياته :﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴿١٤﴾ ﴾ سورة الملك/١٤ .

وقد كانت مراحل التدوين والتقنين للقوانين المختلفة تمر بادوار مختلفة ومراحل عديدة ، فقد انزل الله تعالى القران الكريم على قلب نبينا محمد(ﷺ) متضمنا الأحكام كافة التي يحتاج إليها البشر في مختلف الأزمنة والأمكنة إلى أن يرث الله سبحانه وتعالى الأرض وما عليها تصديقا لقوله تعالى :﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَالُكُمْ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ ﴿٣٨﴾ ﴾سورة الأنعام/٣٨.

حيث قام نبينا محمد(ﷺ) ببيان الأحكام التي تحتاج إليها بأقواله وأفعاله وتقريراته تصديقا لقولـــــه تعـــــالى: ﴿ بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ ۗ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٤٤﴾ ﴾سورة النحل/٤٤.

وقد كان لظهور الإسلام وانتشاره ليشمل إمبراطورية الفرس شرقا والإمبراطورية الرومانية غربا فضل في تطبيق أوامر الله تعالى ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحة المحكمة في كل بقاع العالم حتى استمر إلى منتصف القرن الثالث للهجرة وانتهى بصدور التنظيمات العثمانية عام ١٢٥٥ هـ / ١٨٣٩م في زمن الخلافة العثمانية ، إذ حلت القوانين الأجنبية محل بعض التشريعات الإسلامية ، وبدأت الخلافة العثمانية تقتبس من النظم القانونية الأوربية ولاسيما الفرنسية بعض القواعد وتعدل بها الأحكام الشرعية وانتهت بإحلالها محلها .

وعندما جاء الاستعمار إلى المنطقة وجد الأرض ممهده له بما تتضمنه من اقتباس لتشريعاته وأفكاره الوضعية ، فعمل على زيادة الهوة بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية ، وأصبحت البلاد في العالم الإسلامي تحكمها القوانين الوضعية المنقولة عن القوانين الأجنبية ، بعد أن كانت الشريعة الإسلامية المباركة تحكم هذا العالم قاطبة منذ ظهور الإسلام.

ومنذ ذاك الحين والأصوات ترتفع مطالبة العودة إلى الحكم بما انزل الله تعالى على وفق قانون إسلامي موحد ، لأن الإسلام دين ودنيا فكما اهتم بتنظيم علاقة الفرد بربه اهتم أيضا بعلاقة الفرد بالفرد وبعلاقته بمجتمعه وأمنه ، فكانت أحكام الشريعة الإسلامية شاملة للجوانب كلها صالحة لكل زمان ومكان ومنهاج للبشرية عامة ورحمة للعالمين ، تفي بحاجات الزمن المتطورة وتواكب حضارات العصور فهي أصلية باقية خالدة لأنها ربانية ليست من صنع البشر الذي يحكمه القصور والغرائز والعواطف والتأثر بمؤثرات الزمان والمكان والثقافة.

وفي الوقت الحاضر ترتفع أيضا الدعوات الصادقة في العالم الإسلامي لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والاحتكام لشرع الله تعالى جلا جلاله إعمالا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾ ﴾ سورة النساء /١٠٥ .

وفـــي قولـــه جلـــت قدرتـــه : ﴿ قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُم بِهِۦ ۚ مَا عِندِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ بِهِۦٓ ۚ إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ۖ يَقُصُّ ٱلْحَقَّ ۖ وَهُوَ خَيْرُ ٱلْفَٰصِلِينَ ﴿٥٧﴾ ﴾ ســـــــورة الأنعام / ٥٧ .

وقوله جل ذكره أيضا : ﴿ مَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِهِۦٓ إِلَّآ أَسْمَآءً سَمَّيْتُمُوهَآ أَنتُمْ وَءَابَآؤُكُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ بِهَا مِن سُلْطَٰنٍ ۚ إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ۚ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ ۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ ٱلنَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٤٠﴾ ﴾ سورة يوسف /٤٠ ، ذلك وبعد أن جربت الدول الإسلامية نظريات ومذاهب ومناهج بشرية شتى جلبت للأمة الإسلامية الخراب والويلات والتخلف والتبعية والفتن والصراعات.

وهذا البحث والدراسة المعمقة عن أصل الخلافات الفقهية في مسألة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، تتضمن تبنينا لفكرة العودة إلى الحكم بما انزل الله تعالى على وفق قانون إسلامي موحد لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والاحتكام لشرع الله تعالى جلا جلاله ، ووجدنا أن هذا لا يتم إلا إذا تم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، كما أن هناك من يدعي بعدم الحاجة إلى تقنين الشريعة الإسلامية بعد مضي أربعة عشر قرنا على تطبيقها بدون تقنين، غير أن الوضع ألان بتقديرنا يحتم علينا تقنين الفقه الإسلامي فقد كان من بين أسباب وضع مجلة الأحكام العدلية التي تعد التقنين الأول لأحكام الشريعة الإسلامية هو أن علم الفقه بحر، لا ساحل له، واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة ومعرفة علمية تصعب على الكثيرين .

وهكذا حاولت في هذه الدراسة استيفاء أهم الجوانب المتعلقة بقضية التدوين والتقنين باعتبارها من قضايا الساعة التي تطرح ، فلابد إذن من توضيح الأمر فيها وعرض وجهات نظر جميع الأطراف سواء المانعين أم المجيزين بصراحة ووضوح ومحاولة الترجيح بين أقوالهم ، فان أصبت فلله سبحانه وتعالى الحمد والشكر وله الثناء والمنة دائما وأبدا ، وان كانت الأخرى لا سمح الله فحسبي الله تعالى صدق اجتهادي ونيتي الخالصة لله وإخلاصي في ذلك ، داعيا الله تعالى ان يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة ، وان تكون الخطوة الأولى المباركة للرجوع لتطبيق شرع الله والعودة للحكم بما أنزل الله وفقا لما يرضي الله تعالى ، وأن يكون علما نافعا ينتفع به الناس خالصا لوجهه الكريم ، وأن يمن علي بالقبول ويجعله لنا ذخرا ويعظم لنا به أجرا ويضع عنا به وزرا انه سميع مجيب الدعاء.

لذلك كان لابد لنا من توضيح أصل مسألة التقنين عند المتقدمين ، والتطرق بعد ذلك إلى الفقهاء المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتهم في ذلك ، فضلا عن التطرق إلى الفقهاء المانعين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتهم في ذلك أيضا ، وكذلك نحاول بعون الله تعالى الترجيح بين أقوال المجيزين للتقنين وأقوال المانعين له .

أما عن أسباب اختياري للدراسة والبحث في هذا الموضوع الفريد من نوعه والأصيل ببحثه ودراسته فأوجزها فيما يأتي:

أولا– إن السبب الأول لاختياري لهذا الموضوع للبحث والدراسة المعمقة ، هو أردت ان أضع عملا خالصا لوجه الله تعالى وبصمة تكون في سبيله تعالى ، ومن اجل الرجوع لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والعودة إلى الحكم بما انزل الله تعالى على وفق قانون إسلامي موحد، من اجل مرضاة الله تعالى أولا وأخيرا وعدم مخالفة أوامره وخدمة للإسلام والمسلمين ثانيا .

ثانيا– عدم وجود مؤلفات وكتابات في هذا الخصوص ، وكذلك عدم إفراد هذا الموضوع ببحث مستقل على هذا النحو، لذا يعد هذا الموضوع حقيقة فريدا وأصيلا من نوعه .

ثالثا– إن من أهم وسائل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوقت الحاضر والحكم بما انزل الله تعالى هو تدوين أحكام الشريعة الإسلامية .

رابعا– التقنين مسألة معاصرة لم يتعرض لها الفقهاء المتقدمون تفصيلا واختلف بشأنها الفقهاء المعاصرون خلافا واسعا ومتشعبا ومازال هذا الخلاف قائما ، وذلك يؤثر من حيث التزام بعض الناس بأحكام القوانين والعمل على وفقها لظنهم بان التقنين يخالف الشريعة الإسلامية وذلك يحتاج للبحث والدراسة والمناقشة الموسعة والمعمقة لمعرفة ذلك.

خامسا– تتجه الدول الإسلامية إلى تدوين أحكام الشريعة الإسلامية على تفاوت بين هذه الدول، والبحث في هذا الموضوع سوف يبين بطريقة علمية مزايا وعيوب التقنين ويضع التوصيات المناسبة لتجاوز عيوب التقنين.

سادسا– تتنوع تجارب الدول الإسلامية في تدوين وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، ومسألة تسليط الضوء على بعض هذه التجارب سوف يسهم بشكل أم بأخر في استفادة الدول الإسلامية من هذه التجارب في عملية التدوين لأحكام الشريعة الإسلامية.

سابعا– المسائل المتعلقة بالتدوين وردت مبعثرة في المراجع الفقهية والقانونية والرسائل العلمية وتحتاج فعلا إلى جمع شتاتها في بحث علمي فقهي قانوني مقارن محايد ملتزم بأصول البحث العلمي وقواعده العامة ويتسم بالعمق والإحاطة الشاملة يدرسها بالتفصيل ويخلص في النهاية إلى نتائج وتوصيات مفيدة بشأنها مع جعل الهدف الأولي والأساسي هو الرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والعودة للحكم بما انزل الله تعالى واجتناب نواهيه طمعا في مرضاته سبحانه وتعالى وحبا لذاته جل جلاله ، فهو ربنا ومولانا وعضيدنا ونصيرنا وسيدنا ونحن عباده الملتزمين لأوامره والمجتنبين لنواهيه ، فضلا عن ذلك فان علم الفقه الإسلامي بتقديرنا يعد بحر لا ساحل له ، واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة ومعرفة علمية تصعب على الكثيرين ، لذلك كان من الأفضل أن يتم تدوينه وتقنينه ليكون سهلا للقضاة في الحكم وفق الشريعة الإسلامية وبما انزل الله تعالى ، وهو بتقديرنا كان من ضمن الأسباب التي دعت إلى ظهور وإصدار مجلة الأحكام العدلية أيضا ، لذلك وجدت ونبعت فكرة هذه الدراسة لدي، فظهرت ونضجت فكانت بذلك احد الأسباب الرئيسية لاختياري للدراسة والبحث في هذا الموضوع الفريد من نوعه والأصيل ببحثه ودراسته ، وارتأينا تسميتها أصل الخلافات الفقهية في مسألة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة تحليلية معمقة في الشريعة الإسلامية والقانون والله تعالى من وراء القصد.

ونظرا لما ذكرناه ولأهمية هذا الموضوع فقد عزمنا على الخوض في غماره ، وذلك لعدم وجود دراسة تفصيلية خاصة به محاولين في ذلك إلقاء الضوء والإجابة عن تساؤلات عديدة يثيرها هذا الموضوع مصدرها مجموعة فرضيات أهمها : هل أن ظاهرة التقنين ظاهرة حديثة ، ، وهل المجتمعات العربية عرفت فكرة التقنين ، ومتى بدأت حركة التقنين في العالم الإسلامي ، وما المقصود بالتقنين ، وما هو تأصيله الشرعي والقانوني ، وما هي أصل مسألة التقنين عند الفقهاء المتقدمين ، ومن هم الفقهاء المجيزون والمانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، وما هي أدلتهم في ذلك ، وما هو القول الراجح في مسألة الترجيح بين قول المجيزين للتقنين وقول المانعين له...؟ .

معتمدين في ذلك كله على المنهج التحليلي الاستنباطي وذلك من خلال استعراض النصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حول الموضوع ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منها ، ومتجاوزين ما يثيره البعض من القول بأنه لا يجوز أن تتم المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لان الشريعة المتكاملة لا يمكن أن تكون مجال مقارنة مع قوانين تمتاز بالنقص موضوعة من قبل البشر ، ونتفق معهم في ذلك إلا انه في بعض الحالات ينبغي أن تتم المقارنة من اجل فائدة الشريعة الإسلامية أولا وأخيرا، وذلك لتوضيح وإظهار أن أحكام الشريعة الإسلامية هي الأفضل والأسمى من اجل العودة إلى الحكم بها أولا ، ومن اجل إظهار النقص التشريعي في القوانين الوضعية ومحاولة إكمالها ورفع تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية وثوابتها ثانيا، مستهدين بالكثير من المقارنات القرآنية الموجودة والمتعددة الصور بين الكفر والإيمان بالله تعالى ، ولعل ولاة الأمر بهذا يوجهوا أنظارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية ويجعلوا القوانين مستمدة من أحكامها، فيحكمون شرع الله ويدعون ما سواه، ولتكون بالمحصلة لخدمة ولصالح المسلمين وطلبا في مرضاة الله تعالى .

واستكمالا للموضوع وبغية تسليط الضوء عليه بأكمله فقد قسمناه إلى أربعة مباحث هي كآلاتي : -

استعرضنا في **المبحث التمهيدي** من هذه الدراسة : مفهوم التقنين وتأصيله التاريخي ، ثم تناولنا في **المبحث الأول** : أصل مسألة التقنين عند المتقدمين ، وبينا في **المبحث الثاني** : الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتهم ، في حين تضمن **المبحث الثالث** : الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتهم ، كما وضحنا في **المبحث الرابع** : مسألة الترجيح بين قول المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وقول المانعين له ، ومن ثم انهينا الدراسة **بالخاتمة** التي تضمنت : أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها ، سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد انه ولي ذلك والقادر عليه ، انه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير.

والحمد لله تعالى في البداية والنهاية مع التضرع إليه تعالى بدوام التوفيق والهداية انه حسبنا ونعم الوكيل ، وله الحمد والشكر وله الثناء والمنة دائما وأبدا ، ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على رسول الله صلاة يتبعها روح وريحان وبعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القرآن ، وعلى اله وصحابته ومن اهتدى يهديهم واتبعهم بإحسان إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .

المؤلف

خادم الإسلام والمسلمين

الشيخ الدكتور أوان عبدالله الفيضي

المبحث التمهيدي

مفهوم التقنين وتأصيله التاريخي

ويتضمن هذا المبحث التمهيدي على مطلبين اثنين هما بالتفصيل على النحو الآتي:

المطلب الأول/ ماهية التقنين

المطلب الثاني/ تأصيل التقنين

المبحث التمهيدي
مفهوم التقنين وتأصيله التاريخي

يعمل التقنين بوجه عام على جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية ويبوبها ويصيغها بعبارات موجزة وواضحة ومتسلسلة ، فهو عملية صياغة للأحكام في شكل مواد مرتبة مرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وتجارية ونحوها لتكون مرجعا سهلا محددا وتؤدي في الغالب إلى تفادي التعارض في الأحكام لأنها تحقق التناسق بينها وتمنع تكرارها، وقد تؤدي في الغالب إلى تحقيق الوحدة في البلاد.

وهكذا دعت الحاجة إلى التقنين من اجل حل المشاكل والمسائل الخلافية ، فالبحث عن نصوص الأحكام الشرعية في كتب الفقه الإسلامي واستخراج مظانها ومعرفة الراجح منها يحتاج إلى قدرة ومرونة فقهية تصعب على الكثيرين ، لذا ذهب الكثير من الفقهاء المعاصرين الى جواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية واستدلوا في هذا بأدلة كثيرة .

ولهذا ينبغي التعرف على مفهوم التقنين أولا وذلك من خلال توضيح ماهيته واستعراض تعريفه ، ومن ثم التطرق إلى مزاياه وعيوبه ، فضلا عن تناولنا تأصيله الشرعي وتأصيله القانوني، ولغرض الإحاطة الشاملة بالموضوع وتسليط الضوء عليه ينبغي أن نقسم هذا المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول/ ماهية التقنين.

المطلب الثاني/ التأصيل التاريخي للتقنين

المطلب الأول

ماهية التقنين

يلزم بداية عند بحث موضوع ماهية التقنين التطرق إلى معنى التقنين وتعريفه لمعرفة مدلوله اللغوي والشرعي والقانوني ، ومن ثم استعراض مزاياه وعيوبه ، لذلك سنبحث هذه الأمور مفصلا في هذا المطلب وضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول/ تعريف التقنين.

الفرع الثاني/ مزايا التقنين وعيوبه.

الفرع الأول

تعريف التقنين

سيتم في هذا الفرع توضيح معنى التقنين في الاصطلاح اللغوي أولا ، ومن ثم نتناول بالبحث الاصطلاح الشرعي والقانوني أيضا وذلك حسب المقاصد الآتية:

المقصد الأول/ مدلول التقنين في الاصطلاح اللغوي.
المقصد الثاني/ مدلول التقنين في الاصطلاح الشرعي.
المقصد الثالث/ مدلول التقنين في الاصطلاح القانوني.

المقصد الأول

مدلول التقنين في الاصطلاح اللغوي

يعد التقنين مصدر كلمة قنن بمعنى وضع القوانين، والقن يعني تتبع الأخبار، واقتننا اتخذنا ، واقتن اتخذ والقنه القوة والجبل الصغير، وقنه كل شيء طريقة ومقياسه ومنه التقنين ، والتقنين الضرب بالقنين وهو الطنبور اللغة الحبشية ويقال النرد ([٢]) .

قال ابن فارس: القاف والنون أصلان يدل الأول على الملازمة والأخر على العلو والارتفاع، وكلمة تقنين ليست غربية لأنها مشتقة من كلمة قانون ، وكلمة قانون ليست عربية أيضا فهي مولدة أي غير عربية الأصل وقد قيل هي كلمة رومية وقيل فارسية ، أما القانون فيقصد به مقياس كل شيء وطريقه ([٣]).

وهكذا اختلف الكتاب في تحديد أصل لفظة قانون ، فذهب في هذا السياق الرأي الغالب إلى القول أنها ليست عربية الأصل وأنها دخيلة على لغتنا العربية ، وذهب البعض إلى القول أنها عربية الأصل مادة وشكلا بدليل عدم إدراج هذا المصطلح فيما وضعه الكتاب العرب من مجموعة الألفاظ المستعربة بالرغم من شيوع استعماله وقتئذ ، أما من حيث مادته فاصله لفظ قن ويعني تتبع أخبار الشى للامعان في معرفته ، وأما من حيث شكله فهو من صيغة فاعول العربية التي تدل على الكمال وبذل الجهد ([٤]).

([٢]) ينظر: جمال الدين احمد بن مكرم الأنصاري الملقب بابن منظور(ت ٧١١هـ) ، لسان العرب ، ج١٢ ، دار صادر ، بيروت ، ص ٢٠٥-٢٠٦ .

([٣]) ينظر: أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج٥ ، دار الكتب العلمية، ص ٢٩ .

([٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩،ص١٩.

وتستخدم كلمة القانون مجازا في معنى القاعدة والقدرة والمبدأ، فالتركيز في الاصطلاح اليوناني ليس على مفهوم العصا وإنما على دلالة الاستقامة لذا عبرت اللغات اللاتينية والجرمانية عن القانون بكلمة الاستقامة (**Droit**) بالفرنسية و (**Diritte**) بالايطالية و (**Derecho**) بالاسبانية و (**Recht**) بالألمانية وفي اللاتينية (**Directur**) وهذه اصلها من (**Rectus**) أي المستقيم (*).

(*) ينظر: د. ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ،ج١ ،١٩٧٥ ، ص١ نقلا عن : د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط١، كلية القانون والسياسية ، جامعة بغداد ، ١٩٨٢، ص١٢.

المقصد الثاني

مدلول التقنين في الاصطلاح الشرعي

لبيان معنى التقنين في الاصطلاح الشرعي لابد أن نشير إلى أن التقنين أمر حادث ، ولذلك لم يتعرض الفقهاء المتقدمون لتعريفه ، أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا التقنين بتعريفات كثيرة منها انه جمع أحكام المسائل في باب على هيئة مواد مرقمة يقتصر في المسالة الواحدة على حكم مختار من الآراء المختلفة التي قالها الفقهاء فيها وذلك ليسهل الأمر على القضاة في معرفة الحكم المختار وتطبيقه وحده على الناس دون بقية الآراء المخالفة للرأي المختار([٦]).

فهو إذن صياغة الأحكام في شكل مواد قانونية مرتبة مرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وتجارية وجنائية.. ونحوها وذلك لتكون مرجعا سهلا محددا يمكن بيسر ان يتقيد به القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون([٧]).

لذلك فقد عرفه الأستاذ الدكتور وهبه الزحيلي بأنه عبارة عن صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود نظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها ([٨]) ، في حين عرفه أيضا سماحة الشيخ صالح بن فوزان الفوزان بأنه " وضع مواد تشريعية يحكم بها القاضي ولا يتجاوزها "([٩]) ، أي بمعنى صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل إلزام القضاة بالحكم بها([١٠]).

([٦]) ينظر: د. محمود الطنطاوي ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مكتبة وهبة ، دون سنة طبع ، ص ١٦٦ .

([٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: عامر عيسى اللهو ، حركة تقنين الفقه الإسلامي ، ص ٢ ، المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي :

http://saaid.net/book/10/3054/.doc

([٨]) ينظر: أ. د. وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٢٦ .

([٩]) مقال للشيخ صالح بن فوزان الفوزان نشر في جريدة الجزيرة ، ع /١١٩١٣ في ١٤٢٦/٤/٣ هـ ، وقد قال عبد الرحمن بن سعد الشتري وان مما شجعني على إخراج هذه الرسالة قول الشيخ "أخرجها لكي يستفيد منها المسلمون " نقلا عن: عبد الرحمن بن سعد الشتري ، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم ، ص ٤ ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي :

http://islamport.com/w/fqh/web/4563/1-htm.

([١٠]) ينظر: المرجع السابق ، ص ٤ .

كما عرف التقنين أيضا بأنه عبارة عن صياغة الأحكام الفقهية في مواد قانونية سهلة لغرض تطبيقها في مجال القضاء([11]) ، وبمعنى أخر عبارة عن وضع مواد تشريعية يحكم بها القاضي ولا يتجاوزها وذلك بصياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل إلزام القضاة بالحكم بها فهو إذن صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس بعبارات أمرة يميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيبا منطقيا بعيدا عن التكرار والتضارب([12]).

وبهذا نخلص أخيرا إلى أن التعريف الراجح للتقنين هو عبارة عن صياغة للأحكام الفقهية الشرعية ذات الموضوع الواحد بعبارات أمرة وبأرقام متسلسلة مرتبة ترتيبا منطقيا بعيدا عن التكرار والتضارب لإلزام القضاة للحكم بها وعدم تجاوزها لتطبيقها على الناس.

وكذلك يمكننا من خلال تعريفنا المقترح للتقنين استخلاص العناصر الأساسية الآتية وذلك على النحو الأتي :

١- قولنا في التعريف :الصياغة وهي ميزة التقنين عن الفقه المدون .

٢- قولنا في التعريف : الترتيب والترقيم وهي ميزة أخرى تضاف إلى سابقتها مما تجعل الرجوع للأحكام سهلا.

٣- قولنا في التعريف: الآمرة للتمييز بين مجرد بيان الأحكام والإلزام بها وهو من طبيعة القوانين.

٤- قولنا في التعريف: ذات الموضوع الواحد لان القوانين عادة تفصل بين كل موضوع وأخر ولا يمنع ذلك أن تكون مجموع هذه المواضيع تمثل تقنين الفقه الإسلامي .

٥- قولنا في التعريف: لتطبيقها على الناس أي عدم ترك تطبيقها لاختيار الناس فليس لهم أن يمتنعوا عن تطبيقها فان امتنعوا فإنها غير متروكة لهم بل تدخل في جوانب أخرى في ذلك كالعقوبات.

