الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وإشكالية المرونة

د. نادية رازي جامعة قسنطينة

ملخص:

إن الصياغة القانونية للأحكام الفقهية بما تتطلبه من الشمولية والدقة والإيجاز، قد يعيقه دقة التكييف التي تتطلبها الأحكام وإحاطتها بجميع الوقائع مهما اختلفت مناطاتها باعتبار المتغيرات الزمانية والمكانية، والتي تجعلها بحاجة على الدوام إلى صياغة جديدة تتلاءم والمرونة التي اختصت بها، وهذا ما يفرض تأسيسها على قواعد ومعايير انطلاقا من مبادئ التشريع الإسلامي التي تجمع بين الثابت والمتغير، مواكبة لمتطلبات الحياة ومستجدات العصر على نحو يحقق الغرض الذي تنشده سياسة التقنين، وهو تحقيق مصالح الدولة، السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية.

Legal drafting of the provisions of jurisprudence and the flexibilities problematique.

Abstract:

As The legal drafting of the provisions of jurisprudence require the inclusiveness, clearness and brevity. This would hampered the adaptation accuracy and the briefing of all facts which this provisions requires, whatever their multifunction concerning the temporal and spatial variables, And that makes it always lacked to a new formulation that fit with its flexibility, and this imposes on establishing its rules and standards on the Islamic legislation's principles that combine both fixed and variable, keeping up with the requirements of life and the modern-day's evolution so as to achieve the purpose desired by the legal drafting, which is to achieve the political, economical, and social interests of the state.

مقدمة:

إن الصياغة القانونية للأحكام الفقهية يستلزم تأسيسها على منهج قويم ينبني على أسس علمية وأساليب دقيقة تُحقق غاية التشريع، والذي يخضع في حقيقته لاعتبارات متعددة قد تناط بأشخاص الرابطة القانونية من حيث العموم والخصوص، أي الدولة والفرد، ومن جهة أخرى قد ترتبط بقوة الإلزام أين يتعلق الأمر بالقواعد الآمرة التي تناط عادة بكيان الدولة ونظامها ومصالحها الأساسية، وهذا الأمر يستلزم تبعا التقيد عند صياغة الأحكام بالمؤثرات الخارجية المناطة بها عند التنزيل بمقتضى أن الظروف والملابسات تلعب دورا كبيرا في العملية التشريعية التي لابد أن تعكس سياسة الدولة وأوضاعها الاجتماعية والاقتصادية، وهو ما يفرض مسايرتها لها على الدوام والاطراد، الأمر الذي يدعو إلى إجراء تعديلات على التشريعات الصادرة، فمن صعب صياغة نصوص قانونية تعالج جميع الوقائع بجيثياتها مع

www.manaraa.com

طروء التغيرات الزمانية والمكانية، وهو ما يعيق حتما عند الصياغة المزاوجة بين دقة التكييف والإحاطة بالوقائع بجميع معطياتها وحيثياتها، والتي تفرض في مبادئها وقواعدها الشمولية والدقة والإيجاز التي تمنح لها صلاحية التطبيق الفعلي على نحو يحقق الغرض الذي تنشده سياسة التقنين، وهو تحقيق مصالح الدولة.

لذا نجد أساليب وطرق مختلفة في صياغة النصوص بما يتوافق وتلك المصالح التي تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان مع اعتبار العمومية والتجريد، أي أن تكون مطردة التطبيق في كل وقت على كل شخص مستوف لمعطياتها، لذا يشوبها الخلل والقصور، إذ لا يمكن على الإطلاق مواجهة جميع الاحتمالات والمعطيات التي تثار عند تجسيد القانون على أرض الواقع.

وهو ما قد يثير الإشكال في إعطاء صياغة قانونية للأحكام الفقهية بمقتضى اتسامها بخاصية المرونة على اعتبار عموميتها ابتداء، تندرج تحتها جزئيات وفروع عدة تساير جميع الوقائع بحيثياتها تقوم أساسا على مراعاة المصالح والمفاسد المتغيرة زمانا ومكانا، فضلا عن الخلافات المذهبية لتفاوت الفهم في مضامين نصوصها ومقاصدها، وهو ما قد ينجم عنه القول باستحالة صياغة الأحكام الفقهية صياغة قانونية، وإلزاميتها على جميع الأفراد، وصبها في قوالب جامدة من النصوص تحول دون مواكبة متطلبات الحياة وحاجات المجتمع، التي تجعلها تفتقر دائما إلى صياغة جديدة تتلاءم ومرونة التشريع تخدم الواقع لا تصادمه، وهو ما يثير التساؤل بمقتضى طبيعة نظام التشريع الإسلامي الذي يقوم أساسا على أسس ومقومات تجمع بين الثابت والمتغير دون أن تخل بمبدأ الاستقرار والشمولية عند إعطاء الصياغة القانونية لأحكامه.

