مجلة الإحياء، المجلد: 18، العدد: 21، جوان 2018، ص - ص: 177 – 194
الترقيم الدولي: 1112-4350 الترقيم الدولي الإلكتروني: 2588-2406

آليات صياغة المادة القانونية الفقهية

Mechanisms of drafting legal jurisprudence

د/ محمد مهدي لخضر بن ناصر
قسم العلوم الإسلامية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
bahtilmi@hotmail.fr

تاريخ الإرسال: 2017/09/24 تاريخ القبول: 2018/05/26

الملخص:

الصياغة الفقهية القانونية هي جعل الأحكام الشرعية على شكل قواعد عملية في قوالب لفظية صالحة للتطبيق الفعلي الملزم، ومبوبة بحسب الموضوعات التي تنتظمها، تلبية لحاجات كثيرة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات، وذلك على نحو يحقق الغايات التي يفصح عنها جوهرها ويتوخاها الشارع الحكيم.

وتستمد – أعني الصياغة - أهميتها من حيث إن ألفاظ القاعدة هي جسد النص الفقهي القانوني، ودلالاتها هي روحه، ليشكل ذلك كله نسقا متكاملا يحقق أهداف ومقاصد التشريع، التي تقتضي حسن التنزيل على الواقع، وعدم الخلل حال التنفيذ.

ثم إن سلامة عملية التقنين الفقهي من حيث الصياغة تستوجب على الحكومات الإسلامية تهيئة أمور معينة لبناء القاعدة الفقهية القانونية، ويكون ذلك عبر مراحل معدودة تتدرج فيها هذه العملية، تتمثل في الموجبات، فالمسودة الأولى للمشروع، ثم إصدار القانون الفقهي.

كما أن وجود صعوبات جمة أثناء إنشاء النظريات العامة، لا يشكل عائقا أو مانعا من تحقيق الغاية الأسمى - وهي تطبيق الفقه الإسلامي -، خاصة مع إمكانية اللجوء مؤقتاً إلى الصياغة القانونية.

الكلمات المفتاحية:

التقنين؛ الصياغة؛ القاعدة القانونية؛ الحكم الفقهي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Abstract:

Legal jurisprudence is making Shari'a rulings in the form of practical rules is required in precise terms and neatly arranged to meet the needs of many individuals and groups.

The safety of this process requires considerable efforts from Islamic governments and this should be done through specific stages in order: Responsibilities- The first draft of the project- Issuing the jurisprudential law.

There are also difficulties in writing general theories Should not be prevented from achieving the ultimate goal, which is the application of Islamic jurisprudence; especially with the possibility of using the legal wording provisionally.

key words:

Legislation; Formulation; Legal rule; Sharia provisions.

مقدمة:

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 إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

أما بعد:

في عصر أزاحت فيه القوانين الوضعية أحكام الشريعة الإسلامية من لائحة اهتمامات الدول الإسلامية فضلا عن تلك التي يشكّل سكانها غالبية مسلمة، وسادت في الجانبين النظري والتطبيقي لدى الأشخاص - طبيعيين أو اعتباريين-، واصطبغت بصبغة وطابع الإلزام، أصبح القضاة يواجهون مشكلة حقيقية في الالتزام بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولو فيما لهم فيه مندوحة، خاصة مع وجود ثروة كبيرة من الأحكام والمصطلحات المترتبة على اجتهادات الفقهاء وأصحاب المذاهب المنبثة في ثنايا الكتب والموسوعات، بحيث يصعب عليهم الإلمام بها، والرجوع إليها عند الحكم في قضية من القضايا؛ ومن هنا ظهرت الحاجة ماسة للتقنين الفقهي، ونعني به جعل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأحكام الفقهية في صورة مواد قانونية ملزمة ومبوبة ومرقمة بحسب الموضوعات التي تنتظمها، ولا يتم ذلك إلا عن طريق صياغة محكمة، لأن هذه الأخيرة تعد عنصرا هاما من عناصر تكوين القاعدة الفقهية القانونية، فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود، كما يتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة هذه الصياغة؛ لذا كان توجيه العناية إليها أمرا مهما إن لم يكن ضروريا، ثم إني جعلتها محلا لهذه الورقة البحثية، وقد جاء العنوان كالتالي: آليات صياغة المادة القانونية الفقهية.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

أولا: إن الصياغة فن جليل القدر، عظيم الفائدة، ومن حُقَّ له أن يمارسه أو أسندت له هذه المهمة فلابد له من أن يكون قد بلغ رتبة الاجتهاد.

ثانيا: لا يعتبر الكلام أبدا حول هذه المسألة - سواء تعلَّقَ بذاتياتها أم بعوارضها - من نافلة القول، أو مجرد اعتناء بالجانب الشكلي فقط، وإنما الهدف منه هو الوصول إلى وضع تشريع إسلامي يحافظ على الثوابت ويتجاوب مع ظروف العصر.

ثالثا: إن عدم الالتفات لهذا الأمر الجلل والإعراض عنه - أعني: فن الصياغة الفقهية -، والرضا والاكتفاء بما صنف سابقا من الكتب والموسوعات الفقهية في مختلف المذاهب يلزم عنه غالبا آثار سلبية تطاله أثناء تنفيذ تلك الأحكام، إذ أن ذلك من شأنه إضفاء سمة التذبذب وعدم السير في نسق واحد في الحكم الصادر، نظرا لتعدد الأقوال في المسألة الواحدة، لذا كان البحث في هذا الجانب من الأهمية بمكان.

