

# التجربة الفقهية لصياغة فقه العقود أساليبها وخصائصها وأثرها على الصياغة التشريعية المعاصرة

د. حمزة بونعاس

محاضر ب

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة.

مداخلة في المؤتمر العلمي الدولي: "إشكالية الصياغة القانونية وأثرها على جودة التشريع"

المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

يوم 2022/05/11

محور المشاركة: المحور الرابع: التجارب الدولية في مجال الصياغة القانونية.

عنوان البحث باللغة العربية: التجربة الفقهية لصياغة الفقه أساليبها وخصائصها وأثرها على الصياغة

التشريعية المعاصرة

عنوان البحث باللغة الإنجليزية :

**The jurisprudential experience of drafting the jurisprudence of contracts, its methods, characteristics, and its impact on contemporary legislative drafting.**

ملخص البحث:

تعتبر صياغة العقود من وسائل تنظيم العمران البشري وعلاقات الأفراد داخله، وقد ظلت الأمم والحضارات تضبط قوانينها المالية والاجتماعية والقضائية وفق صياغة تمكنها من الحفاظ على النسيج الاجتماعي والنمو المالي لها منذ الزمن الأول إلى عصرنا هذا حيث ظهرت عدة أزمات عالمية متتالية في مجال المال والاقتصاد والسياسة والاجتماع أفرزت للإنسانية عدة صور وأشكال من العقود المالية والاجتماعية والتنظيمية التي لم تكن معروفة من قبل. فتحت على المؤسسات التشريعية الدولية والعالمية العمل على إيجاد البدائل للتجارب السابقة وإعادة صياغة قوانينها وفق أساليب متينة تُخرجها من الأزمات الفاشية.

ويعد الفقه الإسلامي عموماً وفقه الوثائق والشروط عند الفقهاء الصنعة الفقهية الأمثل لمعرفة أساليب وتقنيات الصياغة الفقهية التي حكمت وضبطت مؤسسات الدول الإسلامية مشرقاً ومغرباً قروناً من الزمن في عز الحضارة الإسلامية، وإنه حري بالدراسات المعاصرة حول إشكاليات الصياغة والتقنين القانوني والفقه أن تستفيد من هذه التجربة في ظل البحث عن مخارج من الأزمات المالية والاجتماعية المعاصرة. فإلى أي مدى يمكن التقارب بين هذه التجارب والاستفادة منها في ضبط المنظومة التشريعية المعاصرة؟

ولإظهار هذه التجربة وبيان مميزات وأساليبها التقنية قصد بيان أهميتها في مشاركة التجارب الوضعية القانونية في ضبط صياغة القوانين والنظم نقدم هذه الورقة البحثية في النقاط التالية:

- مفهوم الصياغة الفقهية وعلاقتها بالتقنين.
- آليات الصياغة الفقهية وأساليبها.
- تقنيات الصياغة الفقهية.
- مصادر الصياغة الفقهية.
- أثر التجربة الفقهية المالكية للصياغة على القانون الوضعي (المنظومات التشريعية الوضعية من عهد جستينيان و نابوليون واعتمادها على التجربة الفقهية، ثم اعتماد مشرعة القانون على تلك المنظومات في الصياغة).

### أولاً : مفهوم الصياغة الفقهية وعلاقتها بالتقنين

إن مصطلح الصياغة الفقهية مصطلح حادث أوجدته ضرورة التقنين الوضعي واعتماد القضاء عليه؛ حيث بدأت فكرة تقنين الفقه وفق مدونات ومواد قابلة للتنفيذ والتطبيق مع بداية الانفتاح الفقهي على القوانين والتشريعات الوضعية، ولم يكن التشريع الفقهي قديماً يعرف هذا المصطلح وإنما شاع استخدامه عند الفقهاء الباحثين المعاصرين في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وكذا في الدراسات التي عنيت بالتجديد الفقهي، لذلك مفهوم هذا المصطلح يقتصر على تعريفات المعاصرين له.

وقد عرفه جمعٌ من الباحثين بتعريفات عدة منها تعريفات بالحد ومنها التعريفات بالرسم، وقد أحسن الدكتور فهد بن هيثم الرومي في أطروحته الموسومة بالصياغة الفقهية في العصر الحديث إذ جمع جل التعريفات المعاصرة لهذا المصطلح، وبين طريقة تبلور الفكرة منذ ظهورها إلى نضجها، حيث ساق تعريف الشيخ الزرقا والشيخ عبد الرزاق السنهوري شيخنا هذا الفن، وباعثاً التجديد فيه، كما ذكر تعريف كل من د. عبد المجيد النجار ود. وهبة الزحيلي، ود. مناع القطان ، ود. محمد الروكي وغيرهم، ثم خرج بتعريف للصياغة الفقهية بأنها: العرض المرتب للأحكام والمعاني الشرعية بعد استنباطها من مصادرها بأسلوب فقهي منضبط شكلاً ومضموناً<sup>(1)</sup>.