من خلال هذه الإطلالة نحاول في هذه الورقة بيان مدى إمكانية صياغة الحكم الفقهي صياغة قانونية، وكذا الأسس والمقومات التي يمكن أن تقوم عليها هذه الصياغة في نطاق المرونة التي اختص بها التشريع الإسلامي، والتي تفرض التغيير في أحكامه والانتقال على الدوام إلى أحكام جديدة لتغير المصالح والمفاسد التي تتأسس عليها ابتداء، وتشكلها عادة مستجدات العصر ومتغيراته التي قد تحول دون إمكانية تحقق هذه الصياغة بقواعدها، وأود- إن شاء الله - في هذه الورقة إثراء الموضوع من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: حقيقة الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وأهميتها

المحور الثاني: قواعد الصياغة القانونية للنصوص التشريعية

المحور الثالث: فكرة التقنين والصياغة القانونية للأحكام الفقهية عند أهل العصر

المحور الرابع: نحو تفعيل قواعد الصياغة القانونية في الأحكام الفقهية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحور الأول: حقيقة الصياغة القانونية للأحكام الفقهية وأهميتها

الصيغة في اللغة: هي الهيئة الحاصلة للفظ من ترتيب الحروف وحركاتها وسكناتها، وهي صورة الكلمة والحروف ومادتها[1]، يقال صاغ الكلمة من الكلمة أخرجها وبناها على هيئة مخصوصة[2].

ويقال كلام حسن الصياغة جيد محكم[3].

والصيغة التنفيذية في قانون المرافعات عبارة مهنية يضعها الموظف المختص على صورة الحكم لينفذ جبرا[4].

والقانون بمعناه العام: مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم فيه على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة[5].

مفهوم الصياغة القانونية:

الصياغة القانونية: عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل[6]، وبمعنى أدق يقصد بها: مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص التشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية[7].

فالصياغة القانونية بمفهومها تشكل عنصرا هاما في تكوين وصناعة النصوص التشريعية وإخراج مضامينها إلى حيز العمل في صورة قواعد ترنو نحو تحقيق مصالح المجتمع الذي تصاغ فيه تلك القواعد بوسائل وأساليب فنية تلائم وقائعه، وحاجاته السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والعلمية والثقافية، وهذا ما يجعل هذا النوع من الصياغة يفتقر إلى حد كبير إلى الدقة في انتقاء الوسائل والأساليب التي تمنح الشكل العملي المناسب لمضمون النص التشريعي بتحقيق الغاية المرجوة منه في معالجة الوقائع بتفاوت ظروفها وملابساتها، وهو ما يكسبها خاصية المرونة والاستجابة لمتطلبات الواقع عند التطبيق، وإن اختصت بعضها بالجمود أخذا بمبدأ الثبات والاستقرار في مواقع تتطلبه سياسة التشريع،

---

[1] - البستاني، المعلم بطرس، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1987م، ص 524.

[2] - البستاني، محيط المحيط، ص524.

3- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط: 4، 1425هـ - 2004م، ص 529.

[4] - مجمع اللغة العربية،المعجم الوسيط، ص 529.

[5] - سلطان، أنور ، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، ط: 4، 1983م، ص16.

[6] - محمد الجمال، مصطفى، محمد الجمال، عبد الحميد، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987م، ص 64.

[7] - حسين منصور، محمد، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009م، ص 276.

www.manaraa.com

والتي استلزمت انتهاج نوعين من الصياغة في استنباط قواعده والتعبير عنها وهما الصياغة الجامدة والصياغة المرنة.

1- الصياغة الجامدة: وتعد الصياغة في القاعدة القانونية جامدة في حالة ما إذا كانت تواجه وقائع محددة تتضمن حلا ثابتا لا يتغير مهما تغيرت ظروفها وملابساتها. فتستلزم التطبيق بمجرد توافر معطياتها وحيثياتها المنصوصة بطريقة آلية[1].

وبمقتضى هذه الصياغة فإنه يتم التعبير عن مضمون القاعدة فرضا وحكما بطريقة محكمة لا مجال للتقدير في فهمها. فلا تفسح مجالا لتقدير الفروق الفردية والظروف المختلفة العارضة على الوقائع. بحيث يتوحد الحكم على جميع أفراد النموذج التشريعي المنصوص[2].

ويمثل لذلك بسن الأهلية الذي حدده النص القانوني لمباشرة الحقوق المدنية. فلا يقبل التغيير عند التطبيق للتفاوت الحاصل في درجة النضج العقلي. وكذا القواعد المتعلقة بتحديد المواعيد. كمواعيد الطعن في الأحكام.

وهي صياغة تتواءم والأحكام القطعية الثابتة التي لا تتغير بحال مهما تغيرت الوقائع في نطاقها الزماني والمكاني كالحدود. ومقادير الكفارة والزكاة. وأحكام الزواج والطلاق. والإرث والوصية.

2- **الصياغة المرنة:** وتعد الصياغة مرنة إذا اكتنفت القاعدة القانونية بمعيار مرن يُستهدى به في إيجاد حلول مناسبة لكل حالة على حدا طبقا للظروف والملابسات المناطة بها[3].

وهنا بطبيعة الحال ستمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تكييف القاعدة القانونية وفق الحالات المعروضة عليه في نطاق ظروفها وملابساتها المناطة بها أين يراعي الظروف الخاصة التي تعتري كل حالة. وهذا النوع من الصياغة يمكن أن يسري على الأحكام الشرعية التي تخضع للتغيير وتُكيّف وفق الوقائع المتجددة والمصالح المتغيرة بناء على قواعد عامة ومبادئ كلية أنيطت بتلك الأحكام عند سنها أصالة.