([11]) ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، موقف الفقهاء من أحكام الشريعة ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة صنعاء ، اليمن ، ص٢، المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي:
http://www.ohlyemen.org/modules.php?name=news&file=article

([12]) ينظر: د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين ، ص ٢ ، المنشور على الموقع الإلكتروني الأتي :
http://islam today .net/bohooth/arts show -86- 5987/1.htm

من هنا يتبين لنا ومن خلال ما تقدم أن صياغة المسائل الفقهية في مواد كالمواد القانونية أي تدوين الأحكام لا يسمى تقنينا على الصحيح ، ولا يعدو هذا النوع من التأليف ان يكون مؤلفا من المؤلفات ومرجعا من المراجع لانعدام الأمر والإلزامية فيها .

المقصد الثالث

مدلول التقنين في الاصطلاح القانوني

لاشك أن المقصود بالتقنين بوجه عام هو جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها وصياغتها بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود تسمى موادا ذات أرقام متسلسلة ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس .

وفي هذا الشأن فأن مصطلح القانون ينصرف إلى مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والتي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة إذا لزم الأمر(١٣) ، وقد استعملت كلمة قانون قديما فقد استعملها الإمام الغزالي رحمه الله (ت ٥٠٥ هـ) في كتابه قانون التأويل والماوردي في كتابه قوانين الوزارة وسياسة الملك وابن سينا في كتابه المشهور القانون في الطب وابن جزي في كتابه القوانين الفقهية واستخدم هذا المصطلح ألائمه ابن الجوزي والرازي وابن تيمية وابن فرحون وابن خلدون وغيرهم (١٤).

والمقصود بالتقنين في الاصطلاح القانوني عبارة عن مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعا من فروع القانون فهو عبارة عن جمع القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون بعد ترتيبها وتبويبها في مدونة واحدة تصدرها السلطة التشريعية في شكل قانون مكتوب مثل التقنين المدني (**Le code civil**) وغيره من التقنينات ، فهو إذن يعد صورة خاصة من صور التشريع الوضعي وذلك أن التشريع الوضعي لا يأتي غالبا في شكل واحد فقد يأتي مجزأ متناولا مسألة معينة بالتنظيم وقد يأتي مجمعا شاملا لمجموعة متجانسة من القواعد القانونية في فرع من فروع القانون وهذا هو القانون (١٥).

---

(١٣) للمزيد من التفصيل ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٤ .

(١٤) للمزيد من التفصيل ينظر: بكر أبو زيد ، فقه النوازل ، مؤسسة الرسالة ،ص ١٧ وما بعدها نقلا عن : د. محمد الحسن البغا ، التقنين في مجلة الأحكام العدلية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة ، جامعة دمشق ، المجلد ٢٥ ،ع٢ ،٢٠٠٩، ص ٧٤٧ ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتـــــي :-Universuity.edusy/mag/law/images/stories/743-
http://www damascus.772.pdf.

(١٥) ينظر: د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، المدخل للعلوم القانونية ، ط١ ، كلية القانون والسياسة ، جامعة الموصل ، ١٩٨٧ ، ص ٦٧ .

فالتقنين (**codification**) إذن هو عبارة عن تجميع رسمي للقواعد القانونية التي تخص نوعا من فروع القانون ويترتب على ذلك أن تجميع القواعد القانونية التي تخص فرعا من فروع القانون لا يعد تقنينا إلا أذا تم من الجهة الرسمية المختصة ([١٦]).

وبهذا يتبين أن التقنين في الاصطلاح القانوني يفيد معنيين : فقد يقصد به الوثيقة الرسمية التي تصدرها السلطة التشريعية الجامعة للقواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون بعد تهذيبها وتنسيقها ، وقد يراد به عملية تجميع هذه القواعد تجميعا علميا منطقيا وإصدارها من قبل السلطة التشريعية في وثيقة رسمية شاملة مبوبة ، فيقال أصدرت الدولة تقنينا ويقال قامت الدولة بتقنين قوانينها ، ولمنع الخلط بين المعنيين يحسن إطلاق لفظ التقنين أو المدونة إذا أريد المعنى الأول منها وإطلاق لفظ عملية التقنين بذاتها إذا أريد المعنى الثاني ([١٧]).

والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن لفظة المدونة لفظ أطلقه المجمع اللغوي في القاهرة على التقنين يحسن أن يطلق على الوثيقة الرسمية الجامعة للقواعد القانونية ليظل لفظ التقنين قاصرا على الدلالة على تجميع هذه القواعد أي على عملية التقنين في حد ذاتها ، وغني عن الذكر أن التقنين في معنييه المشار إليهما هو عمل رسمي من أعمال الدولة يصدر عن السلطة التشريعية فيها ، أما التجميع الذي يقوم به الأفراد أو الهيئات أو الجماعات العلمية من تجميع للقواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون أو ببعضها فلا يسمى تقنينا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق وان أطلق البعض عليه اسم المجموعة أو التقنين غير الرسمي ، فهو ليس قواعد قانونية ملزمة لأن الدولة لم تضف عليها الصفة التشريعية الرسمية ومثال التقنينات غير الرسمية كالمجموعات الثلاث التي أصدرها قدري باشا تجميعا لأحكام الشريعة الإسلامية ([١٨]) ، وهي كتاب الأحوال الشخصية وكتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان وهو عبارة عن تجميع

([١٦]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

([١٧]) ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ،ص ١٣٣ .

([١٨]) الجدير بالذكر أن الفقيه القانوني محمد قدري باشا (١٨٢١- ١٨٨٦) هو مصري المولد والإقامة ولد بصعيد مصر عام ١٨٢١م لأب أناضولي وأم مصرية تخرج في مدرسة الألسن واشتغل بالترجمة إلى جانب التأليف في مجالات الأدب واللغة والتاريخ والفقه وقد ساعده تمكنه من عدد من اللغات مثل التركية والانجليزية والفرنسية والفارسية تولى وزارة الحقانية أكثر من مرة في عهد الخديوي توفيق ومن مؤلفاته : " مرشد الحيران إلى أحوال الإنسان " وهو في تقنين المعاملات المالية و" العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف " وهو في تقنين أحكام الوقف " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" وموضوعه ظاهر من عنوانه ، للمزيد من التفصيل ينظر : محمود عبده ، عبد الرزاق السنهوري دراسة في مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية ،ط١ ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي ، سلسلة أعلام الفكر والإصلاح في العالم الإسلامي ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ١١٥.

لأحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بقواعد المعاملات المالية وكتاب قانون العدل والإنصاف الذي كان تجميعا لقواعد الوقف، ذلك لأن هذا التجميع يعد عملا فقهيا صرفا لا يصدق عليه وصف التقنين ولا يرقى إلى مرتبة التشريع الجامع ، كما أن هناك تقنينات غير رسمية صدرت في الدولة الأوربية وفي انكلترا أيضا سنشير إليها مفصلا إن شاء الله تعالى عندما نتناول موضوع التأصيل الشرعي والقانوني للتقنين في الفرع الثالث من هذا المطلب ([١٩]).

والتقنين لا يمكنه أن يجمع بين كل القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون ، إذ ليس في وسع المشرع ذلك مهما بذل من جهد ، وإنما هو يضم أكثرها وتقوم إلى جانبه عادة قواعد أخرى لا يحتضنها التقنين .

وبهذا يتضح لنا مما سبق تقارب التعريفات الثلاثة سواء اللغوية أم الشرعية أم القانونية للتقنين مع الاختلافات البسيطة التي لا تتعدى أن التقنين الشرعي يتضمن الأمور الشرعية أما التقنين القانوني فيتضمن الأمور القانونية .

([١٩]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

الفرع الثاني

مزايا التقنين وعيوبه

سنتناول في هذا الخصوص أهمية التقنين القانوني ومزاياه بداية ، ثم نستعرض بالتفصيل عيوبه أيضا وذلك ضمن المقصدين الآتيين :

المقصد الأول / مزايا التقنين .

المقصد الثاني / عيوب التقنين .

المقصد الأول

مزايا التقنين

تكمن أهمية التقنين القانوني ومزاياه بصورة عامة في العديد من الأمور نوجز أهمها وذلك على النحو الآتي :

أولا :- إن التقنين يجمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة يكون من السهل الرجوع إليها ، إذ يساعد إلى حد كبير على التعرف بسهولة ويسر على القواعد القانونية وتحديد القاعدة المطلوب تطبيقها على النزاع ، كما تسهل مهمة القاضي في التعرف السريع على حكم القانون وتساعد على إلمام الجمهور بطريقة سهلة بقواعد القانون ، إذ يكفي فتح التقنين والاطلاع على الباب أو الفصل أو المبحث الذي يحتويها ، فالمجموعة المدنية تبرز القواعد القانونية بشكل واضح ومبوب على شكل مواد متسلسلة ومنسقة حسب مقتضيات البحث العلمي ، بخلاف الحال في نطاق القانون الإداري حيث يصعب الوقوف على القاعدة القانونية لأن هذا القانون غير مقنن ولم تجمع قواعده في تقنين شامل ([٢٠]).

ويكفينا أن نشير هنا إلى ما ذكره المقنن العراقي ضمن الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في هذا الصدد من "....ان قواعد القانون المدني في العراق لا ينظمها عقد جامع وإنما هي مبعثرة في مواطن متفرقة فبعض الأحكام الكلية وقواعد العقود قد وضعت في المجلة وقواعد الملكية وغيرها من الحقوق العينية موزعة بين المجلة وقانون الأراضي ، وقواعد التأمينات قد انفرطت بين المجلة وعدد من التشريعات الخاصة وابلغ من ذلك أن قواعد تعتبر من صميم القانون المدني كالقانون الخاص بالفوائد والتعويضات ودعاوى وضع اليد وحقوق الامتياز أقحمت إقحاما على قواعد الإجراءات فانتشرت بين قانون أصول المحاكمات الحقوقية – قانون المرافعات المدنية حاليا – وقانون الإجراء – قانون التنفيذ حاليا – وقانون المحاكم الصلحية ، هذا ولا تزال قواعد الوقف ومسائل الأحوال الشخصية تستقى من الفقه الإسلامي مباشرة . ٤ – وغني عن البيان أن تفريق قواعد القانون المدني على هذا الوجه يخل بما يجب أن يتوافر لهذه القواعد من أسباب الوحدة وينال مما ينبغي لها من تناسق وتواصل ، ولا يقف أثر كل أولئك عند حد تحميل الباحث مشقة بالغة في تقصي القواعد القانونية

([٢٠]) ينظر: د.علي محمد بدير ، مذكرات في القانون الإداري ، ١٩٦٧ ، ص ٢٤ .

في مظانها ولكنه يجاوز ذلك إلى تعقيد فقه هذه القواعد ذاتها وإغلاق الكثير من نواحيها على نحو يضر باستقرار الحقوق والمعاملات ... "([٢١]).

ثانيا :- إن التقنين قد يؤدي في الغالب إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة حيث أن تجميع القواعد القانونية وإعطاءها شكلا موحدا يساعد على توحيد النظام القانوني ، وبالطبع فأن الوحدة القانونية من أفضل الوسائل لتحقيق الوحدة السياسية فيها مستقبلا ، وذلك كما حصل في فرنسا حيث كان لصدور تقنينات نابليون أثرها في توحيد القانون بعد أن كان يختلف فيها من إقليم إلى إقليم آخر، بحيث كانت الأحكام العرفية تطبق في شمالها والقانون الروماني في جنوبها ([٢٢]).

ثالثا :- إن التقنين يؤدي إلى تحقيق التناسق بين الأحكام ويؤدي في الغالب إلى تفادي التعارض في الأحكام ويمنع تكرارها ، لأنه يضمن ترتيب وتبويب القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون بعد دراستها من حيث الشكل والموضوع ومقارنة المواد بعضها ببعض .

رابعا :- كما يعد التقنين القانوني وسيلة مهمة للاستفادة من القوانين الأجنبية لاقتباس الأحكام واستمداد النظريات والمبادئ من القوانين الأجنبية الصالحة ابتغاء إصلاح الحياة القانونية في مجتمعه ومسايرة روح العصر ومقتضياته ، وذلك لأنه يسهل اقتباس الأحكام الشاملة من المجاميع القانونية الأجنبية ، فإذا كانت طائفة من الدول قد استقت تقنينها من القواعد التي كانت سارية فيها من قبل كما هو شأن المجموعة المدنية الفرنسية ، فإننا نلاحظ من جهة أخرى ان كثير من الدول لجأت إلى استعارة المجموعات القانونية الأجنبية وهذا ما حدث لمصر حينما وضعت قانونها المدني إذ اعتمدت كثيرا على القانون المدني الفرنسي ([٢٣]).

([٢١]) الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، طبعة وإشراف كامل السامرائي ، منشورات مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٩٤، ص٩.

([٢٢]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

([٢٣]) ينظر: د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص ٦٧ .

كذلك الحال في تركيا عندما نقلت القانون المدني السويسري نقلا حرفيا وأسبغت عليه صفة رسمية وجعلته قانونا مدنيا تركيا ، فالاقتباس جملة على الشكل المشار إليه أعلاه محاذيره لأن القانون الأجنبي المقتبس قد لا يتناسب مع طبيعة الظروف الاجتماعية للبلاد التي اقتبسته ، ولذلك قد يبقى القانون المقتبس عنصرا غريبا أمدا طويلا وقد لا يوافق المجتمع إلى هضمه وتمثله ([٢٤]).

ويلاحظ أن المحظور أعلاه قد تحقق في تركيا بالفعل لاقتباسها القانون المدني السويسري حرفيا دون أخذ الظروف الاجتماعية السائدة حينذاك فيها بنظر الاعتبار ، فقد كان القانون المدني السويسري يعد عقود الزواج التي تبرم أمام جهات غير الجهة المختصة باطلة بطلانا مطلقا على نقيض ما كان قد استقر عليه الأمر في تركيا ، حيث كانت الأحكام القانونية قبل اقتباس القانون المدني تسمح بعقد هذه العقود أمام الجهات الدينية وتعدها صحيحة ، الأمر الذي أدى إلى صعوبة قبول الحكم الجديد بين أوساط المواطنين وخاصة القرويين منهم الذين كانوا يفضلون إبرام عقود زواجهم أمام الجهات الدينية ، وقد تسبب هذا الوضع في اعتبار العقود التي أبرمت أمام الجهات الدينية باطلة بطلانا مطلقا ، ونظرا للنتائج الوخيمة التي حصلت نتيجة بطلان هذه العقود فقد اضطر المقنن التركي إلى التدخل في فترات مختلفة بإصدار تشريعات خاصة لإسباغ الصفة الشرعية على هذه العقود ([٢٥]).

خامسا :- إن التقنين وتجميع القواعد في مدونة واحدة بلا شك يضفي دقة الصياغة على ما تضمنه، ويزيل الغموض عما تضمنته من القواعد المستمدة من مصادر غير التشريع ، ويضع ما اشتملت عليه من نصوص في مواضعه من حيث طبيعته القانونية ووفق ترتيب علمي منطقي ([٢٦]).

([٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

([٢٥]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

([٢٦]) ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ، ص١٣٤ .

سادسا :- إن أهمية التقنين هذه تزداد بلا شك في المجتمعات التي يسودها نظام المذهب الاشتراكي ، حيث تدعو الحاجة إلى إصدار تشريعات كثيرة ومختلفة مما يؤدي الى صعوبة تحديد حكم القانون الواجب التطبيق على ما يعرض من منازعات على القضاء ، أو تحديد حكم القانون الذي يحكم ما يبحثه الفقهاء من فروض ، وكذلك الأمر بالنسبة للأفراد حيث يصعب عليهم معرفة القواعد القانونية التي تحكم نشاطهم وسلوكهم ([٢٧]).

([٢٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

المقصد الثاني
عيوب التقنين

إلى جانب تلك المزايا التي يمتاز بها التقنين القانوني هناك بلا شك عيوب تعيبه أيضا وقد وجهت له بسببها الانتقادات الآتية :

(أولا.):- قيل بأن التقنين يؤدي إلى جمود القانون ويمنع تطوره فالملاحظ أن المجتمعات المختلفة تحرص كل الحرص على تقنيناتها وقد يبلغ هذا الحرص إلى حد تقديس التقنين ، ومثل هذا الشعور قد يحول دون تطور القواعد القانونية ، وقد تحقق المحذور المذكور بعد أن وضع الفقيه الروماني جستنيان مجامعه حيث منع الفقهاء من شرحها والتعليق عليها ، كما حصل ذلك في فرنسا بعد وضع قوانين نابليون ([٢٨]).

ويمكن أن يرد على هذا الانتقاد بالنقاط الآتية ([٢٩]):

١- أن ثبات التقنين لا يمتد إلى فترة قصيرة تعقب صدوره حيث تبدو أحكامه وافية بالحاجة لضخامة الجهود العلمية التي بذلت في انتقاء الأصلح من القواعد القانونية لتدرج في ثناياه ، غير أن هذه المهابة لا تلبث أن تنتزع منه بصورة تدريجية تبعا لتطور المجتمع واختلاف حاجاته وقيمه ، فيهب القضاء لسد النقائص عن طريق التفسير حتى إذا مضت فترة كثرت فيها النقائص وزاد التحوير والإضافة بادر المقنن إلى التدخل عن طريق مراجعة التقنين وتعديله ، وقد يبدو التعديل في صورة تقنين جديد لبعض نصوصه مع إبقائها في مواضعها منه ، وقد يبدو في صورة تشريعات تصدر خارج نطاق التقنين حتى إذا تزايدت حالات تحوير التقنين عمد المقنن إلى مراجعة التقنين بأكمله ، أخذا بعين الاعتبار جميع ما يجري عليه من تحوير وما أضيف إليه من أحكام ، مستكملا قصوره بما يستمده من أحكام ونظريات أجنبية ليصدر تقنينا جديدا عند الاقتضاء.

٢- إن التقنين غالبا ما يبتعد عن سوق التفصيلات والجزئيات مقتصرا في نصوصه على المبادئ العامة والقواعد الكلية تاركا أمر تفصيلها إلى القضاء ، ليتولى القضاء ما ترك له المقنن من حرية في التفسير واستنباط الأحكام الجزئية وتكييف النصوص وفقا لمقتضيات الحياة العملية ، وعليه فان التقنين لا يمكن أن يوصف عندئذ بأنه يفضي إلى جمود القانون .

([٢٨]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٧١.

([٢٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ، ص ١٣٥و ١٣٦ وما بعدها .

٣- إن نصوص التقنين غالبا ما تكون مرنة في صياغتها بل ينبغي أن يكون التقنين مرنا في صياغته كي يكتب له الحياة المديدة ، والصياغة المرنة لا تسبغ على القانونية صفة الثبات ولا تعطيها حلا واحدا لا يتغير بتغاير الظروف الخاصة بكل حالة فردية تخضع لحكمها ، وإنما تيسر لها الاستجابة لمختلف ظروف العمل بل بالتعبير عن أحكامها تعبيرا لا يسلب من مطبقها سلطة التقدير.

(ثانيا.):- وانتقد التقنين أيضا بحجة أنه يتوخى دائما عدم التطويل ويراعى الاقتصاد في الألفاظ كما أنه لا يضع عادة التعارف للمصطلحات القانونية التي يستعملها كالتدليس وحسن النية وسوء النية وغيرها رغم النتائج المهمة التي تترتب على هذه المصطلحات ، ويرد على هذا الانتقاد بالقول أن عدم وضع المقنن للتعارف والمصطلحات القانونية يرجع عادة إلى رغبة المقنن في ترك هذه المهمة للفقيه من جهة ، ولما يدرج عليه القضاء في التطبيق الفعلي مع الزمن من جهة أخرى ([٣٠]).

([٣٠]) ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٧١ .

المطلب الثاني
التأصيل التاريخي للتقنين

سيتم في هذا المطلب توضيح التأصيل الشرعي للتقنين بداية ، ومن ثم نتناول بالبحث التأصيل القانوني للتقنين وذلك ضمن الفرعين الآتيين :

الفرع الأول / التأصيل الشرعي للتقنين .
الفرع الثاني / التأصيل القانوني للتقنين .

الفرع الأول
التأصيل الشرعي للتقنين

إن فكرة التدوين قد نشأت في الدولة الإسلامية منذ ولادتها إذ كان للرسول (ﷺ) كتاب من خيرة الصحابة يملي عليهم القران الكريم ويحفظون أصل ما يكتبونه في بيت الرسول(ﷺ) ، وبعد وفاة الرسول (ﷺ) رأى الصحابة أن يجمعوه في كتاب واحد يكون مرجعا للناس فكتب الكتبة الأولى من صدور الرجال والحفاظ ومن الألواح والصحف ، فعهد الخليفة الأول سيدنا أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) بذلك إلى زيد بن ثابت (رضي الله عنه) وكذلك أمر الخليفة الثالث سيدنا عثمان بن عفان(رضي الله عنه) بتأليف لجنة في مقدمتها زيد بن ثابت (رضي الله عنه) وعهد إليه بكتابة مصحف يكون الأصل والمرجع واستندت في عملها هذا على النسخة التي جمعها في عهد الخليفة الأول (رضي الله عنه) وبث هذه النسخة في الأمصار ، وبهذا فان حركة التقنين تكون قد بدأت في الإسلام بتدوين القرآن الكريم ([٣١]).

وخلال ذلك أيضا جرت محاولات عديدة لكتابة السنة المطهرة أبى فيها سيدنا عمر بن الخطاب(رضي الله عنه) كتابة السنة لئلا ينشغل الناس بها عن القران الكريم ، مع وجود بعض الصحف كصحيفة عبد الله بن عمرو بن العاص وصحيفة همام بن منبه ، وهكذا انصرف سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عن هذا الرأي بعد أن فكر فيه إلى عصر سيدنا عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) ومحاولة الزهري وأبي بكر بن حزم كتابة السنن فحاول سيدنا عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) الاضطلاع بهذه المهمة ولكنه توفي قبل أن يتم شيئا من ذلك ، ثم حاول بعض خلفاء بني العباس تنفيذ هذه الفكرة فأعياهم أمرها ([٣٢])، وجاء عبد الله بن المقفع (ت ١٤٤ هـ) – الأديب المشهور المتكلم في عدالته والذي اتهم بالزندقة والكذب والتهاون بأمر الدين – حيث حاول إقناع أبي جعفر المنصور (ت ١٥٨ هـ) لوضع تدوين وتقنين شامل للبلاد كلها بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في بدء العهد العباس في رسالة حررها إلى أبي جعفر المنصور سماها (رسالة الصحابة) واقترح على الخليفة جمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بالحكم بها ، ويؤخذ من الكتاب والسنة وعند عدم النص يؤخذ من الرأي على ما يقتضيه العدل ومصلحة الأمة ، لما لاحظه من تباين الآراء واختلاف الحكم في المسألة الواحدة ([٣٣]).

([٣١]) ينظر: د. محمد الحسن البغا ، مرجع سابق ، ص ٧٤٦ .

([٣٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد الحسن البغا ، مرجع سابق ، ص ٧٤٦.

([٣٣]) ينظر: د. محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١١٥.

وقد قال عبد الله بن المقفع في هذه الرسالة "..مما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي ، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ثم ينظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل أقضية رأيه ونهى عن القضاء بخلافه فكتب بذلك كتابا جامعا رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا.."([٣٤]).

وبتقديرنا المتواضع أن الحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها فهو أحق بها ، استنادا للحديث الشريف المروي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة (ﷺ) قال : قال رسول الله (ﷺ) (الكلمة الحكمة ضالة المؤمن فحيث وجدها فهو أحق بها) ([٣٥]).

