

أنه يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أنه يطبق أحكام الشريعة ذاتها . بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الفقه الإسلامي ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة . كما أخذ من هذا الفقه كثيراً من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، والحكر ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع ، وبيع المريض مرض الموت ، والغبن وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في البيع ، وأحكام العلو والسفل ، والحائض المشترك ، والأهلية ، والشفعة ومبدأ ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، وأحكام الأهلية والهبه " .

وكان أهم مصدر للقانون المدني المصري الجديد هو القانون المدني السابق ، فنقل عنه ما لا يزال صالحاً من النصوص وأكملها بأحكام القضاء التي صدرت في ظله لمدة تقرب من ثلاثة أرباع قرن من الزمان .

ثم يأتي بعد ذلك مصدر ثالث للقانون المدني المصري الجديد وهو القانون المقارن، حيث رجع واضعوه إلي كل التقنيات الحديثة التي صدرت في العالم بعد صدور مجموعة نابليون في أواخر القرن التاسع عشر وخلال القرن العشرين من تقنيات لاتينية أو جرمانية أو متخيرة . كما أنهم أفادوا من أساليب الصياغة القانونية التي ارتقت ارتقاء كبيراً في الفقه الغربي الحديث .

ويأتي بعد القانون المدني المصري القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ مثلاً اتجاهاً جديداً ، إذ أن تأثير الفقه الإسلامي فيه أكثر وضوحاً منه في القانون المصري . فقد جاء في مذكرته الإيضاحية : " رُوي أن يكون المشروع مثلاً لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية ، فجعل مزاجاً متألقاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنيات الغربية . وهو

بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة تردده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع " . ومن المعلوم أن مانقله التقنين العراقي من القوانين الغربية قد أخذه من القانون المدني المصري ، وأخذ أحكام الفقه الاسلامي من مجلة الأحكام العدلية ومن آثار الفقهاء المسلمين بوجه عام ، دون التقيد بمذهب معين . وكما جاء في المذكرة الايضاحية : " لم يأل المشروع جهدا في التنسيق بين الأحكام التي استقاها من مصدريه الاساسيين : الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية ، فاندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها " .

وقد أثر القانون المدني العراقي بدوره في كثير من التقنينات العربية التي صدرت بعده في الأردن والكويت واليمن والامارات العربية المتحدة .

يتضح مما تقدم أن جميع التقنينات العربية التي صدرت خلال هذا القرن قد تلاقى فيها الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متفاوت في الكم والكيف . وكما يقول استاذنا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقاله القيم المنشور في مجلة القضاء العراقية عام ١٩٦٢ بعنوان " القانون المدني العربي " : هذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني لم تهب عليها ريح الاصلاح إلا في مرحلة أولى يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية على نسق التقنينات العربية في المجلة وفي مرشد الحيران . وها نحن الآن في مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقي الجديد ، وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامي إلى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد . فلسنا مغالين إذا قلنا ان

تجربة القانون المدني العراقي تعد من أجل التجارب في تاريخ التقنين . فهذه أحكام الفقه الاسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية . وبذلك تم جمع الفقه والقوانين الغربية على صعيد واحد ، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الاسلامي ، يوم يصبح هذا الفقه مصدراً لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتسائر أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً " .

ولن نبلغ هذه المرحلة التي أشار إليها الأستاذ السنهاوري إلا عن طريق المقارنة بين الفقه الاسلامي مع أحكام القانون الغربي . ولا حرج في أن نفيد من القوانين الغربية وما استحدثته من أنظمة ونظريات في تطوير الفقه الاسلامي . فالفقه الاسلامي هو فقه محض ، ولا يجوز الخلط بينه وبين الدين . وفي هذا يقول الأستاذ السنهاوري في مقاله السابق الإشارة إليه " يقال عادة أن مصادر الفقه الاسلامي هي الكتاب والسنة والاجماع والقياس . أما الكتاب والسنة فهما المصادر العليا للفقه الاسلامي . وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوي في كثير من الحالات على مبادئ عامة ترسم للفقه اتجاهاته . ولكنها ليست هي الفقه ذاته . فالفقه الاسلامي هو من عمل الفقهاء صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الروماني . وقد صنعوه فقهاً صحيحاً ، الصياغة الفقهية وأساليب التفكير القانوني فيه واضحة ظاهرة . فأنت تقرأ مسائل الفقه الاسلامي في كتبه الأولى ككتب ظاهر الرواية لمحمد ، كما تقرأ مسائل الفقه الروماني في كتب فقهاء الرومان في العصر المدرسي . ثم تنتقل إلى مرحلة التبويب والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب في الفقه الاسلامي فتقف على الصناعة الفقهية في أروع مظاهرها وفي أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الاجلاء في كثير من التواضع أن هذا هو الاجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التي ابتدعوها ، وأن الأصل في كل هذا

يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقها خالصا هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي " .

لذلك كله لا غنى عن أن تنهض معاهدنا بدراسة الفقه الاسلامي إلى جانب الفقه القانوني الحديث ، ويجب أن تؤدي هذه الدراسة في نهاية الأمر إلى مقارنة يفيد منها الفقه الاسلامي ، حتى يجاري مدنية العصر وحاجاته . ومجال هذه الدراسة المقارنة هي مرحلة الدراسات العليا في كليات الحقوق والشرعة والقانون ، حيث ينبغي تخصيص معهد عال لهذه الدراسة التي يضطلع بها أساتذة توافرت لهم القدرة على القيام بها في موضوعية كاملة .



## محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي

للدكتور محمد جبر الالفني \*

### مقدمة :

كثر الحديث في الآونة الأخيرة حول طرق استثمار أحكام الفقه الإسلامي في إعداد التشريعات وصياغتها بما يتفق ومتطلبات المرحلة الحالية التي تتميز بمظاهر متعددة تنبئ عن صحوة إسلامية شاملة . وفي ثنايا هذا الحديث نكاد نلمس اتجاهات متباينة إزاء تقنين أحكام الفقه الإسلامي .

فهناك اتجاه يربط بين الحكم الشرعي والحكم الفقهي ، وينظر إلى ما ورد في كتب الفقه المختلفة عبر العصور المتعاقبة على أنه شرع الله الذي وضعه لعباده ولا نجاة لمن يحيد عنه . ثم يتشعب هذا الاتجاه إلى طريقين : يلتزم أهل الطريق الأول بمذهب فقهي معين ، يتبعون إمامه ، ويدافعون عن رجاله ، ويطبقون ما حوته كتبه من آراء وأحكام ، معتقدين أنها الصواب ، وماعداها خطأ وضلال . أما أهل الطريق الثاني فيضيق ذرعهم بما يجدون في الكتب الفقهية من اختلاف في الحكم بين المذاهب المتعددة ، بل بين الأقوال المتعددة في المذهب الواحد ، فيدعون إلى طرح الخلافات ، ونبد الأقوال ، وتوحيد المذاهب الفقهية وجمعها في قانون موحد يطبق على جميع المسلمين .

وعلى النقيض من ذلك : نجد اتجاهاً رافضاً تبناه عدد من الجماعات الإسلامية - على بعد الشقة فيما بينها - لا يقبل أحكام الفقه الإسلامي ولا أقوال الأئمة المجتهدين ، ويرفض كثيراً من أدلة الأحكام ، كالإجماع والقياس والاستحسان

---

\* أستاذ مساعد بقسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية .

وبناء الأحكام على المصالح المرسلّة أو سد الذرائع . ومن بين أنصار هذا الاتجاه من يحكم على المقلدين للمذاهب الفقهيّة - بعد القرن الرابع الهجري وحتى الآن - بأنهم أهل كفر وجاهليّة ، لتقديسهم صنم التقليد المعبود من دون الله . وهذه الجماعات الإسلاميّة تتمسك بظواهر النصوص دون استكناه أسرارها ومقاصدها ، حتى لو أدى بها الأمر إلى الوصول لحكم لم يقل به أحد من السلف أو الخلف ، ولا يقبله منطق سابق أو لاحق .

من هنا تأتي فائدة هذه الدراسة التي تركز في فصل أول على تحديد المفاهيم وذلك ببيان المقصود من أحكام الفقه الإسلامي ومصطلح " التقنين " ، ثم عرض الحجج التي يستند إليها أنصار " التقنين " ، ومبررات الدعوة إلى نبذ فكرة " التقنين " . أما الفصل الثاني فيستعرض محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي وتقييمها في ضوء الواقع العلمي والتطبيقي ، سواء أكانت هذه المحاولات " رسمية " أم كانت " شخصية " . وأخيراً نقدم في فصل ثالث اقتراحاً لمنهج علمي وعملي نحو " تقنين أحكام الفقه الإسلامي " .

## الفصل الأول

### تحديد المفاهيم

١- نعرض في مبحث أول لتحديد المقصود من " أحكام الفقه الإسلامي " والمراد من مصطلح " التقنين " ، وفي مبحث آخر نستعرض الحجج التي يستند إليها أنصار " التقنين " والمبررات التي دفعت البعض إلى نبذ هذه الفكرة وإطلاق حرية الاجتهاد للقاضي والمفتي والفقهاء .

## المبحث الأول

### احكام الفقه الإسلامى والتقنين

#### أولاً: المقصود بأحكام الفقه الإسلامى

٢- إذا أطلقت كلمة التشريع . فقد يراد بها إيجاد حكم شرعى مبتدأ، وقد يراد بها بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة<sup>(١)</sup> .

أ - فأما التشريع بالمعنى الأول - ويسمى في الإسلام : الحكم الشرعى - فإنه : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتناء أو التخيير أو الوضع<sup>(٢)</sup> . ويعني هذا أن الأحكام الشرعية مصدرها : الله تعالى ، وطريقها إلى الناس : الوحي وتبليغ الرسول . من أجل ذلك : لم يختلف أحد من السلف أو الخلف في أن الحكم الشرعى ملزم وواجب الاتباع ، تصديقاً لقول الله عز وجل : " ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون " <sup>(٣)</sup> . وقوله عز من قائل : "إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " <sup>(٤)</sup> . وهذا المعنى هو الذي ينبغي أن يفهم حين يقال : إن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ، فلا يجوز تغيير الأحكام التي وردت في القرآن الكريم أو في السنة النبوية ، من مثل : أحكام الزواج والطلاق والميراث والحدود والقصاص والديات ونصاب الشهادة والتعامل بالربا والغرر والميسر ، ونحو ذلك مما

---

(١) عبد الوهاب خلاف ، السلطات الثلاث في الإسلام ، القاهرة : ١٤٠٠ هـ ، ١٩٨٠ م ، ص ٧٩ .