وبعد اطلاعنا على جميع هذه التعاريف وغيرها مما لم يذكره الباحث السالف الذكر يظهر لنا أن الصياغة الفقهية بمفهومها الدقيق هي: تهيئة الأحكام الشرعية الفقهية في قوالب من حيث الشكل والأسلوب، لتصبح قابلة للتنفيذ الفعلي لها<sup>(2)</sup>.

(1) الصياغة الفقهية، فهد الرومي، دار التدمرية، الرياض، 2012م، ص 29.

(2) منهج صياغة العقود في المذهب المالكي واستثماره في صيغ العقود المعاصرة، د. حمزة بونعاس، ص 9.

إذ الغرض من الصياغات الفقهية هو قابليتها للتنفيذ والتطبيق.

وإذا كان التقنين أو القانون عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وغموض - في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع<sup>(3)</sup>.

فإن بينه وبين الصياغة تكامل؛ فالصياغة هي العمل الأول الذي يُصبح عند الانتهاء منه في شكل قانون، فالصياغة تعنى بضبط الكلمات وتنسيقها وإزالة اللبس الواقع فيها، فإن تمت الصياغة في باب ما سُمي ذلك الناتج قانوناً.

وقد لاقى تقنين الأحكام الفقهية على نسق الأحكام الوضعية خلافاً كبيراً بين الباحثين في العصر الحديث، ثم استقر الأمر كونه ضرورة ملحة لبعث الموروث الفقهي في صورة معاصرة تكون مع القوانين الوضعية في ضبط تصرفات الناس فيما تُلح الضرورة رجوعه إلى الشرع.

لذلك نرى أن صياغة الفقه على شكل قوانين وقوالب قابلة للتنفيذ أمر ملح وصنعة واجب على أهل الفقه تحملها، كما نرى ضرورة استفادة أهل القانون من التجربة الفقهية في سد عديد الثغرات القانونية، فالأمر تكامل بين القانون والفقه في ضبط النظم والتشريعات.

وإن كان الباحثون يذكرون بأن مصطلح الصياغة والتقنين الفقهي مصطلح حادث بدأ مع مجلة الأحكام العدلية؛ تلك التجربة في تقنين الفقه الحنفي لاقت استحساناً من كثير من الفقهاء، كما لاقت نقداً كذلك، وأن الأوان إلى استرجاع تقنين الفقه وفق صياغات محكمة تتواءم مع العصر ومقتضياته.

فإن الصنعة الفقهية وصياغة الفقه وأساليب وعبارات وتقنيات الصنعة الفقهية تزخر بها المذاهب الفقهية كلها في مدونات ضخمة متعددة، خاصة في كتب الوثائق والشروط التي أظهرت تلك الصنعة جلية واضحة، ومن الوفاء لهذه التركة الفقهية أن تتكاتف جهود الباحثين في خدمتها والاستفادة منها في ضبط النظم التشريعية المعاصرة للحد من بعض الثغرات والهبوات التشريعية التي تسببت في خلق وضعيات معيشية معقدة.

فمثلاً إن نظرنا إلى الفقه المالكي ودوره في ضبط الحياة الاقتصادية والاجتماعية والمالية والسياسية والدينية في الرقعة المغاربية والأندلسية لأكثر من عشرة قرون خالصة له دون غيره

(3) تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، ص21.

ونجاعته في ذلك، يتأكد لنا يقينا أن التجربة الفقهية قادرة على احتواء الصياغات المعاصرة، وقادرة على التأثير فيها، وقادرة على التعايش معها، وقادرة التكامل معها.

### ثانيا: آليات الصياغة الفقهية وأساليبها.

ولأهمية الصياغة الفقهية كتجربة ضرورية للاستفادة منها في ضبط المنظومة التشريعية المعاصرة فإننا نقدم الآليات والتقنيات التي تقوم عليها الصياغة الفقهية عموما وصياغة العقود بشكل أخص.

#### - آليات الصياغة الفقهية

بالرجوع إلى كتب الوثائق والشروط عند المسلمين نلاحظ بعض الأدوات والآليات الواجب توفرها في الصياغة الفقهية وهي:

1. لغة الصياغة؛ إن قضية المصطلح قضية محورية في العلوم ، فالعلوم الشرعية مثلا تختلف مصطلحاتها وإن اتفقت في لغة فهمها وهي العربية، وأمر الاختلاف في المصطلحات أكد بين علوم الشريعة وغيرها من العلوم، لذلك يستوجب على الصائغ أن يقف على لغة الصياغة بعناية حتى لا يقع في اللبس والتناقض. ومما لا يُشك فيه أن لغة الصياغة الفقهية عربية بسبب مصادر التشريع الأساسية في الفقه وهما الكتاب والسنة المطهرة العربيان، ولا غرابة في ذلك.

فلغة الفقه عربية ابتداءً، وهي تتكون من مصطلحات اتفق أهل الفقه على معانيها منذ الزمن الأول للتشريع حتى تتمايز عن غيرها من المصطلحات المشابهة، ولتدلّ على معناها المراد دلالة واضحة، ولا زال الأمر على هذا الاتفاق في كل الأزمنة إلى وقتنا هذا.