رابعا: كما تظهر أهمية هذا البحث في ارتباط مسألة صياغة النص الفقهي القانوني بجملة من الضوابط والشروط، بحيث إذا انخرم شيء أو تخلف شرط من ذلك أثّر على قدرة نفاذ القاعدة، وتحقيقها للغرض التي سيقت لأجله.

خامسا: تحتوي القواعد القانونية على مادة علمية تظهر في شكل معين يدعى جوهر القاعدة، وهو الوسيلة لضبط وتحديد مضمونها وإدراك غايتها ومقصودها، ويتحقق هذا الشكل عن طريق الصياغة السليمة للقاعدة الفقهية القانونية.

وتستمد الصياغة أهميتها أيضا من حيث إن ألفاظ القاعدة هي جسد النص الفقهي القانوني، ودلالاتها هي روحه، ليشكل ذلك كله نسقا متكاملا يحقق أهداف ومقاصد التشريع، التي تقتضي حسن التنزيل على الواقع، وعدم الخلل حال التنفيذ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإشكالية:

تعدّ نوعية الصياغة مكونا هاما من مكونات الإدارة الرشيدة، لما لها من أثر واضح على المستوى الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للبلاد، من هنا يتبادر للأذهان الطرح المتمحور حول ماهية الآليات وكذا المنهج السليم للصياغة القانونية الفقهية الصحيحة.

الخطة المتبعة:

وللإجابة عن الإشكالية، حاولت السير وفق خطة معينة، اشتملت على مقدمة حوت التعريف بالموضوع، وأهميته، والإشكالية، والخطة المتبعة؛ ثم مبحث أول هو عبارة عن مدخل تُنُوولَ فيه تعريف الصياغة الفقهية القانونية وبيان أهميتها، مع التعرض لشيء من تاريخ ونشأة ومراحل التقنين؛ أما المبحث الثاني فقد استقل ببيان أنواع الصياغات الفقهية القانونية باعتبارين: أحدهما لذاتها، والآخر من حيث الحرفية والغائية؛ ثم أردفت على ما سبق مبحثا ثالثا، ذكرت فيه منهج صياغة القاعدة الفقهية القانونية في مطلبين، تعلق الأول منهما ببيان متطلبات الصياغة، بينما أرسيت في الثاني القواعد الفنية لها؛ ثم الخاتمة، وفيها أهم النتائج المتوصل إليها.

وسنشرع الآن ـ بإذن الله ـ في عرض تفاصيل هذا البحث.

المبحث الأول: مدخل للصياغة الفقهية القانونيـــة

وفي هذا المدخل سنتعرض لبيان حدّ الصياغة الفقهية القانونية بشقيها المفرداتي والتركيبي، وكذا اللغوي والاصطلاحي، مع ذكر نبذ متعلقة بتاريخ نشأتها، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول: تعريف الصياغة الفقهية القانونية

وذلك باعتبارين هما: أ- التركيب الوصفي ب- بعد استجماع لماهية هذه التراكيب.

الفرع الأول: تعريف الصياغة الفقهية القانونية باعتباره مركبا وصفيا

كلمة الصياغة في اللغة: مصدرها "صاغ"، يقال: صاغَ الشيءَ يَصُوغُه صَوْغا وصِياغةً، وصُغْتُه أَصوغُه صِياغةً وصِيغةً وصَيْغُوغةً؛ أي: سبكه وهيأه على مثال مستقيم، وصاغ الكلمة بمعنى وضعها على هيئة مخصوصة، وتطلق الصيغة على الأصل والنوع أيضا[1].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والصياغة في اصطلاح فقهاء القانون: "مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية"[2].

والفقه في اللغة: هو العلم بالشيء والفهم له؛ ويقال: فاقهه، أي: باحثه في العلم، كما يعني: حسن الإدراك، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَا لِهَؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾، انظر: [النساء:78][3].

وفي الاصطلاح هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"[4].

وعرّفه بعضهم بقوله: "معرفة الأحكام الشرعية الفرعية بالفعل أو بالقوة القريبة"[5].

أما كلمة "قانون" فهي مشتقة من الفعل قنن، أي: وضع القوانين؛ والقانون مقياس كل شيء وطريقه[6].

وفي الاصطلاح هو ما يدل على مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الفرد في المجتمع[7].

وللقاعدة القانونية عدة خصائص أهمها أنها ملزمة ومقترنة بجزاء؛ ويقصد بذلك أن للقاعدة القانونية جزاء ماديا مقترنا بوصف المخالفة، تتولى إيقاعه السلطة العامة، لأن القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع، وهذا لا يتأتى إن ترك أمر الانصياع إلى حكمه لتقدير المخاطَب بأحكامه[8].