(٢) ابن الحاجب، منتهى الوصول في علمي الجدل والأصول، ط السعادة ، القاهرة ١٣٢٦هـ، ص ٢

(٣) سورة الجاثية : ١٨ .

(٤) سورة النساء : ١٠٥ .



ورد الشرع الشريف ببيان أحكامه بياناً شافياً ، امتثالاً لقول ربنا : " وأُنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه ، فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ... وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ، واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وإن كثيراً من الناس لفاسقون . أفحكم الجاهلية يبغون ؟ ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون " (٥) . وذلك بعد قوله تعالى : " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٦) ، " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون " (٧) ، " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون " (٨) .

٣ - ب - وأما التشريع بمعنى : بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة - ويسمى في الإسلام : الحكم الفقهي - فإنه : العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية (٩) ، ويفصل ذلك ابن خلدون بقوله : " الفقه : معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين ، بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة ، وهي متلقاة من

(٥) سورة المائدة : ٤٨ - ٥٠ .

(٦) سورة المائدة : ٤٤ .

(٧) سورة المائدة : ٤٥ .

(٨) سورة المائدة : ٤٧ .

(٩) الشهانوي ، كشف اصطلاحات الفنون ، الآستانة : ١٣١٧ هـ ، ج ١ ص ٣٦/٣٧ . الآمدي ،

الإحكام في أصول الأحكام ، بيروت : ١٩٨٥ ، ج ١ ص ٨ .

الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفة من الأدلة ، فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها : فقه " (١٠) . وقد تولى هذا العمل التشريعي - بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم - علماء الأمة من بين الصحابة والتابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين ، وكانوا في فجر الإسلام يسمون بالقراء ، لأن هذا النوع من التشريع كان مختصاً " بالحاملين للقرآن ، والعارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه ، وسائر دلالاته مما تلقوه عن النبي ، أو ممن سمعه منهم من عليتهم .. وبقي الأمر كذلك صدر الملة ثم عظمت أمصار الإسلام ، وذهبت الأئمة من العرب بممارسة الكتاب وتمكن الاستنباط وكمل الفقه وأصبح صناعة وعلماً ، فبدلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء " (١١) . وهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأة ، وإنما استمدوا الأحكام الفقهية من نصوص القرآن والسنة وما نصبه الشارع من الأدلة ، وما قرره من القواعد العامة ، (١٢) فاجتهدوا في الكشف عن الحكم الشرعي من دلالات النصوص وتتبع العلل والحكم والتعرف على مقاصد الشارع .

٤- وكثير من هذه الأحكام الفقهية قد بنى على غلبة الظن ، فإذا وافق اجتهاد الفقيه حكم الله كان صواباً ، وإذا لم يوافق كان خطأ ، ولكنه يشاب على اجتهاده لأنه لم يقصر في البحث ابتغاء الكشف عن الحكم الشرعي . ومن هنا جاءت صفة الإلزام للحكم الفقهي بالنسبة للمجتهد ، فإنه ملتزم بالعمل به ولا يجوز له أن يقلد غيره ، لأن اجتهاده أداؤه إلى ترجيح ما وصل إليه ، وغلب على ظنه أنه صادف حكم الله . ومع ذلك: فقد نص العلماء على أن مراعاة اختلاف الفقهاء من جملة أنواع الاستحسان ونقلوا عن الأئمة ما يدل على صفاء قلوبهم واتساع أفقهم إزاء مخالفاتهم. من ذلك ما روى من أن الإمام الشافعي صلى الصبح قريباً من مقبرة أبي حنيفة، فلم يقنت تأدباً معه، وقال: ربما انحدرنا إلى مذهب

أهل العراق . وما روى من أن أبا يوسف اغتسل يوم الجمعة في حمام قريب من المسجد، ثم صلى الجمعة إماماً، وبعد ذلك أخبر بوجود فأرة ميتة في بئر الحمام ، فقال : إذن نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة : إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً<sup>(١٣)</sup> .

٥- وأما غير المجتهد فإنه ليس ملزماً باتباع أو تقليد الحكم الفقهي الصادر عن مجتهد بعينه، في مقام الفتوى أو في مجال التعليم، لأن المجتهد لا ينشيء حكماً شرعياً، بل يحاول الكشف عن هذا الحكم باتباع الأمارات التي نصبها الشارع للوصول إليه. وهكذا يتساوى كل مجتهد أمام طالب الفتوى ، فله أن يختار من الأحكام الفقهية ما يطمئن إليه قلبه . ومن هنا أنكر البعض على اتباع المذاهب الفقهية جمودهم على تقليد مذهب معين، ودعوا الناس إلى التعرف على حكم الله -ولو بالسؤال - ممن يبين الحكم مستنداً إلى الدليل، وليس إلى إمام أو فقيه<sup>(١٤)</sup> .

٦- يبقى بعد ذلك التعرف على مدى القوة الملزمة للحكم الصادر عن القاضي سواء صدر هذا القضاء اتباعاً لحكم شرعي أو نتيجة لاجتهاد فقهي . والواقع أن هذه المسألة قد فصل فيها على ضوء تعريف القضاء لدى مختلف الاتجاهات الفقهية، فعند البعض : القضاء قول ملزم يصدر عن ولاية عامة<sup>(١٥)</sup> ، وعند البعض الآخر : هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام<sup>(١٦)</sup> . وهكذا يكاد

---

(١٣) ولي الله الدهلوي، الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف ، بيروت : ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م ، ص ١١ .

