

مداخلة بعنوان:

محاولات تقنين الفقه الإسلامي - جهود مصطفى الزرقا نموذجا-

مقدمة للملتقى الوطني تقنين الفقه الإسلامي الواقع والمأمول

المنعقد بجامعة محمد بوضياف - المسيلة

بتاريخ: 28 أكتوبر 2021

من إعداد:

د/ساعد تيبينات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة.

s.tabainet@univ-emir.dz

محاولات تقنين الفقه الإسلامي - جهود مصطفى الزرقا نموذجا -

د/ساعد تيبينات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة.

مقدمة:

دخل الاستعمار الغربي بلاد المسلمين في بدايات القرن 19، فعمل على محاربة الشريعة الإسلامية وإحلال القوانين الوضعية محلها، فأنشئت المحاكم المختلطة، ووضعت مجموعات القوانين التي تطبق أمامها، وكان ذلك بداية لاستمداد مجموعات كاملة من القوانين الأساسية من مصادر أجنبية لا تتصل بانتماء البلاد الإسلامية. وقد وقف في وجه هذه الهجمة علماء الإسلام وأئمة الفكر الإسلامي، يدعون إلى الرجوع إلى الشريعة والاحتكام إليها، فقامت نهضة تشريعية تستمد أصولها من الشريعة في سائر البلاد الإسلامية، وشهد النصف الثاني من القرن الرابع عشر الهجري علماء أجلاء في الشريعة حملوا لواء هذه الدعوة، أمثال أحمد إبراهيم وعبد الرزاق السنهوري وأبو زهرة وعبد الوهاب خلاف ومصطفى الزرقا وغيرهم، وكانت جهود مصطفى الزرقا ومن معه من العلماء في هذا المجال الأثر الكبير في الاستفادة من الفقه الإسلامي، وتعديل القوانين بما يوافق الشريعة الإسلامية، ولا تزال هذه الأعمال تمثل مرجعا أساسيا وهاما لأي عمل أو محاولة تقنينية للفقه الإسلامي.

وتأتي هذه المداخلة لتسليط الضوء على جهود الفقيه الكبير وشيخ الحقوقيين مصطفى الزرقا، وبيان آرائه في قضايا تقنين الفقه الإسلامي والطريقة الأجدى لتقنين الفقه الإسلامي؛ وعليه تتحدد إشكالية هذه المداخلة حول ما مدى إسهام مصطفى الزرقا في حركة تقنين الفقه الإسلامي؟ وما هي آراؤه حول طريقة تقنين الفقه الإسلامي؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية جعلت المداخلة في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في التعريف بمحاولات تقنين الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: في موقف مصطفى الزرقا من تقنين الفقه وذكر جهوده.

المطلب الثالث: طريقته في تقنين الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: محاولات تقنين الفقه الإسلامي.

قبل بيان محاولات تقنين الفقه الإسلامي، يقتضي المنهج العلمي تعريف التقنين وبيان المراد من تقنين

الفقه الإسلامي، وعليه جعلت المطلب في فرعين:

الفرع الأول: تعريف التقنين في اللغة والاصطلاح.

في اللغة: مصدر قن بمعنى وضع القوانين، والقانون: مقياس كل شيء ج: قوانين¹، و(القوانين) الأصول والواحد (قانون) وليس بعربي².

وفي الاصطلاح: هو عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض، في مدونة (code) واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون (loi)، تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القوانين التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون³.

وعرفه البعض: (بأنه تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة)⁴.

وعرفه مصطفى الزرقا بقوله: (يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات أمرية موجزة واضحة في بنود نسمة (مواد) ذات أرقام متسلسلة. ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس)⁵.

فالتقنين وفق هذه التعريفات يقوم على أمور ثلاثة تتمثل في⁶:

- 1- تقسيم القانون بمعناه العام droit إلى فروع، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية، قانون العقوبات، إلى غير ذلك من فروع القانون.
- 2- جمع القواعد القانونية الخاصة وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها.
- 3- إصدارها في شكل قانون (loi) من السلطة التشريعية، لتطبيقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات.

وعليه يراد بتقنين الفقه: (صياغته في صورة مبادئ ومواد قانونية، مرتبة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وتجارية وجنائية، تسهل على القاضي الكشف عن الحكم الشرعي، وتكييف القضية المعروضة عليه)⁷.

¹ - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1400هـ/1980، ج4، ص257. ومجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، سنة 1425هـ/2004، ص763

² - أبو عبد الله محمد الرازي: مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، سنة 1420هـ/1999م، ص261.

³ - محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث العربي، قطر، ط2، سنة 1407هـ/1986م، ص21.

⁴ - إدريس العلوي العبدلاوي: أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته، مجلة الأكاديمية، العدد 20، سنة 2003، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، ص114.

⁵ - مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1418هـ/1998م، ج1، ص313.

⁶ - محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص22.

⁷ - عبد الرحمن القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام، مطبعة المدني، ط1، سنة 1386هـ/1966م، ص41.

وهو ما عبر عنه البعض بأنه: (صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد، كي لا يترك تطبيقها لاختيار الناس، في فقرات أمره، يميز بينها بأرقام متسلسلة، ومرتبطة ترتيباً منطقيًا، بعيدا عن التكرار والتضارب)¹. ويفرق مصطفى الزرقا بين تقنين الفقه والتقنين من الفقه بأن تقنين الفقه هو تطبيق طريقة التقنين الآنف الذكر على الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد، أما التقنين من الفقه فالمراد به أن تستمد الدولة تقنيناتها في مختلف الموضوعات من الفقه الإسلامي بمفهومه العام، أي من جميع المذاهب المعتمدة ومن آراء فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين، فإذا لم يوجد في جميع الفقه في الموضوع المراد تقنينه رأي سابق، يلجأ عندئذ إلى تخريج الأحكام المراد تقنينها في الموضوع على قواعد الفقه الإسلامي العامة وأصول الفقه ومقاصد الشريعة والمصالح المرسلة².

وخلاصة لما سبق، فتقنين الفقه هو أن يثبت في كل مسألة حكما فقهيا واحدا، واضح النص واجب التطبيق على القاضي والمتقاضي، وينحصر اجتهاد القاضي حينئذ في فهم هذا النص وتطبيقه على وقائع القضايا³.

الفرع الثاني: بدايات تقنين الفقه الإسلامي.

