دور إدراج الفقه الإسلامي ضمن المنظومة القانونية في تطوير القاعدة القانونية

The role of the inclusion of Islamic jurisprudence within the legal system in developing the legal rule

شاربي ربيحة[1]، زياني نوال [2]

[1] جامعة الدكتور يحي فارس المدية (الجزائر)، sama9851@gmail.com

[2] جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف (الجزائر)، nanizozo020@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/06/11 تاريخ النشر: 2023/04/01

ملخص:

تعد علاقة القانون بالفقه الإسلامي علاقة اشتراك في المجالات والقضايا، ولعل اشتراك أكثر من تخصص في معالجة الموضوع نفسه هو الطريق لدمج عدة معارف في إطار واحد، وبالرغم من أنه ليس هناك مجال للشك في استبعاد مقارنة المنهج الشرعي الإسلامي الذي يرجع أصله في الكتاب والسنة مع القانون الوضعي، إلا أن هذا الأخير أصبح يطرح عدة إشكالات مع قواعد الشريعة الإسلامية الحقة والفقه الإسلامي، لذلك كان الهدف من هذا المقال هو تبيان دور إدراج الفقه الإسلامي ضمن قواعد المنظومة القانونية في تطوير القاعدة القانونية، وبالمقابل توصلنا إلى مدى تأثر المنظومة القانونية بالفقه الإسلامي خاصة القانون الجزائري ودور ذلك في حل بعض الإشكالات.

كلمات مفتاحية: الفقه الإسلامي، المنظومة القانونية، القاعدة القانونية، إدراج، تقنين.

Abstract:

The relationship of law with Islamic jurisprudence is a relationship of participation in fields and issues, and perhaps the participation of more than one specialization in dealing with the same subject is the way to integrate several knowledges into one framework, although there is no room for doubt in the exclusion of comparing the Islamic legal approach, which has its origin in the Qur'an and Sunnah with the law. Positive, however, the latter has raised several problems with the rules of the true Islamic Sharia and Islamic jurisprudence, so the aim of this article was to show the role of including Islamic jurisprudence within the rules of the legal system in developing the legal base, and in return we reached the extent to which the legal system is affected by Islamic jurisprudence, especially the law. Algerian and its role in solving some problems

Keywords: Islamic jurisprudence; legal system; legal rule; inclusion; codification.

1. مقدمة :

يسمو الفقه الإسلامي على الفقه الوضعي في كونه ينبع من التشريع السماوي الإلاهي، فبالنظر إلى مصدره فهمو يتميز بقداسته عن أي قانون وضعي، وبالنظر إلى موضوعه فقد عُني بتثبيت العقيدة ومكارم الأخلاق والنهي عن الرذائل وتطبيق شريعة الله تعالى فيما يتصل بالأسرة ونظام الحكم وكل المعاملات التي تتم بين الناس من بيوع وشراء وغيرها، وبالنظر إلى تاريخه فقد مر بأطوار متعددة بدأت مع عصر النبوة في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، ثم عرف عهد الصحابة رضوان الله عليهم أسفارا عظيمة من الفقه، ولم تتأثر العهود الأولى بالقوانين الأجنبية كالقانون الروماني، بل كانوا يعتمدون على مصادر الفقه الأصلية والقياس و الإجماع والاستصلاح، ثم بدأت أطوار الاجتهاد في التطور وبدأت تظهر المذاهب الفقهية، ولكل منها منهجه الخاص، كأبي حنيفة النعمان ومالك ابن أنس والشافعي وأحمد ابن حنبل أصحاب المذاهب الأربعة، واعتنقها أغلب المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها، حتى أنه بُدئ بتدوين علم أصول الفقه ضبطا لقوانين استنباط الأحكام، إلا أنه بداية من منتصف القرن الرابع للهجرة بدأت حركة الاجتهاد في الركود وتمركز كل مذهب من المذاهب الأربعة في قطر أو أكثر، وبدأ الفقهاء في تدوينها.