(١٤) ولي الله الدهلوي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠/٩٩ ، نقلاً عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام .

(١٥) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، القاهرة : ١٩٨٩ ، ص ٣١ .

(١٦) الشافعي ، الرسالة بتحقيق أحمد محمد شاكر ، القاهرة : ١٣٥٨ هـ ١٩٤٠ ، ص ٤٢٠/٤٢١ .

ينعقد الإجماع على أن الحكم القضائي - حتى لو جاء بما يخالف مذهب المحكوم له أو المحكوم عليه، يجب اتباعه، سواء كان المحكوم له أو عليه مجتهداً أو عامياً، وسواء كان الحكم بالحرمة وهو يعتقد الحل أو العكس<sup>(١٧)</sup>. كذلك لا يجوز للقاضي أن ينقض حكماً سبقه لاختلاف اجتهاده عما توصل إليه هذا الحكم، حيث أن ذلك يتضمن معنى القدرح في القضاة السابقين، والظاهر أن أحكامهم تعتبر صحيحة ونافذة، فيجب صيانة القضاء عن الابتذال<sup>(١٨)</sup>. وعلى ذلك: لو حكم قاض حنفي ببطلان خيار المجلس أو بصحة النكاح دون ولي، ثم عرض قضاؤه على قاض آخر لا يرى صحة هذا الاجتهاد، فليس لهذا الأخير أن ينقض تلك الأحكام، وإن فعل كان حكمه واجب النقض<sup>(١٩)</sup>.

٧- نخلص من ذلك إلى أن المقصود بأحكام الفقه الإسلامي في مجال التقنين: "الأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة... كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة، وكون العقد صحيحاً وفاسداً وباطلاً، وكون العبادة قضاء وأداء، وأمثاله"<sup>(٢٠)</sup>. سواء كانت هذه الأحكام قد شرعت ابتداء عن طريق القرآن والسنة، أو شرعت بياناً واستنباطاً عن طريق الأدلة التي نصيها الشارع وتتبع مقاصد الشرع. وسواء وردت هذه الأحكام على لسان الشارع نصاً مباشراً، أو وردت على ألسنة المجتهدين من العلماء والقضاة والمفتين. وسواء وصلت إلينا عن طريق الحفظ والرواية، أو عن طريق الكتابة في متون أو مدونات أو تأليف.

---

(١٧) محمود عرنوس، تاريخ القضاء في الإسلام، القاهرة: ١٣٥٢ هـ ١٩٣٤، ص ١٤٠/١٤١.

(١٨) القرافي، المرجع المتقدم، ص ٤١-٤٣.

(١٩) الماوردي، الأحكام السلطانية، القاهرة: ١٩٦٦، ص ٦٧/٦٨.

(٢٠) الغزالي، المستصفى، بولاق: ١٣٢٢ هـ، ج ١، ص ٥/٤.

لا فرق في ذلك بين اتجاه وآخر في كل زمان ومكان مادام كل اتجاه يتبع المنهج الصحيح في البيان والاستنباط وفق ما ضبطه العلماء في " أصول الفقه " .

### ثانياً- المراد من مصطلح " التقنين "

٨- قَنَّ يُقَنَّ تَقْنِيًا :وضع القوانين ، وهذا الاشتقاق بني على ألفاظ مولدة اعتمدتها المجامع اللغوية ، وتداولتها الألسنة ، وجرت بها الأقلام (٢١) . والقانون: مقياس كل شيء وطريقه .وهو في الاصطلاح: أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه ، أما في المجال الاجتماعي فإن له دلالة خاصة ودلالة عامة (٢٢) .

فدلالة القانون تكون خاصة : إذا أطلق وأريد به بعض القواعد التشريعية الملزمة التي تهدف إلى تنظيم وضع خاص أو جماعة معينة ، مثل قانون الخدمة المدنية وقانون المرور .

ودلالة القانون تكون عامة : إذا أطلق وأريد به مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع . وهذه الدلالة العامة هي التي تتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ القانون في مجال العلوم الاجتماعية ، سواء اعتبرنا القانون علماً أو فناً أو مزيجاً منهما . فالقانون بهذا المعنى يتكون من قواعد مجردة وعامة ، تهدف

---

(٢١) المعجم الوسيط ، بإشراف عبد السلام هارون ، القاهرة : ١٣٨٠ هـ ، ١٩٦٠ ، ج ١ ص ١١ ، ج ٢ ص ٧٦٩ .

(٢٢) إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، الكويت : ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م ، ص ١١/١٠ .

إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويلتزم بها الكافة عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها .

٩- وقد أدت حركة النشاط التشريعي المتطور إلى بعض التعارض بين النصوص المتناثرة ، وبين هذه النصوص والأعراف السائدة ، وبين بعض الأعراف المحلية المتعددة وبعضها الآخر ، فخرجت أحكام القضاء متضاربة ومتنافرة ، ولذا ساد فرنسا تحت حكم " نابليون بونابرت " فكرة تجميع التشريع المتعلق بفرع معين ، وتدوينه في مجموعة واحدة أطلق عليها اسم " تقنين " أو " مجموعة " أو " مدونة " ، وهكذا ظهر التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين الجنائي وتقنين المرافعات .. وغيرها (٢٣) . فالتقنين إذن مصطلح يقصد به واحد من أمرين :

أ- العمل التشريعي الرسمي المتعلق بجمع القواعد القانونية الخاصة بفرع متجانس من فروع القانون في مجموعة واحدة بعد ترتيبها وترقيمها وإزالة ما قد يعتريها من تعارض .

ب - المجموعة الرسمية ذاتها التي تضم فرعاً متكاملًا من فروع القانون (٢٤) .

١٠- والواقع أن الرّبط بين التقنين وقيام الثورة الفرنسية وظهور مجموعات نابليون ، أمر يحتاج إلى تأمل . فقد عرف التاريخ حركة التقنين منذ أمد بعيد ، ويمكن أن نذكر من ذلك على سبيل المثال : (٢٥)

---

(٢٣) نفس المرجع المتقدم ، ص ٨٦ .

(٢٤) نفس المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(٢٥) عبد السلام الترماني ، تاريخ النظم والشرائع ، الكويت : ١٩٧٥ ، ص ٤٧ وما بعدها .

- أ- مجموعة " حمورابي " : التي صدرت في بابل في القرن الثامن عشر قبل الميلاد .
- ب - مجموعة " مانو " : التي صدرت في الهند في القرن الثالث عشر قبل الميلاد .
- ج - مجموعة " بوخوريس " : التي صدرت في مصر في القرن الثامن قبل الميلاد .
- د - مجموعة " دراكون " : التي صدرت في أثينا في القرن السابع قبل الميلاد .
- هـ - مجموعة " صولون " : التي صدرت في أثينا أيضاً في القرن السادس قبل الميلاد .
- و - قانون الألواح الاثني عشر : الذي صدر في روما في القرن الخامس قبل الميلاد .
- ز - مجموعة " جوستينيان " : التي صدرت في روما كذلك في القرن السادس الميلادي .

١١- ولا يعني ذلك أن القانون لابد أن يكون مكتوباً ومجموعاً في مدونة خاصة بفرع محدد على ترتيب معين تحمل كل مادة منه رقماً يميزها عن سائر المواد ، فمن المعروف أن أرقى البلاد الديمقراطية " انجلترا " ليس لها دستور مدون حتى الآن ، وما يسميه الإنجليز دستوراً : إنما هو مجموعة قواعد يرجع بعضها إلى أصول تشريعية ويرجع بعضها الآخر إلى أصول قضائية . أما القانون العادي Common LaW فإنه نتاج أحكام المحاكم المتنوعة ، أو ما يسميه الإنجليز " Ratio decidandi " أي السبب المنطقي الذي استند إليه القاضي في حكمه ، والذي يعتبر قاعدة قانونية ، يتألف من مجموعها ما يسمى بالسوابق القضائية الملزمة . ثم يأتي التشريع بعد ذلك ، كمصدر ثانوي من مصادر القانون ، ليقوم ببعض

التصحیحات " Errata " أو الملحقات " Addenda " ، التي من شأنها أن تصحح أو تكمل الهيكل الأساسي للقانون الانجليزي الذي يتألف أساسا من القانون القضائي (٢٦) . وكثير من الولايات الأمريكية ودول مجموعة الأمم البريطانية " Comonwealth " لا تزال تتبع هذا النهج القانوني (٢٧) .

١٢- وإذا كانت كلمة " التقنين " حديثة الاستعمال في اللغة العربية ، إلا أن لفظ " القانون " وثيق الصلة بهذه اللغة : حيث يذهب رأي أول إلى القول بأن هذا اللفظ ليس بعربي ، وإنما دخل العربية عن الرومية أو الفارسية (٢٨) أو السريانية (٢٩) أو العبرية (٣٠) أو اللاتينية (٣١) . وقد جاء في المعجم الفرنسي " لاروس " : أن كلمة قانون يونانية الأصل ، نقلت إلى اللاتينية ومنها إلى الفرنسية ، ومعناها : القاعدة . وذكر أن من معانيها : مجموعة الكتب المعتبرة

- 
- (٢٦) عبد السلام الفرمانيني ، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، الكويت ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ ، ص ٢١٤ - ٢٢٤ .
- R.David, Les Grands systèmes de droit contemporain , Paris 1974, P. 320 et ss.
- (٢٧) سمير عالية ، علم القانون والفقہ الإسلامي ، بيروت : ١٤١٢ هـ ١٩٩١ ، ص ٤٤ .
- (٢٨) الرازي ، مختار الصحاح ، بيروت : ١٩٨١ ، مادة " ق ن ن " . الفيومي ، المصباح المنير ، القاهرة : ١٩٥٠ ، فصل " القاف مع النون وما يثلثهما " . المعجم الوسيط ، ج ٢ ص ٧٦٩ . الزبيدي ، تاج العروس ، ١٣٠٧ هـ ، ج ٩ ، مادة " ق ن ن " .
- (٢٩) أبو البقاء ، الكليات ، ط. الأميرة : ١٢٥٣ هـ ، القسم الرابع ، فصل القاف ، ص ٦٠ .
- (٣٠) سمير عالية ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .
- (٣١) سمير عالية ، نفس الموضوع ، نقلا عن عدة مراجع أوردها في هـ (٢٣) : وهو مستخرج من كلمة (kanôn) اللاتينية ، التي تعني المسطرة أو القاعدة ، وقد اقتبس منها الفرنسيون كلمة (Canon) ليطلقوها على قرارات المجامع الكنسية ، ثم أخذها الانجليز عنهم وأطلقوها بدورهم على القانون الكنسي (CanonLaw) .