إذا نظرنا إلى عنصر الإلزام الموجود في التقنين، فإننا نقف على محاولات مبكرة لإلزام العمل بالفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، يرجعه البعض إلى رسالة عبد الله بن المقفع لأبي جعفر المنصور يدعو فيه إلى وضع كتاب جامع للأحكام والأقضية يكون ملزما للقضاة يقضي به على فوضى القضاء، فعرض المنصور ذلك على الإمام مالك قال له: ضع كتابا في العلم نجح الناس عليه فقال له مالك: يا أمير المؤمنين لا تفعل فإن الناس سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم مما سبق إليهم وعملوا به ودانوا له من اختلاف الناس وغيرهم وإن ردهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم⁴.

كما نذكر هنا الفتاوى الهندية حيث أن الملك العالم محمد أورنك الملقب بعالمكير أراد سنة 1658م تيسير الفقه الحنفي وتدوينه في مجموعة يلتزم بها في الفتوى والقضاء، فشكل مجلس الفقهاء من أربعين فقيها، لوضع كتاب جامع لأحكام الفقه يكون سهل المأخذ، وقد أتم الفقهاء عملهم في ثماني سنوات بتأليف كتاب الفتاوى الهندية، وبعد إتمامه أصدر الملك مرسوما بالعمل به في الدوائر القضائية في جميع أنحاء المملكة⁵. أما إذا أخذنا بعين الاعتبار التعريف السابق للتقنين ولتقنين الفقه الإسلامي، فإن محاولات تقنين الفقه الإسلامي بدأت في العصر الحديث في القرن 18 للميلاد، بوضع مجلة الأحكام العدلية سنة (1293هـ/ 1876م)

¹ - هويش هزار علي المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه، دار عمار، عمان، ط1، سنة 1412هـ - 2001م، ص437.

² - مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص313-314.

³ - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص314.

⁴ - ينظر: محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، جامعة الإمارات، 1414هـ/1994م، ص130-131.

⁵ - ينظر: الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص235.

برئاسة أحمد جودت باشا مع سبعة من الفقهاء، وقننت فيها أحكام المعاملات المالية إلى جانب أحكام الدعوى وأصول المحاكمات القضائية ومسائل الإثبات، وتضمنت 1869 مادة، ولم تتناول الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وإرث ووصية ووقف ولا أحكام العقوبات، والتزمت المذهب الحنفي في التقنين¹.

ثم صدر قانون أحكام العائلة سنة (1336هـ/1917م)، وهو أول تقنين لمسائل الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية، ولم يقتصر على المذهب الحنفي بل اختارت من المذاهب الأربعة².

وبعدها اتسعت حركة التقنين وصدرت قوانين تنظم أحكام الأحوال الشخصية مستمدة من الفقه الإسلامي في سائر الدول العربية، وحظيت أحكم القانون المدني بأكبر نصيب من التقنين من الفقه الإسلامي، برعاية الحكومات أو المجامع الفقهية أو جامعة الدول العربية، كما في القانون المدني في مصر وقانون المعاملات المدنية السوداني، والقانون المدني الأردني والقانون المدني السوري على تفاوت بينها في مدى استمدادها من الفقه الإسلامي³.

المطلب الثاني: موقف مصطفى الزرقا من تقنين الفقه الإسلامي.

في هذا المطلب نقف على جهود الشيخ مصطفى الزرقا في هذا المجال، وقبل ذلك كله نبين رأيه في تقنين الفقه الإسلامي وأهميته، وذلك في فرعين:
الفرع الأول: موقفه من تقنين الفقه الإسلامي.

يرى الزرقا أن تقنين الفقه والإلزام به من صلاحيات ولي الأمر، فإذا رأى صاحب السلطة الشرعية في النظام اختيار رأي شرعي معتبر يلزم به الناس نظاما معلنا يطبقونه ويطبّقونه، ويلزم نائبه القاضي أن يقضي به، فهذا صحيح شرعا، وملزم للقاضي، وليس له تجاوزه والقضاء بسواه اجتهادا منه؛ وأن اجتهاد القضاة في صدر الإسلام كان قبل استقرار الفقه وكان بحكم الضرورة على خلاف الأصل لعدم استقرار قواعد الفقه ومذاهبه أما بعد ذلك فلا يجوز أن يبقى القاضي حرا يختار للحكم في كل قضية ما يراه هو حقا وعدلا، ولو كان هو من العلم والفقه في رتبة الاجتهاد، بل يجب تقييده بنصوص معلنة للملأ لا يخرج عنها، وينحصر اجتهاده عندئذ في فهم النص وتفسيره وفقا لقواعد الفهم والتفسير في أصول الفقه، حتى إن الرأي الاجتهادي للقاضي في فهم النص الموحد يجب أيضا أن يكون معروفا مسبقا للمكفنين ما أمكن إلى ذلك من سبيل⁴.

ويبقى الاجتهاد مطلقا للمفتي المؤهل لا للقاضي، وينحصر اجتهاد القاضي بفهم النص المقنن فقط تحت رقابة محكمة التمييز توحيدا للاجتهاد الملزم، وانطلاقا بالنظر والرؤية السديدة من هذه الزاوية الصحيحة يصبح طريق القضاء سوية واضحة أمينة متمشية مع المصلحة الشرعية والعملية، ومن ثم يتبين لنا أنه إذا صح ما

¹ - ينظر: بسام حسن العف: جهود العلماء المعاصرين في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مؤتمر جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية الثاني (العلماء واقع وآمال)، يونيو 2011، ص18؛ ومحمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص137-138.

² - ينظر: بسام حسن العف: جهود العلماء المعاصرين في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص19؛ ومحمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص141.

³ - ينظر: محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص141 و150.

⁴ - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص316.

يقوله مؤرخو نشأة المذاهب الفقهية، وانتشارها من أن أبا يوسف القاضي صاحب أبي حنيفة حينما جعله الرشيد رئيساً للقضاء، وربط به القضاء كان لا ينصب فاضياً إلا من أتباع مذهب أبي حنيفة، فإن عمله هذا يدل على بصيرة نافذة وإدراك عميق لمصلحة القضاء والمتقاضين، لأنه كان الطريق الوحيد لتوحيد الحكم القضائي الواجب عندما لا يكون الفقه مقنناً¹.

وأهم موجبات تقنين الفقه الإسلامي وأسباب الأخذ به كما يذكرها الزرقا ما يلي²:

1- علنية النظام القضائي: فكل نظام براد تطبيقه على المكلفين يجب أن يكون معلناً إليهم بجميع قواعده وأحكامه قبل سريانه عليهم ونفاذه فيهم، لأن علم المكلف بالنظام الذي تطلب منه طاعته شرط لصحة التكليف، وإن تكليفه بطاعة نظام غير معلن، بل هو في ضمير الحاكم، هو تكليف بما لا يطاق، وهو ممتنع شرعاً وعقلاً.