وفي مقابل حركة التدوين وبداية من منتصف القرن السابع أخذت حركة الاجتهاد فعلا في التراجع، ثم ظهرت حركة التقنين في الدولة العثمانية في أواخر هذا العهد، وصدرت قوانين شتى في البلاد الإسلامية في القانون المدني والجنائي والإداري، وفي ابلاد العربية المنفصلة عن الدولة العثمانية وبعد الحربين العالميتين، طالب فقهاء الشريعة والقانون آنذاك بوضع قوانين مستمدة من الفقه الإسلامي، والملاحظ أن الشعوب في البلاد الإسلامية كانت تعاني من الغزو القانوني الغربي، خاصة في فترة الاستعمار وما بعدها، حيث تأثرت بالفقه الأجنبي، لكن الرجوع إلى أصالة التشريع الإسلامي كان في نفس الوقت حاجة ملحة للأفراد والشعوب الإسلامية.

وفي الوقت الحالي، بعد إذا التأثر بالقوانين الغربية، هل يكون لإدراج الفقه الإسلامي في المنظومة القانونية دورا في تطوير القاعدة القانونية؟

ولما كان الهدف من هذا الموضوع إبراز ما للفقه الإسلامي من مزايا تنبع من أهميته في كون الهدف المرجو من وراء اجتهادات الفقهاء هو الهدف النبيل–دون مصالح خاصة–وهو الحفاظ على العقيدة والمساهمة في تنظيم المجتمع وتهذيبه، فقد تطلب البحث اعتماد المنهج الوصفي التحليلي والمقارن لتحليل بعض النصوص القانونية ومقارنة الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي.

2. مفهوم منهج الفقه الإسلامي

1.2 تعريف وأصول الفقه الإسلامي:

الفقه لغة هو الضمير العميق النافذ الذي يتعرف غايات الأقوال والأفعال ومن ذلك قوله تعالى " فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا" وقوله صلى الله عليه وسلم " من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين" ، وقوله تعالى " وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْجِنِّ وَٱلِانسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَّا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ ءَاذَانٌ لَّا يَسْمَعُونَ بِهَآ"[1]، والفقه لغة تعني الفهم مطلقا سواء ما ظهر أو خفي، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى " قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ" (سورة هود ، الآية 91)، وقوله تعالى " وَإِن مِّن شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَٰكِن لَّا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ" (سورة الإسراء ، الآية 44)[2]

وذهب بعض العلماء إلى أن الفقه لغة هو فهم الشيء الدقيق، يقال : فقهت كلامك، أي ما يرمي إليه من أغراض و أسرار، والمتتبع لآيات القرآن الكريم يدرك أن لفظ الفقه لا يأتي إلى الدلالة على إدراك الشيء الدقيق كما في قوله تعالى " وَهُوَ ٱلَذِے أَنشَأَكُم مِّن نَّفْس وَٰحِدَة فَمُسْتَقَرّ وَمُسْتَوْدَعٌ قَدْ فَصَّلْنَا ٱلَايٰتِ لِقَوْم يَفْقَهُونَ (سورة الأنعام، الآية 98).

أما في اصطلاح العلماء الشرعيين فهو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وعلى ذلك يكون موضوع علم الفقه يتكون من جزئين: أحدهما: العلم بالأحكام الشرعية العملية ، فالأحكام الاعتقادية كالوحدانية ورسالة الرسل عليهم الصلاة والسلام والعلم باليوم الآخر وما يكون فيه، كل هذا لا يدخل في مضمون الفقه بالمعنى الاصطلاحي، والجزء الثاني من موضوع علم الفقه، العلم بالأدلة التفصيلية لكل قضية من القضايا، فإذا ذكر مثلا أن بيع السلم لابد فيه من تسليم رأس المال وقت العقد أقام الدليل على ذلك من الكتاب أوالسنة أو من فتاوى الصحابة، وإذا ذكر أن الربا حرام قليله وكثيره، ذكر دليل من الكتاب، و إذا ذكر أن كل زيادة في رأس المال ربا، أقام الدليل بقوله تعالى " وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ، وإذا قرر أن أكل أموال الناس بالباطل حرام تلا قوله تعالى " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ" ، فموضوع علم الفقه الحكم في كل جزئية من أعمال الناس بالحلّ أو التحريم أو الكراهة أو الوجوب، ودليل كل واحد من هذه الأمور[3].