الفرع الثاني: تعريف الصياغة بعد استجماع لماهية التراكيب السابقة

ومما سبق ذكره؛ يمكن أن نستخلص مفهوم الصياغة الفقهية القانونية من الناحية الاصطلاحية، وذلك بعد استجماع لماهية تراكيب المصطلحات السالفة الذكر فنقول:

هي جعل الأحكام الشرعية على شكل قواعد عملية في قوالب لفظية صالحة للتطبيق الفعلي الملزم، ومبوبة بحسب الموضوعات التي تنتظمها، تلبية لحاجات كثيرة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات، وذلك على نحو يحقق الغايات التي يفصح عنها جوهرها ويتوخاها الشارع الحكيم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: أصل وتاريخ نشأة التقنين.

وسنحاول ههنا عرض ما يتعلق بالنشأة والمراحل، وقبلَها معرفة أصل التقنين من جانبين: تاريخي وفقهي، وذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: أصل التقنين التاريخي والفقهي.

وسيُتناول من جانبين: أ- الجذر التاريخي، ب- الأصل الفقهي والاختلاف فيه.

أ- الجذر التاريخي لمسألة التقنين.

لعل الجذر التاريخي لقضية التقنين – كما نص عليه المحققون - يعود للقرون الأولى المفضلة، أي: إلى رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما في القضاء[9].

وأيضا إلى ما قام به عثمان بن عفان رضي الله عنه حين حمل الناس على مصحف واحد، وألزم الرعية به مع ترك ما سواه، فيما عرف بعد بالمصحف العثماني[10].

ويرجع بعض الباحثين فكرة الإلزام - والتي هي جوهر التقنين - إلى عبد الله بن المقفع، حيث حاول إقناع الخليفة أبي جعفر المنصور بجمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بالحكم بها في مؤلف سمّاه: "رسالة الصحابة"[11].

وقد عرض الخليفة أبو جعفر هذه الطرح على الإمام مالك بن أنس - رحمه الله - فلم يستسغه[12]، وقال لأبي جعفر: "لا تفعل فإن الناس قد سبقت لهم أقاويل، وسمعوا أحاديث وروايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعمِلوا به ودانوا من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم، وإن ردّهم عما اعتقدوا شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم"[13].

وروي أن الخليفة المهدي قال له ضع كتابا أحمل الأمة عليه، فقال له الإمام مالك: "أما هذا الصِّقع - يعني المغرب - فقد كُفيتَه، وأما الشام ففيه الأوزاعي، وأما العراق فهم أهل العراق"[14].

ب- الأصل الفقهي لمسألة التقنين والاختلاف فيه.

أما أصلها من الجانب الفقهي - أعني: مسألة التقنين - فهي ترجع إلى قضية إلزام القاضي بقول واحد يحكم به لا يعدل عنه، وإن اعتقد مرجوحيته.

وهذه المسألة مما اختلف فيها الفقهاء المتقدمون على قولين:

القول الأول: عدم جواز إلزام القاضي بقول واحد يحكم به لا يحيد عنه، وإن غلب على ظنه رجحان مقابله، وهو مذهب المالكية[15] والشافعية[16] والحنابلة[17].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستدلوا لذلك بأدلة منها: قوله تعالى: ﴿فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾، انظر: [ص: 26].

قالوا: والحق غير متعيّن في مذهب واحد، فقد يظهر في غيره؛ كما أن الذي جرى عليه العمل في صدر الإسلام هو عدم تقييد صلاحية القاضي في الاجتهاد، وسند ذلك هو حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه: "أن رسول الله ﷺ: بعث معاذا إلى اليمن فقال: كيف تقضي؟، فقال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ؟، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله"[18].

ثم إنه ليس لمن ولي أمرا من أمور المسلمين منع الناس من التعامل بما يسوغ الاجتهاد فيه، لما في ذلك من الكلفة والمشقة على الخلق، وكان عمر بن عبد العزيز يقول: "ما يسرّني أن أصحاب رسول الله ﷺ لم يختلفوا"[19].

القول الثاني: الجواز، وهذا هو قول أبي حنيفة[20] وبعض فقهاء المذهب المالكي كسحنون والمازري[21].

وقد استدلوا لذلك بأن تولية القضاء تتخصص بالزمان والمكان والشخص، فلو ولاّه السلطان القضاء في زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو على جماعة مخصوصة بحكم مخصوص تعيّن ذلك، لأنه نائب عنه، ولو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكمه فيها[22].

وأما حديث معاذ الذي استدل به المانعون فلو سلمنا جدلا بصحته فهو مسوق أصالة لبيان ترتيب الأدلة أو المصادر لا لنفي صحة صدور الإلزام ممن يملكه[23].

الفرع الثاني: ذكر ما يتعلق بمراحل التقنين

لم يعرف التقنين على حقيقته إلا في القرون الأخيرة في الغرب، والتي شهدت اتجاها كبيرا نحوه، ثم انتقل عمليا إلى البلاد الإسلامية، فظهرت محاولات عدة لتقنين الفقه الإسلامي، من ذلك: "الفتاوى الهندية" المقننة لمسائل العبادات والمعاملات المالية والأحوال الشخصية وكذا العقوبات؛ و"مجلة الأحكام العدلية" التي تضمنت جملة من أحكام: البيوع، والدعاوى، والقضاء، وقد صدرت هذه المجلة سنة 1869م، واحتوت على 1851 مادة مستمدة من الفقه الحنفي، وظلت معتمدة في بلاد عربية كثيرة إلى أن أصبحت غير مستوفاة للقضايا المستجدة التي ولّدتها المناهج

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والأساليب الاقتصادية الحديثة في مختلف المجالات، مما دعا إلى تدارك الحاجة الآنية بقوانين متتابعة عديدة كان كل منها ينسخ جانباً من المجلة[24].