2- توحيد النظام القضائي: مهما تعددت المحاكم في الدولة الواحدة، أن لا تتعدد محكمة التمييز (محكمة النقض والإبرام)، بل يجب أن تكون واحدة ليكون الاجتهاد القضائي الملزم موحدًا كوحدة النص أمام المكلف، حتى يستطيع أن يعرف مسبقاً ما سيطبق على أعماله وتصرفاته.

وهذا لا ينافي إمكان تبدل اجتهاد محكمة التمييز، فإن حالة التبدل تقبل بصورة استثنائية للضرورة، ثم يبقى أمام اجتهاد واحد في تفسير النص الواحد أو القياس عليه أو ما لان فيه من الحوادث، إذ يحل الراي الاجتهادي الجديد محل القديم، ولا نكون بصورة دائمة في دوامة أمام آراء اجتهادية متعددة يتخير القاضي بينها، فلا يعرف المكلف مصيره فيها.

والهدف من التوحيد هو القضاء على فوضى القضاء، فلا يقضى في منطقة برأي ويقضى بخلافه في منطقة أخرى بالبلد الواحد، وقد برزت هذه المشكلة وحصل الانتباه إليها في أوائل العصر العباسي ورفعها عبد الله بن المقفع إلى الخليفة المنصور في رسالة سماها (رسالة الصحابة) شرح له فيها أنه في البصرة يقضي بحل الأنكحة والأموال في حادثة، ويقضي في الكوفة بحرمتها، لاختلاف اجتهاد القضاة وأشار عليه بأن يوحد ما يقضي به بين الناس. وذلك بأن يختار في كل قضية ما يلهمه الله أنه الصواب أو الأصوب، فيأمر بالعمل به وينهى عن القضاء بخلافه.

3- سهولة مراجعة الأحكام: وهي من مزايا التقنين من الفقه كما نقله عن وهبة الزحيلي، حيث أن كتب الفقه معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغص باختلاف الآراء في القضية الواحدة، وهذا يجعل غير المتخصص في حرج وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي، فإذا ما تمت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، ورتبت ترتيباً ميسراً فعندئذ يسهل على القاضي والفقير والمحامي والمتقف العادي معرفة أحكام الشريعة في العقود والمعاملات، وربما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء مفضلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية المذلة الطريق في مراجعتها وموسوعاتها.

1 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص318-319.

2 - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص314-320.

4- ضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصلح: من الآراء المختلفة بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد وتيسير إصدار الحكم مع تعقد المعاملات، وكثرة القضايا المعروضة على المحاكم، والاجتهاد المطلوب من القاضي هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي المقنن على الوقائع المعقدة، أما الاجتهاد بالمعنى الأوسع فيترك لمن يختار الأحكام عند التقنين.

الفرع الثاني: جهود مصطفى الزرقا في تقنين الفقه الإسلامي.

لقد كان مصطفى الزرقا من العلماء البارزين الذين حملوا لواء الدعوة إلى استمداد القوانين من الشريعة الإسلامية، وذلك في سبيل تحقيق أصالة الأمة واستقلالها الحقيقي، حيث يرى أن التقنين هو السبيل إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، وأن تقنين الفقه الإسلامي هو الطريق الوحيد لحياته، وهو الوسيلة الوحيدة لوضع الفقه موضع العمل والتطبيق وإخراجه من حيز النظريات إلى حيز العمليات، فالفقه أحكامه بمثابة نصوص تشريعية والقانون الذي لا يطبق هو في حكم الميت¹.

كانت له رؤية واعية وواضحة في تقنين الفقه الإسلامي، سواء من خلال لجان التقنين أم بأعمال أنجزها بمفرده، بالعمل على تقنين الأحوال الشخصية، ثم تقنين المعاملات المالية (القانون المدني)، فسعى إلى وضع نظرية عامة للالتزام مستمدة من الفقه الإسلامي، ثم العقود المسماة مبدوءة بعقد البيع والمقايضة، ولم يتبع في كتابته ترتيب المجلة وأسلوبها، بل كتبه على غرار صياغة أحكام العقود المسماة وشرحها في الفقه القانوني، ويأتي عقد البيع والمقايضة نموذجا لما يجب عليه أن تقوم عليه كتابة سائر العقود في الفقه الإسلامي².

وفي هذا السبيل أيضا، تصدى مصطفى الزرقا لدراسة القوانين التي سنتها الدولة في مجالات عدة، درسها دراسة واعية، فعقب عليها وانتقدها، وبين جوانب النقص فيها، ودعا إلى تعديلها بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية.

كما سلك مسلكا عمليا في محاولة تجسيد قضية تقنين الفقه، فكان عضوا بارزا في لجان تقنين الفقه الرسمية التي أسندت لها هذه المهمة:

- كان عضوا في اللجنة التي وضعت القانون السوري للأحوال الشخصية سنة 1953 والذي لا يزال يعمل به إلى اليوم، استمدت أحكامه من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وآرائه، واقتبست جميع الأحكام الإصلاحية التي أخذ بها قانون حقوق العائلة العثماني من قبل، والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا مختلفة من أحكام الأحوال الشخصية كقضية زوجة المفقود، والطلاق المعلق، وطلاق الثلاث، ومدة الحمل، وميراث الإخوة مع الجد، والمسألة المشتركة، وقاعدة ميراث نوي الأرحام، وقضية الابن المحروم، والوصية الواجبة؛ ويعتبره الزرقا هذا القانون أول قانون كامل من نوعه في العالم الإسلامي كله بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية، وبما تضمنه من أحكام إصلاحية وخطوات تقدمية نيرة ضمن جادة الشريعة وحدودها، وقد جاء هذا

1 - مجد أحمد مكي: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1420هـ/1999م، ص373.

2 - الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1420هـ/1999م، ص5

القانون في موضوعه خير برهان عملي على ما في الفقه الإسلامي بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفاية وقابلية للاستجابة إلى أن الحاجات التشريعية الزمنية¹.