وعلى فرض ثبوت ذلك فلا يظهر أن ذلك مطعن ترد به الفكرة ، فالحكمة ضالة المؤمن فإذا ثبت صلاحية الرأي قبل وان جاء به الكافر أو الفاجر كما قال معاذ بن جبل (ﷺ) " إن المنافق قد يقول كلمة الحق فاقبلوا الحق فان الحق نورا " ([٣٦]).

كما إن فكرة إلزام الناس بالتقاضي على رأي واحد قد رويت في لقاء الإمام مالك بن انس (ت ١٧٩ هـ) وأبي جعفر المنصور والمهدي وهارون الرشيد ، وقد أراد المنصور أن يلزم الناس بكتاب الموطأ – وهو للإمام مالك – عام ١٤٨ هـ ولكن الإمام مالك امتنع ورفض ذلك ، وقال لأبي جعفر المنصور أن لكل قوم سلفا وأئمة وأن الناس قد سيقت اليهم أقاويل وسمعوا أحاديث وروا روايات وأخذ كل قوم بما سيق لهم وعملوا به ودانوا من اختلاف أصحاب رسول الله (ﷺ) وغيرهم ، وان ردهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم ، ثم أعاد أبو جعفر المنصور المحاولة مرة أخرى عام ١٦٣هـ وعرض الفكرة على مالك ابن انس وقال: " يا أبا عبد الله ضع الفقه ودون منه كتابا وتجنب شدائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشوارد عبد الله بن مسعود وأقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة لتحمل الناس إن شاء الله على عملك وكتبك وثبتها في الأمصار وتعهد إليهم إلا يخالفوها..." ([٣٧]).

([٣٤]) د. محمد سلام مدكور، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

([٣٥]) الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩ -٢٩٧ ه) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، ط١ ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ١٠٤٥ (كتاب العلم ، باب فضل الفقه على العبادة ، رقم الحديث ٢٦٨٧) .

([٣٦]) د.عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٢ .

([٣٧]) د. محمد سلام مدكور ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

ولكن الإمام مالك ابن انس بقى عند رأيه وامتنع أيضا، وفي عهد الخليفة المهدي (ت ١٦٩ هـ) حاول إلزام الناس بموطأ الإمام مالك فامتنع أيضا وقال للمهدي : أما هذا الصقع – وأشار إلى المغرب – فقد كفيته ، وأما الشام ففيهم من قد علمت – يعني الإمام الاوزاعي – وأما العراق فهم أهل العراق ([٣٨]).

ثم عرض عليه الخليفة هارون الرشيد (ت ١٩٣ هـ) نفس الفكرة فامتنع أيضا الإمام مالك وقال: إن أصحاب رسول الله (ﷺ) اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكل مصيب ، وهكذا بقيت الفكرة معطلة بعيدة عن التنفيذ ولم يعرف للإمام مالك رحمه الله تعالى منازع من العلماء ([٣٩]).

وهكذا خمدت فكرة التقنين حتى أحيتها الدولة العثمانية في أواخر ملكها ، إذ ظهرت محاولات عديدة لتقنين الفقه الإسلامي في القرنين الماضيين منها (الفتاوى الهندية) ([٤٠]) لجماعة من علماء الهند لتقنين العبادات والعقوبات والمعاملات ، ومجلة الأحكام العدلية التي تضمنت جملة من أحكام البيوع والبينات والدعاوى والقضاء ، ففي أواخر القرن الثالث عشر الهجري شكلت الدولة العثمانية لجنة مكونة من سبعة علماء أسمتها (جمعية المجلة) وكان يرأسها احمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية – وزير العدل– وأسندت إلى هذه الجمعية مهمة وضع قانون المعاملات المدنية من الفقه الحنفي دون التقيد بالرأي الراجح ، واستمر عمل هذه الجمعية سبع أعوام من عام ١٢٨٦ هـ وحتى عام ١٢٩٣ هـ، حيث صدر هذا القانون في ٢٦ شعبان ١٢٩٣ هـ وكان اسمه مجلة الأحكام العدلية ، وقد احتوت هذه المجلة على ١٨٢٥ مادة تناولت أحكام البيوع والإيجارات والكفالة والحوالة والرهن والهبة والغصب والإتلاف والحجر والإكراه والشفعة والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار والدعوى والبينات والتحليف والقضاء ، ولم تتناول المجلة مسائل العبادات وقد اتبعت أسلوب القوانين الحديثة من حيث ترتيب الأبواب والفصول وترتيب المواد ، وقد ذكر المحامي فهمي الحسيني في مقدمة تعريبه لدرر الحكام شرح مجلة الأحكام انه " فقد رأت الدولة العثمانية أن الحاجة ماسة لوضع قانون مدني منتزع من فقه السادة الحنفية لتنجو محاكمها من الارتباك والاختلاف الناشئين عن الأقوال المختلفة في كتب فقه الحنفية فانتقت طائفة من جلة العلماء ومبرزي الفقهاء في ذلك العصر لتضع هذا القانون وتقوم بذلك العمل الكبير وقد رأس هذه الجماعة من العلماء احمد جودت باشا العالم الشهير ووزير العدلية يؤمئذ فقامت تلك الجماعة بما انتدبت له أحسن قيام ووضعت

([٣٨]) ينظر: عامر بن عيسى اللهو ، مرجع سابق ، ص ٢ .

([٣٩]) ينظر: عبد الرحمن بن سعد الشتري ، مرجع سابق ، ص ٤ .

([٤٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية ، ج١و٢ ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٠.

مجلة الأحكام العدلية بعد بحث طويل وجهد شديد وكانت هذه المجلة أعظم آثار الدولة العثمانية منذ نشأتها وقد شمر كثير علماء الترك لشرح هذه المجلة كعاطف بك ورشيد باشا وجودت باشا فلم يتيسر لهم ذلك لاحتياج ذلك إلى علم غزير وتجربة واسعة وتبحر في الفقه الإسلامي واطلاع واسع على الكتب إلى أن قام نابغة الفقهاء وفخر القضاة والعلماء في هذا العصر علي حيدر أفندي مدرس المجلة في كلية الحقوق في الأستانة ورئيس محكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية واخذ على عاتقه هذا العمل فشرح هذا القانون شرحا وافيا ...."([٤١]).

وعقب ظهور مجلة الأحكام العدلية في تركيا ظهر قانون للعائلات سمي قانون حقوق العائلة العثماني عام ١٣٢٦ هـ والذي ينظم الزواج والفراق ، ولم يلتزم هذا القانون بأحكام المذهب الحنفي بل أخذ في بعض المسائل بأحكام المذاهب الآخر، فكان هذا بدء الخروج على التقليد المحض وعدم التقييد بمذهب معين عند اختيار الأحكام وإلزام القاضي القضاء بها ([٤٢]).

وهكذا ظلت مجلة الأحكام العدلية مطبقة في أكثر البلاد العربية إلى أواسط القرن العشرين، أي إلى أن أصبحت المجلة بعد مدة غير كافية للوفاء بالحاجات العصرية التي نشأت ، بسبب تولد الأساليب الاقتصادية الحديثة في التجارة وفي العمل وسائر نواحي الإنتاج ، مما دعا إلى تدارك الحاجة لقوانين متتابعة عديدة ، كان كل منها ينسخ جانبا من المجلة حتى أصبح الشعور بقصور المجلة عن الوفاء بالحاجة الزمنية بتزايد عند المسؤولين في العهد العثماني ، فكان ذلك إرهاصا لحلول القانون المدني الذي لا يخلو من أثار القوانين الوضعية ([٤٣]).

ولما رفض الخديوي إسماعيل في مصر الأخذ بهذه القوانين حبا في الاستقلال وتخلصا من التبعية العثمانية في المجال القضائي على ما أشار به مستشاره الفرنسي الذي كان يهدف إلى التوجيه للقانون الفرنسي ، وفعلا فقد تطلع الخديوي إلى القوانين الغربية واستوردها من فرنسا ليحكم بمقتضاها في المنازعات والخصومات ، ولما حدث هذا بدأ الاستياء على رجال الدين وظهر أثره في نفوس طوائف الشعب ، فقام الفقيه القدير قدري باشا بعمل مجموعة من القوانين

([٤١]) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج١ ، ط١ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٣.

([٤٢]) ينظر: د. محمد سلام مدكور ، مرجع سابق ، ص ١١٦ ؛ ود. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٣ .

([٤٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ط١ ، ج١ ، دار القلم ، ١٤١٨هـ ، ص ٢٤٣ .

أخذها من المذهب الحنفي مسترشدا في عمله بمجلة الأحكام العدلية وقانون المعاملات ، لكن هذه القوانين لم يقدر لها أن تصبغ بصبغة رسمية، وهكذا اتجهت حكومة مصر عام ١٣٣٤هـ إلى وضع قانون الزواج والطلاق وفي عام ١٣٤٢ هـ أصدر قانون بوضع حد أدنى لسن الزواج ... إلى أن أصدرت قوانين لما يسمى بالأحوال الشخصية مستمدة من المذاهب الأربعة ، ثم أصدر قانون في عام ١٣٦٥هـ لتعديل بعض أحكام الوقف ثم أصدر في عام ١٣٧١هـ قانون بإلغاء الأهلي كله ..ثم تبعتها جميع الدول العربية ماعدا المملكة العربية السعودية ، أما في العراق فقد صدر مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي النافذ رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل (٤٤).

ثم دعا إلى إقامة التقنين في المملكة العربية السعودية بعض الأفراد في عهد الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن فأجمع العلماء رحمهم الله تعالى على ردها (٤٥) ، كذلك في عهد الملك فيصل كان موضوع تقنين القضاء يحظى باهتمام منه لإدراكه بأهمية ذلك ، فوجه أمره في عام ١٣٩٣ هـ إلى كبار العلماء لمناقشته ، والذي انقسم فيه المجلس بين مؤيد ومعارض،

---

(٤٤) ينظر : مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي النافذ رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل ؛ وفي هذا الخصوص ينبغي التنبيه إلى أن موضوع إلغاء الوقف الذري عموما كان مدار جدل محتدم بين ذوي الاختصاص في البلدان العربية الإسلامية بين مؤيد ومعترض ، وبقي هذا النزاع الفكري مستمرا حتى أثبتت الأيام أن كفة المؤيدين كانت أقوى من كفة خصومهم ، فأقدمت حكومة لبنان على حل الوقف الذري عام ١٩٤٧ فصدر قانون خاص بتنظيمه ، واخذ بقول جمهور الفقهاء في صحة الوقف وجوازه وتبنى رأي أبو حنيفة بعدم لزومه ، وبات للواقف بحكم هذا القانون الجديد حق الرجوع عن وقفه الذري كله أو بعضه أو حق التغيير في مصارفه وشروطه ما لم يتعارض مع أحكام هذا القانون ، كما فعلت سوريا مثل ذلك عام ١٩٤٩ ، وعندما قامت الثورة في مصر عام ١٩٥٢ أخذت على عاتقها هدف القضاء على الإقطاع بكل أشكاله ، لذا اتجهت حكومة الثورة المصرية إلى الرأي القائل بعدم جواز الوقف الذري – الأهلي – فأصدرت بذلك قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي نص على إلغاء ما كان موجودا من الأوقات الأهلية ، وجعل الأموال الموقوفة عليها حرة طليقة ، كما منع إحداث أوقاف أهلية جديدة فأصبح الوقف بذلك قاصرا على القدر المخصص للخيرات فقط وأصبح لا يجوز إحداث وقف إلا إذا كان على جهات خيرية من أول الأمر ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج٢ الوصايا والمواريث والوقف ، ط٢، مطبعة الإرشاد ، بغداد ،١٩٧٢، ص٢٨٢ ؛ و د. مصطفى الرافعي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية ، ط١ ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ،١٩٨٣، ص٢٤٥ .

(٤٥) ينظر: الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام عضو هيئة كبار العلماء ، رسالة تقنين الشريعة أضراره ومفاسده ؛ وافتتاحية جريدة أم القرى في ٢٨ /٢/ ١٣٤٦ هـ ، نقلا عن : عبد الرحمن بن سعد الشتري ، مرجع سابق ، ص ٥ .

وقد صدر قرار الهيئة بمنع التقنين وعدم جوازه برأي الأغلبية ، فيما رأى ستة من الأعضاء جواز التقنين ([٤٦]).

وهكذا شاعت وانتشرت خلال النصف الثاني من القرن الرابع عشر الهجري ظاهرة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف الدول الإسلامية ، ولأهمية ذلك فسوف نتناول بالتفصيل في المقصد الثاني من الفرع الثاني من المطلب الثاني من هذا المبحث جهود التقنين في بعض الدول الإسلامية كاليمن والكويت والسعودية ومصر إن شاء الله تعالى.

([٤٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. هادي بن علي اليامي ، تقنين أحكام الشريعة من موقع الاقتصادية الالكتروني ، ص١ ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.aleqt.com/2009/02/16/artice196583.html

الفرع الثاني
التأصيل القانوني للتقنين

تعد أساسا عملية التقنين قديمة حيث ظهرت تقنينات قانونية في العصور القديمة ، وعرف العراق تحديدا العديد من تجمعات لقواعد القانون أبرزها خمس شرائع هي ، شريعة اوركاجينا أحد ملوك سلالة لكش الموضوعة عام ٢٣٥٥ ق.م ، وشريعة اورنمو مؤسسة سلالة اور الثالثة التي وضعت عام ٢١٠٠ق.م ، وشريعة لبت عشتار أحد ملوك سلالة أيسن التي سنها عام ١٩٣٤ ق.م ، وقانون ايشنونا الموضوعة في مطلع القرن التاسع عشر قبل الميلاد ، وشريعة حمورابي التي سنها عام ١٦٩٤ ق.م والتي تعد من أشهر الشرائع العراقية القديمة ، كما عمد الرومان أيضا إلى وضع قانون الألواح ألاثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ، ومدونة جستنيان التي تعد بحق أقدم تقنين بالمفهوم الدقيق لمعنى التقنين ، والتي وضعها الإمبراطور الروماني في منتصف القرن السادس بعد الميلاد ، وبتقديرنا فان شرائع العراق القديمة وكذلك قانون الألواح ألاثني عشر تعد تجمعات لقواعد القانون التي تسود مختلف حقول الحياة ، دون إمكانية اعتبارها تقنينات بالمعنى الدقيق للتقنين (٤٧).

ثم غابت حركة التقنين عن مسرح الحياة القانونية حتى عادت إلى الظهور ثانية في مطلع القرن التاسع عشر بصدور تقنينات نابليون وفي مقدمتها المجموعة المدنية الفرنسية – مجموعة نابليون – أي القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤م ، الذي يعد بحق التقنين الأول الذي صدر في العصر الحديث (٤٨).

أما حركة التقنين في فرنسا والدول الأوربية الأخر، فقد كان بزوغها في فرنسا يعزى إلى سببين رئيسيين أولهما : سيادة مذهب القانون الطبيعي في حقل الفكر القانوني ، وثانيهما: قيام المدرسة العقلية التي تأسست على فكرة القانون الطبيعي فقد ترتب على سيادة مذهب القانون الطبيعي القائل بوجود قواعد عامة خالدة لا تتأثر بعاملي الزمان والمكان تكون مثلا أعلى للقوانين الوضعية ، والتي ينبغي على الأفراد الكشف عنها بعقولهم لصوغ أحكامها فيما يضعونه من قواعد قانونية ، وأيضا بظهور الدعوة إلى تقنين القواعد الوضعية بتسجيلها في مدونة

---

(٤٧) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ، ص ١٣٦.

(٤٨) ينظر: د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص ٦٨؛ وينظر في هذا الشأن أيضا : القانون المدني الفرنسي النافذ لعام ١٨٠٤م المعدل. Code civil LiTec paris 2003.

وتحقيقا لاستقرار الحياة القانونية وتوطيدا للنظام في المجتمع ، وأدى ذلك إلى إنكار التخوف من جمود القانون عندئذ لأنه بطبيعته ثابت وأبدي ، كما نتج عن رسوخ قدم المدرسة العقلية وقتئذ كتشجيع حركة التقنين ، لأنها نادت بأن المشرع وان كان هو من يسن التشريع إلا أنه لا يخلق القانون خلقا ، وإنما يعمل عقله في تدبير أمور الكون ليكشف عن القواعد العامة الخالدة التي أودعتها الطبيعة فيها (٤٩).

وهكذا تعدت حركة التقنين في فرنسا إلى الدول الأوربية الأخر، حيث جمعت القوانين في البلاد الأخر كالتقنين النمساوي الصادر عام ١٨١١م، والتقنين الايطالي الصادر عام ١٨٦٥م، والتقنين العثماني – مجلة الأحكام العدلية – الصادر عام ١٨٦٩م، وتقنين الالتزامات السويسرية الصادرة عام ١٩١٢م، وكادت تفلح ألمانيا لولا أن قاومها الفقيه (**tepuo**) تبيو أولا ، والفيلسوف الألماني (**safene**) سافييني ثانيا مؤسس مدرسة التطور التاريخي ، اللذان قاوما حركة التقنين وأنكرا فكرة القانون الطبيعي فتأخر صدور التقنين المدني الألماني حتى أواخر القرن التاسع عشر أي الصادر عام ١٨٦٥م، وبهذا الشكل نجحت وانتشرت حركة التقنين في أكثر الدول الأوربية على نحو قلما نجد دولة معاصرة باستثناء المجتمع الأنكلو سكسوني لم يعمد إلى تقنين أكثر قوانينه، فلا تزال انكلترا خاضعة لما يسمى بالقانون العام (**Common law**) أي مجموع قوانين شتى مبعثرة قد يصعب على القاضي معرفتها ومعرفة ما ألغى منها، ولكن مع ذلك يلاحظ أن فكرة التجميع ظهرت عندهم أيضا، حيث ظهرت مجموعة قوانين منظمة مرتبة غير رسمية كمجموعة : القانون الجنائي (**Digest of criminal law**) ومجموعة قانون الإثبات (**Digest of evidence law**) لاستيفن وتنازع القوانين (**Conflict of laws**) لدايمس ومجموعة القانون المدني الإنكليزي (**Digest of English civil law**) لجنكس (٥٠).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذه المجاميع ليست مجاميع رسمية لعدم صدورها من السلطة التشريعية إلا أنها مع ذلك تعد الخطوة الأولى نحو تجميع القوانين ، كما يلاحظ أيضا وجود بعض القوانين المجمعة في انكلترا كقانون بيع البضائع وقانون الشركات(٥١).

ثم سرت حركة التقنين أيضا إلى العالم العربي فأقدمت بهذا مصر في أواخر القرن التاسع عشر على إصدار تقنينين مدنيين هما: القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط اللذين بقيا نافذين حتى عام ١٩٤٩م ، حيث ألغيا بصدور التقنين المصري القائم ، كما تأثرت بذلك

---

(٤٩) ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

(٥٠) للمزيد من التفصيل ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

(٥١) ينظر: : د. سعيد عبد الكريم مبارك ، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

الدول العربية الأخر ففي العراق كانت القوانين العثمانية هي الواجبة التطبيق ، كمجلة الأحكام العدلية التي حكمت المعاملات حتى عام ١٩٥٣م ، حيث أصبح القانون المدني العراقي رقم ٤٠ الصادر عام ١٩٥١ نافذا ، كما تأثرت بهذا الدول العربية الأخر فيما عدا الدول التي لا تزال تعد الشريعة الإسلامية قانونها كالمملكة العربية السعودية ([٥٢]).

([٥٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، مرجع سابق ، ص ٦٨.

المبحث الأول

أصل مسألة التقنين عند المتقدمين

ويشمل هذا المبحث على مطلبين اثنين هما على الشكل الآتي:

المطلب الأول/عدم إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين

المطلب الثاني/ إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين

المبحث الأول
أصل مسألة التقنين عند المتقدمين

إن أصل مسألة التقنين عند المتقدمين تعود – وان كانت غير معروفة بهذا المصطلح عند المتقدمين – إلى مسألة حكم إلزام القاضي بقول واحد يحكم به ولا يتجاوزه وان خالف اجتهاده ، وهي حقيقة التقنين كما تقدم ، وهذه المسألة بما اختلف فيها الفقهاء المتقدمون على قولين : القول الأول :- انه لا يجوز للحاكم الاشتراط على القاضي بالحكم بمذهب ، والقول الثاني :- انه يجوز للحاكم أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معين ، ويمكننا توضيح ذلك مفصلا ضمن المطلبين الآتيين :

المطلب الأول/ عدم إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين.

المطلب الثاني / إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين .

المطلب الأول

عدم إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين

وهذا هو القول الأول من أقوال الفقهاء المتقدمون ([٥٣])، وهو انه لا يجوز للحاكم الاشتراط على القاضي بالحكم بمذهب معين وهذا قول الجمهور من المالكية ([٥٤]) والراجح عند الشافعية ([٥٥]) وبه قال الحنابلة ([٥٦]) كما انه قول القاضي أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة ، وقال به ابن قدامة المقدسي " ولا أعلم فيه خلافا " ([٥٧]).

وقد استدلوا أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية منها:-

١ – انه ورد في قوله تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ٢٦﴾ ([٥٨]) ، وبهذا فالحق إذن لا يتعين بالمذهب حسب نص الآية الكريمة ، إذ قد يظهر الحق في غير ذلك المذهب ، وإذا ظهر له الحق وجب العمل به .

٢– إن الإجماع منعقد على عدم إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه ، حيث صرح به عدد من السلف ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع كما في مجموع الفتاوى ([٥٩]).

([٥٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: عامر بن عيسى اللهو، مرجع سابق ، ص٤ .

([٥٤]) ينظر: الإمام الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، المجلد ٤ ، دار إحياء الكتب العلمية ، مصر ، من دون سنة طبع ، ص١٣٠ .

([٥٥]) ينظر: الإمام الشيرازي (٤٧٦هـ)، المهذب ، المجلد ٢ ، مطبعة عيسى الحلبي ، مصر ، من دون سنة طبع ، ص ٢٩١ .

([٥٦]) ينظر: الإمام ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، جمع عبد الرحيم بن قاسم وابنه محمد ، المجلد ٣٠ ، توزيع الرئاسة العامة لشؤون الحرمين ، المملكة العربية السعودية ، من دون سنة طبع ، ص ٧٩ و ٨٠ .

([٥٧]) الإمام موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي (٦٣٠ه)، المغني ، المجلد ١٤، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة ، من دون سنة طبع ،ص ٩١.

([٥٨]) سورة ص/٢٦.

([٥٩]) ينظر: الإمام ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، مرجع سابق ، المجلد ٣٥ ، ص ٣٥٧ وما بعدها؛ والمجلد٢٧ ، ص ٢٩٦ وما بعدها ؛ والمجلد ٣٠، ص ٧٩ ؛ والمجلد ٣ ، ص ٢٣٩.

٣– انه ليس لمن ولي أمرا من أمور المسلمين منع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد لما في ذلك من التخفيف على المسلمين ، ولهذا كان عمر بن عبد العزيز (ﷺ) يقول : ما يسرني إن أصحاب رسول الله (ﷺ) لم يختلفوا لأنهم إذا اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالا ، وإذا اختلفوا فاخذ رجل يقول هذا ، ورجل يقول هذا كان في الأمر سعة ، ولهذا لما استشار الرشيد الإمام مالكا في ان يحمل الناس على موطنه في مثل هذه المسائل منعه ([٦٠]).

([٦٠]) ينظر : د.عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٣ .

المطلب الثاني
إمكانية إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين

وهـذا هـو القـول الثـاني مـن أقـوال الفقهـاء المتقـدمون وهـو انـه يجـوز للحـاكم أن يلـزم القاضي بالحكم بمذهب معين ، وهذا قول الإمام أبي حنيفة ([٦١]) وهو قول عند الأئمة المالكية ([٦٢]) وبه قال السبكي وغيره من الشافعية ([٦٣]) ، وقد خالف هذا صاحبا الإمام أبي حنيفة كما تقدم ذكره أنفا.