ويمثل ذلك بقاعدة الضرورة التي تمنح للقاضي السلطة التقديرية في تحديدها في مختلف الوقائع طبقا للظروف القاهرة والملابسات الخاصة المناطة بها أثناء التطبيق.

---

[1] - حسين منصور، نظرية القانون، ص 278. كيره. حسين. المدخل إلى القانون. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص 184.

[2] - أبو السعود. رمضان. محمود زهران. همام محمد. المدخل إلى القانون. دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. 1997م. ص 160. وكتابهما مبادئ القانون. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2003م. ص 115.

[3] - حسين منصور، نظرية القانون. ص 279.

www.manaraa.com

أهمية الصياغة القانونية

إن تقنين النصوص التشريعية عادة ما يفتقر إلى الصياغة الجامدة على الخصوص على اعتبار أن التقنين يرنو أصالة نحو قواعد منضبطة ومحددة، تهدف إلى تحقيق العدالة والثبات والاستقرار في التعاملات التي لابد أن تخضع للنظام الذي تفرضه تلك النصوص، فلا تفسح مجالا لتقدير الظروف الخاصة والفروق الفردية التي تعتري الوقائع عادة، بحيث يتوحد الحكم على الجميع ولا يسري عليه التغيير مطلقا مع توفر المعطيات اللازمة التي اُعتبرت عند صياغته، وهو أمر يتناسب والنصوص القطعية الثابتة المتضمنة للتشريعات المقدرة كالحدود والكفارة وأحكام الإرث، وكذا المبادئ العامة التي تنظم العلاقات القائمة بين الأفراد حفاظا على النظام العام كالأمانة والعدالة والمساواة، ولكن هذا ليس على الإطلاق لما قد يعتري الوقائع عند التطبيق من ملابسات وخصوصيات تناقض ما اقتضاه نصها ابتداء، وللصياغة المرنة في هذه الحالة دورها في مسايرتها لها، حيث تمنح مساحة واسعة لحرية التقدير وتكييف النصوص والقواعد وفق ملابساتها وظروفها المختلفة بمقتضى أن هذه الصياغة تمنح ابتداء معيارا عاما لا حكما تفصيليا، يسترشد به الفقيه أو القاضي في منح الحلول فيما يعرض عليه من المسائل والقضايا، والتفاوت فيها بتفاوت معطياتها، كتحديد الضرورة وإعطائها ما يناسبها من الحلول بحسب ظروفها وخصوصياتها الفردية.

وهنا تكمن الحاجة أكثر إلى تقنين النصوص التشريعية وصياغة قواعدها بصورة مرنة تتواءم وما قد يستجد من الوقائع والمشكلات مع صعوبة حصرها بظروفها المتغيرة وأوضاعها متباينة.

المحور الثاني: قواعد الصياغة القانونية للنصوص التشريعية

ويقصد بقواعد صياغة النصوص التشريعية الوسائل وطرق التعبير عن مضامينها والإفصاح عن جوهرها بحسن صياغتها من ناحية التحديد والضبط والوضوح، وإخراجها إلى الحيز التنفيذ كما يتطلبه فن التقنين، لتحقيق الغاية التي وضعت لأجلها، وهذه الطرق والأساليب منها ما هو مادي ومنها وما هو معنوي.

أولا: القواعد والطرق المادية وهي القواعد التي تعبر عن جوهر القاعدة تعبيرا ماديا محكما حيث تصاغ القاعدة بطريقة محددة واضحة لا تحتمل التأويل، من ذلك[1]:

1- استخدام الكم محل الكيف أو بعبارة أخرى التعبير بالدلالة الرقمية، حيث تصاغ القاعدة ويعبر عن مضمونها بتعبير رقمي ثابت محكم لا يحتمل التأويل ولا مجال فيه للخلاف.

[1] - أبو السعود، محمود زهران، مبادئ القانون، ص 117.

www.manaraa.com

مما يجعل تطبيقها آليا[1]. وهو ما يضفي على هذه الصياغة اليسر والسهولة في التطبيق، والانضباط والاستقرار في التعاملات.

ويمثل لذلك بتحديد أنصبة الورثة وتحديد الوصية بالثلث، والحدود في باب الجنايات، وكذا تحديد سن الأهلية الدال على البلوغ وتمام التمييز ورجحان العقل، وكلها تحمل صيغ قطعية لا مجال فيها للتأويل ولا للخلاف، فلا تخضع لتقدير الفقيه أو القاضي أثناء التنزيل.

2- الإجراءات الشكلية التي تتطلبها بعض التصرفات التي يبرمها الأفراد والتي يلزم التعبير عنها في صورة رسمية، حيث يتم إفراغها في شكل خارجي معين تأكيدا لوجودها وضمانا لترتب آثارها[2]. كتوثيق العقود الذي تتطلبه التعاملات المالية، وإثبات الزواج والطلاق، وكذا إذن القاضي في إبرام تصرفات الوصي على أموال القاصر.