- كما كان رئيس اللجنة التي كلفت في عهد الوحدة التي أقيمت بين سورية ومصر (1958-1961م) بتوحيد بعض القوانين، وعلى رأسها قانون الأحوال الشخصية²، وقد أنجزت هذه اللجنة بالفعل قانونا متطورا يعالج قضايا الأسرة، وقد استنقت أحكامها من المذاهب المتبوعة، ومن فقه الصحابة والتابعين والأئمة ممن ليس لهم مذهب مدون، ويعتبر هذا القانون من أمثل القوانين التي وضعت في فقه الأسرة، إن لم يكن أمثلها، إلا أنه لم يوضع موضع التنفيذ، لانهايار الوحدة، وقيام الانفصال، وقد وفق الشيخ في طباعته ونشره، ليتمكن الانتفاع به لمن يريد الإصلاح والترشيد والتجديد.

- وكان الشيخ الزرقا أيضا عضوا في اللجنة التي اختارتها الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية، لوضع مشروع قانون مدني موحد للدول العربية³، مستمد من الشريعة الإسلامية، وكان ذلك في ما بين 1981-1984م، وكان الشيخ عضواً مهماً فيها، ومتحمساً لها، وقد وضعت مشروعاً للنظرية العامة كاملة، نصوصاً وتأصيلاً، وكان من مهمته فيها تأصيل مواد الفعل الضار الذي هو المصدر الثالث من مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، مع تأصيل الباب التمهيدي للقانون، وقد اتخذت اللجنة نصوص القانون المدني الأردني منطلقاً لهذا العمل، وقد قامت اللجنة بصياغة نصوص النظرية العامة من أولها إلى آخرها، وتأصيل كثير منها تأصيلاً متيناً، فإن صياغة نصوص هذه النظرية وتأصيلها مادة مادة هو أشق عمل في هذا المشروع الجليل، وقد تحطمت على صخرتها جهود سابقة كثيرة.

وقد قام رحمه بنشر عمله في صياغة مواد الفعل الضار وتأصيلها في كتاب مستقل يحمل عنوان: (الفعل الضار والضمان فيه)، كما نشر في آخره نصوص النظرية العامة كاملة، جاء في مقدمته: (تتأولت في هذا القسم مواد القانون الأردني في فصل الفعل الضار مادة فمادة، مع مناقشة مستفيضة لكل مادة وذلك في ضوء كل ما تقدم من نصوص تأصيلية ومبادئ وما أعرضه حولها من فقه الفقهاء، لأنتهي إلى رأي في المادة محل البحث إما بإقرارها مضمونا وصياغة وموقعا، وإما بتعديلها، أو بتبديلها إلى صيغة أقترحها أو بالاستغناء عنها نهائياً...)⁴.

- كما أخرج كتاب صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي⁵، وقد قدم إلى لجنة الخبراء المكلفة من لجنة توحيد التشريعات في جامعة الدول العربية في شهر ماي عام 1983م، وكان القانون المصري لأول مرة سنة 1984م قد سبق أن نظم نظرية التعسف في استعمال الحق، ثم تابعته على ذلك القوانين

1 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، هامش ص 262-263.

2 - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص265.

3 - الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص298.

4 - الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1409هـ/1988م، ص12.

5 - عبد الناصر أبو البصل، مصطفى أحمد الزرقا فقيه العصر وشيخ الحقوقيين، دار القلم، دمشق، ط1، سنة

1431هـ/2010م، ص157-159.

العربية التي أخذته أو أخذت عنه، كالقانون المدني السوري والعراقي وكذلك القانون المدني الأردني، الذي أريد له أن يقام على أساس الفقه الإسلامي.

لكن الشيخ الزرقا لاحظ أن القوانين المذكورة ومذكراتها الإيضاحية لم تأت بشاهد واحد من نصوص الشريعة أو فقه المذاهب تؤيد دعوى الاستمداد منهما، فنهض الشيخ لسد هذه الثغرة للوصول إلى الصياغة المنشودة الموثقة بأدلتها الشرعية، سواء أوافقت بعد ذلك تلك الصياغات السابقة أو خالفتها.

وهذه مهمة لا بد منها لأن معايير التعسف وعليها المعول كله في التطبيق العملي لا يمكن الاطمئنان إلى انسجامها مع الفقه الإسلامي بدون ذلك التوثيق، وانتهى البحث إلى صياغة مقترحة لأربع مواد قانونية عن التعسف، وموضوع التعسف تنبسط أحكامه على جميع أنواع الحقوق التي تضمنتها القوانين العامة والقوانين الخاصة مما يزيد من أهميته ومجالات تطبيقه¹.

- شرح القانون المدني السوري: عندما عمل أستاذاً في كلية الحقوق بجامعة دمشق، منذ عام 1944م، وقد كان من نصيبه تدريس مادة القانون المدني والشريعة الإسلامية، وقد أصدر الجزء الأول من شرح القانون المدني السوري سنة (1375هـ/ 1965م)، وتضمن الحديث عن مصادر الالتزام مقتصرًا على العقد والإرادة المنفردة، ثم أصدر الجزء الثاني سنة 1964م، وتضمن الحديث عن أحكام الالتزام في ذاته، حيث تطرق إلى الحديث عن آثار الالتزام، ثم الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، ثم انتقال الالتزام، وأخيراً انقضاء الالتزام. أما الجزء الثالث - وهو أسبقها بالتأليف، إذ طبع سنة 1950م، فهو في العقود المسماة، وخص فيها عقد البيع وعقد المقايضة بالبحث والدراسة.

لقد تميز شرح الشيخ للقانون المدني السوري الجديد بعدة مميزات أهمها²:

- 1- الوسطية بين الإيجاز والإطالة.
 - 2- التبسيط، وسهولة العبارة المؤدية إلى المعنى المراد.
 - 3- الترتيب المنطقي، الذي يجمع المسائل المتناثرة.
 - 4- حسن الانتقال من البسيط إلى المركب.
 - 5- الجمع بين الأسلوب التعليمي في التأليف، والكتابة العلمية الرصينة الناقدة.
 - 6- المقارنة مع الفقه الإسلامي، والإشارة إلى توافق أو مخالفة النص القانوني للفقه.
- القانون المدني السوري - نظرية العقد: يضم هذا الكتاب عشر محاضرات ألقاها الشيخ على طلاب معهد البحوث والدراسات العربية التابع الجامعة الدول العربية في القاهرة عام 1954م، وتعرض المحاضرات جانباً من التقنين المدني السوري في نظرية العقد، وتتخلل مباحثه كلها مقارنات مع الفقه الإسلامي من أهمها نقد نظرية السبب عند القانونيين، وبيان استغناء الفقه عنها³.

1 - أبو البصل، المرجع السابق، ص159.