وحياً إلهياً<sup>(٣٢)</sup> . بينما يذهب رأي آخر إلى القول بأن لفظ " القانون " عربي الأصل مادة وشكلاً<sup>(٣٣)</sup> : فأصل لفظ قانون ( قن ) ، ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان في معرفته . وأما من حيث شكله فهو من صيغة عربية على وزن ( فاعول ) ، وهي تدل على الكمال وبذل الجهد . إضافة إلى أن لفظ " قانون " لم يرد في المجموعات العربية التي وضعت للتنبيه على الألفاظ المستعربة ، مثل كتاب أبي منصور الجواليقي : " المعرب من الكلام الأعجمي " (٣٤) .

١٣- ومهما يكن من أمر ، فقد استعمل العلماء المسلمون لفظ " القانون " في معنييه السابقين :

أ - في معناه العام : أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه ، ومن ذلك على سبيل المثال :

- (١) ابن سينا ( المتوفي سنة ٤٢٨ هـ ) : القانون في الطب .
- (٢) البيروني ( توفي عام ٤٤٨ هـ ) : القانون المسعودي في الهيئة والنجوم.
- (٣) التهانوي ( المتوفي حوالي ١١٦٠ هـ ) : القاعدة " هي في اصطلاح العلماء تطلق على معان ترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد . وعرفت بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف

---

"Ensemble des Livres considérés comme inspirés par Dieu " . (٣٢)  
Nouveau petit Larrousse, art. Canon.

(٣٣) سمبر عالية، نفس الموضوع، نقلاً عن : عبدالله النقشبدي وعبدالباقى البكري .

(٣٤) حققه : أحمد محمد شاكر، وطبع بالقاهرة: ١٣٦١ هـ .

(٣٥) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، المرجع السابق ، ج ٦ ص ٢٧٨ .

أحكامها منه " (٣٥) .

(٤) الغزالي ( المتوفي سنة ٥٠٥ هـ ) : قانون التأويل .

ب - في معناه الخاص بالمجال الاجتماعي : مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، من ذلك :

(١) ابن تيمية ( المتوفي سنة ٧٢٨ هـ ) : " فتلك القواعد الفاسدة التي جعلوها قوانين .. ثم إن هذه القوانين فيها ما هو صحيح لا ريب فيه " (٣٦) .

(٢) ابن جزري ( المتوفي سنة ٧٤١ هـ ) : ألف كتاباً أسماه " قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية " وقال في مقدمته : " أما بعد ، فهذا كتاب في الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، على مذهب إمام المدينة أبي عبدالله مالك بن أنس .. ثم زدنا إلى ذلك : التنبيه على كثير من الاتفاق والاختلاف الذي بين الإمام المسمى وبين الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، والإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت والإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل ، لتكمل بذلك الفائدة ويعظم الانتفاع " (٣٧) . ونلاحظ في صفحة ١٩٢ من هذا الكتاب العنوان التالي : " القسم الثاني من القوانين الفقهية في المعاملات ، وفيه عشرة كتب " .

(٣) ابن الجوزي ( المتوفي سنة ٥٩٧ هـ ) : " لم يزل الناس على قانون السلف وقولهم إن القرآن كلام الله غير مخلوق ، حتى نبغت المعتزلة فقالت بخلق

---

(٣٦) محمد عبد الجواد ، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ، الاسكندرية ١٩٧٧ ،

ص ١٤ ، نقلاً عن مجموع فتاوي ابن تيمية ، ط : ١٣٨١ هـ ، المجلد الخامس ، ص ٣٤١ .

(٣٧) ابن جزري ، قوانين الأحكام الشرعية ، القاهرة : ١٩٨٥ ، ص ٢ .

القرآن، وكانت تستر ذلك، وكان القانون محفوظاً في زمان الرشيد" (٣٨) .

(٤) ابن خلدون ( المتوفي سنة ٨٠٨ هـ ) : جاء في " المقدمة " عند ذكر "ديوان الأعمال والجبايات " قوله : " والرجوع في ذلك إلى القوانين التي يرتبها قومة تلك الأعمال وقهارة الدولة ، وهي كلها مسطرة في كتاب شاهد " (٣٩) . وعند ذكر "أصول الفقه" يقول : " فلما انقرض السلف، وذهب الصدر الأول ، وانقلبت العلوم كلها صناعة .. احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل القوانين .. والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة " (٤٠) .

(٥) ابن رشد (المتوفي سنة ٥٩٥ هـ): " لتكون كالقانون للمجتهد " (٤١)  
(٦) ابن قيم الجوزية ( ٧٥١ هـ ) : استعمل مصطلح " قوانين سياسية " للدلالة على القواعد المقننة بأوامر ولادة الأمر بناء على دواعي السياسة الشرعية (٤٢) .