أما اللغة الفقهية فهي الألفاظ التي استعملها الفقهاء للدلالة على معنى خاص زائد عن المعنى اللغوي الأصلي، أو هو اللفظ الذي جعل لقباً لمسألة ما<sup>(4)</sup>.

وأهم ما تحتاجه اللغة الفقهية من العربية بناء الجملة في النص الفقهي والنظام اللغوي في فهم النص الفقهي؛ فالنحو والصرف والبيان والتركيب والبلاغة كلها أدوات تُستخدم في الصنعة الفقهية وصياغة الأحكام الشرعية، فكثير من القواعد الأصولية والأحكام الفقهية لها صلة بالقواعد

(4) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/1.

اللغوية وحروف المعاني. إذ لا يمكن فهم النص الشرعي واستنباط الحكم منه دون استيعاب اللغة العربية، ومن هنا قرر علماء الأصول أن من شروط الاجتهاد التمكن من اللغة العربية صرفاً ونحواً وبلاغة<sup>(5)</sup>، وقد اعتبر الشاطبي درجات الاجتهاد بحسب التمكن من العربية فقال: المبتدئ في العربية مبتدئ في فهم الشريعة، والمتوسط فيها متوسط في فهم الشريعة، فإذا انتهى إلى درجة الغاية في العربية كان له ذلك في الشريعة، فكان فيها حجة<sup>(6)</sup>.

واللغة الفقهية على أنواع؛ منها لغة الأصول والقواعد العامة، ومنها لغة الفقه المباشرة الدالة على الأحكام مباشرة. وهي لغة لها خصائصها التي تميزها عن لغة التشريع الوضعي فهي ربانية المصدر فلا خلاف في مصدريتها بخلاف لغة القانون، وهي لغة شاملة لجميع مناحي الحياة قابلة للتنفيذ، واقعية تتوالم مع الأزمنة والأمكنة.

ومما يجب التنويه له من خلال هذه المداخلة أن الأصل في لغة التشريع أن تكون من اللغة الوطنية، بمعنى أن مصدرية اللغة القانونية وطنية ترجع ألفاظها لها، فكل وطن يرغب في سنّ قوانين يتخذ من لغته الأم مصدراً للصياغة، وقد ذكر الباحث جيرارد كورني أن لغة القانون استعمال خاص للغة الوطنية<sup>(7)</sup>.

ومما أكدّه الباحثون أن لغة القانون لها علاقة مباشرة بالثقافة الوطنية للمجتمع، فما من قانون إلا ويعبر عن ثقافة مجتمعه الدينية والسياسية والاجتماعية والتاريخية والاقتصادية، فالخطاب القانوني حامل للبعد الثقافي ليس في الكلمات والعبارات فحسب بل حتى في طريقة التعبير عنها<sup>(8)</sup>، فمن الجيد أن تكون لغة التقنين في الوطن العربي خصوصاً نابعة من ثقافتنا وتاريخنا وبيئتنا، بدل ترجمتها حرفياً دون الرجوع إلى انتمائنا الثقافي، مما يخرق الثقة في القانون.

والذي يدل على ذلك أن كل دولة اختارت النظام القانوني الذي يتوالم مع انتمائها الثقافي فنتجت عدة قوانين: القانون الروماني الجرمانى السائد في فرنسا وغيرها من البلدان ذات الثقافة الواحدة، والقانون الإنجليزي السكسوني السائد في المملكة المتحدة وغيرها، والنظام الإسلامي الذي اعتمده الدول العربية والإسلامية منذ نشأته ثم صيغ في مجلة الأحكام العدلية وظل العمل وفقه

(5) انظر: شرح تنقيح الفصول، القرافي، ص 437.

(6) الموافقات، الشاطبي، 53/5.

(7) Linguistique juridique, Gerard Cornu, montchrestien, paris, 1990, p22.

(8) aspects théoriques et pratiques , :La traduction juridique et son enseignement

Gémar Jean Claude, in meta, vol 24,n1, 1979, p37,45.

إلى غاية زمن الاستعمار، والقانون المختلط الذي رُكّب من عدة أنظمة وهو السائد في الدول المستعمرة وخاصة إفريقيا<sup>(9)</sup>.

2. الصائغ ؛ وهو ضابط النص الفقهي وفق قالب قابل للتنفيذ، وفي التجربة الفقهية اصطلح عليه بالمجتهد وقد وضح الأصوليون شروطه وصفاته من أجل تنظيم عملية الاجتهاد وصياغة النص وإنتاجه، ومع تمايز العلوم وتطورها وتجزئها وظهر الخطط الدينية، ظهر منصب الموثق الذي يُعنى بضبط العقود والشهود والسماع وتنفيذ الأحكام القضائية، وقد أبدع فيه فقهاء المالكية إبداعا كبيرا إلى حد الإحكام، وقد توالى الدراسات الفقهية حول صفات الصائغ وشروطه ووصف مهمته وطريقته في الصياغة، وطريقة حفظ وتوثيق وثائقه. كالإمام الونشريسي في كتابه المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، حيث أبان فيه عن مفهوم الموثق أو الصائغ وشروطهن وكذلك طرق تعيينه.