وفي المملكة العربية السعودية على عهد الملك عبد العزيز صنفت مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي لأحمد بن عبد الله القاري ـ رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقا ـ؛ لكن فقهاء وعلماء المملكة قاطبة أجمعوا على ردّها[25].

المبحث الثاني: أنواع الصياغات الفقهية القانونية

وتقسم باعتبار ذاتها إلى صياغة أساسية وأخرى تكميلية، وباعتبار الحرفية والغائية إلى ثابتة ومتغيرة.

المطلب الأول: باعتبار ذاتها

وهي بهذا الاعتبار نوعان: أساسية وتكميلية[26].

أولا: الأساسية

تتمثل الصياغة الأساسية المحكمة في وجود نص فقهي لا يتطرق إليه احتمال يعضده دليل، يعبِّر عن جوهر القاعدة الفقهية القانونية:

إما بطريقة آلية تجعل تطبيقها مباشرا لا يرد عليها أي احتمال، ولا تتيح للقاضي مجالا للاجتهاد فيها ـ أي: أنه لا يملك سلطة تقديرية تجاهها ـ؛ ومن الأمثلة على هذا النوع من الصياغة: تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة كاملة، بيان القدر التي توضع به الجائحة كالثلث ونحوه، وكذلك حد الزاني والقاذف، وأروش الجنايات وغير ذلك ـ وهذا المنهج يسمى عند القانونيين بإحلال الكم محل الكيف.

أو بالطريقة الشَّرطية، أي: تعليق تصرّف معين على أمر خارج عنه، ليتمكن القاضي من ترتيب الآثار الفقهية القانونية عليه، كاشتراط الحصول على الإذن لمباشرة بعض التصرفات بالنسبة للوصي.

ثانيا: التكميلية

إن الصياغة التكميلية هي عمل ذهني ينقدح أثناء الصياغة الأساسية، فهو يكسب القاعدة الفقهية القانونية إخراجا عمليا شبه تامّ حين ينضاف إليها.

المطلب الثاني: باعتبار الحرفية والغائية

وتنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين: ثابتة ومتغيرة، وبيان ذلك فيما يلي[27]:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: الصياغة الثابتة.

ونقصد بالثبات هنا الانضباط والاضطراد؛ فتعتبر صياغة القاعدة الفقهية القانونية ثابتة، إذا كانت تواجه حكما وقع عليه الإجماع، أو قولا راجحا يتضمن حلا ثابتا لا يتغير مهما اختلفت العوائد والظروف والملابسات، بحيث يجد القاضي نفسه مضطرا لتطبيق الحكم أو الحل بمجرد حدوث الواقعة بطريقة آلية صارمة.

ثانيا: الصياغة المتغيرة.

تكون الصياغة متغيرة إذا اكتفت القاعدة الفقهية القانونية بإعطاء القاضي معيارا غائيا مقاصديا يسترشد به في ترجيح حكم فقهي وقع الخلاف فيه، كمصلحة وعرف غير مصادم لنص شرعي ونحو ذلك، مما يتيح للقاضي النظر بعناية إزاء تطبيقه للقاعدة الفقهية القانونية، ووضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة طبقا للظروف والملابسات المختلفة، مع بيان الآثار المترتبة عنها.

والواقع أن تقنين الفقه الإسلامي في حاجة إلى النوعين من الصياغة، فالأصل أن تكون القواعد الفقهية القانونية ثابتة منضبطة مضطردة، موازاة مع وجود صياغة متغيرة مرنة لطائفة أخرى من القواعد، تتجاوب مع الظروف وما قد يستجد من نوازل.

المبحث الثالث: منهج صياغة القاعدة الفقهية القانونية

قد ثبت أنّ أهمّ شيء في عملية التقنين هو الصياغة الفنية للأحكام الشرعية من نصوص الشرع واجتهادات الفقهاء، حين توضع في قوالب لفظية قانونية ملائمة، وسنحدّد في هذه المطالب الإطار العام لهذا الإجراء، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: متطلبات الصياغة.

إن سلامة عملية التقنين الفقهي من حيث الصياغة، يوجب على أي حكومة وضع معالم معينة لبناء القاعدة الفقهية القانونية، ويكون ذلك عبر مراحل معدودة، تتدرج فيها هذه العملية، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ويمكن أن نقتبس أو نسترشد بما درج عليه علماء القانون عمليا في هذا المجال، وذلك على النحو الآتي[28]:

المرحلة الأولى: تحديد الأطر العامة التي ينبغي مراعاتها أثناء التقنين وتقرير مقاصده الكلية.

وهذه مسألة لها أهمية بالغة في إعطاء رؤية واضحة بحيث يظهر من خلالها ما ترمي إلى تنظيمه أو تحقيقه الحكومات من المصالح والغايات والمقاصد بموجب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قانون مستمد من الفقه الإسلامي، وفي خضم ذلك يقوم فقهاء الشريعة مع ذوي الكفاءات والخبرة والمعرفة السياسية في المراحل اللاحقة بتحوير التقنين التفصيلي الجزئي بما يتلاءم مع هذه الأطر العامة والمقاصد الكلية.