والفقه كما عرفه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية، أو هو مجموعة من الأحكام الشرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، وهي طوائف الأحكام من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة، أو تخيير التي تغص بها كتب الفقهاء في الطهارات والعبادات والمعاملات والعقود والعقوبات الشرعية والجهاد وأحكام الفرد والأسرة والوصية والوقف والميراث، والفقيه يُعنى بتطبيق القاعدة الأصولية

على الجزئيات فهو يستنبط حكم وجوب الصلاة من قوله تعالى " وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ " (سورة البقرة، الآية 43)، ويستنبط حكم تحريم الزنا من قوله تعالى " وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنا " (سورة الإسراء، الآية 32)، وهكذا يبحث في أحكام العبادات والمعاملات والعقود والجنايات والمعاهدات وأوضاع السلم والحرب وآثارهما وغير ذلك من أفعال المكلفين التي هي موضوع أفقه من حيث ما يُثبت لها من الأحكام الشرعية[4].

أما أصول الفقه فعُرف بمجموع طرق الفقه على سبيل الإجمال وكيفية الاستدلال بها وكيفية حال المستدل بها [5]، فكلمة الأصل معناها في اللغة ما يُبنى عليه، وهذا المعنى اللغوي متسق مع المعنى الاصطلاحي، وذلك لان علم أصول الفقه عند الأصوليين هو ما يُبنى عليه الفقه، لذا عرفه كمال الدين ابن همام في التحرير: بانه إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه، ومعنى ذلك أن أصول الفقه هو العلم بالقواعد التي تبين طريقة استخراج الأحكام من الأدلة، فمثلا يقرر علم الأصول أن المر يقتضي الوجوب وأن النهي يقتضي التحريم، فإذا أراد الفقيه مثلا أن يعرف حكم الحج أخذه من قوله صلى الله عليه وسلم " إن الله كتب عليكم الحج فحجوا"، وكذلك إن أراد أن يعرف حكم الخمر تلا قوله تعالى " إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ"، فإن طلب الاجتناب نهى عن القرب، ولا يوجد نهي أبلغ من ذلك في الدلالة على التحريم[6].

كما أن موضوع أصول الفقه: الأدلة الشرعية السمعية من حيث إثبات الأحكام الشرعية بجزئياتها بطريق الاجتهاد بعد الترجيح عند تعارضها، وله فائدة في إيجاد القدرة على معرفة الأحكام الشرعية من الأدلة التي نصها الشارع للمؤهلين للاجتهاد والمستوفين لشروطه[7]، وهكذا يتبين أن الفارق بين الفقه وأصوله، فالأصول هي المناهج التي تحد وتبين الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الأحكام من أدلتها ويرتب الأدلة من حيث من قوتها، أما الفقه فهو استخراج الأحكام مع التقيد بهذه المناهج، فعلم الأصول هو ميزان بالنسبة للفقه، يضبط الفقيه ويمنعه من الخطأ في الاستنباط[8].

2.2 مصادر الفقه الأسلامي ونماذج إدراجه في المنظومة القانونية

إن سن الشريعة وإثبات الأحكام وإنشاء القواعد والقوانين ووضع النظم، حاكمية اختص بها الله سبحانه وتعالى، ونسبها إلى نفسه، فنسبة الشيء منها إلى غيره جلّ شأنه شرك بالله تعالى ينافي التوحيد ويناقضه، وقد نصب الله سبحانه وتعالى لهذه الأحكام حججا واضحة وأدلة بينة، وهذه الأدلة منها ما أجمعت الأمة على حجيتهن وأطبقت على دلالته على الأحكام، ومنها ما اختلفت فيه، فالذي اتفقت عليه وأجمعت على الاحتجاج به دليلان من أدلة الأحكام ومصدران من مصادر التشريع، الدليلان الذان كانا عمدة التشريع في عهد الرسول صلّى الله عليه وسلّم، وهما الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة.[9]