فمن غير المعقول في العصر الحديث أن توكل مهمة التشريع والصياغة إلى من لم تتوفر فيهم تلك الشروط المعبر عنها في كتب الفقه وكتب القانون على حد سواء، إذ لا بد على أن التشريع أن تكون من أولى أولوياتهم ضبط من له أخلية الصياغة والتشريع ضبطا دقيقا حتى لا يتطفل على التشريع من لا أهلية له فتصدر التشريعات عرجاء لا أثر لها.

3. أنواع الصياغة الفقهية؛ إن الباحث في التراث الفقهي المنتبج لمنهج الفقهاء في تحليل النص واستنطاقه واستنباط الحكم منه والتعبير عنه يلحظ نوعين من النصوص الفقهية:

- الصياغة الفقهية القطعية؛ وهي النصوص التي لها معنى واحد بلفظ خاص ولا تقبل الاحتمال والتغيير مطلقا، مثل صيغة الأمر الدالة على الوجوب قطعا، وصيغة النهي الدالة على التحريم قطعا، والنص الذي لا يتطرق إلى الاحتمال كالأعداد والعدد والكفارات وغيرها. لذلك من الضروري أن تكون الأحكام التي تدل عليها الصياغة الفقهية القطعية مصاغة بأسلوب واضح مثل أحكام الميراث التي وقع عليها الإجماع فإنه ينبغي أن تصاغ بأسلوب قطعي يرفع الخلاف والشك منها.

وهذا النوع من النصوص لا يصعب تطبيقها ولا يتأخر لوضوحها.

(9) المدخل لدراسة القانون والشريعة، عالية سمير، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م، ص 32. 35.

- الصياغة الفقهية الظنية؛ وهي النصوص التي تدل على معنى واحد أو أكثر بألفاظ تقبل التغيير والاحتمال، مثل النص الخفي والمجمل والمشكل والمطلق وغيرها، وهو الباب الواسع في الشريعة، رحمة من الله للبشرية ليترك للعقول المؤهلة في فهم الخطاب الشرعي الاجتهاد في استخراج الحكم الشرعي الذي يتوالم وطبائع الناس ومستجداتهم وأعرافهم.

وهذا النوع من الصياغات يكثر حوله الاجتهاد والتفسير والترجيح.

### ثالثاً: تقنيات الصياغة الفقهية

ونقصد بها طرق تنظيم الصياغة الفقهية في تلك القوالب المحكمة القابلة للتنفيذ ومنها:  
- **تقنية التبويب والتقسيم**؛ ويُقصد به فصل كل موضوع لمفرده، وتقنية التبويب وُجِدَت محاولةً في قانون حمورابي، ثم تكررت محاولات الروم في ضبطها، ثم قانون جستينيان الذي يُعدّ أحكمها وأضبطها، ومع ذلك يذكر الدارسون لتاريخ التقنين أن تلك المحاولات لم تكن ممنهجة ولا منظمة<sup>(10)</sup>.

ثم تجد الدارسين لتاريخ التبويب والتقسيم يرجعون الفضل في هذا التخطيط إلى قانون نابوليون بونابرت<sup>(11)</sup> وتتص هذه البحوث على أنه أول من أسس لأسلوب التبويب في وثائق العقود<sup>(12)</sup>.

وفي نص واضح من الخبير والباحث في صياغة وترجمة العقود محمود علي صبرة الذي عوّل على عمله كثيرٌ ممن كتبوا في الصياغة القانونية، يذكر أن التشريعات القديمة كانت تخلو من أي نمط تبويب، بل كانت الوثيقة تبدو وحدة واحدة غير مجزأة، تُكتب من الهامش إلى الهامش دون توقف، نتيجة ربط أكثر من مستند في مستند واحد، وأن محرري الوثائق في أوروبا لجؤوا إلى تبويب وتقسيم الوثائق لمواجهة حالات الفوضى والحشو القائم في المستندات والوثائق القديمة وذلك في سنة 1854م بعد أن دعا إلى

---

<sup>(10)</sup> انظر: مشكلات التشريع، دراسية نظرية وتطبيقية مقارنة، د. عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م، ص 67.

<sup>(11)</sup> وهو إمبراطور فرنسي (1769م\_1821م) عمل في القطاع العسكري الفرنسي، وهو من جعل فرنسا دولة استعمارية منافسة لانتلتر، واختار الشرق الأوسط (مصر) حيث قام بحملته عليها، ثم رجع إلى فرنسا وتسلط على الحكم ونصب نفسه إمبراطورا على فرنسا، وقام بعدة إصلاحات في الإدارة الفرنسية منها قانونه، انظر: تاريخ نابوليون، إلياس أبو شبكة، مؤسسة هنداوي، 2020م، ص 15.