ثانيا: القواعد المعنوية والتي ترتبط بوسائل ذهنية لتعبير عن مضمون القاعدة وإخراجها إلى الحيز التنفيذ بما يحقق الغاية التي تفصح عنها[3] وهي:

1- صياغة القاعدة بصورة عامة ومجردة، فلا ترد لصالح أشخاص معينين بذاتهم، ولا تعالج وقائع محددة بمعطياتها، وعموميتها لا تمنع انصرافها إلى فئة من الأشخاص ما داموا خوطبوا بها بصفاتهم لا بشخصهم[4]، وهذه الصياغة تسري على الأحكام الشرعية؛ حيث تخاطب عادة كل من توفرت فيه شروط وأوصاف عامة حددتها نصوصها، ولها أثرها عند التطبيق بغض النظر عن الوقائع والأحداث الخاصة التي تختص بأحكام خاصة لأوضاع خاصة انفردت بها عن الأوضاع العامة التي وضع في نطاقها الحكم، يقول الشاطبي: " الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا، وأيضا فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت"[5]، وهذا على أساس مبدأ المساواة والعدالة التي ينشدها التشريع الإسلامي، حيث يعطي الحكم العام ويخص حالات التي تخرج عن نطاقه باعتبار آثارها عند تنزيل الحكم، والتي تخرجه عن مقصده الأصلي المعتبر عند وضعه من الشارع الحكيم، وهذا جمعا بين النصوص الجزئية والقواعد العامة ومقاصدها، وهذا ما عبر عنه الشاطبي بقوله: "لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات

1- الشيخلي، عبد القادر، فن الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاء، مكتبة دار الثقافة، الأردن، عمان، ط: 1، 1995م، ص 28- 29، كيرة المدخل إلى القانون ص 190- 191، أبو سعود، محمود زهران، المدخل إلى القانون ص 163، حسين منصور، نظرية القانون، ص283.

2 - حسين منصور، نظرية القانون، ص 283- 284، الشيخلي، فن الصياغة القانونية، ص 30.

3 - حسين منصور، نظرية القانون، ص 285.

4- عالية، سمير، المدخل لدراسة القانون والشريعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، ط:1، 1422هـ- 2002م ص55، عبد البر، محمد زكي، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، دارالقلم، الكويت، ط:1، 1402هـ- 1982م، ص72.

5- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، 2/52- 53.

www.manaraa.com

والتحسنيات وكانت هذه الوجوه مبثوثة في أبواب الشريعة وأدلتها، كان النظر الشرعي فيها أيضا عاما لا يختص بجزئية دون أخرى؛ لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها... وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدّة من تلك الأصول الكلية- شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات – فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كلية فقد أخطأ"[1].

2- اعتبار القرائن؛ حيث تُعتبر الاحتمالات في إثبات المراكز القانونية باعتبار المألوف والغالب الذي يشهده الواقع والتجربة، فتعتد ثابتة بذاتها، وتُصدق على جميع الحالات دون الحاجة إلى التدليل عنها، وهو ما يضفي الاستقرار في التعاملات، إذ لو ترك الأمر للإثبات المادي والمحسوس لكثرت المنازعات والخلافات والإدعاء الباطل[2].

ويمثل بالقرينة الزوجية الدالة على إثبات نسب الولد للزوج ما دام قد حصل الحمل زمن قيام الزوجية، فيفترض أن يكون الولد ابن الزوج بحكم الغالب الأعم، وهو أن الزوجة عادة ما تكون لزوجها فقط، فلا يباشرها إلا زوجها، فينسب إليه الولد تبعا عملا بحديث عليه الصلاة والسلام: **" الولد للفراش"**[3].

وكذلك اعتبار المفقود ميتا في حالات الضرورة والظروف القاهرة التي يغلب فيها الهلاك.

3- الحيل وتتأسس على افتراض أمر مخالف للواقع يرتب آثارا شرعية وقانونية[4]، كافتراض الحياة والذكورية للجنين لإثبات له الإرث الكامل، فإن ولد ميتا أو أنثى يعاد توزيع نصيبه أو الباقي على الورثة.

---

[1] - الشاطبي، الموافقات، 3/3-5.

[2] -كيره، المدخل إلى القانون، ص 194. حسين منصور، نظرية القانون، ص286. أبو السعود، محمود زهران، المدخل إلى القانون، ص166.

[3] - أخرجه: البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم 6749. مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، رقم 3686.

[4] - أبو السعود، محمود أبو زهران، المدخل إلى القانون، ص 168. عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية، ص 33.

www.manaraa.com

المحور الثالث: فكرة التقنين والصياغة القانونية للأحكام الفقهية عند أهل العصر

ذهب أهل العصر في القول بتقنين الأحكام ومنحها الصياغة القانونية إلى اتجاهين:

- اتجاه يرى بأن الصياغة القانونية للنصوص التشريعية لا تسري على أحكام الفقه الإسلامي[1] لعدة اعتبارات منها[2]:

1- إن تقنين النصوص التشريعية يولد لدى الفقهاء فكرة اعتباره المصدر الوحيد للأحكام والقواعد القانونية، وأنه الكتاب المقدس قد أحاط بجميع الحلول لمشكلات الحياة، مما يستتبع الأمر أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيرا لفظيا، وأن تكون مهمتهم تقتصر فقط على الكشف عن نية واضعه، الأمر الذي يفضي إلى الجمود على النصوص المقننة الذي يحول دون مواكبة الحياة المتجددة، وتفاعلها مع متطلباتها وتطوراتها، وهو ما سيعكس سلبا على حركة الاجتهاد، إذ يلزم الفقيه والقاضي التقيد بالنص القانوني، إذ لا اجتهاد مع مورد النص، وهو ما سيخلق تبعا نوعا من التكاسل والإتكال عليه دون تشجم الرجوع إلى مصادر الفقه، والتحري عن الحكم ومرجحاته.