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية نذكر منها:

١ – بان تولية القضاء تتخصص بالزمان والمكان والشخص ، فلو ولى السلطان قاضي في زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو جماعة مخصوصة تعين ذلك ، لأنه نائب عنه ولو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكمه فيها ([٦٤]).

([٦١]) ينظر: الإمام الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، المجلد ٤ ، ص١٣٠ .

([٦٢]) ينظر: ابن حجر الهيثمي ، الفتاوى الكبرى ، المجلد ٢ ، دار صادر ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٢١٢.

([٦٣]) ينظر: الإمام الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، مرجع سابق، المجلد ٤ ، ص ١٣٠ .

([٦٤]) في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المادة / ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية نصت على ان " القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات ، مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها ، وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء أخر، والحاكم المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل أخر ، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بان لا تسمع الدعوة المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم ان يستمع تلك الدعوة ويحكم بها ..." وقد جاء في شرح هذه المادة انه " يتقيد ويتخصص القضاة بصور خمس : بالزمان والمكان وببعض الخصوصات وباستثناء بعض الأشخاص والعمل بقول مجتهد في المسائل الخلافية لان القاضي وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمة كما ذكر في المادة الأنفة – والمادة / ١٨٠٠ من مجلة الأحكام العدلية نصت على انه القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم – فالوكالة تتقيد بالقيد والشرط الذي يقيدها الموكل أن المادة الأنفة هي بحكم السبب والعلة لهذه المادة كما أن القضاة قابل للتعليق والإضافة – كما ذكر في شرح المادة ٨٣ – تقيد القضاء بالزمان مثلا القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة ..." للمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر مرجع سابق ، ج٤ ، ص ٥٤٣.

٢- إن إلـزام القاضـي بمـذهب معـين لا يتجـاوزه فيـه مصـلحة ، فـإذا رأى الحـاكم وجـود هـذه المصلحة جاز له الإلزام ، ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه استدل بمحل النزاع ، فان المانعين من التقنين لا مصلحة عندهم في هذا الأمر([٦٥]).

٣- إن القاضي مفوض إليه القضاء على مذهب معين فليس له إن يتجاوزه إلى غيره حتى وان خالفه اجتهاده لأن التولية لم تشمله ([٦٦]) ، فكأن القاضي هنا بمثابة الوكيل أو النائب عن الحاكم .

وهكذا يتضح لنا ما تقدم إن الراجح والله اعلم في هذه المسألة هو المذهب الثاني لصحة الأدلة وسلامتها من المعارضة ، وسوف أتطرق بالتفصيل لاحقا إلى مسألة الترجيح في المبحث الرابع من هذه الدراسة ، حتى الانتهاء من أدلة المانعين والمجيزين للتقنين ، وحتى تتضح الأدلة كاملة وتسهل بعد ذلك مسألة الترجيح ، إذ إن مسألة التقنين فرع عن هذه المسألة كما ذكرنا أنفا والله أعلى واعلم ([٦٧]).

كما ولأنه إذا أمر الحاكم بأمر جائز وجب على المسلمين طاعته ، وكذلك نهيه إذا حصل العكس ، وقد ثبت ذلك بالقران الكريم في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ﴾ ([٦٨])، وأولي الأمر هم الحكام والعلماء .

وكما ورد أيضا في الحديث الشريف عن انس بن مالك (ﷺ) قال: قال رسول الله (ﷺ) (اسمعوا وأطيعوا وان استعمل عليكم عبد حبشي كان رأسه زبيبة) ([٦٩]).

([٦٥]) ينظر : ابن حجر الهيثمي ، الفتاوى الكبرى ، مرجع سابق ، المجلد ٢ ، ص ٢١٢ .

([٦٦]) الجدير بالذكر في هذا الصدد انه نقل هذا القول الإمامان ابن الصرح وإمام الحرمين الجويني ، ينظر: المناوي ، شرح عماد الرضا ، المجلد ١ ، ص ٢٩٣ ، نقلا عن: د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٣ .

([٦٧]) ينظر: : د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص٣ .

([٦٨]) سورة النساء/٥٩ .

([٦٩]) الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (١٩٤-٢٥٦ه) ، صحيح البخاري ، ط١، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤٤٤(كتاب الأحكام ، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية ، رقم الحديث ٧١٤٢) .

كما ولأن اجتماع الكلمة وعدم تفرق الشمل لا يحصل إلا بوجوب الطاعة ، فإذا اختلف المسلمون إلى عدة أقوال ، فأمر الإمام بواحد منها ارتفع الاختلاف ويرجع المخالف عن مذهبه إلى حكم الإمام ، وهو القول الصحيح من مذاهب العلماء كما يقول الإمام القرافي ، وذلك لاستقرار الأحكام وارتفاع الخصومات وانتفاء التشاجر والتنازع واستئصال الفساد والعناد ، وكأن الحاكم منشئ لحكم الإلزام فهو مخبر عن الله تعالى بذلك الحكم ، بل أمره بالجائز كالنص الوارد من قبل الله تعالى في الواقعة المحكوم فيها فيصير حكمه خاصا بها ، والخاص مقدم على العام والعام هو الأحكام الأخرى والله أعلى واعلم ([٧٠]) .

وهذا أيضا موافق لما قررته مجلة الأحكام العدلية وذلك استنادا لما قاله الفقيه الأستاذ علي حيدر في شرحه للمادة /١٨٠١ إذ قال انه " ... إذا أمر السلطان قضاة الشرع بالعمل بالمذاهب الأخرى في بعض المسائل فيصح الأمر وتجب الطاعة له لأنه أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف للشرع بيقين ، وطاعة ولي الأمر في مثله واجبة "([٧١]).

إذ جاء في نص المادة /١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية أن " القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات ، مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها ، وكذلك الحاكم المنصوب في قضاء يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء أخر، والحاكم المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل أخر ، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بان لا تسمع الدعوة المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوة ويحكم بها ، أو كان الحاكم بمحكمة مأذونا باستماع بعض الخصوصات المعينة فله أن يسمع الخصوصات التي أذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها ، كذلك لو صدر الأمر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد أخر مناف لرأي ذلك المجتهد وإذا عمل لا ينفذ حكمه "([٧٢]).

([٧٠]) ينظر: الإمام القرافي ، الفروق ١٠٣/٢ و٤٨/٤ و٨٢ ؛ وإدرار الشروق لابن الشاط ، ١١٤/٢ ؛ نقلا عن : د. محمد الحسن البغا ، مرجع سابق ، ص ٧٤٨.

([٧١]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ٥٤٧ .

([٧٢]) تنظر: المادة /١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية وكذلك شرحها لدى : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص١٠٨٤ (الكتاب السادس عشر في القضاء ، الباب الأول في الحكام ، الفصل الثالث في بيان وظائف الحاكم) ، إذ جاء في شرحها انه "...وذلك لان أمر السلطان متى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره (در مختار) وإذا لم يرجح السلطان قول احد المجتهدين فهل الخيار للقاضي فيه تفصيل ، أولا يجب على القاضي أن يأخذ بقول أبي حنيفة على الإطلاق أي سواء كان معه احد صاحبيه أو انفرد هو الأصح ثم يقول أبي يوسف ثم يقول محمد ثم يقول زفر

كما جاء في شرح المادة انه " ... تقيد القضاء بالعمل بقول مجتهد في المسائل الشرعية الخلافية : كذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد أي باجتهاد مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق فعلى القاضي أن يحكم برأي واجتهاد ذلك المجتهد .وقد ورد في تقرير المجلة – انه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها – فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد أخر مناف لرأي ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم لا ينفذ حكمه لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضيا للحكم بالرأي المذكور، والمذاهب المشهورة هي الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي ولما كان أكثر رعايا الدولة العثمانية متمذهبين بالمذهب الحنفي فقد أمر قضاة الشرع بالحكم بموجب المذهب الحنفي ويوجد في العراق والحجاز واليمن مسلمون متمذهبون بالمذاهب الأخرى ، أما المسائل التي تتكون بين الأهالي المقلدة للمذاهب الأخرى ويرى مناسبا فصلها توفيقا لأحكام مذهبهم فلهم أن يعينوا الحكم ليفصل في دعاويهم ولهذا الحكم بموجب أحكام المذهب المنسوب له وهذا الحكم يصدق من طرف القاضي الحنفي المنصوب من قبل السلطان ....."([٧٣]).

وبهذا يتضح لنا مما تقدم أن كل ذلك يؤكد على جواز التقنين وإلزام الحاكم به.

والحسن بن زياد ولا يخير إلا إذا كان مجتهدا بل المقلد متى خالف معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه بل ينقض وهو المختار للفتوى (در مختار) ثانيا.. وثالثا و.. .....وثامنا " ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٨٦ .

([٧٣]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص ٥٤٧ .

المبحث الثاني

ألفقهاء المجيزون

لتقنين أحكام الشريعة

الإسلامية وأدلتهم

ويتضمن هذا المبحث على مطلبين اثنين هما على

التفصيل الآتي :

المطلب الأول/الفقهاء المجيزون

لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني/ أدلة الفقهاء المجيزون

لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني
الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتهم

لاشك أن هناك من الفقهاء المسلمين من يجيز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فقد ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى جواز ذلك ومن مشاهير الفقهاء المعاصرين الذين رأوا جواز التقنين هم ، الإمام محمد عبده والدكتور محمد أبو زهره والشيخ مصطفى الزرقا والشيخ علي الطنطاوي والدكتور وهبه الزحيلي والدكتور الشيخ يوسف القرضاوي والدكتور زكريا البري والدكتور موسى عبد العزيز موسى والدكتور محمد سلام مدكور، كما ذهب إلى هذا المذهب بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، حيث عرضت مسألة التقنين على هذه الهيئة لبحثها وإعطاء الرأي فيها ، وخرجت اللجنة بقرار اغلبي خالف فيه جمع من العلماء ورأوا جواز التقنين ومنهم الشيخ صالح بن غصون والشيخ عبد المجيد بن حسن والشيخ عبد الله خياط والشيخ عبد الله بن منيع والشيخ محمد بن جبير والشيخ راشد بن خنين والشيخ عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ والدكتور عبد الرحمن القاسم والدكتور صالح بن عبدالله بن حميد ، ولتوضيح ذلك بالتفصيل ينبغي أن نقسم هذا المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول/ الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني/ أدلة الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول
الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى جواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ومن مشاهير الفقهاء المعاصرين الذين رأوا جواز التقنين هم ، الإمام محمد عبده والشيخ محمد رشيد رضا والشيخ احمد شاكر والدكتور محمد أبو زهره والشيخ مصطفى الزرقا والشيخ علي الطنطاوي والدكتور وهبه الزحيلي والدكتور الشيخ يوسف القرضاوي والشيخ محمد بن الحسن الحجوي والدكتور زكريا البري والدكتور موسى عبد العزيز موسى والدكتور محمد سلام مدكور([٧٤]).

كما ذهب إلى هذا المذهب بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في عام ١٣٩٣ هـ ، حيث عرضت مسألة التقنين على هذه الهيئة لبحثها وإعطاء الرأي فيها ، وخرجت اللجنة بقرار اغلبي خالف فيه جمع من العلماء ورأوا جواز التقنين ([٧٥]) ومنهم الشيخ صالح بن غصون والشيخ عبد المجيد بن حسن والشيخ عبد الله خياط والشيخ عبد الله بن منيع والشيخ محمد بن جبير والشيخ راشد بن خنين والشيخ عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ والدكتور عبد الرحمن القاسم والدكتور صالح بن عبدالله بن حميد... ولا يتسع المجال لحصر جميع الفقهاء المعاصرين الذين ذهبوا إلى جواز التقنين لكثرتهم ([٧٦]).

([٧٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٥ .

([٧٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: بيان وجهة نظر هؤلاء العلماء في بحث تدوين الراجح من أقوال الفقهاء ، مجلة البحوث الإسلامية ، ع ٣٣ ، ص ٢٩ و٥٢ وما بعدهما ؛ وينظر: محمد بن محمد حمدي ، المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه ، ص ٤٧٥ ؛ نقلا عن : د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ١ و٥ .

([٧٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٥ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

وقد استدل الفقهاء الذاهبون إلى جواز التقنين بأدلة كثيرة سيتم بيانها على النحو الآتي ([٧٧]) :

١- جاء في قوله تعالى بعد أعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ﴾ ([٧٨]) ، وحسب نص الآية الكريمة فان ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وجبت طاعته طبقا لهذه الآية فيما يراه يحقق مصالح الأمة ، والإلزام بالتقنين ليس فيه معصية لأن تنفيذ القضاة لما في التقنين الذي ألزموا به التزام بطاعة ولي الأمر التي أمرت به الآية الكريمة.

وكما قال الشيخ محمد رشيد رضا انه " وفوض القرآن فيما يحتاج إليه من أمور الدنيا السياسية والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة بقوله تعالى :

﴿ وَٱلَّذِينَ ٱسۡتَجَابُواْ لِرَبِّهِمۡ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَمۡرُهُمۡ شُورَىٰ بَيۡنَهُمۡ وَمِمَّا رَزَقۡنَٰهُمۡ يُنفِقُونَ ٣٨ ﴾الشورى /٣٨ ، وقوله جل ذكره : ﴿ وَإِذَا جَآءَهُمۡ أَمۡرٞ مِّنَ ٱلۡأَمۡنِ أَوِ ٱلۡخَوۡفِ أَذَاعُواْ بِهِۦۖ وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا ٨٣ ﴾ سورة النساء/٨٣ ، ولهذا أمر بطاعة هؤلاء الذين سماهم أولي الأمر وهم أهل الشورى في الآية الأخرى فقال تعالى :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ﴾ النساء/٥٩ ، فهذا ما جاء به الإسلام وهو هداية تامة كاملة لا تعمل بها امة إلا وتكون مستقلة في أمورها مرتقيه في سياستها وأحكامها يسير بها أهل الرأي والمعرفة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة التي

([٧٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: رد الشيخ عبد العزيز بن فيصل الرجحي على الشيخ عبد المحسن العبيكان ، حول تقنين الشريعة ، ص ١ ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.almeshkat.net/vb/show thread.php?t=35883

([٧٨]) سورة النساء /٥٩ .

يقتضيها الزمان والمكان ومن ذلك أن يضعوا القوانين وينشروها في الأمة ويلزم القضاة والحكام بإتباعها والحكم بها ..."([٧٩]).

ويستدل المجيزون للتقنين كذلك بالأحاديث الواردة لطاعة ولي الأمر ، فقد جاء عن ابن عمر(ﷺ) عن النبي (ﷺ) قال(السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بالمعصية ، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) ([٨٠]).

واعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بان الطاعة لولي الأمر لا تكون في معصية وإلزام القاضي بالحكم بقول معين في أحكام مناطها الاجتهاد يخالف الشريعة الإسلامية ، ولذلك فهو معصية لان القاضي قد يعتقد ديانة وشرعا أن الحق هو القول المخالف لما ورد في التقنين ([٨١]).

٢– إن الإلزام بقول معين كان موضع الاعتبار والتنفيذ من الصدر الأول في الإسلام ، ففي عهد عثمان (ﷺ) جمع القرآن على حرف واحد ، ومنع القراءة بالحروف الأخرى ، وأحرق المصاحف المخالفة ، وذلك تحقيقا لمصلحة المسلمين ، وحفاظا على وحدة القرآن أن يكون موضع اختلاف ، وكان الخير فيما فعل ([٨٢]).

ففكرة التقنين إذن كانت موضع بحث وثارة منذ أكثر من عشرة قرون مضت وقد اقتضتها اعتبارات كثيرة ، ولذلك حظيت باهتمام الفقهاء والولاة في العصور المختلفة ، ومن أخرها ما ذكر فيه الملك عبد العزيز رحمه الله تعالى من وضع مجلة الأحكام الشرعية يعهد فيها إلى لجنة من خيار علماء المسلمين الاختصاصين باستنباط الأحكام الشرعية من كتب المذاهب الأربعة المعتبرة على غرار مجلة الأحكام العدلية ، إلا أنها تختلف عنها في عدم التقيد في الاستنباط بمذهب دون أخر، بل تأخذ بما تراه في صالح الإسلام والمسلمين بحسب قوة الدليل ، ولاشك ان الباعث على التقنين في الوقت الحاضر ضرورة أو حاجة كما نتصور.

واعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بان الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وقد تعاقبت على المسلمين عصور وفترات وظروف مختلفة حيث اتسعت الدولة الإسلامية اتساعا عظيما ، إذ كانت تشمل القارات الثلاث وقد انحسرت الدولة ثم اتسعت مرة

([٧٩]) محمد رشيد رضا ، الفتاوى ، جمع د.صلاح الدين المنجد ويوسف خوري ، المجلد ٢ ، دار الكتاب الجديد ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٦٢٥ .

([٨٠]) الإمام البخاري، صحيح البخاري ، مرجع سابق ،ص ٦٠٠ (كتاب الجهاد والسير، باب السمع والطاعة للإمام ، رقم الحديث ٢٩٥٥).

([٨١]) ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع ، مرجع سابق ، ص ٥ .

([٨٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. غانم قدوري حمد ، علوم القران الكريم ، ط٤ ، مطبعة الميناء ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٦١.

أخرى ، وفي أثناء تلك الفترات والعصور الطويلة حدثت متغيرات كثيرة ، ومع ذلك فقد ظلت الشريعة الإسلامية حاكمة ونافذة خلال تلك العصور المتعاقبة والمتغيرة من غير حاجة إلى تقنين ، وبفضل الشريعة الإسلامية انتشر اليسر وارتفع الحرج والعسر ، وفي أثناء تلك العصور لم يعرف عن واحد من الأئمة المعتبرين أن ذهب إلى وجوب إلزام القضاة والناس بمذهب أو رأي معين ، بل أن الثابت خلاف ذلك كما هو الحال عندما رفض الأمام مالك ذلك حسبما سبق بيانه فأين الاعتبارات والضرورات والحاجيات التي اقتضت تقنين الشريعة ، كما إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية على وفق متطلبات كل عصر يجعل لكل عصر شريعة في حين أن الشريعة الإسلامية شريعة كل العصور([٨٣]).

أما فيما يخص الخليفة عثمان (ﷺ) وجمعه الناس على قراءة واحدة وإحراقه ما سواها ، فلابد أولا من تصحيح الدليل ثم يكون الدفع ، فمن المعلوم أن القرآن الكريم كان مكتوبا على عهد رسول الله (ﷺ) لكنه كان مفرقا ، ثم أن أبا بكر (ﷺ) جمعه في صحف ثم جاء عثمان (ﷺ) فجمع الناس على حرف واحد لا على قراءة واحدة ، والإجماع منعقد على جواز الأخذ بالقراءة بكل قراءة سبعية ، كما هو معلوم فيكون عمل عثمان (ﷺ) من جنس خصال الكفارة من أن الإنسان مخير في واحدة منها ، فاقتصر على قراءة بحرف واحد كمن اقتصر فيمن لزمته الكفارة على خصلة واحدة منها([٨٤]).

ونحن بدورنا نرد على هذا الاعتراض بأن الاعتبارات والضرورات والحاجيات واضحة وضوح الشمس في تدوين الشريعة أولا وأخيرا من أجل المحافظة على الشريعة الإسلامية نفسها من أن تدخل مكانها قوانين بحجة صعوبة العثور على الحكم ، أو شعور القضاة بالحرج والضيق والعسر حينما يريدون تطبيق الحكم الفقهي على قضية أو واقعة ما ، كما أن استنباط الأحكام الفقهية وتطبيقها على القضايا المنظورة أمام القضاء يحتاج بدوره إلى مهارة وملكة قوية ودراية بكثير من العلوم والمعارف وهذه غير متوفرة ولا يحسنها أكثر القضاة اليوم في العصر الحاضر ، وربما بسبب ذلك يعزف الكثيرون عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء ، ولذلك اتجه بعضهم إلى الأخذ بالقوانين الوضعية لأنها سهلة التطبيق مرتبة ومنظمة وأسرع بالوصول للحكم وذلك لكثرة الأفراد المتنازعين وكثرة القضايا المعروضة على القضاة بالمحاكم الآن .

٣- إن التقنين والإلزام بقول معين من أقوال الفقهاء كان المتبع في مناطق إسلامية كثيرة ، فالتقنين ليس إلا تدوينا لما يتم في الواقع بالفعل ، ومن ذلك قرار الهيئة القضائية

([٨٣]) ينظر: د.عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٥ .

([٨٤]) ينظر: عامر بن عيسى اللهو ، مرجع سابق ، ص ٧ .

في السعودية رقم/ ٣ بتاريخ ١٣٤٧/١/١٧هـ والمصادق عليه بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤ هـ والذي ينص على الآتي : "١ – بأن على جميع المحاكم في السعودية أن تقضي بالقول المفتى به في مذهب الإمام احمد بن حنبل٢– إن وجد القضاة في ذلك مشقة أو مخالفة لمصلحة العموم فيجري النظر والبحث في باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة ٣– على أن تعتمد المحاكم في قضائها وفقا لمذهب الإمام احمد على كتابي شرح المنتهى وشرح الإقناع ، فما اتفقا عليه أو انفرد به احدهما فهو المتبع ، وما اختلفا فيه فالعمل على ما في المنتهى ، وإذا لم يوجد في المحكمة الكتابان المذكوران فيكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل ، وإذا لم يجد القاضي حكم القضية في هذه الشروح طلب حكمها في كتب المذهب المذكور التي هي ابسط منها وقضى بالراجح " ([٨٥]).

ويمكننا أن نلاحظ من النص السابق لقرار الهيئة ما يأتي:

أ – إن الأصل هو الإلزام بالقضاء على وفق المذهب الحنبلي .

ب – انه لا يصار إلى خلاف المذاهب إلا عن وجود المشقة ومخالفة لمصلحة العموم .

ج – إن مراجعة كتب الفقه الحنبلي سهلة وهذا صحيح ، لكن هذه الخصلة ليست خاصة بالمذهب الحنبلي بل أن الصياغة القانونية للمواد تجعل مراجعة الأحكام أسهل من بقية كتب المذاهب الفقهية ، وكذلك فأن ذكر الأدلة عقب المسائل ليست خاصة بالمذهب الحنبلي.

واعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بان ما كان متبعا في الدول الإسلامية هو التمذهب وهو العمل بالمذهب الغالب في الدولة الإسلامية هذه أو تلك ، ومن هذا المنطلق جاء قرار الهيئة القضائية في السعودية المشار إليه سابقا والعمل بمذهب معين ، أو بكتب معينة من المذهب ليس كالتقنين في ضيقه واختصاره لكثير من الأحكام والمسائل الفقهية في مواد قانونية مقتضبة تعد قواعد عامة ومجردة ، والأهم من هذا وذاك ان العمل بمذهب معين كان يتم برضى الناس واختيارهم ولم يتم إلزامهم به كما هو الحال في التقنين ([٨٦]).

٤ – لئن كان للإلزام بالحكم بقول معين بعض المآخذ التي قد يكون من أهمها ، تبلد الفكر ، والجمود بالبحث ، فان في ذلك من المصالح العامة التي تعود على الضروريات الخمس بالعناية والرعاية والحفاظ ما يدعو إلى التغاضي عن هذه المآخذ ، تطبيقا لقاعدة

([٨٥]) قرار الهيئة القضائية في السعودية رقم/ ٣ بتاريخ ١٣٤٧/١/١٧هـ والمصادق عليه بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤ هـ نقلا عن : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٥ .