<sup>(12)</sup> انظر: قواعد الصياغة التشريعية، ص 45، مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار الكلدونية، ص 434.

ذلك جمع من القانونيين الأوروبيين، حيث ظهر التبويب والتقسيم في قوانين الشحن التجاري في السنة ذاتها<sup>(13)</sup>.

ويدلنا البحث في التجربة الفقهية في جانب الوثائق والشروط أنها أسبق من التجارب المعاصرة في باب التبويب والتقسيم فمثلا في كتاب الوثائق والسجلات لابن العطار (330هـ/399هـ) وهو أقدم كتاب تاريخي مطبوع في باب الوثائق والشروط نجد صنعة التبويب والتقسيم واضحة جلية، وهو الأمر نفسه في جميع كتب الوثائق والشروط.

ففي الفترة التي كانت فيها الأندلس تعجُّ بالتشريعات القابلة للتنفيذ، والعقود المصاغة صياغة محكمة، والمكتبات المليئة بالوثائق والسجلات، ودور القضاء المضبوطة بقوانين مستقاة من الشريعة الغراء، وتعجُّ بكثرة الصائغين في دور القضاء أو في المساجد أو في الدكاكين، في ديناميكية تُظهر التطور الذي وصل إليه الفقه الإسلامي في ضبط التصرفات المالية.

في الوقت نفسه لم تكن أمريكا ولا أوروبا تعرف طريقة الصياغة ولا تقنياتها، فإلى عصر قريب كانت تتخبط في الحشو والفوضى والتطويل الحاصل في الوثائق، ويذكرُ الدارسون أن أمريكا عقدت مؤتمرا قوميا للمفوضين بالقوانين الموحدة للولايات الأمريكية عام 1917م حيث نصَّ المؤتمر في توصياته على مراعاة التبويب والتقسيم في صياغة الوثائق<sup>(14)</sup>.

**الغاية بمفردات الصياغة**، يولي الفقهاء عناية فائقة في توظيف المفردات الدالة على الحكم الفقهي، والمتتبع لذلك يجد كما هائلا من المفردات والمصطلحات التي تبتدأ بها الصياغة ومنها:

1. المفردات الدالة على الإلزام .
2. المفردات الدالة على الإباحة والجواز .
3. مفردات المصطلحات الشرعية الخالصة (الحقائق الشرعية)
4. مفردات الموهمة في الصياغة الفقهية ويطلب الفقهاء تجنبها في الصياغة مثل:  
الإحالة وأثرها في تأويل النص.
5. استخدام الضمائر بدل المسميات

(13) انظر: ترجمة العقود المدنية، محمود علي صيرة، ص23.

(14) المرجع السابق، ص24.



6. استخدام أسماء الإشارة بدل الإشارة المباشرة للمخاطب.

7. استخدام الاسم الموصول بدل الاسم الحقيقي.

8. المفردات المتضادة.

ورغم هذا التطور الواسع في المصطلح الفقهي عبر قرون من الزمن في مدونات الفقه، فإنه قطعاً يبقى قابلاً للتطور في العصر الحديث ذي النُظم والهيئات المستحدثة، فالمصطلح الفقهي يحتاج فقط لفت الأنظار له بوضع معايير في اعتباره تكون مستقاة من الشرع والواقع على حد سواء من أجل حل المشكلات المتجددة لأفراد المجتمع ومؤسساته، إن على مستوى علاقاتهم الاجتماعية، أو على مستوى المال والاقتصاد، أو على مستوى القضاء وفض النزاع، أو على مستوى الحكم والنظم.

لكن من الغرابة أن نجد من الباحثين في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون من يناهز بضرورة تطوير المصطلح الفقهي حتى يتواكب مع المصطلح القانوني<sup>(15)</sup>!

وقد بسط الدكتور فهد الرومي هذه الدعوات في أطروحته: الصياغة الفقهية في العصر الحديث، وقد ذكر أن معظم هذه الدعوات ليس الهدف منها خدمة المصطلح الفقهي، بقدر ما هي دعاوى للتغيير والتبديل والتبديد لكل ما له علاقة بالدين<sup>(16)</sup>.

#### رابعاً: مصادر الصياغة الفقهية

إن التراث الفقهي عموماً والمالكي خصوصاً يُعد مصدراً ثميناً من مصادر الصياغة الفقهية، وقد تهيأ لهذا التراث في كل عصر فقهاء ثقة يوضحون تلك المصادر بشيء من البيان حتى تتضح للباحث المصادر المقبولة من المصادر المرذودة، والصائغ أو الأخرى المشرع الذي يعتد على التجربة الفقهية في الصياغة حري به أن يتعرف على تلك المصادر وطريقة بنائها وما لها وما عليها، حتى تكون صياغته محكمة مقبولة. وهذه المصادر على دربين:

1. مصادر التأصيل الفقهي، فمن غير المقبول أن يتهيأ للصياغة والتشريع الفقهي من لا يعرف مصادر التأصيل ولا لغة الأصول، بل من الغرابة أن يعتمد المشرع على كتب فلسفات التشريع وقوانينه -وهو أمر لا بد منه- ولا يعتمد إطلاقاً على كتب التأصيل الفقهي، خاصة وأن المكتبة الفقهية عامرة بهذا النوع من المصادر.
2. كتب الفقه المعتمدة في كل مذهب، وهنا نلفت النظر على ضرورة التمييز بين الكتب والمصادر المعتمدة مع غيرها، إذ الاعتماد بالكلية على المصادر غير المعتمدة وإهمال المصادر المعتمدة لا يُخرج لنا منظومة تشريعية محكمة إطلاقاً.