(٧) أبو البقاء ( المتوفي سنة ١٠٩٥ هـ ) : القانون : كلمة سريانية بمعنى المسطرة، ثم نقل إلى القضية الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات

---

(٣٨) عبد الستار أبو غدة ، دور الفقه الإسلامي في الوقت الحاضر ، ضمن محاضرات الموسم الثقافي العاشر للكلية والمعاهد العلمية ، الرياض : ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م ، ص ١٤٦ .

(٣٩) ابن خلدون ، المقدمة ، تحقيق علي عبد الواحد وافي ، ط ٢ ، ج ٢ ، ص ٧٨٣ .

(٤٠) ابن خلدون ، المقدمة ، ط ٣ دون تاريخ ، بيروت ، ص ٤٥٤/٤٥٥ .

(٤١) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ص ١٣١ .

(٤٢) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ط . بيروت " دار الجيل " ، ج ٤ ، ص ٣٧٢/٣٧٣ . سمير عالية ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

المحكوم عليه فيها، وتسمى تلك القضية: أصلاً وقاعدة ، وتلك الأحكام :

فروعاً ، واستخراجها من ذلك الأصل : تفرعاً<sup>(٤٣)</sup> .

(٨) أبو الريحان ( المتوفي سنة ٤٤٨ هـ ) : " روي الشعبي : أن أبا موسى الأشعري كتب إلى عمر بن الخطاب : أنه تأتينا منك كتب ليس لها تاريخ، وقد كان عمر دون الدواوين ووضع الأخرجة والقوانين ، واحتاج إلى تاريخ، ولم يحب التأريخات القديمة ، فجمع عليه عند ذلك واستشار، فكان أظهر الأوقات وأبعدها من الشبه والآفات : وقت الهجرة وموافاة المدينة " (٤٤) .

(٩) أبو يعلى ( توفي سنة ٤٥٨ هـ ) : " ..أن يستولى الأمير بالقوة على بلاد يقلده الخليفة إمارتها، ويفوض إليه تدبيرها وسياستها .. وهذا وإن خرج عن عرف التقليد المطلق ، ففيه من حفظ القوانين الشرعية ما لا يجوز أن يترك فاسداً " (٤٥) . " والذي يتحفظ بتقليد المستولي من قوانين الشرع سبعة " (٤٦) ، وذكرها .. " ويشتمل النظر في المظالم عن عشرة أقسام : .. الثاني : جور العمال فيما يجتبنونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة ، فيحمل الناس عليها " (٤٧) .

---

(٤٣) الكلبيات ، مرجع سابق ، قسم ٤ ص ٦٠ .

(٤٤) أبو الريحان البيروني ، الآثار الباقية عن القرون الخالية ، ليبسك : ١٨٧٨ ، ص ٢٩-٣١ .  
والديوان : جريدة الحساب ، ومعنى أن عمر دون الدواوين : أي جمعها في جريدة أو كتاب ، ومنه التدوين : أي جمع ما تشئت في ديوان .

(٤٥) القاضي أبو يعلى الفراء ، الأحكام السلطانية ، القاهرة : ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ ، ص ٣٧ .

(٤٦) نفس المرجع المتقدم ، ص ٣٨ .

(٤٧) نفس المرجع ، ص ٧٦ .

" فأما كاتب الديوان - وهو صاحب زمامه - فالمعتبر في صحة ولايته شرطان : " العدالة ، والكفاية .. فإذا صح التقليد فالذي ندب له ستة أشياء : حفظ القوانين ، واستيفاء الحقوق ، وإثبات الرقوع ، ومحاسبات العمال ، وإخراج الأموال ، وتصفع الظلامات " (٤٨) " وإن تقدمته القوانين المقررة فيها رجع فيها إلى ما أثبتته أمناء الكتاب إذا وثق بخطوطهم .. القوانين الديوانية من الحقوق العامة التي يقل المباشر لها مع كثرة انتشارها ، فضاقت حفظها بالقلب ، فلذلك جاز التعويل فيها على الخط " (٤٩) .

(١٠) الرازي ( المتوفي سنة ٣٢٧ هـ ) : " كانوا قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه ، ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجع إليه في معرفة دلائل الشريعة ، وفي كيفية معارضاتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه ، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع " (٥٠) .

(١١) الرازي، محمد بن عمر ( المتوفي سنة ٦٠٦ هـ ) : " واعلم أن الله تعالى لما بين القانون الأعظم ، والقسطاس الأقوم في أعمال الدنيا والآخرة ، أردفه بالتنبيه على ما هو الأصل في باب الضلالة والشقاوة ، فقال : (أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ) " (٥١) .

---

(٤٨) نفس المرجع السابق ، ص ٢٥٣ .

(٤٩) نفس المرجع ، ص ٢٥٤ .

(٥٠) نقله : أحمد محمد شاكر عن ابن أبي حاتم الرازي في مناقب الشافعي ( ص ٥٧ ) ، وأورده في مقدمة الرسالة للإمام الشافعي ، مرجع سابق ، ص ١٣ .

(٥١) الفخر الرازي، التفسير الكبير، مصر: ١٣٠٧هـ، ج ٢٧، ص ١٦٣. والآية من سورة الشورى : ٢١ .