القرآن الكريم: ويتميز القرآن الكريم بأنه كلام الله تعالى بنظمه وبمعناه: بدليل إعجازه، أي ارتقائه في البلاغة إلى حد خارج عن طوق البشر، فيكون ملزما بما دل عليه من الأحكام لصدوره عمن تجب طاعته، وبه يخرج كلام غير الله تعالى، فلا يسمى قرآنا، ولو كان حديثا قدسيا أو عاديا، لأن معاني الحديث من عند الله تعالى وألفاظه وصياغته من عند الرسول صلّى الله عليه وسلّم، فإذا أضافه إلى الله تعالى سمي حديثا قدسيا، والقرآن الكريم حجة يجب على جميع الناس العمل به، لأنه كلام الله الذي صّح نقله إليهم بطريق قطعي لا ريب في صحته ولا شبهة فيه والدليل على ذلك إعجازه.[10]

السنة النبوية الشريفة: وهي كل ما صدر عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم غير القرآن الكريم من قول أو فعل أو تقرير، فكل ما تلفظ به رسول الله صلّى الله عليه وسلّم –عدا القرآن الكريم– أو ظهر منه في الواقع من ابتداء رسالته إلى آخر حياته صلّى الله عليه وسلّم فهو من سنته[11]، ولا شك أن السنة النبوية واجبة الاتباع كالقرآن الكريم في استنباط الأحكام الشرعية، وأنها هي المصدر الثاني للتشريع، فقد فرض الله تعالى على المؤمنين إطاعة النبي صلّى الله عليه وسلّم واتباعه، وجعل طاعة رسول الله طاعة له، وأمر المسلمين برد المتنازع فيه إلى الله تعالى وإلى الرسول، ونفى الإيمان عمّن لم يقبل بقضاء رسول الله في آيات كثيرة منها قوله تعالى" يَٰٓأَيُّهَا ٱلَذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِے ٱلَامْرِ مِنكُمۖ (سورة النساء ، الآية 59)[12].

الإجماع: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلّى الله عليه وسلّم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي، أي أن الإجماع لابد فيه من الاتفاق على أمر من الأمور، وأن يكون صادرا من المجتهدين الذين تتوافر لديهم أهلية الاجتهاد، فلا عبرة بقول العاوم ومن ليس أهلا للنظر في استنباط الأحكام الشرعية، وأن يكون الاتفاق من جميع المجتهدين، فلا يعد إجماعا ملزما اتفاق أكثر المجتهدين مهما قل عدد المجتهدين وكثر عدد المتفقين، لأن الإجماع لابد فيه من اتفاق جميع مجتهدي البلاد الإسلامية[13].

القياس: وهو إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة، وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما يرشده إلى أصول القضاء: " الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله، ولا سنة النبي صلّى الله عليه وسلّم ثم اعرف الأشباه والأمثال، فقس الأمور عند ذلك بنظائرها، واعمد إلى أقربها إلى الله، وأشبهها بالحق"، وقد كان من أسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة أن تنص غالبا على علل الأحكام الواردة فيه، والغايات الشرعية العامة المقصودة منها، ليمكن تطبيق أمثالها وأشباهها عليها في كل زمن[14].

وما يدل على القياس قولا وعملا هو إقرار الرسول صلّى الله عليه وسلّم العمل بالقياس، حينما بعث معاذا قاضيا إلى اليمن، وقال له: "كيف تقضي إذا عُرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي و آلو"، أي لا أقصر، فضرب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على صدره، وقال " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لما يرضي الله ورسوله"، والاجتهاد بالرأي يشمل القياس[15].

وقد استمد علماء أصول الفقه من حقائق الأحكام الشرعية وتصوراتها لا من جزئياتها، ومن علم الكلام : لأن الإلزام بالقرآن الكريم والسنة النبوية ناشئ ممن ألزم العمل به، وهو الله تعالى، واستمدوا كثيرا من قواعد الاستنباط من اللغة العربية التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة مصدرا التشريع الأصليان، فباللغة نعرف مقاصد الشريعة، وبها يتمكن المجتهد من معرفة الحقيقة والمجاز، والصريح والكناية، والعموم والخصوص، والاشتراك اللفظي، والإطلاق والتقييدن والمنطوق والمفهوم، وقد نشأ علم أصول الفقه إبان ظهور الاجتهاد في عهد الخلفاء الراشدين وبقية الصحابة الذين كانوا يستفتون في المسائل المجتهدة، فيبحث المجتهد منهم عن حكمها الشرعي في نصوص القرآن الكريم وظواهره، ثم في منطوق الحديث النبوي الشريف، ثم يلجأ إلى القياس أو الاجتهاد بالرأي المتفق مع روح التشريع ومفهومه[16].