2- إن التقنين يفرض التقيد برأي واحد في جميع الحالات والوقائع، حيث يطبق النص القانوني حتى في دائرة الأحكام التي يجوز الأفراد الاتفاق على مخالفتها مع تشعب الآراء الفقهية وتنوعها، يُمكن الأخذ بالأرجح منها، والأليق للوقائع المعروضة.

3- عدم استيعاب التقنين لجميع الأحكام مع خلو المدونات من تحديد معاني ألفاظها، وترك مجال ذلك للفقه والقضاء مع خطورة النتائج المتوقعة عن الاختلاف في تحديد معانيها كالغلط، والتدليس والإكراه.

---

[1]- منهم: محمد الأمين الشنقطيي، عبد الرزاق عفيفي، عبد العزير بن صالح، بكر بن عبد الله أبو زيد، عبد العزيز بن باز، صالح بن فوزان عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، محمد الحركان، انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، قرار رقم 8، بشأن تدوين الراجح من أقوال الفقهاء لإلزام القضاة العمل به، 1421هـ- 2001م، ج3، http://www.alifta.net. الجرعي، عبد الرحمن بن أحمد، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، بتاريخ 2009/08/06م، http://www.startimes.com. عبد القادر شجاع الدين، عبد المؤمن، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة- دراسة مقارنة، بتاريخ 2014/11/18م. http://www.startimes.com.

[2]- الزحيلي، وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط: 1، 1408ه- 1987م، ص 26. القرضاوي، يوسف، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مؤسسة الرسالة، ط:1، 1422ه- 2001م، ص60، وكتابه مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة ط: 3 1418ه- 1997م، ص305. الأنصاري، عبد الله بن إبراهيم، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر ط: 1 1403ه- 1983م، ص 9، 11.

www.manaraa.com

- اتجاه يرى بتقنين الفقه الإسلامي وأن الصياغة القانونية يمكن أن تسري على الأحكام الفقهية وهو رأي أغلب أهل العصر[1]، وهذا لاعتبارات عدة أهمها[2]:

1- سهولة الرجوع إلى الأحكام المقننة بعد جمعها في مدونة واحدة، حيث تمكن الفقهاء والقضاة من إدراك منها ما يعالج الوقائع والمشكلات الشائكة مع تعقد الحياة الإنسانية وتشعب قضاياها، حيث يتعذر استنباط جميع أحكامها من مصادر الفقه الإسلامي التي تعج بالخلافات الفقهية وكثرة الآراء حتى في نطاق المذهب الواحد، ودون معرفة راجحها من مرجوحها إلا من المتخصص فيها، مما يجعل جميع المشتغلين في القانون في ضيق وحرج في انتقاء الحكم الراجح الواجب تطبيقه بمقتضى عدم إمكانية إحاطتهم بجميع المصادر والآراء الفقهية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنهم لا يملكون القدرة على الاجتهاد والترجيح والانتقاء بما يناسب الواقع، وفي وقت تتطلبه طبيعة مهنة المحاكم الذي يضيق عادة عن إمكانية النظر والاجتهاد لإدراك الحكم، يقول صبحي محمصاني متحدثا عن التقنين في مجلة العدل الدولية كأول تجربة في تقنين الأحكام الشرعية: " لقد سدّت المجلة في حينها فراغا كبيرا في عالم القضاء والمعاملات الشرعية، فبعد أن كانت المسائل مبعثرة في كتب الفقه العديدة وكانت الفتاوى والأقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد أصبحت الأحكام الشرعية واضحة، ثابتة لا يحتاج رجال القانون إلى عناء كبير لفهمها وتطبيقها بعد أن كانت الشروح والحواشي تصنف على متن المختصرات وأمهات كتب الفقه، أصبح الشرح منحصرا في مواد المجلة، لأجل تفسير معانيها، وبيان مصادرها وأدلتها"[3].

2- توحيد النصوص التشريعية في بلد واحد بتقنينها كقوانين عامة ومجردة، إذ لو فوض أمر التطبيق لاجتهاد القضاة لتعارضت الأحكام وتناقضت في البلد الواحد، وهو ما سيحدث الفوضى والبلبلة وعدم استقرار أحكام المحاكم.