2 - أبو البصل: المرجع نفسه، ص161.

3 - أبو البصل: المرجع نفسه، ص163.

المطلب الثالث: آراء مصطفى الزرقا في طريقة تقنين الفقه الإسلامي.

ونبين فيه أهم آرائه حول تقنين الفقه الإسلامي: نطاق تقنين الفقه الإسلامي، وطريقة تقنيه وقواعد

صياغته، في الفروع الآتية:

الفرع الأول: نطاق تقنين الفقه الإسلامي.

أولاً- من حيث استمداد التقنين من الفقه الإسلامي: يفرق مصطفى الزرقا بين نوعين من الأحكام¹: النوع الأول- قوانين المراسم: وهي تدابير تتصل بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بمبادئ الحقوق وقواعد العدل الثابتة، وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة ومن صلاحيتهم الزمنية يحولون ويبدلون من مجاريه على حسب ما يرون أنه أصلح وأضبط، فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود، أو في تقديم الدعاوى، أو في تسجيل الأحكام وتنفيذها، ثم يرون غدا ما هو أسهل وقد يعينون للتقدم مدة، ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغير المبادئ والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق.

ولذلك لم يأت التشريع الإسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة كلزوم الإشهاد في عقد النكاح، وطريقة التلاعن بين الزوجين عندما يهيم الرجل امرأته بالزنى، وكالإرشاد العام إلى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة أو الرهن، وكأصول القضاء الأساسية من استماع الدعوى، وسؤال الخصم، وتكليف البيّنة أو اليمين.

النوع الثاني- قوانين الأحكام: فيرى غناء التشريع الإسلامي عن كل اقتباس أساسي فيها عن أمة أخرى وتشريع غريب، بما في الفقه الإسلامي الواسع الأفق من القواعد العامة المتنوعة، والأسس الثابتة التي رسخت فيها فكرة إحقاق الحق، وإزهاق الباطل، ودرء المفسد وجلب المصالح، واحترام الإرادات والعقود، ومنع الإكراه وإسقاط ما يترتب عليه، وإزالة الضرر، واعتبار الضرورات، ومسؤولية التسبب، وتوزيع والضمانات بعدل متوازن، واعتبار العرف والعادات في العقود والأعمال والالتزامات، بعدل متوازن، إلى غير ذلك من المبادئ الأساسية الكثيرة المغنية في التشريع الإسلامي وفقهه، وقد كان هذا الفقه الإسلامي ميدانا لاجتهادات واسعة النطاق ضمن حدود الشريعة، ولا تضيق آراؤها ونظرياتها الحية عن حاجة تشريعية أبدا.

وأما ما يجد حدوثه في التعامل مما لم يكن موجودا، كشركات ضمان الأخطار المعروف اليوم باسم عقد التأمين، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة، إلى غير ذلك من المعاملات والأوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الأجنبية، فيرى أن تخرج الأحكام اللازمة لها من أمهات الأصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس أو الاستصلاح، كما قام الفقهاء قديما بتخريج الأحكام لأنواع التعامل التي جد حدوثها في أزمانهم، كبيع الوفاء والاستصناع والرهن المستعار وغيرها من أساليب التعامل الحادثة، كما عالجوا وخرجوا أحكاما وافية لحقوق القرار المنشأة على عقارات الأوقاف بعرف حادث.

ثانياً- تقنين الفقه الجنائي: يرى الزرقا إمكانية استمداده إلا قليلاً منها من الشريعة الإسلامية وفقهها على التفصيل الآتي¹:

التعزير: ففيما عدا عقوبات الحدود وبعض حالات القصاص أن ما تتضمنه قوانين العقوبات مقبول شرعاً على أساس قاعدة التعزير الذي هو عقوبة غير نصية محددة، بل هي متروكة لتقدير السلطات الزمنية في كل جرم بحسبه، وبحسب ظروف الزمان والمكان، بل يمكن أن يقال أكثر من ذلك: إن أحكام قوانين العقوبات يمكن اعتبارها تنظيمًا مستحسنًا شرعاً لتطبيق قاعدة التعزير.

ذلك أن القاعدة القانونية المشهورة: أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص خاص أو عام معلن قبل الفعل المراد تجريمه هي قاعدة مقبولة شرعاً، لأنها قائمة على مبدأ وجوب علنية النظام قبل تطبيقه، وهو مبدأ مسلم به في الشريعة الإسلامية كما في النظم الوضعية.

فربط كل عقوبة بنص من قبل فعل الجريمة، وأن يجعل لكل عقوبة حدان أدنى وأعلى يتخير بينهما القاضي بحسب ظروف الجريمة، ووجود أسباب مشددة أو عدمها، هو خروج بعقوبة التعزير إلى صعيد أكثر انضباط وأقل اضطراب في التطبيق، حيث ينحصر خيار القاضي وتقديره بين الحدين اللذين حددهما له القانون. وهذا خير وأعدل مع المكلف من بقاء عقوبته كلها منوطة بتقدير القاضي دون حد، وما يمكن أن ينشأ عن ذلك من فوضى في الأحكام والأفضية.

والشريعة لم تضع في التعزير لكل جريمة عقوبة محددة واحدة أو ذات حدين يتخير بينهما القاضي، لأن العقوبات التعزيرية تتفاوت بحسب ظروف الزمان والمكان والأشخاص وتحتاج إلى تعديل بين الحين والحين والشريعة الإسلامية ليس لأحد ولا لسلطة إدخال تعديل على نصوصها، لذلك أتت نصوصها بالأسس التشريعية الثابتة التي تعبر عن مقاصدها الأساسية والخطوط العريضة في تنظيم الحياة، وتركت الوسائل والأمور التي تتغير بالزمان والمكان وسائر الظروف والملابسات مفوضة إلى الحكام أولياء الأمور، ومن ذلك العقوبات التعزيرية.

القصاص: فإن أمره واضح في النفس وفي الأعضاء بشرائطه الشرعية المقررة في المذاهب، وهو خير دفاع عن النفس والأعضاء لحمايتها من العدوان، ولا يمكن أن يقوم مقامه في حماية الضحايا وزجر العادين سجن مهما طال، أو أي تدبير آخر، بل كل عدول عن القصاص هو دفع إلى الثأر الذي طالما ضجت منه ضمائر الإنسانية في التاريخ.