3. أثر إدراج الفقه الإسلامي في المنظومة القانونية

1.3 دور الفقه الإسلامي في تطوير الدراسات القانونية:

يلحظ الباحث في الفقه الإسلامي أن فقهاءنا المسلمين يفرقون بين نوعين من المسائل: أحدهما الواجب ديانة، والآخر الواجب قضاءا، فالأولى هي التي تبقى بين العبد وربه ودون تدخل القضاء، والثانية هي التي تقبل بطبيعتها أن تكون محل التقاضي، ويمكن التعبير عن ذلك بأن الشريعة الإسلامية ثلاث شعب: المعاملات (المالية والشخصية والجنائية)، العبادات، والأخلاق، فالمعاملات بأنواعها تدخل في التقنين، أما الثانية والثالثة فيجب احترامها من المسلم ولكنها لا ترد في التقنين إلا ما يدخل منها في دائرة القضاء (كالتعزيرات)، ويجب أن نلاحظ أيضا فيما يدخل في دائرة التقنين التمييز بين المبادئ العامة الشاملة، وهذه أسس تبقى، وبين الأحكام التفصيلية التطبيقية وهذه تترك للتطور حتى تماشي الزمن[17].

ولذلك فقد قسم الفقهاء الفقه إلى قسمين: الأول: العبادات: كالصلاة والصيام والجهاد في سبيل اللهن وغير ذلك مما ينظم علاقة الفرد بربه، والثاني : المعاملات: وهي الأحكام التي تنظم علاقات الأفراد والجماعات

ببعضهم البعض، والدولة الإسلامية بغيرها من الدول، وقد لوحظ في هذا التقسيم أن قسم العبادات يبتغي فيه التقرب إلى الله ومرضاته والطمع في ثوابه، أما قسم المعاملات، فالأصل فيه تيسير مصالح العباد الدنيوية وتنظيم علاقاتهم أفرادا وجماعات في جميع أحوالهم، ولوحظ ان العبادات قد فصلها الشارع تفصيلا، فما أجمله القرن الكريم فصله رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وبيّنه، ممّا لا يجعل مجالا لإعمال العقل فيه، أما المعاملات فقد أجمل فيها التشريع وأرسى القواعد العامة لها والأصول التي يدرك الفقيه بفكرة العلة والحكمة من وراء تشريعها، مما يسهل عليه عملية القياس والاستنباط[18].

وقد كان للفقه الإسلامي دور وأثر كبير في تطوير الدراسات القانونية، حيث أحاطت احكام الفقه الإسلامي في قسم المعاملات جميع فروع القانون الوضعي بتقسيمه العام والخاص، وبيان ذلك فيما يلي:

فالقانون العام الخارجي، وهو القانون الدولي العام، الذي يقصد به تلك القواعد التي تحكم علاقات الدول ببعضها البعض في أوقات السلم والحرب، كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد بحثوا هذا الموضوع تحت باب: السير أو الجهاد أو المغازي، وهو مخصص في كتب الفقه الإسلامي جميعا لمعرفة أحكام الحروب بين المسلمين وغيرهم، وقد أفرد بعض الفقهاء كتبا خاصة بهذا النوع من الدراسة، وفي مقدمتهم الإمام محمد ابن الحسن الشيباني في كتابيه " السير الصغير " و " السير الكبير"، والإمام الأوزاعي عن إمام أهل الشام في كتابه " السير"[19].

أحكام الأسرة : وهي الأحكام التي تتعلق بتكوين الأسرة ونظامها كالنكاح والطلاق والنفقة والعدة والنسب وغير ذلك مما يطلق عليه المعاصرين : قانون الأحوال الشخصية .