المرحلة الثانية: المسودة الأولى لمشروع القانون الفقهي.

تبدأ في هذه المرحلة عملية التجسيد الواقعي للقانون الفقهي على شكل مسودة أولى، حيث يبلور فيها ابتداءً مخططٌ تحضيري لجميع الأبواب الفقهية، مع وضع الفروع المندرجة تحت كل باب، وذلك بعد تمحيص الراجح من كل خلاف في جميع المسائل، وصولا إلى وضع صيغة مكتوبة للقاعد القانونية الفقهية المقترحة.

كما تجدر الإشارة إلى بيان ما جرت به عادة القانونيين من أن تحتوي هذه المسودة على نوعين من العناصر:

1- أساسية ضرورية: تتمثل في العنوان، ومعالجة محتواه، والتقسيمات الفرعية المتعلقة بالموضوع المقترح.

2- تكميلية اختيارية: وذلك كالتعريفات، والملاحق، وغيرها.

وحتى يُتمكن من القيام بمهمة الصياغة على الوجه الذي يحقق متطلبات التقنين، فلابد من أن تتوفر لديك المتطلبات التالية:

1- تشكيل لجنة مكوّنة من المجتهدين من فقهاء الإسلام، مع مجموعات مساندة، ويقصد بهم المستشارون، ذوُوا التأهيل والخبرة في القطاعات السياسية والاقتصادية، وأرباب الأعمال، والمهن المختلفة، والقضاة وأهل المحاماة، وأساتذة الجامعات، وكبار الموظفين الإداريين في أجهزة الدولة.

2- ينبغي أن تكون هذه اللجنة محدودة العدد، حتى يكون إنتاجها متسقا، يسوده روح الوحدة والانسجام، وقد وصل الأمر ببعض الدول إلى أن عهدت إلى شخص واحد بوضع المشروع ابتداءً، لكن هذا الإجراء يعتبر خلافا للأولى، إذ أن التقنين هو عمل فني متشعب ومعقد، وهو يقتضي أن يسند إلى كفاءات متعددة قليلة العدد.

3- عرض المشروع على باقي رجال الفقه والقضاء، لأن التقنين لا يمكن أن يكون كاملاً من كل الوجوه مهما عنيت به اللجنة التي وضعت مشروعه، إذ تبقى كثير من الكفاءات والهيئات التي ينبغي أخذ رأيها، وهذا ما يعرف بالمراجعة التي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تقتضي أن توكل إلى هيئة أخرى لمناقشة المشروع غير اللجنة الواضعة للمشروع الأولي، ويحسن أن يمثل في هذه اللجنة عنصران ــ كما ذكرنا ــ هما: القضاة والمفتون، للاستئناس بقضاء المحاكم وما جرت به الفتوى.

4- وأخيرا الموارد المالية المناسبة.

المرحلة الثالثة: إصدار القانون الفقهي.

ويصطلح عليه علماء القانون بالتشريع، ويعنون به قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بإعطاء الصياغة القاعدة الفقهية القانونية النهائية قوتها الملزمة.

ولا يخفى أيضا أن التنظيم السليم لعملية الصياغة يقتضي إعداد ملف يتم وضعه على وجه يضمن حفظ جميع المداولات والمناقشات ذات الصلة بمشروع القانون الفقهي، وصولا إلى الهيكل النهائي له.

المطلب الثاني: القواعد الفنية للصياغة

أولا: بيان مصادر التقنين.

يجب الصدور بادئ ذي بدء عن الفقه الإسلامي، ـ أي: صياغة الأحكام من فروع كتبه ـ، ويستحسن اللجوء أو النظر أثناء ذلك إلى القانون الوضعي للانتفاع بصياغته، أو لمعرفة المشكلات التي تعتري هذه العملية وكيفيات حلها؛ ثم يتم تذييل كل مادة بمذكرة إيضاحية تشير فيها إلى الخلاف الفقهي في المسألة أو نظيرتها، أعني: ما تعلق بموضوع المادة، وكذا وجه اختيار الحكم الذي اختير، ثم المراجع[29].

وهناك منهجان في التقنين:

أحدهما: التزام مذهب واحد، وإذا اختلف قوله فيها، فما به الفتوى هو المعتمد.

والثاني: الأخذ من كل مذهب بما صح منه، إذ الحق ليس متعينا في مذهب واحد.

ولا يمكن ترجيح أحد القولين دون مسوغات معتبرة للعدول عن أحدهما، إذ أن في الأول ضيقا وحرجا قد لا يتفق مع وجوب ملاءمة التقنين للتطور الحاصل فيما يستجد من معاملات، كما أن في الثاني توسعا قد يؤدي إلى الاضطراب والتناقض أثناء التطبيق في المحاكم الشرعية.