(15) انظر في ذلك مثلاً: فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، دار الوفاء، ط1، ص772.

(16) الصياغة الفقهية في العصر الحديث، فهد الرومي، ص305.

خامسا: مدى اعتبار المرجعية الفقهية المالكية مصدرا لصياغة المنظومة التشريعية والتعاقدية.

إن القصد من هذا الفرع هو بيان هل أثر الفقه المالكي في تنظيم المجتمع ومؤسساته منذ دخوله المغرب العربي إلى عهد الاستعمار؟ وكيف أثر في ذلك؟

إن بحث هذه الجزئية وإقرارها يرجع بنا إلى سرد الوقائع والأحداث والقرارات الرسمية لاتخاذ المذهب المالكي أصلا يُرجع إليه في كل المجالات، وهنا نجد أمامنا فترتين من الزمن، فترة قبل التقنين المدني وحكم القانون، وفترة التقنين وحكم القانون، والذي يفصل بين هذين الفترتين عند أغلب الباحثين هو قانون نابليون بونابرت؛ فقبله فترة تختلف عما بعد قانون بونابرت.

فقبل قانون بونابرت كانت دول المغرب العربي مدينة للفقه المالكي، فقد قُسم المغرب العربي إلى رقع ثلاث أدنى وأقصى وأوسط ثم الأندلس، ثم تعاقبت على هذه الرقع الدول تلو الدول، إلا أنها جميعا حافظت على الاعتماد على الفقه المالكي في تنظيم شؤون المجتمع، وكان للفقهاء الدور البارز في حل مشكلات الناس الاجتماعية والاقتصادية، وذلك واضح عيانا في كتب النوازل والمستجدات، فلقد حافظ المغرب العربي على مرجعيته الفقهية المالكية خلال قرون من الزمن، في الوقت الذي كانت فيه أوروبا تعيش الانحطاط الفكري والثقافي والعلمي بل وحتى التنظيمي التنظيقي!، وظلت الدول والشعوب المغاربية وفيه للفقه المالكي إلى أن تمايزت السياسة والسلطة والتشريع عن الفقه والشرع، بعد ثورات عدة من الخارج وخيانات وضعف من الداخل.

ويزعم كثير من المؤرخين أن ثورة نابليون بونابرت هي منعرج الحضارة في أوروبا، ومنعرج الضعف عند المسلمين سقوط الأندلس.

ويكاد يُجزم كثير من الدارسين أن قوة ثورة نابليون تكمن في قانونه المدني الذي ضبط حياة الأفراد في أوروبا عامة وفرنسا خاصة، لذلك لسنا بحاجة إلى سرد الوقائع الدالة على الاعتماد على مذهب المالكية في تنظيم حياة شعوب المغرب العربي والأندلس قبل سقوطها وقبل ثورة بونابرت لأن التاريخ ووقائعه كلها شاهدة على نجاح التجربة المالكية الفقهية في الرقي بالمنطقة في كافة المجالات.

غير أننا نورد تأثير الفقه المالكي في التشريعات الأوروبية حتى لا نعتقد أن القوانين الغربية وليدة الفكر والفلسفة الغربية المحضنة، وأن الفقه الإسلامي والفلسفة الإسلامية أصولية رجعية لا يمكنها أن تُنتج للمجتمع نُظما صالحة! فهذه المغالطة يجب دحضها وردّها، بل يجب فضح السرقات الكثيرة للحضارة الغربية من الحضارة الإسلامية عامة والفقه المالكي خاصة.

يذكر المؤرخ الفرنسي جوستاف لوبون في كتابه : (حضارة العرب) أن الجنرال الفرنسي نابليون بوناپرت عند عودته إلى بلاده فرنسا راجعاً من مصر سنة 1801م أخذ معه كتاباً فقهيّاً من مذهب الإمام مالك بن أنس اسمه (شرح الدردير على متن خليل)، ومن جهته يذهب المؤرخ الفرنسي لويس سيديو في كتاب (ملخص تاريخ العرب) إلى أكثر من ذلك، حين يذكر أنّ هذا الكتاب الفقهي الذي أخذه بوناپرت معه، بنى عليه القانون الفرنسي الذي كان أحد أهم أسباب نهضة الدولة، خاصة في مادة الأحكام والعقود والالتزامات، ليكون للفقهاء الإسلامي، وخاصة المالكي، أثراً كبيراً في التشريع الفرنسي، خاصة مدونة الفقه المدني المعروفة بمدونة نابليون<sup>(17)</sup>.