السياسة الشرعية: وهي الأحكام التي تتناول نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها، والقواعد والأسس التي ينبني عليها الحكم كالشورى والعدالة والمساواة، وكذلك الأحكام التي تتناول حقوق الأفراد وتنظيم علاقاتهم بالحكام وكيفية اختيارهم وشروط الوالي وما يجب له أو عليه، وغير ذلك مما يعرف اليوم "بالقانون الدستوري"، وقد بحث فقهاؤنا هذا القسم تحت عنوان السياسة الشرعية، وألفوا في ذلك مصنفات مستقلة كالأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبي الحسن الماوردي المتوفى سنة 450 هـ، والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية المتوفى سنة 728 هـ، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية المتوفى سنة 751 هـ[20].

القانون المالي: وهو الذي ينظم مالية الدولة ويبين إيراداتها ومصادر هذه الإيرادات ويحدد مصروفاتها ووجوه الإنفاق فيها، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع هذا القانون في كتب الفقه العامة في الزكاة والخراج ...كما أفرد بعض الفقهاء كتبا خاصة كما فعل أبو يوسف في كتابه " الخراج " و أبو عبيد في كتابه " الأموال"[21].

القانون الدولي الخاص : ويتعلق بقانون الجنسية وتنازع القزانين وهو مجموع القواعد التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في القضايا التي يوجد فيها عنصر أجنبي أو تنازع اختصاص في بلد أو أكثر، وكان فقهاؤنا قد تناولوا هذا القانون بالبحث في باب السير فوضعوا له أحكامه العامة ثم أفردوا له أبوابا مستقلة تحت عنوان باب أحكام أهل الذمة، والمستأمنين والحربيين[22].

العقوبات: وتنقسم إلى قسمين : -الأول : عقوبات ورد النص بتحديد مقدارها فلا يجوز لأحد أو لهيئة لزيادة أو نقصان فيها، وهي نوعان الحدود وهي سبعة : حد الزنا، القذف، السرقة، الحرابة (قطع الطريق، السرقة الكبرى)، حد الشارب، حد الردة، وقتال أهل البغي، القصاص: وهي المتعلقة بجرائم الدماء والأنفس والجروح، - الثاني: العقوبات التعزيرية: ويلحق بهذا القسم الكفارات: كعتق الرقاب أو الصيام أو غير ذلك، مما يعد كفارات لمحضورات ارتكبت قصدا، وقد أطلق على قسم العقوبات في عصرنا الحاضر : القانون الجنائي أو قانون العقوبات، وقد بحث الفقهاء هذا القسم في كتب الحدود والجنايات والديات، وتناولو الحديث عن الكفارات في مواضعها من كتب الأيمان والصيام والصيام والظهار والجنايات وغير ذلك[23].

وتقوم التشريعات الجنائية الوضعية في بعض البلدان الإسلامية على سياسة جنائية في التجريم والعقاب تختلف عما هي عليه في الشريعة الإسلامية، على الرغم من التشريعيين بمبدأ " لا جريمة ولا نص إلا بنص" القاضي بعدم جواز تجريم الأفعال والمعاقبة عليها ما لم يرد فيها نص، لاختلافهما في المصدر الذي نتج عنه اختلاف في التطبيق أوقع المشرعين الوضعيين في حرج اضطرهم إلى الخروج عن مقتضاه، بل الدعوة إلى إلغائه، بخلاف الشريعة الإسلامية التي تعاملت مع هذا المبدأ بمرونة تتفق ومنهجها الشمولي في التجريم والعقاب لكل مخالفة — أمرا ونهيا- فعلا أوتركا، فلم يحصر التشريع الإسلامي نطاق الجريمة في جانب دون آخر بل شملها بجانبيها الإيجابي والسلبي، لما يتميز به من طابع أخلاقي وإنساني، يأبى تحديدها كما فعل القانون الذي ركز على الجانب الإيجابي للنشاط الإجرامي وقيده في النشاط السلبي بما كان واجبا على الإنسان[24].