([٨٦]) ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق، ص ٥ .

ارتكاب أدنى المفسدتين لتفويت أعلاهما ، فالدواعي إلى الأخذ بذلك كثيرة ، نذكر منها ما يلي ([٨٧]) :

أ- ما عليه غالب القضاة من مستوى علمي ضعيف لا يستطيعون به الاجتهاد لأنفسهم ، ولا إدراك الراجح من مذهب من هم منتسبون إليه من بين الأقوال المبثوثة في كتب المذهب ، لاسيما وفي الكتب المؤلفة في المذهب أقوال مختلفة يذكر كل مؤلف في الغالب أن ما ذكره في هذه المسالة مثلا هو المذهب ، كما هو الأمر بالنسبة لكتابي المنتهى والإنصاف وغيرهما من كتب الحنابلة .

ب- ما نتج عن إطلاق الأمر للقاضي في تعينه الراجح في المذهب أو إطلاق الأمر إليه في الاجتهاد في الحكم بما يراه من الاختلاف في الأحكام الصادرة من المحاكم ومن الاختلاف في اتجاهاتها .

ج- كثرة الشكاوى من فئات مختلفة داخل البلاد وخارجها من أن القضاء في البلاد غير واضح المعالم حتى لطلبة العلم أنفسهم ، إذ أن احدهم يمكن أن يكون طرفا في خصومة عند احد القضاة وقد يكون مستواه العلمي أعلى من مستوى القاضي نفسه ومع ذلك لا يدري بما يحكم القاضي به.

وهنا يجدر التنبيه أيضا إلى أن القائلين بجواز الإلزام بالتقنين من أعضاء هيئة كبار العلماء إنما قصدوا بالإلزام إذا كان القاضي مقلدا ولا يتصف بأي شروط من شروط الاجتهاد ، وأما إذا توفرت فيه شروط الاجتهاد التي ذكرها العلماء في كتبهم فانه لا يجوز إلزامه بالحكم بمذهب معين.

وقد اعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بأنه فيما يتعلق باختلاف مستوى القضاة ومدى استيعابهم الأقوال في المسألة وقدرتهم على الترجيح فيما يذهبون إليه والجواب على ذلك، أن الأصل في القضاة الارتفاع إلى مستوى الاجتهاد ، فانه يكن ثمة من قصور فيهم وجب تداركه بالرفع من طاقاتهم العلمية بدلا من الهبوط بقدرة التشريع الإسلامي إلى حصره في اختيار بعض الأشخاص ([٨٨]).

٥- لاشك أن القضاة هم وكلاء ونواب عن ولي الأمر، وهو الذي يقوم بتعيينهم، والوكيل مقيد بشروط موكله ولا ينبغي له أن يخالفها فإذا ألزم ولي الأمر القضاة بالحكم بما ورد في التقنين وجب على القضاة الحكم بالتقنين والالتزام بذلك .

([٨٧]) ينظر: عامر بن عيسى اللهو ، مرجع سابق ، ص ٦ .

([٨٨]) ينظر: عامر بن عيسى اللهو ، مرجع سابق ، ص ٨ .

وقد نصت المادة / ١٨٠٠ من مجلة الأحكام العدلية على أن " القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم " ([٨٩]) ، وورد في شرح هذه المادة انه " ...وكون القاضي وكيلا من طرف السلطان في إجراء المحاكمة والحكم لا يمنعه من أن يحكم في دعوى للسلطان أو على السلطان حتى أن القضية التي تكونت بين الخليفة هارون الرشيد وبين نصراني قد فصلت من طرف الإمام لأبي يوسف القاضي المنصوب من هارون الرشيد وحكم فيها على هارون الرشيد كما أن القاضي شريحا قد فصل في القضية التي تكونت بين الخليفة علي (ﷺ) وكرم الله وجهه وبين يهودي وحكم في نتيجة الدعوى على علي (ﷺ) وكرم الله وجهه – رد المحتار ومجمع الأنهر – " ([٩٠]) .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بان الوكيل أو النائب لا يجوز له تنفيذ الوكالة إذا كانت بمعصية لان الموكل أو الأصيل محظور عليه ارتكاب المعصية ، ومن باب أولى محظور عليه إنابة الغير أو توكيله لارتكابها ، ومن وجهة نظر المانعين للتقنين فان التقنين يعد معصية حسبما سيأتي بيانه .

٦– أغلبية القضاة في الوقت الحاضر مقلدون ، والقضاة المجتهدون نادرون جدا ، ولذلك يتعذر على القضاة في الوقت الحاضر الاجتهاد لاستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة وتطبيقها على الوقائع والقضايا التي تعرض على القضاة للفصل فيها.

واعترض المانعون من التقنين على هذا الاستدلال بأن جمهور الفقهاء يشترطون توفر الاجتهاد فيمن يولى القضاء ، وذلك بان يكون عارفا بالأصول التي ترجع الأحكام إليها ، كما أن كليات الشريعة ومعاهد القضاء تقوم بتدريس علوم الشريعة التي اشترطها العلماء في المجتهد ، وإذا كان بعض القضاة يتخرج وهو لا يفقه هذه العلوم فلا يسري حكمه على الكل ، والذي ينبغي في هذا الشأن هو حسن الاختيار لوظائف القضاء كما أن بعض العلماء يذهبون إلى أن الاجتهاد يتجزأ ، وعلى هذا الأساس فإذا كان لدى القاضي القدرة على الإحاطة بالمسألة وكان لديه معرفة حسنة بأصول الفقه فلا مانع من اجتهاده الجزئي في هذه القضية واستنباط الحكم فيها ([٩١]).

٧– كما انه في الوقت الحاضر تتزايد باضطراد المستجدات التي لم يتناولها الفقهاء المتقدمون ولم يبينوا الحكم الشرعي فيها كالمعاملات الالكترونية وقضايا التأمين والمقاولات ووسائل الإثبات العصرية والتعاقد بالوسائل العصرية وغير ذلك ، وليس من الحكمة ترك هذه المستجدات لتقدير

([٨٩]) تنظر: المادة / ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية .

([٩٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٥٤٢ .

([٩١]) ينظر : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص٦.

واجتهاد القضاة من غير تقنين ، لاسيما ومشاغل القضاة كثيرة وكذلك الأعباء التي تتزايد عليهم يوما بعد يوم .

وقد اعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بان التقنين ليس حلا للمستجدات ، وإنما الحل هو رفع هذه المستجدات إلى كبار العلماء والقضاة الذين يتدارسون ويبحثون هذه المستجدات ويقترحون الأحكام المناسبة لهذه المستجدات كي يستعين بها القضاة فقط ، ولا تكون ملزمة للقضاة وإنما تكون عونا لهم للوصول إلى الأحكام الواجبة التطبيق على المستجدات ، كما انه في العصور السابقة كانت تحدث مستجدات وكان القضاة يجتهدون لتطبيق الأحكام الشريعة عليها ولم يذهب احد لمعالجة هذه المستجدات بالتقنين ([٩٢]).

٨- سهولة الرجوع الى نصوص التقنين مقارنة بالمراجع الفقهية ، فمن المعروف أن المراجع الفقهية تم تأليفها بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر الحاضر ، فهي زاخرة بالخلافات والآراء والمناقشات والردود والاعتراضات والنظريات في نطاق المذهب الواحد ، فما بالك فيما بين المذاهب المختلفة ، وهذا يجعل أغلب القضاة والمحامين والمكلفين في حرج وعسر وضيق وحيرة حينما يريدون تطبيق الحكم الفقهي على قضية أو واقعة ما ، كما أن استنباط الأحكام الفقهية وتطبيقها على القضايا المنظورة أمام القضاء يحتاج إلى مهارة علمية وملكة قوية ودراية بكثير من العلوم والمعارف وقدرة على تمييز قوي الروايات من ضعيفها ، وهذه المهارة لا يحسنها أكثر القضاة في العصر الحاضر ، فإذا ما تم تقنين أحكام الفقه بعبارات سهلة مألوفة صار ميسورا على القاضي والفقيه والمحامي والمسلم العادي معرفة أحكام شريعته ، وربما كان عزوف الكثيرين عن تطبيق أحكام الشريعة في العصر الحاضر لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء ، ولذلك اتجه بعضهم إلى الأخذ بالقوانين الوضعية لأنها سهلة التطبيق مرتبة ومنظمة.

وقد جاء في درر الحكام لعلي حيدر وفي مقدمة الشارح انه " ... إن الإحاطة بالمسائل الفقهية وبلوغ النهاية في معرفتها أمر صعب جدا ولهذا انتدبت طائفة من فقهاء العصر وفضلائه لتأليف كتب مطولة مثل كتاب الفتاوى والتاتارخانية والعالمكيرية المشهورة الآن بالفتاوى الهندية ومع ذلك فلم يقدروا على حصر جميع الفروع الفقهية والاختلافات المذهبية وفي الواقع أن كتب الفتاوى هي عبارة عن مؤلفات حاوية لصور ما حصل تطبيقه من الحوادث على القواعد الفقهية وأفتت به فيما مر من الزمان ولاشك إن الإحاطة بجميع الفتاوى التي أفتى بها علماء السادة الحنفية في العصور الماضية عسر للغاية ولهذا جمع ابن نجيم رحمه الله تعالى كثيرا من القواعد الفقهية والمسائل الكلية المندرج تحتها فروع الفقه ففتح بذلك بابا يسهل التوصل منه إلى

([٩٢]) ينظر : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص٦.

الإحاطة بالمسائل ولكن لم يسمح الزمان بعده بعالم فقيه يحذو حذوه حتى يجعل أثره طريقا واسعا وأما الآن فقد ندر وجود المتبحرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات وفضلا عن انه لا يمكن تعيين أعضاء في المحاكم النظامية لهم قدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة لحل الإشكالات فقد صار من الصعب أيضا وجود قضاة كافية للمحاكم الشرعية في الممالك المحروسة . بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقا بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطا سهل المأخذ عاريا من الاختلافات حاويا للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل احد لأنه إذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالإدارة فيحصل لهم بمطالعته انتساب إلى الشرع وتتكون عندهم ملكة بحسب الوسع تمكنهم من التوفيق ما بين الدعاوى والشرع الشريف فيصبح هذا الكتاب معتبرا مرعي الإجراء في المحاكم الشرعية مغنيا عن وضع قانون لدعاوى الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية ..." ([٩٣]).

وأقصى ما يمكن أن يقال في الاعتراض على هذا الاستدلال هو أن كتب الفقه الإسلامي المختلفة مبوبة ومرتبة ومفهرسة ، وكثير منها قد تم تحقيقها وشرح مصطلحاتها وتخريج أحاديثها ، ولذلك يسهل الرجوع إليها أيضا.

٩– إن التقنين يضبط الأحكام الشرعية عن طريق بيان الرأي الراجح الذي ينبغي الحكم به والعمل به ، لأن الخلافات الفقهية بين المذاهب وفي نطاق المذهب الواحد كثيرة ومتنوعة ، بل لدى إمام المذهب نفسه ، فقد يكون له أكثر من قول في المسألة الواحدة ، في حين يكون لأصحابه أقوال ، وفي الوقت ذاته يكون للمتقدمين قول وللمتأخرين قول ، ويصعب ذلك في هذا العصر عصر السرعة والانترنت وتعقد المعاملات وكثرة القضايا المنظورة أمام القضاء ، فقد تجاوز المائة قضية يوميا أمام قاض واحد ، يصعب في هذا العصر ضبط الأحكام الشرعية وبيان الرأي الراجح من أراء الفقهاء الذي ينبغي تطبيقه والعمل بموجبه ، ولذلك فمن الواجب أن يتم تقنين الأحكام الفقهية والنص في التقنين على الحكم الفقهي الذي يجب على القاضي أن يقضي به، ولم نلاحظ اعتراض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال .

١٠– لاشك أن التقنين يحقق وحدة أحكام القضاء ، ويضمن عدم تضارب الأحكام القضائية أو تناقضها ، لأن القاضي لا يملك إلا تطبيق نصوص التقنين الموحدة ، والتي لا تختلف باختلاف القضاة أو المحاكم ، أما في حالة عدم التقنين فأن تطبيق الأحكام الفقهية يكون متروكا لاجتهاد القضاة في أرجاء البلاد المختلفة ، فتصبح أحكام القضاء في الدولة الواحدة متعارضة ويؤدي إلى فوضى واختلاف في الأحكام في القضية الواحدة ، وهذا بلا شك يحدث بلبلة واضطراب

([٩٣]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٨ .

ويهدر الثقة بالمحاكم وبالقضاء وأحكامه ، وقد حدث فعلا تناقض أحكام القضاء في بدء قيام المملكة العربية السعودية قبل إلزام القضاة بالحكم بمضمون كتب معينة ، وكما وقع هذا الاختلاف بين محكمتي التمييز في الرياض ومكة المكرمة ، وحدث هذا التناقض في اليمن أيضا قبل تطبيق الاختيارات الفقهية وقبل التقنين ، كما أن عدم التقنين يسبب الاختلاف في الحكم القضائي في القضية الواحدة بين القاضي في محكمة الدرجة الأولى – الابتدائي – ، وقاض محكمة الدرجة الثانية الاستئناف ، وقاض محكمة التمييز – النقض – من حيث تطبيق الحكم الفقهي على الواقعة الواحدة ([٩٤]).

وقد اعترض غير المجيزين للتقنين على هذا الاستدلال بأنه إذا اختلف الحكم القضائي في قضيتين متماثلتين من قبل قاض واحد في زمنين مختلفين وتم ذلك عن اجتهاد فلا تثريب فهذا سائغ شرعا ، كما وقع هذا من عمر بن الخطاب (ﷺ) وغيره من الصحابة ، أما فيما إذا اختلف الحكم في قضيتين متماثلتين من قبل قاضيين في مكانين مختلفين ، فلا حرج في ذلك أيضا مادام أن كل واحد منهما قد اجتهد واخذ برأي مأثور مجتهدا فيه متحريا الحق ، أما حدوث التجاذب والاختلاف بين القاضي في محكمة الدرجة الأولى – الابتدائي – وهيئة التمييز أو الاستئناف ومحكمة التمييز – النقض – فلا حرج في ذلك لان الاجتهاد وفهم الوقائع يختلف من قاضي إلى قاضي أخر ، ومع هذا فان هذا الاختلاف أو التجاذب اقل منه في حالة التقنين ، فاختلاف أحكام القضاء ما زالت ظاهرة موجودة في الدول التي قامت بتقنين أحكام الشريعة ، بل زادت ظاهرة اختلاف أحكام القضاء في تلك الدول بدلا من أن تقل ([٩٥]).

كما أن القضاة والمحامون في الدول التي تطبق القوانين مختلفون أيضا في تفسير القوانين والمراد بها ، لان القاعدة القانونية كما هو معلوم عامه ومجردة والعمومية والتجريد في النص القانوني تثير أسباب الخلاف في فهم النص القانوني ، ولذلك اختلفت الاقضية في تلك الدول وصار التقاضي على ثلاث درجات – الدرجة الأولى الابتدائية والدرجة الثانية الاستئنافية ودرجة النقض التمييز – ولذلك أيضا وجدت مكاتب المحاماة الكثيرة في تلك الدول فلم يرفع التقنين الاختلاف أو يحد منه.

١١ – التقنين يسد فعلا الذرائع التي يتذرع بها المعوقين لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والذين يسعون دوما إلى اختلاق الأعذار والمبررات للحيلولة دون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن أهم هذه الذرائع الزعم بان احتكام الشريعة الإسلامية ليست مقننة وانه من الصعب في الوقت الحاضر الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي ومن ثم يصعب تطبيق هذه الأحكام.

([٩٤]) ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين، مرجع سابق ، ص ٦ .

([٩٥]) ينظر : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين، مرجع سابق ، ص ٦ .

وقد اعترض غير المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال بأن التقنين لن يحول ولن يقطع دابر الذرائع للتهرب من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن أعداء الإسلام يناصبون الشريعة العداء ، فما أسهل لهؤلاء أن يختلقوا ذريعة أخرى غير التقنين بل أن التقنين ذاته سيكون ذريعة ووسيلة لهم لعدم تطبيق الشريعة الإسلامية كما حصل في بعض البلدان الإسلامية ([٩٦]).

١٢– تترتب على عدم التقنين مفاسد كثيرة ، ويحقق التقنين مصالح كثيرة ، وقد أشرنا إلى بعضها فيما سبق ، فالمصالح التي يحققها التقنين والتي تعود على الضرورات الخمس بالعناية والرعاية والحفظ – كما مر في أدلة هذا القول – كل ذلك يدعو إلى التغاضي عن هذه المآخذ ، تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " وإذا كان التقنين لا يخلو من مفاسد فان المفاسد التي تترتب على عدم التقنين أكثر واكبر ضررا من مفاسد التقنين([٩٧]) ، فكما هو معلوم انه إذا ما تعارضت منفعة ومضرة مفسدة فان كانتا متساويتين في الدرجة أو كانت المفسدة أكثر من المصلحة ، يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة ([٩٨]) .

أما إذا كانت المصلحة أهم من درء المفسدة فإنها تقدم رغم وجود المفسدة ، كالحكم على الجاني بعقوبة سالبة للحرية رغم أن هذا الجاني قد يكون في عقوبته ضرره وضرر أسرته ، وقد يكون فيها ضرر المجتمع ككل بان يكون المحكوم عليه طبيبا أو أستاذا جامعيا غير أن مصلحة هذه العقوبة أهم بكثير من ضررها وذلك حماية للأرواح والأموال والأمن والاستقرار ونحوها .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بالقول أن مفاسد التقنين اكبر وأعظم من مفاسد عدم التقنين حسبما سيرد في أدلة المانعين من التقنين ، فتكون القاعدة التي استدل بها المجيزون للتقنين حجة عليهم وليس لهم.

١٣– التقنين يحول دون أن يحكم القاضي بالهوى فليس هناك من سبيل أمام القاضي إلا تطبيق التقنين في حكمه .

وقد اعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول ، انه اتهام كما انه يشترط لتولية القاضي العدالة ، فالقاضي في حكمه لم يسلم منه احد ، وذلك يحد من حكم القاضي بالهوى

([٩٦]) ينظر : المرجع السابق ، ص ٦ .

([٩٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت١٣٥٧هـ-١٩٣٨م) ، شرح القواعد الفقهية ، ط٦ ، بقلم مصطفى احمد الزرقا ، مراجعة عبد الستار أبو غدة ، دار القلم، دمشق ، ٢٠٠١، ص٢٠١.

([٩٨]) للمزيد من التفصيل تنظر : المادة /٣٠ من مجلة الأحكام العدلية ؛ وينظر : شرحها عند ، علي حيدر ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٣٧ .

إضافة إلى أن حكم القاضي ينفذ ظاهرا لا باطنا ([٩٩]) ، لان القاضي إنسان عرضة للخطأ ، وهو مأجور في الحالتين حالة الإصابة وحالة الخطأ بالاجتهاد ، استنادا للحديث النبوي الشريف الذي ورد عن عمرو بن العاص (ﷺ) انه سمع رسول الله (ﷺ) قال : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر) ([١٠٠]).

فقضاء القاضي إذن لا يكون إقرارا للواقع أبدا فهو لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك بناء على ما جاء عن أم سلمى زوج النبي (ﷺ) أن رسول الله (ﷺ) سمع جلبة خصم بباب حجرته فخرج إليهم فقال : (إنما أنا بشر وانه يأتيني الخصم فلعل بعضهم أن يكون ابلغ من بعض فاحسب انه صادق فأقضي له فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها) ([١٠١]).

١٤ – التقنين يجعل الأحكام الشرعية معلومة للناس كافة حتى تكون أفعالهم وتصرفاتهم على وفقها وحتى تكون ملزمة لهم ، وذلك ادعى لتحقيق الردع والزجر عن ارتكاب المعاصي ومعرفة الناس لما يصح وما لا يصح من المعاملات والتصرفات وكيفية إجراء هذه المعاملات والعقود، كما أن علم الناس كافة بالأحكام الشرعية يحقق العدالة والمساواة والتيسير على الناس والتطمين لهم بالنسبة لعمل القضاة ، لان الناس في هذه الحالة يعلمون مسبقا ما سيحكم به القضاة .

وقد اعترض المانعون من التقنين على هذا الاستدلال بالقول ، إن القوانين الوضعية مدونة ولها لوائح تفسيرية وتنفيذية يفترض علم الكافة بها ، ومع ذلك يجهلها السواد الأعظم من الناس ولا يعرفها إلا قلة من المتخصصين والباحثين والأساتذة والقضاة والمحامين ، ولهذا كثرة مكاتب المحاماة في تلك الدول لتبصير الناس بهذه القوانين وتلك اللوائح .

١٥ – ذهب جمهور علماء العصر الحاضر إلى جواز التقنين والإجماع ينعقد بقول الأكثر من علماء العصر والمخالفة لهم شذوذ ولذلك فهي مطروحة ، وعلى هذا الأساس فالتقنين جائز بإجماع الأكثرية من أهل العصر.

([٩٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد ، ط ٨ ، مركز دراسات برلمان كردستان ،٢٠١٢، ص٣٦.

([١٠٠]) الإمام البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص ١٤٨٢(كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب اجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ ، رقم الحديث ٧٣٥٢) ورواه أيضا بنفس اللفظ : الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤ –٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، ط١ ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٣٠ (كتاب الاقضية ، اجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب او اخطأ، رقم الحديث ٤٤٨٧) .

([١٠١]) الإمام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق، ص٧٢٨ (كتاب الاقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم الحديث ٤٤٧٥).

وقد اعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول ، أن الجماع لا ينعقد بقول الأكثرين من أهل العصر عند جمهور العلماء ، فقد قال ابن قدامه ولا ينعقد الإجماع بقول الأكثرين من أهل العصر عند الجمهور ، كما انه من الصعب قبول القول بإجماع علماء العصر على تدوين وتقنين ألاف المسائل الفقهية ، أو أن يكون الري فيها واحدا بالإجماع من قبل علماء العصر كافة حتى لو تم ذلك في مجمع فقهي تتوفر في أعضائه الشروط التي تأهلهم ، وذلك لان الجماعة القليلة العدد من العلماء عندنا تتدارس مسالة فقهية واحدة فقط تختلف هذه الجماعة الصغيرة بشأنها اختلافا واسعا ، فما بالك بعلماء العصر كافة وبالمسائل الفقهية كافة التي تم تقنينها ([١٠٢]).

١٦- ليس هناك دليل يمنع التقنين ولذلك فهو من المصالح المرسلة وقد رآه المسلمون حسنا ولذلك فهو عند الله حسنا.

وقد اعترض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال بان هناك أدلة كثيرة قاطعة في منع التقنين وتحريمه وسيرد ذكرها في المبحث الثالث من هذه الدراسة إن شاء الله تعالى ، أما حديث ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا فلم يثبت انه مرفوعا إلى النبي (ﷺ) في كتب السنة، وقال السيوطي قال العلائي لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا بعد طول البحث وكثرة الكشف وإنما هو قول عبدالله بن مسعود موقوفا عليه ([١٠٣]).

١٧- التقنين يمنع التعليلات التي كانت تبريرا لإيجاد محاكم مستقلة عن الجهة الإدارية للقضاء كمحاكم فض النزاعات التجارية ونحوها مما هو موجود أو في طريقه للوجود مما كان له أثره في تفتيت الوحدة القضائية وتقلص اختصاص المحاكم الشرعية ([١٠٤]).

ولم نجد اعتراض المانعون للتقنين على هذا الاستدلال .