وقد يتخذ في هذا الباب مسلكا وسطاً؛ وهو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلا عاما، والخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة أو الحاجة إلى ذلك على جهة الاستثناء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمرجع في ذلك كله: الرغبة في أن يكون التقنين متماشيا مع الحياة العملية للخلق، حتى يقبلوا على تطبيق أحكام الحق، ولا يرغبوا في العدول عنها إلى القوانين الوضعية، وهذه مصلحة عليا يقرها الباري سبحانه وتعالى.

ثانيا: التبويب.

يقصد بالتبويب هنا تحديد القسم أو الحيز الذي يشغل الاقتراح المتعلق بالمادة الفقهية القانونية؛ فالقانون ـ كما هو مقرر ـ يقسم بمعناه العام إلى قسمين: أ- قسم عام، ويندرج تحته القانون الدولي العام، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي، والقانون الجزائي. ب- قسم خاص، ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم[30].

والفقه الإسلامي شعب ثلاث: العبادات، المعاملات (مالية، شخصية، جنائية)، والأخلاق؛ فالمعاملات بأنواعها يدخلها التقنين بخلاف قسيميها؛ ويجب أن نلحظ أيضا فيما تعلق بهذا المسألة ـ أعني: ما يدخله التقنين وما لا يدخله ـ التمييز بين المبادئ العامة الشاملة غير القابلة للتعديل، وبين الأحكام التفصيلية التطبيقية، إذ يترك لها هامش للتعديل تماشيا مع الزمن[31].

ولا يخفى أيضا أن الترتيب الواقعي المطلوب في التقنين غير الترتيب العلمي الذي نجده في كتب الفقه، لأن مقتضيات التقنين غير مقتضيات البحث الفقهي.

وخير تبويب للتقنين هو ما لوحظ فيه أمران: أحدهما: أن يكون محكما، والثاني: أن يكون عمليا؛ فيقسم التقنين إلى أبواب وفصول تظهر الأحكام الشرعية العملية، في مقابل المسائل النظرية على وجه منطقي محكم.

ويحسن أن يتقدم كل الأبواب باب تمهيدي، يكون موضوعه الأحكام العامة التي تعمّ جميع مناحي القانون، أي: كالضوابط الفقهية، على أن يصاغ هذا الباب التمهيدي صياغة عملية مباينة لكل ما هو فقهي نظري.

ويلاحظ أن تبويب القانون جزء من أحكامه، فقد ترد فيه نصوص لا يعقل معناها إلا بدرك الموضع الذي وردت فيه.

ثالثا: أسلوب الصياغة.

تختلف الصياغة من قوم إلى قوم؛ فالقوانين المدنية الصادرة عن القانون الروماني تقوم على "الحق" بالاصطلاح القانوني، وتقسيمه إلى حق شخصي يسمى الالتزام، وحق عيني؛ ثم يبحث عن مصادر كل الأحكام؛ فيبدأ بالمسبب، ثم البحث عن السبب وأحكامه[32].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الفقه الإسلامي فيبدأ بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف ـ وهو التصرف ـ ثم يبحث في أحكامه، أي: الانتقال من السبب إلى المسبب، وهو النظر المنطقي العملي، وهذه هي الصياغة التي ينادي بها رجال القانون الآن، أي: صياغة التصرف الشرعي أو الواقعة الشرعية[33].

لذا قد نجد صعوبات جمة أثناء إنشاء النظريات العامة، فهي لم تصغ في كتب فقهاء الإسلام قديما؛ لكن هذا في الحقيقة لا يشكل عائقا أو مانعا من تحقيق الغاية الأسمى ـ وهي تطبيق الفقه الإسلامي ـ، ولذلك فإن القائمين على هذا الأمر الجلل يرون جواز اللجوء مؤقتاً إلى الصياغة القانونية، على أن تكون مرحلة ينتقل منها إلى الصياغة الفقهية الإسلامية، وهو عين مسلك صاغة القانون المدني الأردني، فقد جعلت أحكام الفقه الإسلامي في القوالب الرومانية، على أن تكون خطوة نحو العودة النهائية إلى الفقه الإسلامي: أحكاما وصياغة[34].

رابعا: مراعاة القواعد المؤثرة في التقنين.

إصدار القانون الفقهي على وجه يحقق مقاصد الخلق يستدعي من المجتهد أن يراعي عند بناء القاعدة الفقهية القانونية العوامل المؤثرة في محتوياته، والتي يمكن أن يشار إليها بعامل الالتزامات الدولية، أي: وفقا لقواعد القانون الدولي، إذ أن أي دولة إسلامية تصادق على معاهدة دولية يتوجب عليها أن تتخذ الإجراءات الملائمة لتكييف وتنفيذ بنودها بما يتفق مع أحكامها بشكل غير مصادم لمقصود الشارع؛ ومن هنا فإن صياغة القواعد القانونية الفقهية وإصدارها تقتضي مراجعة المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الأثر الملزم لمراعاة انسجام مشاريع القوانين الفقهية المحلية مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية[35].

خامسا: مسايرة الروح العامة للتقنين.

يمكن القول بأن التقنين السليم يمتاز بسمتين[36]:

السمة الأولى: غلبة الروح العملية فيه على الروح العلمية أو الفقهية.