وبغض النظر عن رأي الاتجاهين في تقنين الأحكام الشرعية وصياغتها صياغة قانونية، فقد أضحى أمر حاصل وواقع في بعض القوانين، كقانون الأحوال الشخصية، والأوقاف،

---

[1]- منهم: محمد عبده، محمد رشيد رضا، محمد أبو زهرة، أحمد شاكر، مصطفى الزرقا، علي طنطاوي، محمد سلام مدكور، يوسف القرضاوي وهبة الزحيلي، عبد الله بن منيع، المجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ص 61- 62. الزحيلي جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 27- 28. عبد البر، محمد زكي تقنين الفقه الإسلامي، ص 7، 8. انظر: الجرعي، عبد الرحمن بن أحمد، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، بتاريخ 2009/08/06م http://www.startimes.com. عبد القادر شجاع الدين عبد المؤمن موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة- دراسة مقارنة، بتاريخ 2014/11/18م، http://www.startimes.com . المجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم: 2، الدورة الأولى المنعقدة في المكرمة، 26- 29 صفر1405هـ/ الموافق 19- 22 نوفمبر 1984م www.iifa-aifi.org

[2]- الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 27- 28. القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ص 61- 62. عبد البر، محمد زكي تقنين الفقه الإسلامي، ص 7، 8.

[3]- محمصاني، صبحي، فلسفة التشريع في الإسلام، ص 89.

www.manaraa.com

وصندوق الزكاة. وهذه الصياغة لا تغير حقيقتها كأحكام شرعية، وإن خضعت للتنظيم في إطار سياسة التشريع. فالعبرة بجوهر الحكم ومضمونه لا بشكله.

المحور الرابع: نحو تفعيل قواعد الصياغة القانونية في الأحكام الفقهية

إن التقنين في الفقه الإسلامي ينبني أساسا على الاجتهاد الذي يكفل للفقيه المرونة وتلبية الحاجات المستجدة في نطاق قواعد كلية تسري على جزئيات كثيرة وفروع متعددة تندرج تحتها بما يراه الفقيه مناسبا حسب الظروف الزمانية والمكانية، وأوضاعها المختلفة المناطة بها أثناء التنزيل. وهذا يستلزم بالضرورة طريان التغير عليها على الدوام شأنها في ذلك شأن القانون، فبرغم من اتساع مواده وتشعب أبوابه وفصوله لم يتمكن نصه من الإحاطة بجميع الوقائع، مما أكد على القاضي الرجوع إلى مصادر أخرى عند فقدان النص القانوني، كالعرف الذي يستوجب مراجعة القوانين وتغيرها، وهذا ما دعا إلى ما يعرف بالاجتهادات القضائية دون أن يحول ذلك عن تقنين القانون أو إهداره. جاء في أصول القانون: " الاحترام الذي يتولد للتقنين بعد صدوره لا يلبث أن يقل تدريجيا بسبب ظهور ما يعتريه من نقص وعيب أثناء تطبيقه على شؤون الحياة، ولعل القضاء هو أول من يحس بهذا النقص لأنه هو الذي تعرض عليه مشاكل الناس، وهو الذي يجب عليه أن يحسمها، وكثيرا ما يجد القاضي نفسه أمام تعارض بين ما يقضي به القانون، وبين ما تقضي به العدالة، وهذا ما يؤدي به تحت ستار التفسير إلى إهدار حكم القانون إذا تعارض مع ما توحي به مبادئ العدالة وقواعد العدل والإنصاف، وكثيرا ما يؤيده الفقه في ذلك، وكلما برزت عيوب التقنين على مر الزمان وبدا عجزه عن مسايرة الواقع، كلما قل احترام الناس لقداسته، وينتهي الأمر إلى تطور القواعد التي يحتويها إما عن طريق تفسير القضاء بما يتفق مع الواقع وحاجات الجماعات الحديثة، وإما عن طريق تدخل المشرع نفسه لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وكثيرا ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أولى بالحاجة وأكثر ملائمة للتطور"[1].

فالواقع بمتغيراته يفرض مرونة التشريع والقوانين، والفقه الإسلامي بمزاياه وأسرار خصوبته يدعو لذلك دون أن يفرض التقيد بمذهب معين سوى ما تعلق برجحان الدليل أو تحقيق مصلحة التي دفعت كثيرا بأصحاب المذاهب إلى تعديل الأحكام وتقييدها على خلاف ما تقتضيه تأسيسا على القواعد الثابتة. لذا لا ضير في مراجعة الأحكام والقوانين وإعادة النظر في مضامينها وقيودها إن استدعت المصلحة لذلك على أن توضع ابتداء في صورة مبادئ

[1]- العبدلاوي، إدريس العلوي، أصول القانون، نظرية القانون، دار القلم، بيروت، ط: 1، 1971م، ص 567.

www.manaraa.com

عامة تضمن استقرار التعاملات، ولمقتضيات فرضتها توجهات الدول في العصر الحاضر ترتبط بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه، من ذلك[1]:

1- إناطة التصرفات والتعاملات العقارية وشروطها بإجراءات شكلية تتحتم على الأفراد أثناء ممارستها، حيث تجعلها في قالب قانوني ترتب آثار قانونية من جهة، وتفرض رقابة الدولة من جهة أخرى، كالقواعد المتعلقة بالسجل التجاري والعقاري.

2- الإجراءات القضائية المتعلقة بالدعاوى وفصل الخصومات وتنفيذ الأحكام، كالقوانين المتعلقة بإجراءات المحاكمة والتنفيذ.

3- تطور العلاقات الاقتصادية على مستوى المحلي والعالمي، فمنها ما هو عرفي محلي، ومنها ما هو مقتبس من الدول الأوربية، كمختلف الشركات القانونية وأساليب التجارة.