(١٢) الزركشي ( توفي سنة ٧٩٤ هـ ) يقول في مقدمة كتابه الذي جمع فيه قواعد الأحكام في الفقه الشافعي : " أما بعد: فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة ، هو أوعي لحفظها ، وأدعى لضبطها ، وهي إحدى حكم العدد التي وضع لأجلها .. وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب ، وتنظم عقده المنشور في سلك ، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك " (٥٢) .

(١٣) الزنجاني ( توفي سنة ٦٥٦ هـ ) يقول في مقدمة كتابه " تخرىج الفروع على الأصول " : " وموضوع علم الفقه هو أفعال العباد ، وحقيقته تهذيبات دينية وسياسات شرعية ، شرعت لمصالح العباد ، إما في معادهم كأبواب العبادات ، أو في معاشهم كأبواب البياعات والمناكحات وأحكام الجنائيات ثم لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول ، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ، ولا يهتدي إلى وجه الارتباط ، بين أحكام الفروع وأدلتها - التي هي أصول الفقه - لا يتسع له المجال ، ولا يمكنه التفرع عليها بحال ، فإن المسائل الفرعية على اتساعها وبعد غاياتها ، لها أصول معلومة ، وأوضاع منظومة ، ومن لم يعرف أصولها لم يحط بها علماً .. فحررت هذا الكتاب كاشفاً عن النبأ اليقين ، فذلت فيه مباحث المجتهدين ، وشفيت غليل المسترشدين .. فتحرر الكتاب - مع صغر حجمه - حاوياً لقواعد الأصول ، جامعاً لقوانين الفروع " (٥٣) .

---

(٥٢) الزركشي ، المنشور في القواعد ، بتحقيق تبسیر فائق ، الكويت : ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م ، ج ١ ص ٦٦/٦٥ .

(٥٣) الزنجاني ، تخرىج الفروع على الأصول ، بتحقيق محمد أديب صالح ، بيروت : ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ ، ص ٣٣ - ٣٥ .

- (١٤) السبكي ( المتوفي سنة ٧٧١ هـ ) : " وما ذاك إلا لاشتغال الشافعي بما هو أهم من ترتيب قوانين الشريعة " (٥٤) .
- (١٥) الغزالي ( توفي سنة ٥٠٥ هـ ) : جاء في المستصفى : " الفن الأول في القوانين : وهي ستة .. " (٥٥) .
- (١٦) القرافي ( المتوفي سنة ٦٨٤ هـ ) : " وعلى هذا القانون تراعى الفتاوي .. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام " (٥٦) .
- (١٧) الماوردي ( توفي سنة ٤٥٠ هـ ) : الباب السابع في ولاية المظالم : "والقسم الثاني : جور العمال فيما يجيونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة، فيحمل الناس عليها، ويأخذ العمال بها " (٥٧) . وجاء في الحديث عن إمارة الاستيلاء التي تعقد عن اضطرار : " وهذا وإن خرج عن عرف التقليد المطلق في شروطه وأحكامه ، ففيه من حفظ القوانين الشرعية وحراسة الأحكام الدينية ما لا يجوز أن يترك مختلاً مدخولاً ، ولا فاسداً معلولاً " (٥٨) وقال بمناسبة ولاية كاتب الديوان : " فإذا صح تقليده فالذي ندب له ستة أشياء : " حفظ القوانين ... الخ. فأما الأول منها : وهو حفظ القوانين على الرسوم العادلة من غير زيادة تتحيف بها الرعية أو نقصان ينثلم به حق بيت المال ، فإن

---

(٥٤) السبكي ، طبقات الشافعية الكبرى ، مصر : ١٣٢٤ هـ ، ج ٥ ص ٢٢١ .

(٥٥) الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، القاهرة : ١٣٥٦ هـ ، ج ٢ ص ٨ .

(٥٦) القرافي ، الفروق ، القاهرة : ١٣٤٤ هـ ، ج ١ ص ١٧٦/١٧٧ .

(٥٧) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، المرجع المتقدم ، ص ٨٠ .

(٥٨) نفس المرجع السابق ، ص ٣٣ .

قررت في أيامه .. وإن تقدمته القوانين المقررة فيها .. القوانين الديوانية من الحقوق العامة " (٥٩) . " وأما الخامس ، وهو إخراج الأحوال : فهو استشهاد صاحب الديوان على ما ثبت فيه من قوانين وحقوق " (٦٠) .

(١٨) مجلة الأحكام العدلية : " المادة الأولى : الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية .. فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل ، يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية " (٦١) .

(١٩) ميرزا أبو القاسم القمي ، القوانين المحكمة ، إيران : ١٣٠٢ هـ .

### ثالثا- موازنة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية

الموازنة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية تقتضي النظر إلي كل منهما من حيث الشكل ، ومن حيث الموضوع ، ومن حيث الصياغة .

١٤- من حيث الشكل : تتصف القاعدة القانونية بكونها : مجردة وعامة ، تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويلتزم بها الكافة عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها . وهذه الصفات تتوافر في القاعدة الشرعية على النحو التالي :

١٥- ١- التجريد والعموم : تتميز القاعدة القانونية بكونها مجردة عند نشأتها وصياغتها ، عامة عند تنفيذها وتطبيقها . ومقتضى تجريد القاعدة القانونية : أن

---

(٥٩) نفس المرجع السابق ، ص ٢١٥/٢١٦ .

(٦٠) نفس المرجع ، ص ٢١٨ .

(٦١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، ج ١ ص ١٧/١٦ .