الحدود: ولا يمكن أن يخلو منها قانون عقوبات يعتبر مستمداً من الشريعة؛ فعقوبات الحدود تكاد تكون هي الشارة المميزة لقانون العقوبات أنه إسلامي، وهي كلها عقوبات بدنية لأن جرائمها جميعاً ذات تأثير عظيم في زعزعة ركائز المجتمع أفراداً وأسراً وأخلاقاً وأمناً واقتصاداً، وإذا طبقت بشرائطها الشرعية في المجتمع استقرت ركائزه إلى أقصى حد ممكن.

¹ - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص321.

ويرى الزرقا أن يؤخذ مبدئياً في الحدود والقصاص بأوسع المذاهب الفقهية المعتمدة، أي بأكثرها تضييقاً في شرائط إنزال هاتين العقوبتين.

وخلص ما توصل إليه بخصوص تقنين الفقه الجنائي واستمداده من الشريعة ما يلي¹:

- إعطاء الاهتمام الأول لتقنين عقوبات الحدود، وبمنتهى الدقة والوضوح في استيعاب شرائطها لأنها هي التي تظهر حكمتها وعدالتها، والأخذ في ذلك بأوسع المذاهب درءاً لها.
- الأخذ بأحكام القصاص في النفس وما دونها بأضيق المذاهب في شرائطها أي أكثرها درءاً لها، فمتى لم تتوفر شرائطها في جميع المذاهب تنقل عقوبتها إلى نطاق التعزير.
- أن سقوط القصاص بعفو ولي الفتيل ينحصر تأثيره في عدم تطبيق الإعدام، وليس معناه عدم مسؤولية القاتل، فإن في القصاص حقا عاما يمثله السلطان فيبقى له بعد عفو ولي الدم أن يعاقب الجاني تعزيراً بما يكفي للزجر.
- مراعاة المبادئ العامة في التعزير الشرعي، ومن أهمها تناسب العقوبة مع الجريمة، وتراعى أيضاً في هذا الشأن التوجيهات التي قررها فقهاء المذاهب.
- إعطاء أولوية في نطاق التعزير للاهتمام بالجرائم المتفشية في هذا العصر بتأثير المدنية المادية وفساد الذمم والأخلاق كجرائم الشرب وتعاطي المخدرات استعمالاً، والتشديد بالعقوبة على تجارتها السرية، وكجرائم الرشوة المتفشية كثيراً في البلاد العربية من ظاهرة ومستورة كالمسماة بالعمولة على الصفقات التي يعقدها موظفو الدولة الكبار ووزراؤها، والاختلاسات من مال الدولة إما بالتزوير والاحتيال، وإما باستغلال النفوذ الوظيفي، وتزيف النقود، والاستهتار بالأداب العامة والإفلاس الاحتيالي، والغش والإهمال الإجرامي الذي يؤدي إلى تعريض مجموعات من الناس للخطر.

الفرع الثاني: طريقة تقنين الفقه الإسلامي.

يرى الشيخ مصطفى الزرقا أن لكل بلد إسلامي أن يقتن في إطار المذهب السائد فيه حيث ألفه أهله وأنسوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي، وله أيضاً أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من مختلف المذاهب المعتمدة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر². غير أنه يرى أن الأفضل عدم التقيد بمذهب واحد، لأن في كل مذهب بعض مزايا و حلول أفضل، نتيجة لأنه ليس أحد من أئمة هذه المذاهب وأتباعهم معصومة ومحتمة أن يكون عنده الصواب وعند غيره الخطأ، أو أن يكون عنده أحسن الفهوم الاحتمالية جميعاً لنصوص القرآن والسنة النبوية والقواعد المستنبطة منها، فعند كل منهم ما هو فاضل ومفضل، وما يضييق عنه مذهب من حاجات الزمن قد يتسع لحله مذهب

1 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص325.

2 - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص261.

آخر، فالعصبية المذهبية في فقه الشريعة بلية وغشاوة حاجبة للرؤية، يجب أن تذهب إلى غير رجعة، لكي تظهر في ميدان التطبيق غزارة الشريعة وفقهها، وقدرتها على تلبية حاجات العصور.

وقد عاب على مجلة الأحكام العدلية أنها التزمت مذهبا واحدا هو المذهب الحنفي، ولم يمض على صدور المجلة زمن طويل حتى ظهر عدم كفايتها الوفاء الحاجات العصرية التي نشأت بفعل تطور المجتمع في التجارة والاقتصاد، مما دعا إلى تدارك الحاجة بقوانين متتابعة عديدة، كان كل منها ينسخ جانبا من المجلة، وكان من أبرز ما نسخ منها أحكام المشاركات العقدية، ومالية المنافع، وأحكام المدد المسقطة للشفعة والاختلاف في ثمن العقار المشفوع، وقضية الشاهد واليمين، ورد اليمين على المدعي، وفي عدم تجزؤ الإقرار وغيرها¹.

وإن كان البعض يرى رأيا وسطا، وهو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلا عاما، و الخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء، فيكون الأصل معروفا، والاستثناء بينا، بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه، وفي داخل المذهب يؤخذ بالرأي الذي يتفق وتطور الحياة، فهذا هو الذي يفتى به الآن².

لكن ما هو نطاق هذا الخروج، وما هي ضوابط الخروج من المذهب إلى المذاهب الأخرى؟ بداية فإن الزرقا يرى بأن المذاهب الفقهية - سواء منها الأربعة المدونة أم غير المدونة ونقلت نقلا صحيحا نسبتها إلى الشريعة الإسلامية متساوية، فأراء فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم أمثال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومكحول والأوزاعي والحسن البصري وسعيد بن جبير وكثير غيرهم، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل، وللك أبدى إعجابه بقول بعض المفكرين من علماء العصر: (أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة، وكل مذهب فردي منها كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها يعتبر في هذا المذهب العام الكبير كالآراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد، فيرجح علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والفنيا ما هو أوفي بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر) حيث قال بعد نقله: وهذا رأي سديد³.

وبناء على ذلك فليس من المحتم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله، بل يمكن أن يأخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى أنه الأليق بالمصالح الزمنية⁴، ويرى التقنين من الفقه بأن تستمد الدولة تقنيناتها في مختلف الموضوعات من الفقه الإسلامي بمفهومه العام، أي من جميع المذاهب المعتمدة، ومن آراء فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين، فإذا لم يوجد في جميع الفقه في الموضوع المراد تقنينه رأي سابق، لأن الموضوع مستمد من قضايا العصر المستجدة أو كان في الموضوع رأي فقهي سابق، ولكن

1 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص243.

2 - زكي عبد البر: المرجع السابق، ص48؛ والزرقا: المدخل الفقهي العام، ص404.