وهي أمور تفرض حتما التقنين إلا أنه يتطلب في نطاق الأحكام الفقهية صياغتها على أسس ومبادئ عامة لا تخل بمرونتها ولا تحول عن مواكبتها للوقائع المتجددة ومشكلاتها المتعددة ودون أن تخرجها عن ثوابتها، وهذا يستلزم أن تقوم على قاعدتين أساسيتين:

1- **قاعدة النص الشرعي**: حيث نص الشارع صراحة وبالقطع على وجوب التمسك بمضامينه كقوله تعالى: " **فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ** " [النساء: 59]، وقوله تعالى: " **إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ** " [النساء: 105].

وما روي عن معاذ بن جبل **أَنَّ النَّبِي صلى الله عليه و سلم لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ:كَيْفَ تَقْضِى إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ. قَالَ: أَقْضِى بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِى كِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِى سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم وَلاَ فِى كِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِى وَلاَ آلُو. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم صَدْرَهُ. وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِى وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِى رَسُولَ اللَّهِ"**[2].

وبموجب هذه الأدلة فإنه يجب التقيد بالنص الشرعي، وأن يُتوقف عندها عند تقنين أحكامه إذ مدلولاتها عائدة في أصلها له، ولو ناقضته للزم ذلك القول بمعارضة المدلولات لنصوصها، وهذا محال وباطل على شرع الله، وإن صيغت معظمها على سبيل الظن أين يتسع فيها المجال لاجتهادات الفقهاء، وتعدد الأفهام والأحكام باعتبار لزوم العمل بالظن

[1]- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط:1، 1418هـ – 1998م ، 1/228 -229.

[2]- أخرجه: أحمد برقم (22060)، الدارمي، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (168)، وأبو داود كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء رقم (3592)، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم (1327)، قال فيه: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل، والبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور، قال الشافعي رحمه الله: يشاور من جمع العلم رقم (20126).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغالب بإجماع العلماء على أساس أن الفقيه كاشف للحكم وليس منشئ له. لذا يمكن عند التقنين الخروج عن الاتجاهات الفقهية ومذاهب العلماء أو انتقاء أرجح الآراء فيها. كما يمكن اعتماد بعض الأقوال المرجوحة بما يغلب على الظن أنه أليق بتحقيق مصالح الناس. يقول القرضاوي: " يجب أن يتخلى أنصار التمذهب عن مذهبيتهم هذه على الأقل فيما يتعلق بالتقنين للمجتمع. والتشريع العام. وأن يؤخذ بأحسن ما في المذاهب من اجتهادات وأقوال. وأليق ما فيها بروح العصر. ومصالح الناس فيه"[1]. اعتبارا للاحتمالات المتعددة التي يتضمنها النص. وقد نبه إليها عبد الجيد النجار مبينا أهمية الترجيح بينها. القائم على الموازنة بما هو أوفق بمصالح الناس في قوله: " الموازنة بين الاحتمالات الممكنة. فيما مأخذه من الوحي ظني من الأحكام وذلك باعتبار ما تحققه هذه الاحتمالات من المصلحة في الظرف الواقعي المعين. ثم اعتماد الاحتمالات الذي يرجح أنه أكثر تحقيقا للمصلحة واعتباره هو الحكم الشرعي"[2].

وهذا كله فيما لا يتناقض ومدلولات النصوص القطعية التي تحمل في طياتها كليات وقواعد عامة تتسع لمعالجة كثير من الوقائع والمشكلات المتجددة. وقد نبه الشاطبي إلى ذلك. فقال: " لما انبنت الشريعة على قصد المحافظة على المراتب الثلاث من الضروريات والحاجيات والتحسنيات. وكانت هذه الوجوه مبثوثة في أبواب الشريعة وأدلتها. كان النظر الشرعي فيها أيضا عاما لا يختص بجزئية دون أخرى؛ لأنها كليات تقضي على كل جزئي تحتها... وإذا كان كذلك وكانت الجزئيات وهي أصول الشريعة فما تحتها مستمدّة من تلك الأصول الكلية- شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات – فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات. عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس. إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها فمن أخذ بنص مثلا في جزئي معرضا عن كليه فقد أخطأ"[3] إلا فيما أدرج في نطاق الثوابت والقطعيات من فروع جزئية لا تتغير بحال مهما تغيرت معطياتها الزمانية والمكانية. بتحقيقها للحاجات المتجددة بوضعها المنصوص. وتتفاعل على الإطلاق مع دواعي التطور الاجتماعي والاقتصادي ومقتضيات الحضارة الحديثة. كالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والإرث.

كما أن قطعيتها إقرار من الشارع باستبعاد احتمال ما يقابلها في الحكم باعتبار حدوث شاهد شرعي يمكن أن يقاس عليه. وهذا لعدم قوة معارضته لها من جهة. ولاستحالة اجتماع العلم والظن على موضع واحد من جهة أخرى؛ حيث توهمه صاحبه أنه كذلك. وفي هذا يقول

[1] - القرضاوي. مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. ص 304

[2] - النجار. فقه التدين فهما وتنزيلا. مؤسسة أخبار اليوم. مصر. ط:1 ط: 1. 1410ه- 1989م. 6/ 76- 77.