وقد كانت الكنائس قبل عهد بوناپرت تبعث الباباوات إلى الأندلس وشمال إفريقيا يتعلمون العلم في كل مجالاته، ومنهم البابا سلفستر الثاني جريتر (pope Sylvestrt) الفرنسي (930م/1003م) الذي رحل إلى الأندلس والمغرب للتعلم، ومكث فيها فترة من الزمن اكتسب منها معرفة واسعة في شتى العلوم؛ الرياضيات والفيزياء والحساب وغيرها، وأهم ما قدمه هذا البابا لأوروبا الفقه المالكي الذي كان من أهم الإنجازات في وقته، ومنه انتشر الفقه المالكي على شكل قوانين في أوروبا، فقد مكث سلفستر هذا بقربطبة يدرس الفقه المالكي سنوات عديدة، ولما رجع إلى فرنسا رجع بالاسطرلاب وعلوم الآلة والتجربة في كفاً والفقه المالكي في كفاً أخرى، فعندها تقطن الأوروبيون إلى التنظيم في البيوعات والتعويضات والشروط والإجازات والشركات وغيرها، حيث قدم لهم قانوناً متكاملًا ومدونةً متزنة تُنظم حياتهم، وتُنفذهم من تيه القانون الروماني<sup>(18)</sup>.

لقد كانت مصر أول بلد عربي طُبقت فيه نظرية القانون وإبعاد الشريعة عن التقنين وذلك في زمن نابليون، ثم رُوّجت إلى غيرها من الدول، والغريب أن السلاطين الذين جاؤوا بعد نابليون ساروا على نهجه مثل محمد علي باشا (1769م/1849م) والخديوي إسماعيل (1830م/1895م) اللذان جلبا القانون الفرنسي في العقوبات والمعاملات والعقود والالتزامات، ومما يُلاحظ أن واضعي القوانين العربية نجد منهم في غالب الأحيان أجنب أو فقهاء قانون غربيين مثل: القانون المصري المدني المختلط الذي صدر سنة 1875م كان ضمن لجنته

<sup>(17)</sup> راجع: حضارة العرب، غوستاف لوبون، تر: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2012م، ص 605 وما بعدها، خلاصة تاريخ العرب، لويس سيديو، تر: محمد أحمد عبد الرزاق، مؤسسة هنداوي، مصر، 2017م، ص 270 وما.

<sup>(18)</sup> انظر: موسوعة المستشرقين للدكتور عبد الرحمن بديوي، 1992م، ص 102، جامعة القرويين ودورها في التواصل بين الشعبين المغربي والمصري، يوسف الكتاني، مقال بمجلة دعوة الحق، العدد 293، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط.

المحامي الفرنسي مانوري (Manoury)، ومجلة العقود والالتزامات التونسية التي صدرت سنة 1906م ضمن لجنة صياغتها الإيطالي سنتيلانا (Santillana)، وكذلك قانون العقود اللباني<sup>(19)</sup>، ولا تختلف عن ذلك قوانين باقي الدول العربية مشرقا ومغربا.

ثم رُوِّجت هذه القوانين بالعالم العربي شرقا وغربا، ومنها الجزائر، فقد أُلزمت بتنفيذ القانون الفرنسي فور احتلالها سنة 1830م، وظل الاستعمار الفرنسي يُحارب الشريعة وبمحيها من الحياة المدنية، ويُضيق على الفقهاء، ويُشوِّهها في نظر الجزائريين منذ دخوله إليها إلى يوم الناس هذا<sup>(20)</sup>.

لقد لاحظ الباحثون والأكاديميون أن القانون الجزائري له في بعض المواد ارتباط بمبادئ الشريعة وأحكامها، مثل قانون الالتزامات، في مادة نظرية التعسف في استعمال الحق، أو مادة مجلس العقد، أو مادة هلاك المبيع، والبيع في مرض الموت، وغيرها مما له الشبه بأحكام الفقه الإسلامي<sup>(21)</sup>.

ومع ذلك فإن الضرورة ملحة، والحاجة قائمة، والإمكانات موجودة في بعث مشروع تكاملي بين فقهاء الشريعة عامة والمالكية خاصة وفقهاء القانون من أجل إخراج منظومة تشريعية مصاغة صياغة محكمة يُمكن من خلالها سد كثير من الثغرات العالقة من المنظومات التشريعية القديمة إن على مستوى المعاملات المالية أو على مستوى العلاقات الاجتماعية والأسرية أو على مستوى العلاقات السياسية أو المدنية .

## خاتمة.

وفي خاتمة هذه المداخلة فإننا ننوه بالنتائج المستخلصة التالية:

1. ضرورة بعث مشروع متكامل بين الشريعة والقانون يتم الاتفاق فيه على آليات الصياغة المحكمة للنظم والتشريعات بما يسمح لإنتاج منظومة تشريعية تتماشى ومتطلعات الشعب وتحقق الاستقرار الاجتماعي والإداري والاقتصادي.
2. العمل على تأهيل المشرع أو الصائغ تأهيلا كافيا من حيث منهج القانونيين في التقنين ومنهج الفقهاء الشرعيين في الصياغة، وذلك بعمل دورات تأهيل عالية الطراز بين الجانبين من أجل تقليص الهوة بين منهج القانون ومنهج الفقه في الصياغة وإصدار قوانين محكمة.