ذلك لأن المقصود بالتقنين، هو وضع الأحكام القانونية لجميع المكلفين ـ عامة الناس قبل خاصتهم ـ؛ ومن مظاهر ذلك: أن يجتنب إيراد التعريفات والتقسيمات الفقهية، فيتكلم في الالتزام وفي العقد دون إيراد تعريف لهما، ويورد مصادر الالتزام من غير التعرض لتقسيمها وترتيبها.

السمة الثانية: ألا يحاول المقنن الإحاطة بكل شيء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ذلك أن هذه المحاولة مقضي عليها بالفشل، فالمقنن ـ مهما كان بعيد النظر ـ عاجز ـ عقلا وعادة ـ عن أن يتصور عند وضع القانون جميع القضايا ليضع لها أحكامها، بل هو عاجز عن أن يضع للأمور التي يدركها أحكاماً ثابتة وصالحة لكل زمان ومكان.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج المتوصل إليها باختصار، وهي كالآتي:

أولا: تتكون القاعدة الفقهية القانونية من ركنين أساسيين هما: الحكم الشرعي والصياغة؛ فالحكم متعلقه جوهر القانون، أي: هو محمول المادة التي يتركب منها، وقد يتأثر بالعوارض التي تعتريه؛ أما عنصر الصياغة فيتمثل في إخراج محتوى هذه المادة إلى حيز العمل من خلال الطرائق الفنية لإنشاء القاعدة الفقهية القانونية والتعبير عنها، وتسمى بأساليب صناعة أو آليات صياغة القانون الفقهي.

ثانيا: تعني صياغة الأحكام الفقهية تهيئتها وبناءها على هيئة مخصوصة، وفق قواعد مضبوطة، تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم.

ثالثا: تقسم الصياغة باعتبار ذاتها إلى أساسية وأخرى تكميلية، وباعتبار الحرفية والغائية إلى ثابتة ومتغيرة.

رابعا: إن سلامة عملية التقنين الفقهي من حيث الصياغة تستوجب على الحكومات الإسلامية تهيئة أمور معينة لبناء القاعدة الفقهية القانونية، ويكون ذلك عبر مراحل معدودة تتدرج فيها هذه العملية، تتمثل في الموجبات، فالمسودة الأولى للمشروع، ثم إصدار القانون الفقهي.

خامسا: إن تبويب القانون يعتبر كجزء من أحكامه، فقد ترد فيه نصوص لا يعقل معناها إلا بدرك الموضع الذي وردت فيه.

سادسا: وجود صعوبات جمة أثناء إنشاء النظريات العامة، لا يشكل عائقا أو مانعا من تحقيق الغاية الأسمى ـ وهي تطبيق الفقه الإسلامي ـ، خاصة مع إمكانية اللجوء مؤقتاً إلى الصياغة القانونية.

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، فأحمد الله عز وجل في الختام كما في البدء، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع:

1- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ت: عبد الرزاق عفيفي، الرياض: دار الصميعي، ط: 1، (1424هـ، 2003م).
2- البخاري: التاريخ الكبير، ت: هاشم الندوي، الهند، حيدر آباد: دائرة المعارف العثمانية، تصوير دار الكتب العلمية، دط، دت.
3- البعلي: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لتطبيق الشريعة الإسلام. بحث منشور وموجود على الشبكة، وهو مدرج تحت قسم الرقابة الشرعية والمصرفية، فقه المعاملات المالية.
4- البعلي: المدخل للعلوم القانونية، القاهرة: دار العلوم للنشر والتوزيع، دط، (1996م).
5- بكر أبو زيد: فقه النوازل، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط: 1، (1416 هـ، 1996 م).
6- الترمذي: السنن، ت: أحمد شاكر، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، دت.
7- الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، (1398).
8- حيدر سعيد المؤمن: مبادئ الصياغة القانونية، بحث مقدم لدائرة الشؤون القانونية بقسم اقتراح التشريعات –وهو متاح على الشبكة –.
9- أبو داود: السنن، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت-صيدا: المكتبة العصرية، دط، دت.
10- الدسوقي: حاشية على الشرح الكبير، بيروت: دار الفكر، دط، دت.
11- الزرقا: المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط: 1، (1418 هـ، 1998 م).
12- الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ت: عبد القادر عبد الله العاني، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط: 2، (1413 هـ، 1992م).
13- الزلمي: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، العراق: دار الإحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، (2014، 1435 هـ).
14- الزلمي: مجوعة الأبحاث القانونية، العراق: دار الإحسان للنشر والتوزيع، ط: 1، (2014، 1435 هـ).
15- السبكي: الإبهاج شرح المنهاج للبيضاوي، ت: أحمد الزمزمي ونور الدين عبد الجبار صغيري، دبي: دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط:1، (1424هـ، 2004 م)..
16- سلطان: المبادئ القانونية العامة، مصر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، دط، دت.
17- السمناني: روضة القضاة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط: 2، (1404 هـ، 1984م).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

18- السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط: 1، دت.
19- شريف محمد أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية – دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، بغداد: مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، دط، (1979م).
20- الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، دط، دت.
21- العاني: فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد في ضوء مقاصد الشريعة، دمشق: دار السلام، ط: 1، (2008م).
22- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت: دار الكتب العلمية، ط: 1، (1415 هـ، 1994 م).
23- عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي ـ المبدأ والمنهج والتطبيق ـ، قطر: دار إحياء التراث العربي، ط: 2، (1407 هـ، 1986م).
24- ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، ت: أبو الأشبال الزهيري، الرياض: دار ابن الجوزي، ط: 1، (1414ه، 1994م).
25- عبد الرحمن الشتري: تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، الرياض: دار الفضيلة، ط: 1، (1426 هـ).
26- عبد العال: البحث الفقهي طبيعته، خصائصه، أصوله، مصادره مع المصطلحات الفقهية في المذاهب الأربعة، مكة: مكتبة الأسدي، ط: 1، (1429هـ، 2008م).
27- عبد الوهاب أبو سليمان إبراهيم: ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسبته في المذاهب الأربعة، مكة: مركز بحوث الدراسات الإسلامية، ط: 1، (1408هـ، 1988م).
28- عمار بوضياف: مدخل إلى العلوم القانونية، الجزائر: دار ريحانة، ط: 2، (2000م).
29- عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك، ت: مجموعة من الباحثين، المغرب، المحمدية: مطبعة فضالة، ط: 1، دت.
30- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، بيروت: دار الكتب العلمية، ط: 1، (1420 هـ، 1999م).
31- الفيروزأبادي: القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، دط، دت، (1389هـ، 1969م).
32- ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، هجر، ط: 2، (1412 هـ، 1992).
33- مجموعة من الباحثين: المعجم الوسيط، مصر: دار المعارف، ط:2، (1392هـ، 1972م).
34- مدكور: القضاء في الإسلام، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، (1964 م).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

35- المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط: 1، (1419ه).
36- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال: النظرية العامة للقانون، بيروت: الدار الجامعية، (1987 م).
37- ابن منظور: لسان العرب، القاهرة: دار المعارف، دط، دت.
38- ابن النجار: شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، ت: محمد الزحيلي ونزير حماد، الرياض: مكتبة العبيكان، دط، (1413هـ، 1993 م)..
39- النووي: روضة الطالبين، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط: 1، (1412 هـ، 1992).
40- ابن الهمام: فتح القدير، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

الهوامش:

[1]- ابن منظور: لسان العرب، (442/8).
[2]- محمد شريف أحمد: نظرية تفسير النصوص المدنية، (ص: 64).
[3]- الفيروز أبادي: القاموس المحيط، (289/4).
[4]- ينظر: الآمدي: الإحكام، (7/1)؛ السبكي: الإبهاج، (72/2)؛ الزركشي: البحر المحيط، (19/1).
[5]- ابن النجار: شرح الكوكب المنير، (41/1).
[6]- المعجم الوسيط، (736/2).
[7]- سلطان: المبادئ القانونية العامة، (ص: 8).
[8]- بعلي: المدخل للعلوم القانونية، (ص: 30).
[9]- عبد الحميد البعلي: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لتطبيق الشريعة الإسلامية، (ص: 14).
[10]- إبراهيم عبد الرحمن العاني: فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد، (ص: 266-268).
[11]- عبد الرحمن الشتري: تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، (ص: 12).
[12]- محمد سلام مدكور: القضاء في الإسلام، (ص: 115).
[13]- عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك، (72/2).
[14]- المصدر نفسه، (73/2).
[15]- الدسوقي: حاشية على الشرح الكبير، (130/4).
[16]- الشيرازي: المهذب، (291/2).
[17]- المرداوي: الإنصاف، (169/11)
[18]- سنن أبي داود، ك: الأقضية، ب: اجتهاد الرأي في القضاء، ر: 3593،3592، (327/2)؛ جامع الترمذي، ك: الأحكام، ب: ما جاء في القاضي كيف يقضي، ر: 1328،1327، (616/3)؛ والحديث قد صححه جمع من أهل العلم كابن عبد البر في "جامع بيان العلم وفضله"، (55/2-56)، وقال البخاري في "التاريخ الكبير": "لا يصح"، (2/ 277).
[19]- ينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (52/1)؛ النووي: روضة الطالبين، (103/8)؛ ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، (91/14).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[20]- ابن الهمام: شرح فتح القدير، (306/7).
[21]- الحطاب: مواهب الجليل، (98/6).
[22]- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (98/8).
[23]- جمال الدين عطية: مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، (ص: 46-47).
[24]- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، (243/1).
[25]- بكر أبو زيد: فقه النوازل، (ص: 25).
[26]- السمناني: روضة القضاة، (159/1).
[27]- الزلمي: مجوعة الأبحاث القانونية، (ص: 18-19)
[28]- حيدر سعيد المؤمن: مبادئ الصياغة القانونية، (ص: 8).
[29]- الزلمي: مجموعة الأبحاث القانونية، (ص: 105-106).
[30]- عمار بوضياف: مدخل إلى العلوم القانونية، (ص: 73).
[31]- انظر: عبد الوهاب أبو سليمان إبراهيم: ترتيب الموضوعات الفقهية، (ص: 45)؛ إسماعيل سالم عبد العال: البحث الفقهي، (ص: 124).
[32]- السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (9/1).
[33]- محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، (ص: 94).
[34]- المرجع نفسه، (ص: 94).
[35]- الزلمي: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، (ص: 166-167).
[36]- المرجع نفسه، (ص: 90-93).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com