[3] - الشاطبي. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الموافقات في أصول الشريعة. ت: عبد اللّه دراز. دار الكتب العلمية. لبنان. بيروت. 3/3- 5.

www.manaraa.com

الغزالي: " فإن قيل: فهل يجوز أن يجتمع علم وظن؟ قلنا: لا. فإن الظن لو خالف العلم فهو محال، لأن ما علم كيف يظن خلافه؟، وظن خلافه شك، فكيف يشك فيما يعلم؟ وإن وافقه فإن أثر الظن ينمحي بالكلية بالعلم فلا يؤثر معه "[1]. ولا منفذ لاعتباره بحال، كمسألة تسوية في الإرث ولو تصور فيها مصلحة.

2- قاعدة العرف والاعتداد بالواقع:

ونعني بالواقع كما يقول المجيد النجار ما تجرى عليه الحياة في مجتمع ما من أسلوب في تحقيق أغراض ذلك المجتمع، ويدخل في ذلك مجموع الأعراف والتقاليد والنظم، التي تتفاعل، فينشأ منها الأسلوب في تحقيق الأغراض"[2]، ويُعتد عند إجراء عملية تقنين الأحكام الشرعية وتوجيهها وفق مجريات أحداثه والتصور العام لأوضاعه الجارية، لاسيما وما أحدثته الحياة المعاصرة من قضايا ومشكلات مع تعقد أوضاعها وتشابكها خصوصا في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية، وهو ما يدعو إلى لزوم التكيف معها في تقنين الأحكام، ومراجعتها وتعديلها.

وقد أقر ذلك التشريع الإسلامي وألزم الاعتداد بظروف الوقائع في وضع الأحكام. يقول ابن القيم : " ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما "[3] ويقول أيضا: " نوعان من الفقه للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحقق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع"[4].

كما نص أيضا القرافي بلزوم اعتبار العوائد والأعراف المتغيرة، وعدم الجمود على المسطور في الكتب، حيث قال: " فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك وأساله عن عرف بلده، وأجره عليه، وافته به دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك

---

[1] - الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط1: 1417هـ - 1997م ، 2/ 474.

[2] - النجار، في فقه التدين فهما وتنزيلا، 1/ 122.

[3] - ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت 1973م،1/ 87.

[4] - ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ت: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ص4.

www.manaraa.com

فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[1].

فالفقيه الحق من يملك المقدرة على صياغة الحكم صياغة واقعية بتصوره للواقع الذي يناط به الحكم ويصاغ في نطاقه، وذلك متوقف على تفهم واع ودقيق لحوادثه وقضاياه، والتبصر التام بما يثمره من نتائج، وذلك يستدعي دراستها دراسة اجتماعية واقتصادية باستخدام وسائل المعرفة في مختلف التخصصات كعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد....

وفي نفس المعنى يقول حسن الترابي معبرا على أن الاجتهاد اليوم يتوقف على دراسة الواقع دراسة علمية تنبني على مختلف التخصصات: " ولا يمكن أن نجتهد إلا إذا تعلمنا علوم الطبيعة كما نتعلم الشريعة، ذلك أن علم الطبيعة هو الذي يعرفك بالواقع وأدواته، ومهما حصل لك من العلم الديني بمعالجات الشريعة وبأدوية الشريعة، فلا بد لك من تشخيص المجتمع لتعلم الداء، ثم تقدر ما هو الدواء الشرعي المعين الذي يناسب ذلك المجتمع، وذلك يستدعيك أن تدرس المجتمع دراسة اجتماعية واقتصادية وأن تدرس البيئة الطبيعية دراسة فيزيائية وكيميائية "[2].

وهو الأمر الذي يستلزم مراجعة الأحكام بعد تقنينها وإعادة صياغتها وتعديلها على الدوام، ويشهد الموقف تراثنا الفقهي بما نقل عن الصحابة وعلماء المذاهب مراجعتهم للفتاوى بتعديلها وتقييدها أو إلغاءها بوسائل وصور متعددة اعتبار لتغير الواقع، ويمكن الاستعانة في ذلك بالاجتهادات القضائية، وآراء المتخصصين في الشؤون القانونية.

الخاتمة

إن التشريع الإسلامي يقوم أساسا على الاجتهاد، حيث يتطلب تكييف أحكامه وفق مستجدات الواقع ومتطلبات العصر، وهذا الأمر يفرض تبعا تغيرها على الدوام بما يتناسب ومصالح الخلق دون الإخلال في ذلك بالقطعيات الثابتة وكليات التشريع، التي يمكن أن تقنن وتعطى لها صياغة قانونية باعتبارأنها تندرج تحتها جزئيات وصور متعددة قد تخضع للتعديل والتقييد في نطاق الظروف الطارئة بما ينسجم ومرونة التشريع، وهذا لا يتعارض والغاية التي تنشدها سياسة التقنين من تحقيق العدالة والثبات والاستقرار في التعاملات والعلاقات الإنسانية في جميع المجالات.

---

[1]- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، الفروق، ت: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد دار السلام، مصر، القاهرة، ط: 1، 1421هـ – 2001م، 1/ 314.

[2]- الترابي، حسن، قضايا التجديد نحو منهج أصولي، دار الهادي، لبنان، بيروت، ط: 1، 1421هـ- 2000م، ص 142-143.

www.manaraa.com