(19) انظر: الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني شعر دون أثر قانوني - الالتزامات نموذجاً - ،

شوقي بناسي، مقال بحوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، 306/2.

(20) التاريخ الجزائري الثقافي، أبو القاسم سعد الله، 4/429.

(21) الشريعة الإسلامية ومبادئها، شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 308.

3. يجب ألا تهمل التجربة الفقهية المالكية بالخصوص في الصياغة التشريعية، إذ أثبتت جدارتها في استقرار منطقة المغرب العربي والأندلس لقرون متتالية، لأن إهمالها من طرف المستعمر أفرز ثغرات عدة في الصياغات القانونية.
4. يجب إعطاء اللغة الوطنية العربية والأمازيغية الأولوية في صياغة النظم، لأنها الوعاء الحامل لثقافات الشعب وهويته، ومن غير المعقول أن يتم الاعتماد مطلقا على غير اللغة الوطنية في الصياغة، وغير المقبول تماما الاعتماد على الترجمة الحرفية من اللغات الأجنبية لإصدار التشريعات والنظم الوطنية.
5. إعطاء الصياغة المحكمة أولوية بالغة في الدراسات الأكاديمية العليا من أجل كسب الطلبة والباحثين المهارات الأساسية للصياغة قصد تخريج دفعات مميّزة قادرة على ضبط النظم التشريعية وتفهمها للشعب.
6. العمل على بعث نظام حوكمة متين لمراقبة النظم والتشريعات وضبطها بما يحقق العدالة الاجتماعية، والعمل على بعث نظام رقابة صارم داخل المؤسسات المالية والإدارية والاجتماعية من أجل السهر على تنفيذ الصياغات التشريعية المحكمة وردع أشكال التزوير والتحريف والتأويل للقانون بما لا يقصده المشرع.
7. العمل على فصل المنظومة التشريعية إلى مدونات؛ مدونة الأسرة، مدونة المال والاقتصاد(العقود)، مدونة النظم الإدارية، مدونة النظم السياسية، وغيرها من المدونات ، من أجل دقة ضبط التفوق والتعثر في أي تشريع وسرعة تطويره. فاستقرار السوق لا يتم إلا وفق منظومة تعاقدية محكمة، واستقرار العلاقات الأسرية لا يتم إلا وفق صياغة منظومة أسرية محكمة، واستقرار العلاقات المدنية لا يتم وفق منظومة تشريعية محكمة

### مصادر البحث ومراجعته

1. تاريخ الجزائر الثقافي، أبو القاسم سعد الله، دار البصائر، الجزائر، 2007م.
2. تاريخ نابوليون، إلياس أبو شبكة، مؤسسة هنداوي، 2020م،
3. ترجمة العقود المدنية، محمود علي صبرة، القاهرة، 2003م.
4. تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبد البر، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986م.
5. جامعة القرويين ودورها في التواصل بين الشعبين المغربي والمصري، يوسف الكتاني، مقال بمجلة دعوة الحق، العدد 293، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط.
6. حضارة العرب، غوستاف لوبون، تر: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، 2012م.
7. خلاصة تاريخ العرب، لويس سيدبو، تر: محمد أحمد عبد الرزاق، مؤسسة هنداوي، مصر، 2017م.
8. شرح تنقيح الفصول، القرافي، ت: طه عبد الرؤوف سعد، شركة طباعة الفنية المتحدة، ط1، 1973م.
9. الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني شعر دون أثر قانوني - الالتزامات نموذجا - ، شوقي بناسي، مقال بحوليات جامعة الجزائر1، العدد31.
10. الصياغة الفقهية، فهد الرومي، دار التدمرية، الرياض، 2012م.
11. فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، دار الوفاء، ط1.

12. قواعد الصياغة التشريعية - مدونة الأسرة نموذجاً -، مولاي عبد الرحمان قاسمي، دار السلام، ط1، 2018م.
13. المدخل لدراسة القانون والشريعة، عالية سمير، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م.
14. مدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار الكلدونية.
15. مشكلات التشريع، دراسية نظرية وتطبيقية مقارنة، د. عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م.
16. منهج صياغة العقود في المذهب المالكي واستثماره في صيغ العقود المعاصرة، د. حمزة بونعاس، أطروحة دكتوراه علوم بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية نوقشت سنة 2021م.
17. الموافقات، الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997م.
18. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
19. موسوعة المستشرقين للدكتور عبد الرحمن بديوي، 1992م.
20. La traduction juridique et son enseignement: aspects théoriques et pratiques , Gémar Jean Claude, in meta, vol 24,n1, 1979.
21. Linguistique juridique, Gerard Cornu, montchrestien, paris, 1990.