([١٠٢]) ينظر : د.عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٧.

([١٠٣]) ينظر: المرجع السابق ، ص ٧.

([١٠٤]) ينظر : د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص٦.

المبحث الثالث

ألفقهاء المانعون

لتقنين أحكام الشريعة

الإسلامية وأدلتهم

ويتضمن هذا المبحث على مطلبين اثنين هما وفق

النهج الآتي :

المطلب الأول/الفقهاء المانعون

لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني/ أدلة الفقهاء المانعون

لتقنين

أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث
الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة السلامية وأدلتهم

ظهر رأي مخالف لرأي الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وهم الفريق الأخر الذين يمانعون من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ولهم أدلتهم في ذلك ، فقد ذهب إلى هذا القول بعض الفقهاء المعاصرين ومنهم بعض علماء السعودية كالشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ والشيخ عبد العزيز الشتري والشيخ عبد اللطيف بن إبراهيم والشيخ عمر بن حسن والشيخ عبد العزيز باز والشيخ عبد الله بن حميد والشيخ عبد الله بن عقيل والشيخ عبد العزيز بن رشيد والشيخ عبد اللطيف بن محمد والشيخ محمد بن عوده والشيخ محمد بن مهيزع والشيخ عبد الرحمن الشتري ، ولتوضيح ذلك يتطلب الأمر أن نقسم هذا المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول/ الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني/ أدلة الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الأول
الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

ذهب بعض الفقهاء المتقدمين إلى عدم جواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فلا يجوز عندهم إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين أو اشتراطه على القاضي ، بل إن ذلك غير ملزم للقاضي وهو قول عند المالكية والراجح عند الشافعية وبه قال الحنابلة ([١٠٥]).

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الفقهاء المعاصرين ومنهم بعض علماء السعودية كالشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ والشيخ عبد العزيز الشتري والشيخ عبد اللطيف بن إبراهيم والشيخ عمر بن حسن والشيخ عبد العزيز باز والشيخ عبد الله بن حميد والشيخ عبد الله بن عقيل والشيخ عبد العزيز بن رشيد والشيخ عبد اللطيف بن محمد والشيخ محمد بن عوده والشيخ محمد بن مهيزع والشيخ عبد الرحمن الشتري ، وقد أصدر هؤلاء بيانا في هذا الشأن ، ويذهب إلى هذا المذهب أيضا الشيخ محمد الأمين الشنقيطي والشيخ بكر أبو زيد والشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام ، حيث نقل الشيخ بكر أبو زيد عن الشيخ الشنقيطي رحمه الله تعالى كلاما طويلا له في هذا الصدد عن مخاطر التقنين ، وأما الشيخ بكر فله بحث منشور ضمن كتابه فقه النوازل وعنوان بحثه – التقنين والإلزام – في حين أن الشيخ البسام رحمه الله له رسالة بعنوان – تقنين الشريعة أضراره ومفاسده – ([١٠٦]).

وممن قال بالمنع كذلك هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية حيث تناولت موضوع التقنين تحت عنوان – تدوين الراجح من أقوال الفقهاء – وقسمت إلى جزئيين الأول : حول التدوين ، والثاني : حول اللزوم وصدر قرارها بالأغلبية بالمنع من التقنين ([١٠٧]).

([١٠٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص٧.

([١٠٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق ، ص ٧ .

([١٠٧]) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية ، ع٣١ ، ص ٦٥وع ٣٣ ، ص ٥٢ ، نقلا عن : د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٣ ؛ وللمزيد من التفصيل حول قرار هيئة كبار العلماء رقم (٨) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء لإلزام القضاة للعمل به ينظر: ملتقى أهل الحديث ، منتدى أصول الفقه ، الغاية من دعوات البعض إلى تقنين الشريعة والأحكام ، ص ٥ ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.ahlahdeeth.com/vb/show thread.php?t=227955

كما يذهب إلى هذا المذهب أيضا الشيخ عبد الرزاق عفيفي والشيخ عبد العزيز صالح والشيخ محمد الحركان والشيخ سليمان العبيد والشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الغديان والشيخ صالح بن فوزان الفوزان والشيخ عبد الرحمن بن عبد الله العجلان والشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين والشيخ عبد الله بن محمد الغنيمان والشيخ عبد العزيز عبد الله الراجحي وغيرهم ([١٠٨]).

([١٠٨]) ينظر: د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص ٧ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

واستدل القائلون بهذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول نوجز منها ما يأتي ([١٠٩]) :

١- أن الله سبحانه وتعالى أمر عند التحاكم أو التقاضي أن يحكم القاضي بالقسط فقال تعالى: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾ ﴾([١١٠]) ، فأثناء نظر القاضي للقضية قد يظهر له وفقا للأدلة الشرعية أن القول الصحيح على خلاف القول المنصوص عليه في التقنين ، والعدل والقسط يقتضي أن يحكم القاضي على وفق ما يعتقد أنه الصحيح وليس وفقا للقول المنصوص في التقنين .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بالقول أن التقنين يتضمن القول الراجح الذي يعتمد على أقوى الأدلة ، حيث يتم اختيار هذا القول من قبل العلماء المجتهدين عند التقنين ، وهذا القول الراجح يتفق غالبا مع عقيدة القاضي واجتهاده ، والقاعدة أن التشريع للغالب .

٢- إن الآيات التي توجب الحكم بما أنزل الله ومنها قوله تعالى :

﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾ ﴾ ([١١١]) ، وقوله تعالى أيضا في محكم آياته :﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴿٢٦﴾ ﴾ ([١١٢]).

([١٠٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الرحمن بن سعد الشتري ، مرجع سابق ، ص٧ .

([١١٠]) سورة المائدة /٤٢ .

([١١١]) سورة النساء /١٠٥.

([١١٢]) سورة ص/٢٦.

فهاتان الآيتان الكريمتان تأمران بالحكم بما أنزل الله تعالى وهو الحق ، والحق لا يتعين بالراجح من أقوال الفقهاء ، لأنه راجح في نظر واضعيه دون سواهم ، فلا يصح الالتزام به ولا اشتراطه على القضاة عند توليتهم ولا بعدها ، ومن الآيات الشريفات التي وردت بهذا المعنى أيضا قوله تعالى :

﴿ وَمَا ٱخۡتَلَفۡتُمۡ فِيهِ مِن شَيۡءٖ فَحُكۡمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبِّي عَلَيۡهِ تَوَكَّلۡتُ وَإِلَيۡهِ أُنِيبُ ﴿١٠﴾ ﴾ ([113]) ، وقوله تعالى أيضا : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴿٥٩﴾ ﴾ ([114]). .

ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين ان الواجب هو الرجوع الى حكم الله ورسوله عند التنازع والتخاصم ، ولا يتعين حكم الله ورسوله في مذهب معين أو رأي معين ولا في قول مرجح ، والحكم بالرأي الراجح حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام ، ويلزم منه منع الإلزام بالتقنين .

وقد قال أيضا الإمام ابن كثير في تفسير هذه الآية من سورة النساء /٥٩ انه: " فما حكم به الكتاب والسنة وشهد له بالصحة فهو الحق فماذا بعد الحق إلا الضلال ..أي ردوا الخصومات والجهالات إلى كتاب الله وسنة رسوله فتحاكموا إليهما فيما شجر بينكم .. فدل على أن من لم يتحاكم بمحل النزاع إلى الكتاب والسنة ولا يرجع إليهما في ذلك فليس مؤمنا بالله ولا باليوم الآخر أي التحاكم إلى كتاب الله وسنة رسوله والرجوع في فصل النزاع إليهما " ([115]) ، كما قال البيهقي أيضا في باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي ، انه غير جائز له أن يقلد أحدا من أهل دهره ولا أن يحكم أو يفتي بالاستحسان ، وعلى ذلك فعلى القاضي أن يرجع عند اختلاف الخصوم إلى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وليس إلى التقنين ([116]).

([113]) سورة الشورى /١٠.

([114]) سورة النساء/٥٩ .

([115]) الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٤٧ هـ) ، تفسير القران العظيم ، المجلد الأول ، ج ١ ، علق عليه وخرج أحاديثه هاني الحاج وروجعت أحاديثه على كتب العلامة ناصر الدين الألباني ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، ص ٢١٨ .

([116]) ينظر : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، مرجع سابق ، ص٨.

وقد اعترض المجيزون للتقنين على ذلك وأجابوا عن هذا الاستدلال بالآيات السابقة أنها عامة وليست في موضوع الإلزام وليست أيضا في موضع النزاع ، كما أنه غير صحيح القول بأن ما يختاره العلماء عند التقنين من الأقوال الراجحة في الفقه الإسلامي المستمدة من القران الكريم والسنة النبوية هو خلاف الحق ، أو أن الرجوع إلى هذه الأقوال الراجحة المثبتة في التقنين هي رجوع إلى غير كتاب الله وسنة النبي محمد (ﷺ).

٣- أن مبنى شهادة أن لا اله إلا الله وأن محمدا رسول الله يقوم على تجريد الإخلاص لله تعالى وتجريد المتابعة للنبي محمد (ﷺ)، وفي التقنين الملزم توهين لتجريد الإتباع حيث أن حكم القاضي على وفق ما ورد في التقنين تقديم القاضي للتقنين على قول الله سبحانه وتعالى وسنة نبيه محمد (ﷺ) ، والله سبحانه وتعالى لا يقبل عملا إلا إذا كان خالصا له تعالى ، وان اتبع العامل في عمله سنة النبي محمد (ﷺ).

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بما سبق الاعتراض به على الدليل السابق ، فالعمل بالتقنين هو إتباع للقول الراجح المختار عند التقنين والمستند إلى الدليل الشرعي القوي ، وهو قول الله سبحانه وتعالى ومتابعة للنبي محمد (ﷺ).

٤- كما هو معلوم أن القضاة ثلاثة ، كما ورد في الأثر بالحديث الشريف قوله اثنان في النار وواحد في الجنة، فأما الرجل الذي عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وأما الرجل الذي عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ، وأما الرجل الذي لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار ، وعلى هذا فأن عمل القاضي بما ورد في التقنين وهو يرى أنه خلاف الحق يدخل في هذا الوعيد ، كما أن القاضي في أحيان لا يستطيع الجزم بأن التقنين شرع الله الحق الواجب الحكم به أو أن التقنين يوافق شرع الله ، فالقاضي يكون في شك وليس متأكدا من الحق وعلى هذا الأساس فان القاضي يحكم على خلاف ما يرى أنه الحق.

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بما سبق الاعتراض به على الدليل السابق ، وهو أن التقنين يتضمن القول الراجح المعتمد على الدليل الشرعي من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والذي تم اختياره عند التقنين من قبل العلماء المجتهدين وهو ليس خلاف الحق .

٥- إن تدوين القول الراجح والإلزام به مخالف لما جرى عليه العمل في عهد النبي محمد (ﷺ) وخلفاءه الراشدين ومن بعدهم من السلف الصالح ، ولقد سبق أن وجدت هذه الفكرة في خلافة بني العباس ، وعرضت هذه الفكرة من قبل أبو جعفر المنصور على الإمام مالك فردها وبين فسادها، ولا خير في شيء اعتبر في عهد السلف من المحدثات .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال ، بأن عدم وجود هذه الفكرة عند السلف لا يعني بالضرورة منعها ، فلعل دواعيها لم توجد أصلا ، ورأى الإمام مالك رحمه الله تعالى قد خالفه فيه غيره ولو لم يخالفه غيره فليس قوله بمجرده حجة .

٦- الإجماع على عدم إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه كما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره .

ويجاب عنه ، بأن هذا الإجماع غير مسلم لأنه قد وجد من العلماء من قال بخلافه ، ثم أن القول بالمنع من الإلزام بقول واحد قول صحيح لو كان جميع القضاة من المجتهدين ، أما وقد علمنا أن العدد المطلوب تعينه من القضاة للفصل بين خصومات الناس يلزم تعيين من لم يصل إلى مرتبة الاجتهاد – وهم كثير- فيصبح تعينهم جائز للضرورة أو الحاجة وبالتالي فان إلزامهم بقول واحد في هذه الحالة أمر سائغ .

٧- لاشك أن التقنين يتم من قبل أفراد أو لجان وهؤلاء بشر ، ولذلك فان التقنينات تتأثر ببشرية هؤلاء ويخالطها الهوى ، ونسبة هذه التقنينات إلى شرع الله تعالى ليست دقيقة ، في حين أن نصوص الشارع تبارك وتعالى ربانية خالية من الهوى والخطأ وهي ثابتة النسب إلى أحكام الله تعالى ، ولذلك يحترمها أفراد المجتمع ويحرصون على تطبيقها طلبا للثواب وفرارا من العقاب .

وقد اعترض المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال ، بأن التقنين مثله مثل الفقه حيث يتم التقنين بصياغة أحكام الفقه على هيئة مواد مرتبة ومبوبة ، ولذلك فالتقنين أمر شكلي لتسهيل الرجوع إلى الأحكام الفقهية ولا تؤثر هذه الصياغة أو التقنين في مضمون الأحكام الفقهية .

٨- إن إلزام القضاة بالحكم طبقا للتقنين لا يجوز عند العلماء الثقاة ، فقد ذكر الإمام ابن قدامة انه ولا يجوز أن يقلد القاضي أحدا أو أن يحكم بمذهب بعينه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا ، كما ذكر أيضا الإمام ابن فرحون انه لا يصح للقاضي أن يقلد أحدا لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع ، في حين ذكر الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية عن ولي الأمر انه وليس له أن يلزم أحدا بقبول غيره وان كان حاكما ، وإذا خرج ولاة الأمر عن هذا فقد حكموا بغير ما أنزل الله تعالى ، بل أن ابن تيمية نفسه قال ومن اوجب تقليد إمام بعينه استتيب فان تاب وإلا قتل ([١١٧]).

([١١٧]) ينظر : د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ،مرجع سابق ، ص٨.

وقد اعترض المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول ، أنه قد وجد من العلماء من قال بخلاف قول ابن قدامة وابن تيمية ، كما أن أقوال ابن قدامة وابن تيمية وابن فرحون قد تصح عندما كان القضاة مجتهدين ، أما في العصر الحاضر فان أكثرهم لم يبلغوا هذه المرتبة ، ولذلك فان إلزامهم بقول واحد في هذه الحالة أمر سائغ .

٩– التقنين لم يثبت على وتيرة واحدة بل انه دوما عرضة للتغيير والتبديل والتعديل ، وما أكثر التعديلات القانونية ، وكثرة التعديلات والتبديلات تؤدي إلى التبديل الكلي للشريعة ، كما حدث في الدول التي سارت في هذا الاتجاه حيث صارت قوانينها تماثل وتشابه القوانين النافذة في غير الدول الإسلامية ، ولذلك فالتقنين مدخل لتغيير الشريعة بزيادة أو نقص أو تبديل وتعديل ، فالتقنين طريق إلى الحكم بغير ما أنزل الله تعالى إضافة إلى أن تعديل الأحكام الشرعية المقننة يؤدي إلى زعزعة الثقة بالشريعة الإسلامية ، وكثرة التعديلات تبعد التقنينات عن أصلها الشرعي، كما أن كلمة التقنين يخشى منها أن تكون طريقا لإحلال القوانين الوضعية مكان الشريعة الإسلامية فيكون التشابه أولا في الاسم ثم المضمون ثانيا، فمنع التسمية واجب من باب الحذر .

وقد اعترض المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول ، بأن القاضي غير ملزم بالبقاء على اجتهاده الأول إذا صح لديه الدليل باجتهاده الجديد ، ومنعه في هذه الحالة يؤدي إلى المنع من الأخذ بالدليل ولا يقول به أحد والتقنين مثله ، كما أن القول بعدم تعديل القوانين إذا ظهرت المصلحة في تعديلها يناقض بناء الإسلام على رعاية مصالح الناس وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان ، كما أن التقنين مصطلح المراد منه مفهوم ومعلوم للجميع ولا مشاحة في المصطلح وبالإمكان استعمال أي مصطلح آخر مناسب مكانه ، كمصطلح (النظام) المعمول به في السعودية ، أو كمصطلح (التدوين) حسب اعتقادنا المتواضع ، أما ما يذكر من أن التقنين خطوة إلى إلغاء الشريعة الإسلامية والاستدلال بعمل بعض الدول التي دونت الراجح من أقوال المذهب الذي تنتسب إليه في مواد ، ثم ألزمت العمل به في محاكمها ثم ألغت الشريعة مطلقا ، فهذا مردود جملة وتفصيلا لان تلك الدولة لم يقتصر تنكرها للدين على السلك القضائي في المحاكم ، وإنما نفضت يدها عن الدين مطلقا وانتقلت إلى دولة علمانية ، وكثير من الدول الإسلامية لم يكن القضاء عندها مقننا بل كانت تحكم بالراجح من مذهب إمام من أئمة المسلمين ، فكان منها والعياذ بالله أن ألغت العمل بالشريعة الإسلامية وأخذت بقوانين أوربا ، فليس التدوين والتقنين وسيلة إلى تحقق ما بدت المخاوف منه إطلاقا ([١١٨]).

([١١٨]) ينظر: د.عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، مرجع سابق ، ص ٥ .

١٠- يعد التقنين حجرا على الاجتهاد فلا سبيل أمام القاضي إلا تطبيق التقنين بدلا عن الاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي في القضية أو الواقعة ، كما أن التقنين سبيل إلى هجر الفقه الشرعي كله وعدم الرجوع إليه ، وذلك يؤدي إلى القضاء على التراث الفقهي الإسلامي نهائيا ، إذ أن اهتمام القضاة والمحامين والباحثين وغيرهم سوف يقتصر على التقنين وحده ، فقد جاء من حديث عمرو بن العاص (ﷺ) قال النبي (ﷺ) : (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله اجر واحد) رواه أهل السنن ([١١٩])، وحينئذ لا بد من تصحيح الحكم الخاطئ بالرجوع به إلى الصواب وترك الخطأ ، وقد قال العلماء لا ينتقص من حكم الحاكم إلا ما خالف الدليل ، والجمود الذي يكون على المواد المقننة بلا شك يعطل هذا كله ، ويبقى على ما دون في المواد المقننة ([١٢٠]).

وقد اعترض المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول ، أن التقنين لا يحجر الاجتهاد ولا يمنعه ، فالواقع المعاصر يفرز مستجدات كثيرة كما أن الوقائع والقضايا تختلف وتتفاوت ، وذلك بلا شك يترك للقاضي مجالا واسعا في الاجتهاد عند تطبيق نصوص التقنين على تلك الوقائع والمستجدات ، إضافة إلى أن الاجتهاد المطلوب من القضاة في الوقت الحاضر هو الاجتهاد في تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع والقضايا المختلفة ، أما الاجتهاد بمعناه الواسع فينبغي تركه للعلماء الذين يقومون باختيار الأحكام الشرعية عند التقنين ، كما أن للتقنينات مذكرات إيضاحية وشروح تستفاد من كتب الفقه .

كما أن كثيرا من التقنينات تنص على أن كتب الفقه الإسلامي هي المرجع عند تطبيق التقنين أو تفسيره أو عند عدم وجود نص في التقنين ، ومن ذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث تنص المادة/٣٤٣ منه على أن " كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فان لم يوجد المشهور طبق غيره فان لم يوجد حكم أصلا طبقت المبادئ العامة في المذهب " ([١٢١]) .

([١١٩]) الإمام البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص١٤٨٢(كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب اجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ ، رقم الحديث ٧٣٥٢) ؛ ورواه أيضا بنفس اللفظ : الإمام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص ٧٣٠ (كتاب الاقضية ، اجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ ، رقم الحديث ٤٤٨٧) .

([١٢٠]) ينظر: عامر بن عيسى اللهو ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

([١٢١]) تنظر : المادة /٣٤٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

وفي هذا الاتجاه يذهب أيضا القانون المدني اليمني الذي ينص في المادة /١٨ منه على أن " المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة "([١٢٢]) .

وكذلك قانون الأحوال الشخصية اليمني الذي ينص في المادة /٣٤٩ منه على أن " كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية " كما أن المعاهد والكليات والجامعات والمدارس تقوم بتدريس العلوم الشرعية والفقهية ولذلك لن يترتب على التقنين تعطيل الاجتهاد أو هجر العلوم الشرعية والفقهية كما هو دارج في الاستدلال .

فالتقنين ذاته اجتهاد وانه قابل للتغيير والتعديل بتغير الظروف والمصالح وهذه حقيقة أكيدة لا يمكن لأحد أن ينكرها أبدا ، كما أن هناك من القضايا الجنائية المقننة أحكامها بمواد وفقرات محددة في المملكة العربية السعودية ، مثل أنظمة الرشوة والتزوير واستغلال النفوذ الوظيفي التي يختص بنظرها ديوان المظالم ، وموضح بها المخالفة والعقوبة المقررة لها من سجن أو غرامة أو أي عقوبة تبعية أخرى ، وللقاضي حرية إيقاف تنفيذ العقوبة وفق ظروف يقدرها من قبيل الاجتهاد ، ولم ينشأ عن ذلك أي مشاكل من أي نوع ، ليس هذا فحسب وإنما كان هناك نظام المخدرات التي وضع حد أدنى وأقصى لمواد العقاب فيه ، ليكون للقاضي حرية اختيار العقوبة اللازمة التي تردع المتهم ، وللقاضي تشديد العقوبة وتخفيضها والنزول بها عن الحد الأدنى والإعفاء منها وحفظ القضية وإيداع المتعادي احد الدور الصحية المخصصة للعلاج حسب ظروف القضية والمتهم وفقا لاعتبارات معينة تضمنها النظام ، ويعد ذلك اجتهادا من القاضي من حيث العقوبة أو أي إجراء آخر من إجراءات الدعوى ، وفي غير الأنظمة الجنائية نرى التقنين في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية والمحاماة والشركات والعمل والعمال والأوراق التجارية وغير ذلك من الأنظمة الأخرى ([١٢٣]).

١١ – إن الإلزام بالتقنين فيه تضييق على المسلمين وذلك لأنه يحملهم على قول واحد بصفة مستديمة .

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بالقول ، أنه عند التقنين يتم اختيار القول الراجح الذي يناسب مصالح واحتياجات الناس في الزمان والمكان ، كما يتم تعديل التقنين بسهولة إذا كان فيه تضييق على الناس أو صار لا يناسبهم .

([١٢٢]) تنظر: المادة /١٨ من القانون المدني اليمني النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ المعدل.

([١٢٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. هادي بن علي اليامي ، مرجع سابق ، ص ٣ .

١٢– حقيقة أن التقنين لا يرفع الخلاف في الآراء وهو من أهم مبررات التقنين ، وهذا ما أثبتته تجربة الدول التي دونت الأحكام المعمول بها حيث يختلف القضاة في تفسير النصوص .

ويجاب عن هذا الاستدلال بالتسليم بما ذكروه ، لكن التقنين يحد من الاختلاف وان لم يرفعه وهذا هو المطلوب .

١٣– إن الأحكام الشرعية المقننة إذا ما عدلت – وهذا من طبيعة كل عمل بشري – فانه يؤدي إلى زعزعة الثقة بأحكام الشريعة الإسلامية ، وكثرة التعديلات التي تجري على القوانين تبعدها عن أصلها الشرعي كما هو مشاهد في قوانين الأحوال الشخصية .

وأجيب عن هذا الاستدلال ، بأن القاضي غير ملزم بالبقاء على اجتهاده الأول إذا صح لديه الدليل باجتهاده الجديد ، ومنعه – في هذه الحالة – يؤدي إلى المنع من الآخذ بالدليل ولا يقول بـه أحد والتقنين مثلـه ، كما أن القول بعدم تعديل القوانين إذا ظهرت المصلحة في تعديلها يناقض بناء الإسلام على رعاية مصالح الناس وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان .

١٤– إن إيجاد كتاب يشتمل على قول واحد هو الراجح في نظر من اختاره يكون موحد الأرقام مسلسل المواد لا يمكن أن يقضي على الخلاف ويوجد الاتفاق في الأحكام في كل القضايا ، لاختلاف القضاة في مداركهم وفي فهم المواد العلمية ومدى انطباقها على القضايا التي ترفع لهم ، ولاختلاف ظروف القضايا وما يحيط بها من أمارات ويحف بها من أحوال ، فقد اختلف الناس في مدلول بعض النصوص الشرعية من الكتاب والسنة مع وضوحها وجلائها وعلم مصدرها الذي ليس علمه كعلم من يختار القول الراجح المراد .

١٥– المحاكم المدنية في الدول التي تحكم بالقوانين الوضعية دونت قوانينها على هيئة مواد موحدة مسلسلة الأرقام ، ومع ذلك اختلفت أحكام قضاتها ووقع في بعضها التناقض والخطأ واستؤنفت بعض الأحكام فنقض في محاكم الاستئناف فلم يكن ذلك التنظيم والإلزام به مانعا من الخطأ والتناقض واتهام القضاة ونقض الأحكام .

١٦– إن الاختلاف في الأحكام قد وجد في عهد الخلفاء الراشدين والسلف الصالح حتى من القاضي الواحد في قضيتين متماثلين ، ظهر له في الثانية ما لم يظهر له في الأولى فحكم به ولم ينقض حكمه السابق ، ولم يكن ذلك داعيا إلى التفكير في مثل التقنين والتدوين المقترح ولا إلزام القضاة لحكم بقول واحد ، وهم كانوا أحرص منا على حفظ الدين وعلى سمعته وسمعة المسلمين ما وسعهم ، ولا يجوز أن يكون هذا الاختلاف مثار ريبة وتهمة للقاضي ، فالأصل فيمن يختار للقضاء أن يكون عالما أمينا على مستوى المسؤولية الملقاة على عاتقه ([١٢٤]).

([١٢٤]) ينظر : في أدلة المانعين من التقنين ، أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٣٤/٣ ، نقلا عن : عامر بن عيسى اللهو، مرجع سابق ، ص ١٠.

المبحث الرابع

ألترجيح بين قول المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وقول المانعين له

ويتضمن هذا المبحث على مطلبين اثنين هما وفق الصيغة الآتية :

المطلب الأول/الراجح من قول المجيزين للتقنين وقول المانعين له

المطلب الثاني/ أسباب القول بالترجيح بجواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الرابع
الترجيح بين قول المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وقول المانعين له

في هذا المبحث سوف نتطرق إلى مسألة مهمة في موضوع دراستنا ألا وهي مسألة الترجيح بين أقوال الفريق الأول وهو مذهب الفقهاء المجيزون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وبين مذهب الفقهاء المانعون لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن ثم سوف نعرض أسباب اختيارنا القول الراجح وذلك من خلال ملاحظة قوة الأدلة ووجاهتها والتعليلات التي استدل بها أصحاب هذا القول وسلامتها وقلة الاعتراضات عليها ومناسبة هذا القول للواقع في العصر الحاضر ، واستكمالا لذلك ينبغي أن نقسم هذا المبحث على المطالب الآتية :

المطلب الأول / الراجح من قول المجيزين للتقنين وقول المانعين له

المطلب الثاني / أسباب القول بالترجيح بجواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

الراجح من قول المجيزين للتقنين وقول المانعين له

في المبحثين السابقين استعرضنا بالتفصيل قول المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية المباركة وأدلتهم ، وكذا قول غير المجيزين لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وأدلتهم في ذلك ، وناقشنا أدلة الفريقين تفصيلا على النحو السالف بيانه ، وفي ضوء ذلك فإننا نرى وحسب ما يظهر لنا أن القول بجواز التقنين هو الراجح لدينا والله تعالى أعلى واعلم ، وذلك لأسباب عديدة سوف نستعرضها بالتفصيل إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني من هذا المبحث الرابع من هذه الدراسة والذي خصصناه لذلك وتحت عنوان أسباب القول بالترجيح بجواز تقنين إحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني
أسباب القول بالترجيح بجواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

إن القول بجواز التقنين جدير بالترجيح بتقديرنا للأسباب عديدة كقوة الأدلة بجواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ووجاهتها وكذلك التعليلات التي استدل بها أصحاب هذا القول وسلامتها وقلة الاعتراضات عليها ، ويمكننا في هذا الصدد توضيح هذه الأسباب على النحو الآتي :

١- إن قوة الأدلة ووجاهتها والتعليلات التي استدل بها أصحاب هذا القول وسلامتها وقلة الاعتراضات عليها ومناسبة هذا القول للواقع في العصر الحاضر، الذي تكاثرت مستجداته وتشابكت وتعقدت علاقاته ، حيث صار العالم قرية واحدة في علاقاته واتصالاته التي تنظمها التقنينات الوطنية والدولية ، ولأن هذا القول يلائم صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان .

٢- لاشك أن الأدلة التي استند إليها المحرمون للتقنين هي نصوص شرعية عامة لا تتصل مباشرة بموضع النزاع ، كما أن الاستدلال بها لم يسلم من الاعتراض كما سبق بيانه .

٣- إن التقنين في الوقت الحاضر وسيلة من وسائل الوحدة بين المسلمين ومظهر من مظاهرها، حيث ستكون الأقضية والأحكام والمعاملات والتصرفات واحدة بين مختلف المسلمين في نطاق الدولة الإسلامية الواحدة ، كما أن تقنين أحكام الفقه الإسلامي سيكون بإذن الله تعالى الطريق الأقرب إلى الوحدة بين الدول الإسلامية ، فعند تقنين أحكام الفقه الإسلامي ستكون المعاملات والعلاقات بين المسلمين واحدة ، وان تعددت أقطارهم وأمصالهم ، ولاشك أن ذلك سيكون مظهرا من مظاهر الوحدة والقوة بين المسلمين ، لاسيما والمسلمون في الوقت الحاضر في حاجة ماسة للوحدة.

٤- لاشك أن التقنين وسيلة من وسائل التقريب بين المذاهب الفقهية ، فعند التقنين يقوم العلماء باختيار القول الراجح الذي يستند إلى الدليل الشرعي القوي ، بعد الدراسة والتمحيص لأقوال المذاهب كافة، واتفاق العلماء في هيئة التقنين على هذا الاختيار، وبعدئذ يتم إثباته كنص من نصوص التقنين الواجبة التطبيق على المسلمين عامة في الدولة الإسلامية بصرف النظر عن مذاهبهم أو مشاربهم الفقهية ، وهذا بدوره يؤدي إلى تقوية وتمتين الجبهة الداخلية للدول

الإسلامية وتحصينها من الخلافات المذهبية العميقة التي تكون باعثا للصراعات الدموية ، كما يحدث في بعض الدول الإسلامية .

٥- إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يحقق الانسجام بين عقيدة المسلم وسلوكه ، فتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف نواحي الحياة المعاصرة يجعل المسلم يلتزم في سلوكه ومعاملاته وتصرفاته بأحكام الشريعة طواعية أو جبرا ، وذلك ينسجم مع عقيدة المسلم ومع نظراته إلى الإسلام كونها عقيدة وشريعة ، قال جلت قدرته في محكم التنزيل :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ قَدْ جَآءَكُم بُرْهَٰنٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكُمْ نُورًا مُّبِينًا ﴿١٧٤﴾ فَأَمَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ بِٱللَّهِ وَٱعْتَصَمُوا۟ بِهِۦ فَسَيُدْخِلُهُمْ فِى رَحْمَةٍ مِّنْهُ وَفَضْلٍ وَيَهْدِيهِمْ إِلَيْهِ صِرَٰطًا مُّسْتَقِيمًا ﴿١٧٥﴾ ﴾ ([١٢٥]) .

٦- يعد التقنين أساسا عملية تنظيمية محضة ليس لها هوية دينية أو سياسية أو فكرية ، فالعبرة بالمحتوى ، ولذلك فالتقنين يوافق الشريعة الإسلامية مادام محتواه مستمدا منها ، وان كان التقنين نظاما غريبا عن الشريعة الإسلامية فلا حرج ولا تثريب من أخذ المسلمين بهذا النظام أو التنظيم ، لأنه مجرد نظام إجرائي ليس له هوية سياسية أو دينية ، وقد أخذ فعلا المسلمون الأوائل بكثير من النظم عن الدول الكافرة مثل نظام الدواوين وغيره .

فمنذ بدء الحضارة الإسلامية نقل المسلمون الأوائل رحمهم الله تعالى وأرضاهم كثيرا من العلوم من الشرق والغرب ، ولكنهم هضموا كل ذلك وتمثلوه تمثيلا صحيحا على نهجهم وأسلوبهم الخاص بهم ، الأسلوب والنهج الإسلامي الأصيل ، فلذلك جاء علمهم على الرغم من أن بعض منابعه أجنبيا علما إسلاميا خالصا أصيلا ، وجاءت حضاراتهم إسلامية خالصة مميزة عن غيرها من الثقافات الأخر.

فقد نقل على سبيل المثال لا الحصر سيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) نظام الدواوين التي كانت معروفة ومستخدمة في الحضارتين الفارسية والرومانية قبل الإسلام ، فاجتهد وقدر بان استخدام هذا النظام فيه مصلحة للمسلمين ، ولذلك اخذ به وطبقه بعد أن أجرى عليه بعض التعديلات الشكلية التي لا تمس الجوهر حتى يصبح نظام الدواوين منسجما مع سياق الثقافة الإسلامية والممارسات الإسلامية فلا يكون شاذا في نظر المسلمين ، فهضمه وتمثله تمثيلا إسلاميا صحيحا، كما وجرى تعريب هذا النظام أيضا حين استخدمت اللغة العربية في تطبيقه بدلا من اللغات الفارسية أو الرومانية .

([١٢٥]) سورة النساء /١٧٤- ١٧٥ .

كما استطاع العلماء المسلمون الأوائل أيضا الإفادة من التراث الحضاري الذي خلفته الأمم الأخرى في شتى المجالات العلمية ، حين ترجموا كتب التراث الإغريقي والهندي والفارسي وغيرها إلى اللغة العربية في عصر العباسيين ، ثم أضاف العلماء المسلمون الجديد من فكرهم وإنتاجهم إلى هذا التراث الحضاري ، فصححوا كثيرا من النظريات وعدلوا كثيرا من الآراء ، حتى استطاعوا أن ينتزعوا من مؤرخي الغرب اعترافا صريحا بعظمة التراث الإسلامي وبتميز الحضارة الإسلامية ودورها في الحضارة المعاصرة ([١٢٦]).

كما أن النبي (ﷺ) امتدح بعض نظم الكفار كنظام الجوار الذي كان يتيح للأشخاص أن يجيروا من يطلب حمايتهم ، وأجاز النبي (ﷺ) أيضا بعض ما كان في الجاهلية من أمور، فقد ورد عن أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي(ﷺ) قال : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت)([١٢٧]) .

وهكذا بعث النبي (ﷺ) ليتمم مكارم الأخلاق وهذا يدل على أن للعرب في الجاهلية مكارم وفضائل ونظم لم ينسخها الإسلام مع أنهم كانوا كفارا ، كما أن المسلمين في الوقت الحاضر قد أخذوا نظما كثيرة من غير المسلمين في شتى المجالات كالتجارة والسياسية والتعليم والإدارة وغيرها .

٧- إن المطاعن والعيوب التي تشوب التقنين بالإمكان تلافيها أو الحد منها في حين أنه يتعذر تلافي واحتواء مفاسد عدم التقنين .

٨- التقنين حقيقة هو الوسيلة الوحيدة في العصر الحاضر لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فبهذه الوسيلة يتم اختيار القول الراجح في الفقه الإسلامي المستند إلى الدليل القوي ويتم تدوينه في التقنين ، وهكذا إذا تم تطبيق هذه العملية في المجالات كافة ستكون أحكام الشريعة الإسلامية نافذة في الدولة الإسلامية ، وسيكون العمل والحكم بها واجبا وملزما ويعاقب من لا يعمل بها ، إذ أن من خصائص القانون أنه يكون ملزما ومقترنا بعقاب على من يخالفه .

٩- لاشك أن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية سيحدث نهضة فقهية شاملة واهتماما بالغا بالفقه الإسلامي ،لأن عملية التقنين تقتضي الدراسة والنقاش والحوار أولا بين العلماء والفقهاء في الدول الإسلامية عند إعداد مشروع التقنين ، ثم تتم مناقشة هذا المشروع من قبل الجهة المختصة

([١٢٦]) ينظر : الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، ازدواجية الثقافة ، مجلة الرباط الإسلامية ، مؤسسة الفيضي الشهيد للتربية والتعليم والثقافة الإسلامية ، ع ٣٦ ، س٥ ،١٤٢٩ هـ ، ص٧ .

([١٢٧]) الإمام البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص ١٢٥٥(كتاب الأدب ، باب إكرام الضيف وخدمته إياه بنفسه ، رقم الحديث ٦١٣٦) .

بالحكومة كمجلس الوزراء ، ثم تكون المناقشة العلنية له في البرلمان الإسلامي – مجلس الشورى أو مجلس النواب – حيث تقوم وسائل الإعلام المختلفة بنقل وقائع هذه النقاشات ، إضافة إلى أن كثيرا من الدول الإسلامية عندما تزعم تقنين مسألة ما تعقد ندوات ومؤتمرات ولقاءات علمية للمتخصصين الذين يناقشون هذه المسألة من جوانبها المختلفة ، وتتابع وسائل الإعلام هذه النقاشات وتبثها على الجمهور.

١٠- إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية على هيئة مواد على غرار القوانين وبالطريقة العصرية المألوفة للناس في العصر الحاضر، يتيح للمسلمين فرصة اطلاع غيرهم على أحكام الشريعة الإسلامية المختلفة ، كي يدرك هؤلاء عظمة الشريعة الإسلامية ودقة تنظيمها وشمولها لسائر نواحي الحياة ، وعندها سيظهر لغير المسلمين تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وسيدرك هؤلاء أيضا أن هذه الشريعة هي من لدن عليم خبير .

١١- يعد التقنين من أهم وسائل التنظيم والانضباط في الدولة المعاصرة ، وبدون ذلك تكون الدولة نهبا للفوضى والانفلات ، ولذلك فالدول الإسلامية تحتاج إلى هذه الوسيلة التنظيمية الهامة .

١٢- إن ما استجد في واقعنا المعاصر من ظروف تقتضي إعادة النظر في النظام القضائي ليكون هذا النظام أكثر ضبطا ووضوحا بالنسبة للقاضي أو المتقاضي ، وكذلك فان احتكاك بلدنا ببقية بلدان العالم وخاصة مع الانفتاح العالمي على غيرنا مما يستدعي كتابة المواد التي يتقاضى إليها، خاصة وأن غيرنا سيطالبنا بها إذا أردنا أن نقاضيه إلى شرعنا ، فلا يمكن أن نحيله إلى مجموعة من كتب الفقه المذهبي أو المقارن ، فان لم يوجد شيء مقنن ومرتب فإما أن تفوت علينا مصالح لا نستغني عنها، وأما أن نتحاكم إلى قوانين ليس لها علاقة بالشريعة الإسلامية .

فالتقنين وان لم يسلم من المؤاخذات إلا أن الأخذ به في هذا الوقت من باب ارتكاب أدنى المفسدتين لدرء أعلاهما ، لكنني أرى أن التقنين يستلزم الانفتاح على المذاهب الفقهية المعتبرة وآراء المفتين من الصحابة والتابعين ، وأخذ أفضل ما في كل منهما في كل مسألة بعد النظر والتمحيص في ضوء الأدلة وقواعد الاستنباط ، إذ لا يوجد مذهب واحد يحتوي على الراجح في كل مسألة هذا والله تعالى أعلى واعز واعلم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين أولا وأخيرا دائما وابدأ مادامت السماوات والأرض ، وأفضل الصلاة وأتم السلام على رسول الله وسيد المرسلين وإمام المتقين وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبيبنا وقائدنا وفخرنا محمد (ﷺ) ، صلاة يتبعها روح وريحان ويعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القران ، وعلى آله وصحابه ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .. أمين يارب العالمين .

الخاتمة

وتتضمن الخاتمة ما يأتي:

النتائج

والتوصيات

الخاتمة

تم بعون الله تعالى وفضله ومنه وكرمه ومساعدته وتوفيقه إكمال وإتمام هذه الدراسة المعمقة ، وبهذا ينتهي المطاف والكلام فيها وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب .

و قد شملت الدراسة على بيان أصل الخلافات الفقهية في مسالة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة تحليلية معمقة في الشريعة الإسلامية والقانون .

واتضح لنا من خلالها أن مسألة التقنين من القضايا الاجتهادية التي يسوغ فيها الخلاف ، وبالتالي فلا إنكار على أي من الفريقين المختلفين طبقا لما قرره علماؤنا الأفاضل من أن المسألة الاجتهادية إجمالا لا إنكار فيها على احد من المختلفين .

قد ركزت هذه الدراسة على فكرة التقنين من خلال التعرف على أصل مسألة التقنين عند المتقدمين والفقهاء المجيزين للتقنين والمانعين له وأدلة كلا الفريقين مع الترجيح بين أقوال الفريقين من خلال مناقشة أدلتهم لمعرفة أقوى الأدلة ووجاهتها والتعليلات التي استدل بها أصحابها وسلامتها وقلة الاعتراضات عليها ومناسبة القول للواقع في العصر الحاضر.

وقد توصلنا في أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وأسوقها على النحو الآتي:

أولاً / النتائج:-

ثانياً / التوصيات :-

أولا / النتائج :-

١- اتضح لنا أن تسمية التقنين لأحكام الشريعة الإسلامية تسمية غير دقيقة ، لذلك فان تسمية التدوين أكثر دقة من مصطلح التقنين دفعا لشبهة عدم جواز تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، والله أعلى واعلم وهو من وراء القصد .

٢- تعرضت الدراسة لفكرة تدوين الأحكام الشرعية والإلزام بها واتضح أنها فكرة قديمة ليست وليدة الساعة ، وليس بحثها وتوضيح القول بها بدعا من القول، فقد أشير بها في عصر الخليفة العباسي أبو جعفر المنصور ، ثم تحولت هذه الفكرة إلى حقيقة في عصر الخلافة العثمانية وجرى تطبيقها عمليا عبر أول تدوين للشريعة الإسلامية في مجلة الأحكام العدلية في أواخر عهد الدولة العثمانية ، وجرى الخلاف فيها بين فقهاء المسلمين إلى أن عرضت هذه المسألة على هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية عام ١٣٩٣هـ لبحثها وإعطاء الرأي فيها ، وخرجت اللجنة بقرار أغلبي خالف فيه جمع من العلماء وتوصلوا إلى جواز التقنين .

٣- وردت تعريفات كثيرة للتقنين وللقانون حسبما هو مبين في موضعه من البحث الا أن هذه التعريفات ليست جامعة مانعة وفي ضوء التعريفات قمنا بصياغة التعريف الجامع المانع للتدوين بقيام الجهات المختصة بالدولة الإسلامية بصياغة الأحكام الفقهية في قواعد عامة ومجردة وملزمة على شاكلة النصوص القانونية وإقرار ذلك وإصداره على هيئة نظام وقد قمنا بشرح مفردات التعريف .

٤- بينت الدراسة أن مسألة التقنين من القضايا الاجتهادية التي يسوغ فيها الخلاف وبالتالي فلا إنكار على أي من الفريقين المختلفين طبقا لما قرره علماؤنا الأفاضل من أن المسألة الاجتهادية إجمالا لا إنكار فيها على أحد من المختلفين .

٥- اختلف الفقهاء بشأن التقنين خلافا واسعا ومتشعبا حيث ذهب بعضهم إلى جواز التقنين وساقوا أدلة كثيرة لمذهبهم وقد عرضنا تلك الأدلة وناقشناها تفصيلا في موضعها من البحث ، في حين ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز التقنين واستدلوا أيضا بأدلة كثيرة ذكرناها وناقشناها مفصلا في موضعها من البحث وفي ضوء المناقشة المستفيضة لأدلة الفريقين وجدنا أن القول بجواز التقنين هو القول الجدير بالترجيح وقد ذكرنا أسباب الترجيح في موضعها من البحث وقد ترجح لنا القول بجواز التقنين رغم بعض سلبياته تغليبا لمصالحه الراجح .

٦- إن ما استجد في الوقت الحاضر من توسع المحاكم وزيادة عدد القضاة فضلا عن كثرة الحوادث وتشعبها وضعف الملكة العلمية عند كثير من طلاب العلم سواء الشرعي أم القانوني وسواء في كليات الحقوق والقانون أم كليات الشريعة والعلوم الإسلامية خاصة التي تخرج القضاة ، وأن علم الفقه الإسلامي حقيقة بحر لا ساحل له ، لذلك من الأفضل أن يتم تدوينه وتقنينه ليكون سهلا للقضاة في الحكم وفق الشريعة الإسلامية وبما انزل الله تعالى ، فاستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة ومعرفة علمية تصعب على الكثير، فضلا عن انفتاح مجتمعنا على بقية المجتمعات العالمية خاصة مع ظهور منظمة التجارة العالمية ومطالبتها للدول الإسلامية المنظمة إليها التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية كالمملكة العربية السعودية بنظام قانوني واضح ومحدد أسوة في أنظمة المنضمين إليها دعت إلى ضرورة وجود تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية .

٧- انتهينا إلى استنتاج مفاده أن هناك أمورا كثيرة تنقض الإسلام وهي كثيرة الوقوع ، أما أكثرها وقوعا والتي تخص موضوع بحثنا وتتعلق بدراستنا هذه والتي يجب على المسلمين أن يحذروها ويتجنبوها هي:

أولا- إن من اعتقد أن هدي غير النبي محمد (ﷺ) أكمل من هديه (ﷺ) أو أن حكم غيره أحسن من حكمه (ﷺ) كالذين يفضلون حكم الطواغيت على حكمه (ﷺ) فهو كافر لا محال ومن ذلك ما يأتي :

أ- اعتقاد أن الأنظمة والقوانين الوضعية التي يسنها الناس أفضل من شريعة الإسلام المباركة ، أو أن نظام الإسلام لا يصلح تطبيقه في هذا القرن الحادي والعشرين وفي كل زمان ومكان ، أو أن الإسلام كان سببا في تخلف المسلمين ، أو انه خاص بعلاقة المرء بربه دون شؤون الحياة الأخر.

ب- الاعتقاد والقول بان إنفاذ حكم الله تعالى في الحدود كقطع يد السارق أو رجم الزاني المحصن أو أي عقوبة حدية أخرى لا يناسب العصر الحاضر .

ج- الاعتقاد بأنه يجوز الحكم بغير ما انزل الله تعالى في المعاملات الشرعية أو الحدود أو غيرهما ، وان لم يعتقد أن ذلك أفضل من حكم الشريعة ، لأنه بذلك يكون قد استباح ما حرم الله تعالى إجماعا ، وكل من استباح ما حرم الله تعالى مما هو معلوم من الدين بالضرورة كالزنا والخمر والربا والحكم بغير شريعة الله تعالى فهو كافر بإجماع المسلمين.

ثانيا- من ابغض شيئا مما جاء به الرسول الكريم محمد (ﷺ) لمشروعيته ولو عمل به ، فقد كفر لقوله تعالى في كتابه المبين:

﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ كَرِهُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأَحْبَطَ أَعْمَالَهُمْ ﴿٩﴾ ﴾ سورة محمد/٩.