3 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص262.

4 - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص259-262

المصلحة الزمنية (بميزانها الشرعي) تتطلب اجتهادا جديدا بخلافه، يلجأ عندئذ إلى تخريج الأحكام المراد تقنينها في الموضوع على قواعد الفقه الإسلامي العامة، وأصول الفقه، ومقاصد الشريعة، والمصالح المرسلة¹. وهذا الاتجاه الذي يؤيده سائر الفقهاء المعاصرين وأصبح من المسلمات التي يعمل بها في تقنين الفقه فيمكن الاستفادة منها والاسترشاد بها عند وضع أي حكم أو ترجيحه²، جاء في مقدمة مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي: (لكنك لا تجد حكما غريبا عن الفقه الإسلامي ولا يعدو أي حكم منها أن يكون قولاً قال به إمام من أئمة المسلمين أو رأياً قال به فقيه يعتد به أو يكون مركبا من هذه الأقوال والآراء)³. وتظهر أهمية الاعتماد على كل المذاهب والآراء الفقهية في أن ذلك يساعد على اختيار الأحكام المناسبة للملائمة لحاجة العصر وعدم الضيق بالحاجات التشريعية العصرية، فما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سعة منه وعلاج، ولم يوجد تشريع كثرت فيه الاجتهادات واتسعت الآراء كالتشريع الإسلامي⁴. أما عن ضوابط الخروج من مذهب إلى آخر، فيذهب مصطفى الزرقا إلى اختيار أصلح الآراء، يقول في ذلك: (وعند الخروج من المذهب فإنه يختار ما هو الأصلح بحسب قوة الدليل الشرعي ويسر التطبيق والقرب من مقاصد الشريعة وعدالتها، وهذا الاختيار عمل اجتهادي يتطلب فوق المعرفة الشرعية بصيرة زمنية بأحوال الناس العملية وأنواع المشكلات التي يصادفونها والمخالفات التي يقعون فيها، فيثبت في كل مسألة حكما فقهيا واحدا واضحا النص واجب التطبيق على القاضي والمتقاضي وينحصر اجتهاد القاضي في فهم هذا النص وتطبيقه على وقائع القضايا)⁵، فالمعتبر إذا:

1- قوة الدليل الشرعي.

2- القرب من مقاصد الشريعة وعدالتها.

3- يسر التطبيق.

4- معرفة أحوال الناس والمشكلات الواقعية.

ويعد هذا الأسلوب هو إلى الآن مسلك محمود في سبيل الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية، لكن يأخذ عليه البعض ما يلي⁶:

- 1- أن الاختيار أحيانا يكون بناء على الذوق والتقدير بأن ذلك الحل سهل وميسر فهو أنسب للمجتمع، وقد ينتج عن تطبيقه في الواقع مشاكل عديدة، ويكون المجتمع بذلك حقل تجارب أمام الإصدارات والتغييرات للقانون.
- 2- أنه في بعض الأحيان يختار أرجح الآراء، وفي بعض الأحيان يختار المرجوح.

1 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص313.

2 - القاسم: المرجع السابق، ص295.

3 - محمد الدسوقي وأمينة الجابر: مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي، ص294.

4 - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص259-262.

5 - الزرقا: المرجع نفسه، ج1، ص314.

6 - عمر القاضي: تعامل ولي الأمر مع الخلافات الفقهية، من كتاب التقريب بين المذاهب الإسلامية، منشورات المنظمة

الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة إيسيسكو، سنة1997، ص139.

3- افتتار هذا الأسلوب إلى المعيار العلمي الأصولي يؤدي إلى انحسار الصفة الإسلامية في بعض فروع التشريع، مثل قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، أما استعمال معايير أصول الفقه، فهو يساعد على أسلمة جميع فروع الفقه، ويبسر الاجتهاد في سبيل حلول شرعية جديدة وابتكارات محمودة.

الفرع الثالث: كيفية صياغة تقنين الفقه الإسلامي.

مع التسليم بضرورة تقنين الفقه الإسلامي، فإن عملية صياغة الأحكام الشرعية وتنسيقها في قانون تتطلب جهداً أكبر حتى تكون العملية ناجحة، وتحقق أهدافها في تحقيق العدل والرخاء للمجتمع، فإن التقصير فيها قد يؤدي إلى ظهور مساوئ ومشاكل عند التطبيق، مما يكون طعناً في هذه العملية وسبباً في إفشالها، يقول السنهوري: (التشريع فن له قواعده وأصوله فلا يجوز أن نغفل أصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعي خطير) ثم يقول: (أصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية التي تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة، فتوضع هذه القواعد في قالب القانوني الملائم...)¹، ولذلك يستوجب علينا بيان المعايير اللازمة لنجاح هذه الصياغة في نظر الشيخ مصطفى الزرقا.

من خلال مراجعة أعمال الشيخ مصطفى الزرقا وكذا انتقاداته للأعمال التقنية السابقة، نقف على المحددات الشكلية لصياغة الفقه الإسلامي صياغة قانونية حديثة، ويظهر ميله وعمله على اتباع المنهجية المتبعة في صياغة القوانين الوضعية، حيث يفضل (صوغ الأحكام الفقهية صياغة الفقه القانوني الحديث أسلوباً وترتيباً فيلبس الفقه الإسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الأدواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره ويحافظ في الأحكام والأنظار الفقهية على أصله وجوهره)².

وهذا الاختيار ينطلق من الأصول إلى الفروع ومن النظريات إلى الجزئيات كما في الفقه القانوني، وهو ما أثمر صياغة نظريات فقهية في مقابل النظريات القانونية كنظرية الالتزام ونظرية الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية العقد والملكية وغيرها، وهو ما تظافر على تحقيقه نخبة من العلماء الجامعين بين الفقه والقانون أمثال السنهوري وأحمد إبراهيم وأبو زهرة وعلي الخفيف وشيخنا مصطفى الزرقا وغيرهم يقول الزرقا: (وإني أعلم ما في هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة (...)) فجمع أجزاء المبادئ العامة من مختلف الأبواب واستحياؤها غالباً من فروع الأحكام وعللها، ثم ضم كل جزء إلى أخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الأصل الشرعي الذي يحكم فيها لتقريره ورد الفروع إليه، كل ذلك يستدعي من الجهد والوقت ما يجب أن يتعاون عليه جماعة من فقهاء الشريعة والقانون ينصرفون بكل مواهبهم إليه)³.