ثالثا- من استهزأ بالله تعالى أو كتابه أو رسوله (ﷺ) أو بشيء قليل من دين الله تعالى فقد كفر بناء على قوله تعالى :

﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ۚ قُلْ أَبِاللَّهِ وَءَايَٰتِهِۦ وَرَسُولِهِۦ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ ﴿٦٥﴾ لَا تَعْتَذِرُوا۟ قَدْ كَفَرْتُم بَعْدَ إِيمَٰنِكُمْ ۚ إِن نَّعْفُ عَن طَآئِفَةٍ مِّنكُمْ نُعَذِّبْ طَآئِفَةً بِأَنَّهُمْ كَانُوا۟ مُجْرِمِينَ ﴿٦٦﴾ ﴾ سورة التوبة /٦٥-٦٦.

رابعا- مظاهرة المشركين ومعاونتهم على المسلمين واتخاذهم أولياء لا تجوز لقوله تعالى في محكم آيات التنزيل :

﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ ۘ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٥١﴾ ﴾ سورة المائدة /٥١.

خامسا- من اعتقد أن بعض الناس يسعه الخروج عن شريعة محمد (ﷺ) فهو كافر لقوله تعالى في كتابه العزيز :

﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٨٥﴾ ﴾ سورة آل عمران /٨٥ .

سادسا- الإعراض عن دين الله تعالى أو عما لا يصح الإسلام إلا به ، لا يتعلمه و لا يعمل به لا يجوز لقوله تعالى في كتابه المبين :

﴿ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن ذُكِّرَ بِـَٔايَٰتِ رَبِّهِۦ ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَآ ۚ إِنَّا مِنَ ٱلْمُجْرِمِينَ مُنتَقِمُونَ ﴿٢٢﴾ ﴾ سورة السجدة /٢٢ ، ولقوله تعالى أيضا في محكم آيات التنزيل :

﴿ مَا خَلَقْنَا ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَآ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَأَجَلٍ مُّسَمًّى ۚ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ عَمَّآ أُنذِرُوا۟ مُعْرِضُونَ ﴿٣﴾ ﴾ سورة الاحقاف /٣ .

وفي هذا الخصوص يجب التنبيه أيضا إلى انه لا فرق في جميع هذه الأمور من نواقض الإسلام بين الهازل والجاد والخائف إلا المكره ونعوذ بالله من موجبات غضبه واليم عقابه .

١١- خلصنا إلى نتيجة هامة جدا مفادها هي انه يجب أن نكون كلنا دعاة إلى الله تعالى ، بان ندعوا الجميع إلى اعتناق الدين الإسلامي الحنيف وان نكون مسلمين لله لقوله تعالى :

﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٨٥﴾ ﴾سورة آل عمران /٨٥ ، وان نبلغ العالم بأسره بوجوب عبادة الله وحده لا شريك له ، وطاعته وأداء فرائضه واجتناب نواهيه استنادا لقوله تعالى :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ سورة البقرة /٢١ ، وقوله تعالى أيضا في كتابه العزيز :

﴿ وَإِذْ قَالَ لُقْمَٰنُ لِٱبْنِهِۦ وَهُوَ يَعِظُهُۥ يَٰبُنَىَّ لَا تُشْرِكْ بِٱللَّهِ ۖ إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴿١٣﴾ ﴾ سورة لقمان / ١٣، وكذلك قوله جل جلاله :

﴿ يَٰبُنَىَّ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ وَأْمُرْ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱنْهَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَٱصْبِرْ عَلَىٰ مَآ أَصَابَكَ ۖ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ ﴿١٧﴾ وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ وَلَا تَمْشِ فِى ٱلْأَرْضِ مَرَحًا ۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ ﴿١٨﴾ وَٱقْصِدْ فِى مَشْيِكَ وَٱغْضُضْ مِن صَوْتِكَ ۚ إِنَّ أَنكَرَ ٱلْأَصْوَٰتِ لَصَوْتُ ٱلْحَمِيرِ ﴿١٩﴾ ﴾ سورة لقمان /١٧ -١٩.

كما نوصي الجميع أيضا بالإيمان بالله والعمل الصالح والاستقامة على ذلك ، وان نشهد الله تعالى وحملة عرشه وملائكته وجميع خلقه بان الله لا اله إلا هو وحده لا شريك له ، وانه هو الله الأحد الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا أحد ، وان محمدا (ﷺ) عبد الله ورسوله خاتم الأنبياء والمرسلين حبيبنا وقائدنا وشفيعنا عند الله يوم القيامة ، بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه من ربه اليقين ، فصلوات الله وسلامه عليه

وعلى اله وأصحابه أجمعين ، ومن تبعه من الأنصار والمهاجرين ومن التابعين الأخيار وتابع التابعين بإحسان إلى يوم الدين.

١٢- انتهت الدراسة والبحث في هذا الموضوع وخرجت ببعض المقترحات التي ينبغي الأخذ بها ليحقق المقصد الشرعي من التدوين سيتم توضيحها إن شاء الله تعالى لاحقا ضمن التوصيات انه تعالى الهادي إلى الحق والى سواء السبيل.

تلك هي بإيجاز تام أهم نتائج الدراسة وهو ما وفقنا الله إليه ، واني لأعتبر ما توصلت إليه من نتائج على كبر أهميتها وعظيم فائدتها وكثير عنائها بما كلفني من جهد ووقت ، ليس إلا خدمة متواضعة أقدمها للشريعة الإسلامية والدين والفقه الإسلامي وللمسلمين وتبصيرا للقوانين الوضعية ، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والثناء الحسن ، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة ، فقد آبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وآبى العصمة إلا لرسوله الكريم (ﷺ) ، وقرر النقص على جملة البشر .

وما أجمل عبارة العماد الأصفهاني : إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه هذا إلا قال في غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم الصبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ، وما أبلغ أيضا عبارة إمامنا الشافعي رحمه الله تعالى كما يرويها عنه الإمام المزني ، حيث قال قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الإمام الشافعي ، أبيه .. آبى الله تعالى أن يكون كتابا صحيحا إلا كتابه ، سبحانك ياالله جل جلالك ياعظيم آمنت بك فاكتبنا مع الشاهدين والصالحين والحامدين .

ثانيا/ التوصيات:-

أختم هذه الدراسة بالتوصيات الآتية أملين الأخذ بها وذلك فيما يرضي الله تعالى:

١ – أوصي بالاهتمام بدراسة الفقه المقارن في الجامعات الإسلامية وفي كليات الحقوق والقانون والى خدمة فقه المذاهب بمؤلفات جديدة تخرجه من التعقيد الوعر الذي يشاهد في كتب المذاهب إلى التبسيط .

٢ – أوصي بالاستفادة من التجارب السابقة للتقنين حتى تلك التجارب التي لم يكتب لها ان ترى النور إلى التطبيق فان المعرفة تراكمية مع محاولة تجنب السلبيات التي حفلت بها تلك التجارب.

٣ – أوصي بالمبادرة إلى تدوين الأحكام الشرعية للقضاء خاصة واقدر البلاد على ذلك هي المملكة العربية السعودية – كما قاله الدكتور وهبة الزحيلي – وذلك لأنها تطبق الشريعة الإسلامية وهي أساس الحكم فيها فضلا عن انتشار العلم الشرعي بين أبناءها وانتشار الجامعات التي تحوي كليات الشريعة المتعددة بما فيها من علماء أفاضل وأساتذة جامعة وباحثين متميزين وبذلك يكون عمل التدوين الذي تتولاه المملكة العربية السعودية نموذجا يحتذى به في العالم الإسلامي.

٤ – أوصي أن يتم تشكيل لجنة عليا في الدولة مرتبطة بأعلى المسؤولين لصياغة مواد التدوين وهذا يتطلب عددا وفيرا من العلماء وأساتذة الجامعات من الذين يجمعون في اختصاصهم بين العلم الشرعي والقانوني حصرا وان تضم هذه اللجان والهيئات كبار العلماء الأفاضل المشهود لهم بنبذ التعصب المذهبي شريطة أن تتوافر فيهم شروط الاجتهاد .

كما ينبغي أن تكون هذه اللجنة أو الهيئة مستقلة ومحايدة ولا تتبع أي جهة أو سلطة من سلطات الدولة الثلاث حيث تقوم هذه اللجان أو الهيئات بإعداد مشاريع التدوينات أو مراجعتها ثم تقديمها إلى الجهة التي تمتلك حق اقتراح القوانين أو تعديلها من الحكومة أو البرلمان وبعد إقرارها لها ينبغي أيضا عرضها على اللجنة أو الهيئة المذكورة للتثبت من أن التعديلات التي

تمت أثناء نقاشها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وتقدم هذه اللجنة أو الهيئة توصياتها إلى رئاسة الدولة الذي يحق له وفقا للدستور إصدار القوانين.

٥- أوصي عند كتابة مادة التدوين أن تبحث المسألة من قبل القائمين على كتابة المواد ونستعرض الأدلة وأقوال العلماء الأفاضل فيها ويختار القول الراجح بناء على قواعد الترجيح المعروفة في علم أصول الفقه دون الالتزام بمذهب معين وعند الاختلاف يؤخذ بالأغلبية كما هو الحال عليه في قرارات هيئة كبار العلماء والمجامع الفقهية ثم تصاغ المادة بناء على القول الراجح ويشارك الأساتذة المختصون بالقانون في هذه الصياغة خوفا من الالتباس أو سوء التفسير وتستخدم الألفاظ الشرعية قدر الإمكان وان يكون القول المختار في التدوين هو الراجح دليلا والأوفق بمقاصد الشريعة والأليق بتحقيق مصالح الناس ودفع الحرج والعنت عنهم .

٦- أوصي بعدم الالتزام بمذهب معين عند تدوين أحكام الفقه الإسلامي ففي ذلك تحجير لما وسع الله من شرعه وتضييق دائرة الفقه الرحبة التي تعد من مفاخر الفقه الإسلامي ولذلك ينبغي الانتفاع بهذه الثروة كلها عند التدوين فلو أن علماء الدولة العثمانية اخذوا نصوص مجلة الأحكام العدلية من سائر المذاهب المعتبرة ولم يتقيدوا بالمذهب الحنفي وحده ما وجدت القوانين الوضعية منفذا لتحل محل الشريعة في الدول الإسلامية ويحبذ عند التدوين الأخذ بالدليل الشرعي القوي كما فعلت هيئة تقنين أحكام الشريعة في اليمن دون التقيد بمذهب معين .

٧- أوصي بوضع لمواد التدوين مذكرات توضيحية تفصل الحالات وتذكر الاحترازات وتستدرك ما لم تتضمنه هذه المواد من التفصيل على نفس الطريقة التي اتبعت في كتابة المواد ، كما أوصي بمشاورة رجال القانون وأساتذته الذين يجمعون بين الاختصاصين العلم الشرعي والقانوني حصرا فيما يتعلق بأسلوب صياغة التدوين وتبويبه وترتيبه .

٨- أوصي بوجوب أن تخضع مواد التدوين للمراجعة بعد مرور وقت كافي يؤخذ فيه رأي القضاة وأهل العلم من أساتذة الجامعات وخاصة الذين يجمعون بين الاختصاص الشرعي والقانوني والذين يقدمون مسوغات كافة لإعادة النظر في المواد التي قيدت.

٩- أوصي عند تعديل التدوين بضرورة أن تكون هناك أسباب موجبة لهذا التعديل وان يتم إعداد هذه الأسباب من قبل المعنيين مباشرة بتطبيق التدوين وان ترفق هذه الأسباب بالصيغة المقترحة لتعديل التدوين.

١٠- أوصي بإعداد القضاة وتأهيلهم علميا وتدريبهم عمليا على أعمال القضاء ولو بدورات دراسية وتدريبية لمن يحتاج لذلك ممن على رأس العمل .

١١- أوصي بحسن اختيار القضاة بمراعاة ما تحلو به من قوة في العلم ورجاحة في العقل مع حلم وأناة وبعد نظر وصدق وأمانة وابتعاد عن مظان الريبة .. إلى غير ذلك من الصفات التي ينبغي أن تتوافر في القاضي .

١٢- أوصي بتأليف لجنة من العلماء الأفاضل لبحث المسائل القضائية الهامة التي ربما يشتبه الحكم فيها على بعض القضاة فتبين بالأدلة وجه الحكم فيها وتوضح تطبيقها بأمثلة خاصة القضايا التي حدثت في عصرنا وليكون عونا للقضاء في القيام بمهمتهم ونموذجا لهم في دراسة القضايا وحل مشكلها والدقة في تطبيق الأحكام فيها فبذلك تضيق شقة الخلاف وتتحقق المصلحة المرجوة.

١٣- أوصي بتبادل البيانات والمعلومات والخبرات المتعلقة بتدوين أحكام الشريعة الإسلامية بين الدول الإسلامية والتنسيق بين هيئات التدوين في الدول الإسلامية .

١٤- أوصي بعقد الندوات واللقاءات والحوارات والمنتديات لمناقشة المسائل المطلوب تدوينها من قبل العلماء الأفاضل وأساتذة الجامعات المتميزين الذين يجمعون بين اختصاصي العلم الشرعي والقانوني حصرا وتدوين وتوثيق التوصيات والملاحظات التي تتمخض عن تلك اللقاءات والندوات العلمية مع مشاورة المشتغلين بتطبيق القانون عند التدوين كالقضاة لمعرفة الملاحظات التي تتعلق بظروف وملابسات التطبيق وأوجه القصور وطرائق المعالجة لها.

١٥- أوصي بتفصيل دور المجامع الفقهية الإسلامية ومؤسسات الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي وإشراكها في تقدير المعالجات الفقهية للمسائل والمستجدات المعاصرة التي لم يتعرض

لها الفقهاء المتقدمون وإخطار هيئات التدوين الشرعية بما يتقرر في هذا الشأن للاستفادة منها عند التدوين .

وبهذا ينتهي المطاف والكلام في هذه الدراسة المعمقة والموسعة بعد أن انتهينا من عرض النتائج والتوصيات ، وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري .

فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا ، وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب ، وما قد يكون فيه من خطأ لا سمح الله تعالى فمني ، وأستغفر الله تعالى وأتوب إليه توبة نصوحة دائمة ما دامت السماوات والأرض إلى يوم القيامة ، وحسبي إلى الله تعالى أنني دائر في ذلك بين الأجر والأجرين إن شاء الله تعالى ، وأسأل الله تعالى الحي القيوم ، أن يصرف عنا الهوى ويجنبنا الخطل وأن يكرمنا بحسن القول والعمل ، وأن لا يقطعنا من الرجاء في رحمته وعفوه ومن الأمل ، انه نعم المولى ونعم النصير .

إذ لابد للقلم من زلة ولابد للقول من خطل، ولابد للإنسان من نسيان، إذ هو ابن آدم وكل بني آدم خطاء، فلا ندعي بلوغ الكمال، لأن الكمال لله تعالى وحده جل وعلا، وإنما سعينا في هذه الدراسة إلى غاية نرجو بها ثواب الله تعالى، ونأمل أن قد بلغنا منها مبلغا يحمد، وموطئا يذكر ورضا من الله تعالى يدرك، وان تكون لنا فيها صدقة جارية إلى يوم القيامة، وما توفيقي إلا بالله تعالى عليه توكلت وهو رب العرش العظيم.

والله تعالى اسأل التوفيق والسداد والرضا الدائم عنا ، انه ولي ذلك والقادر عليه وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الشفيع سيدنا محمد (ﷺ) وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين آمين يارب العالمين.

ثبت

المراجع والمصادر

للدراسة

ثبت المراجع والمصادر

للدراسة

وتشتمل ثبت المراجع والمصادر للدراسة عموما على ما يأتي :

القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد) ، أ- المصادر العربية :- ب- المصادر الأجنبية :- وذلك بالتفصيل وعلى النحو الآتي :-

القرآن الكريم

أ- المصادر العربية :-

وتتضمن المصادر العربية عموما على : أولا / كتب التفسير ، وثانيا / كتب الحديث الشريف ، وثالثا / كتب الفقه الإسلامي ، ورابعا / كتب اللغة ، وخامسا / كتب القانون ، وسادسا / البحوث والمقالات في المجلات العلمية ، وسابعا / التقنينات ومتون القوانين ، وعاشرا / مواقع الانترنت ، وهي على التفصيل الآتي :

أولا/ كتب التفسير :-

١- الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٤٧ هـ) ، تفسير القران العظيم ، المجلد الأول ، ج ١ ، علق عليه وخرج أحاديثه هاني الحاج وروجعت أحاديثه على كتب العلامة ناصر الدين الألباني ، ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، من دون سنة طبع

ثانيا/ كتب الحديث الشريف:-

١- الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠.

٢- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤ -٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، ط١ ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٣- الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(١٩٤-٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، ط١، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٤- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩-٢٩٧هـ) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، ط١ ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ٢٠٠٢.

ثالثا / كتب الفقه الإسلامي :-

وتشتمل كتب الفقه الإسلامي على : كتب الفقه الحنفي وكتب الفقه المالكي وكتب الفقه الشافعي وكتب الفقه الحنبلي وكتب الفقه العام وذلك وفق الصيغة الآتية :

أ- كتب الفقه الحنفي

١- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع .

٢- علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج١ وج٤ ، ط١ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٣- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية ، ج ١ و ج٢ ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٠.

ب- كتب الفقه المالكي

١- الإمام الدسوقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، المجلد ٤ ، دار إحياء الكتب العلمية ، مصر ، من دون سنة طبع .

ت- كتب الفقه الشافعي

١- الإمام الشيرازي (٤٧٦هـ) ، المهذب، المجلد ٢ ، مطبعة عيسى الحلبي ، مصر ، من دون سنة طبع .

ث- كتب الفقه الحنبلي

١- الإمام ابن تيمية ، مجموعة الفتاوى ، جمع عبد الرحيم ابن قاسم وابنه محمد ، المجلد ٣ والمجلد٢٧ والمجلد ٣٠ والمجلد ٣٥ ، توزيع الرئاسة العامة لشؤون الحرمين ، المملكة العربية السعودية ، من دون سنة طبع .

٢- موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي (٦٣٠ هـ) ، المغني ، المجلد ١٤، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار هجر ، القاهرة ، من دون سنة طبع .

ج- كتب الفقه العام

١- د. احمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج٢ الوصايا والمواريث والوقف، ط٢، مطبعة الإرشاد ، بغداد ،١٩٧٢.

٢- الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت ١٣٥٧هـ- ١٩٣٨م) ، شرح القواعد الفقهية ، ط٦ ، بقلم مصطفى احمد الزرقا ، مراجعة عبد الستار أبو غدة ، دار القلم ، دمشق ،٢٠٠١.

٣- ابن حجر الهيثمي ، الفتاوى الكبرى ، المجلد ٢ ، دار صادر ، بيروت ، من دون سنة طبع .

٤- د. غانم قدوري حمد ، علوم القران الكريم ، ط ٤ ، مطبعة الميناء ، بغداد ،٢٠٠٢.

٥- محمد رشيد رضا ، الفتاوى ، جمع د.صلاح الدين المنجد ويوسف خوري ، المجلد ٢ ، دار الكتاب الجديد ، بيروت ، من دون سنة طبع .

٦- د. محمد سلام مدكور ، القضاء في الإسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

٧- د. محمود الطنطاوي ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مكتبة وهبة ، دون سنة طبع .

٨- أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد ، ط٨ ، مركز دراسات برلمان كردستان ،٢٠١٢.

٩- د. مصطفى الرافعي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية ، ط١ ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ،١٩٨٣.

١٠- الشيخ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ط١ ، ج١ ، دار القلم ، ١٤١٨هـ .

١١- أ. د. وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، من دون سنة طبع .

رابعا / كتب اللغة :-

١- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج٥، دار الكتب العلمية ، من دون سنة طبع .

٢- الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور(ت ٧١١هـ) ، لسان العرب ، ج١٢، دار صادر ، بيروت ، من دون سنة طبع .

خامسا / كتب القانون :-

١- د. جعفر ألفضلي ود. منذر الفضل ، المدخل للعلوم القانونية ، ط١ ، كلية القانون والسياسة ، جامعة الموصل ، ١٩٨٧ .

٢- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط١، كلية القانون والسياسية ، جامعة بغداد ، ١٩٨٢.

٣- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩.

٤- د.علي محمد بدير ، مذكرات في القانون الإداري ، ١٩٦٧.

٥- محمود عبده ، عبد الرزاق السنهوري دراسة في مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية ، ط١ ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي ، سلسلة أعلام الفكر والاصطلاح في العالم الإسلامي ، بيروت ، ٢٠١١ .

سادسا / البحوث والمقالات في المجلات العلمية :-

١- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، ازدواجية الثقافة ، مجلة الرباط الإسلامية ، مؤسسة الفيضي الشهيد للتربية والتعليم والثقافة الإسلامية ، ع ٣٦ ، س٥ ،١٤٢٩ هـ .

سابعا / التقنينات ومتون القوانين :-

وتشتمل التقنينات ومتون القوانين على : التقنينات الملغية والقوانين العربية والأجنبية وذلك وفق السياق الآتي :-

(١)/ التقنينات الملغية:-

١- مجلة الأحكام العدلية الملغاة والصادرة عن الدولة العثمانية .

(٢)/ القوانين العربية :-

وتضم القوانين العربية على الآتي : القوانين العراقية والقوانين الأردنية والقوانين اليمنية وذلك على السياق الآتي :-

أ- القوانين العراقية

١- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

٢- الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، طبعة وإشراف كامل السامرائي ، منشورات مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٩٤.

٣- مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي النافذ رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل .

ب- القوانين الأردنية

١- قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

ت- القوانين اليمنية

١- القانون المدني اليمني النافذ رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ المعدل.

(٣)/ القوانين الأجنبية :-

١- القانون المدني الفرنسي النافذ لعام ١٨٠٤م المعدل. .

عاشرا / مواقع الانترنت:-

١- عامر بن عيسى اللهو ، حركة تقنين الفقه الإسلامي ،المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://saaid.net/book/10/3054/.doc

٢- د. عبد الرحمن بن احمد الجرعي ، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://islam today .net/bohooth/arts show -86- 5987/1.htm

٣- عبد الرحمن بن سعد الشتري ، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم ، ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://islamport.com/w/fqh/web/4563/1-htm

٤- الشيخ عبد العزيز بن فيصل الرجحي ردا على الشيخ عبد المحسن العبيكان ، حول تقنين الشريعة ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.almeshkat.net/vb/showthread.php?t=35883

٥- د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، موقف الفقهاء من أحكام الشريعة ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة صنعاء ، اليمن ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.ohlyemen.org/modules.php?name=news&file=article

٦- د. محمد حسن البغا ، التقنين في مجلة الأحكام العدلية ، مجلة جامعة دمشق ، للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة ، جامعة دمشق ، المجلد ٢٥، ع٢ ، ٢٠٠٩، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي :

http://www damascus.Universuity.edusy/mag/law/images/stories/743-772.pdf

٧- ملتقى أهل الحديث ، منتدى أصول الفقه ، الغاية من دعوات البعض إلى تقنين الشريعة والأحكام ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي:

http://www.ahlahdeeth.com/vb/show thread.php?t=227955

٨- د. هادي بن علي اليامي ، تقنين أحكام الشريعة من موقع الاقتصادية الالكتروني ، المنشور على الموقع الالكتروني الآتي :

http://www.aleqt.com/2009/02/16/artice-196583.html

ب- المصادر الأجنبية :-

1- Code civil LiTec paris 2003