ففي وضع نظرية الالتزام عمل على التتبع والاستقصاء لاستخراج ما يناظر أجزاء تلك النظرية الأجنبية ويقابلها في الفقه الإسلامي الجم ثم سبكه بترتيبها، وبذلك تتجلى الحيوية التي يجب أن نتعرفها في عناصر فقها العظیم⁴.

1 - محمد عمارة: إسلاميات السنهوري باشا، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، سنة 1426هـ/2006م، ج1،

ص393.

2 - الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص9.

3 - الزرقا: المرجع نفسه، ص9.

4 - الزرقا: المرجع نفسه، ص10.

وقد عنى بتجلية النظريات الفقهية على نحو يبسر المقارنة بين هذه النظريات ومقابلاتها القانونية، ولا تخفى فائدة مثل هذه الدراسات في تعريف رجال القانون بمفاهيم الفقه الإسلامي ونظرياته، لاقترب أسلوب العرض من لغتهم وطريقة تفكيرهم.

ومن خصائص الصياغة التي نبه عليها مصطفى الزرقا¹:

1- الترتيب، والترقيم، وطريقة التعبير الأمر، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد مختار للعمل به في كل مسألة، دون الأدلة أو المناقشات والاختلافات التي تزخر بها كتب الفقه، والتي ميدانها الفقه الشارح لا المرجع القضائي.

2- اجتناب التعريفات والشروح وضرب الأمثلة التطبيقية الطويلة، وكل هذا لا ينسجم مع الطريقة التقنية الحديثة التي تقضي بأن تتسم الصياغة القانونية بطابع الأمر، باعتبار أن القانون أمر، وليس بمعلم. فمدار الإيضاح التطبيقي والتعليمي إنما هو: الشروح وليس متن القانون.

3- الفصل بين الأحكام الموضوعية والأحكام الشكلية كأصول المحاكمات أو المرافعات، فالقانون المدني بمفهومه الحديث لا يتضمن سوى الأحكام الموضوعية دون الشكلية، وإن كان هذا الأمر لا يمس جوهر التقنين وإنما هو قضية فصل أو جمع بين أجزاء القانون لا تفترق النتائج العملية بين فصلها أو جمعها. فهي من قبيل الذوق العصري في التصنيف القانوني.

4- وضع مذكرة إيضاحية لربط مواد التقنين بمسئداتها من قواعد الفقه وأصوله من مختلف المذاهب كما جاء في القانون المدني الأردني.

الخاتمة:

في ختام هذه المداخلة هذه أهم النتائج التي توصلنا إليها:

1- حركة تقنين الفقه الإسلامي نشطت مع بدايات القرن الماضي، ونجحت في إعادة الحياة للفقه الإسلامي واعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام، وقادرة على استيعاب التطورات والحاجات العصرية.

2- أهمية تحقق الملكة الجامعة بين الفقه والقانون في تحقيق مشروع تقنين الفقه الإسلامي، ذلك أن أكثر الذين خدموا هذا المشروع نظريا وعمليا يجمعون بين الفقه العميق والمعرفة القانونية الواسعة.

3- تبني مصطفى الزرقا لمشروع تقنين الفقه الإسلامي ومساهمته الفعالة في نجاحه حفاظا على هوية الأمة وتحقيقا لاستقلالها في نظامها التشريعي.

4- يفضل مصطفى الزرقا صياغة الأحكام الفقهية على غرار القوانين بالاتجاه نحو وضع النظريات والقواعد والمبادئ العامة ثم تخريج الجزئيات والمسائل عليها.

¹ - الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص243.

5- يرى مصطفى الزرقا وجوب وإمكانية استمداد القوانين المختلفة -فيما عدا قوانين الإجراءات- من الشريعة الإسلامية وفقها.

6- يرى مصطفى الزرقا أن يكون تقنين الفقه الإسلامي من المذاهب الفقهية ومن الآراء الاجتهادية الثابتة عن الصحابة والتابعين وسائر الأئمة المجتهدين، ويكون الاختيار منها وفق منهج وعلمي واضح.

7- يرى مصطفى الزرقا ضرورة التزام قواعد الصياغة العلمية في صياغة القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي ليكون تقنيننا ناجحا محققا لأهدافه.

التوصيات:

1- تدعيم وتعميق الدراسة المقارنة بين الفقه والقانون خاصة في القضايا المستجدة، والعناية بتكوين الكفاءات الجامعة بين الفقه والقانون.

2- تبني مشروع تقنين الفقه الإسلامي في الجزائر، والدعوة إلى إنشاء لجنة مشتركة بين علماء الفقه وخبراء القانون والتنسيق مع الجهات الوصية في تحقيقه.

3- ضرورة الاستفادة من التجارب والخبرات العربية والإسلامية في تقنين الفقه الإسلامي والبناء عليها.

والحمد لله رب العالمين على فضله ومنه

المصادر والمراجع:

- 1- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1400هـ/1980م.
- 2- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، سنة 1425هـ/2004م.
- 3- أبو عبد الله محمد الرازي: مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، سنة 1420هـ/1999م.
- 4- عبد الرحمن القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام، مطبعة المدني، ط1، سنة 1386هـ/1966م.
- 5- عبد الناصر أبو البصل، مصطفى أحمد الزرقا فقيه العصر وشيخ الحقوقيين، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1431هـ/2010م.
- 6- مجد أحمد مكي: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1420هـ/1999م.
- 7- محمد الدسوقي وأمينة الجابر: مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي.
- 8- محمد عمارة: إسلاميات السنهوري باشا، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، سنة 1426هـ/2006م.
- 9- محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث العربي، قطر، ط2، سنة 1407هـ/1986م.

- 10- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، سنة1418هـ/1998م.
- 11- مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1409هـ/1988م.
- 12- مصطفى الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، سنة 1420هـ/1999م.
- 13- هويش هزار علي المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، دار عمار، عمان، ط1، سنة1412هـ - 2001م.
- 14- إدريس العلوي العبدلاوي: أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته، مجلة الأكاديمية، العدد 20، سنة 2003، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية.
- 15- بسام حسن العف: جهود العلماء المعاصرين في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مؤتمر جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية الثاني (العلماء واقع وآمال)، يونيو 2011.
- 16- عمر القاضي: تعامل ولي الأمر مع الخلافات الفقهية، من كتاب التقريب بين المذاهب الإسلامية، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة إيسيسكو، سنة1997.
- 17- محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ندوة نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة، جامعة الإمارات، 1414هـ/1994م.