2.3 نماذج من التقنين العصري للفقه الإسلامي ودورها في حل المسائل القانونية :

يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام بوجه عام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة تم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس، ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي تطبيق طريقة التقنين الآنف الذكر على الأحكام الفقهية الماخوذة من مذهب واحد، وإذا كانت في المسألة الواحدة

أقوال متعددة ضمن المذهب، يختار واحدة منها فقط، أي أن تقنين الفقه يراد به تقنين أحكام المذهب الواحد في المعاملات إذا أرادت الدولة أن يجري قضاؤها على مذهب واحد[25].

وقد أثار التقنين بين الفقهاء الإسلاميين اختلافا بين منعه وجوازه، فانطلاقا من فكرة أن التقنين أسلوب كتابة دخيل عاى الفقه الإسلامي وأنه يخص القضاء بصفة أولى، والقضاء مخول شرعا بالاجتهاد في النزاعات المعروضة عليه، فإن اتجاها من الفقه الشرعي منع تقنين الفقه الإسلامي مستندا إلى قوله تعالى " إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ اَلْكِتَٰبَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ اَلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ اَللَّهُ (سورة النساء، الآية 105)، وقوله أيضا " فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ" (سورة ص، الآية 26)، هاتان الآياتان ورد فيهما الأمر بالحكم بحكم الله وحده، وهو الحق الذي لا يبلغ بالقضاء الراجح من أقوال الفقهاء لأنه الحق في نظرهم وقد لا يكون حقا في نظر غيرهم[26].

ومراعاة للمصلحة الوقتية وضرورات الحياة الاجتماعية وتطورات الحياة الاقتصادية والثقافية، رأى جانب ثان من المجتهدين جواز تقنين الفقه الإسلامي واستدلوا على ذلك بقوله تعالى " ولو ردوه إلى الرسول (سورة النساء، الآية 83)، وقوله تعالى " يَٰٓأَيُّهَا اَلذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ أَللَّهَ (سورة النساء، الآية 59)، فطاعة أولي الأمر (وهم الحكام) واجبة شرعا إن لم يأمر الحاكم بما يخالف القواعد الكلية للشريعة الإسلامية، وبه يكون أمر تقنين الفقه لازم الامتثال[27].

وقد برز تقنين الفقه الإسلامي بالمعنى الحديث لكلمة التقنين في مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية سنة 1297 هـ، لتكون قانونا عاما في الدولة العثمانية، وكان الباعث على وضع المجلة هو اتساع المعاملات التجارية، وهي معاملات تستوجب أحكاما كثيرة وعدم اطلاع قضاة المحاكم النظامية على علم الفقه وأحكامه آنذاك، كما أن الاختلاف الناشئ عن تبدل الزمان والعراف والعادات بين عصر المتقدمين والمتاخرين من الفقهاء وتمييز الاختلاف الزماني عن الاختلاف البرهاني أمر احتاج إلى نظر فقهي دقيق، لذلك صدرت هذه المجلة، وهي في الحقيقة أول تجربة رسمية لقانون مدني مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي، إلا أنها أُستبعدت من المجلة ثلاثة أقسام من الفقه: العبادات، الأحوال الشخصية من الزواج إلى الميراث وما بينهما، وأحكام العقوبات. الزرقا، ص238 ومايليها.

وفي البلاد العربية، فإن الاستعمار الذي كان هدفه قطع الشعوب رزحت تحته عن أصالتها وماضيها، فقد أيقظ زواله بعد الحرب العالمية الثانية

وتواصلت الجهود الجادة لتقنين الفقه الإسلامي ففي مصر مثلا: تعود الجذور التاريخية إلى عهد محمد علي، حيث عمل على توحيد القضاء واعتماد المذهب الحنفي المذهب الرسمي للدولة، في عهد الخديوي اسماعيل والخديوي

توفيق رُفض طلب وضع تقنين مدني مستمد من الشريعة الإسلامية لكن قام محمد قدري باشا (1306 هـ) بمجهودات فردية تكللت بوضع مشروعات قوانين قوانين قننت فيها الأحكام الشرعية العملية على مقتضى المذهب الحنفي، ومنها " كتاب المعاملات المدنية" الموسوم ب " كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" وكتاب " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية[28].

وفي اليمن تم إصدار قوانين عديدة مستمدة من الفقه الإسلامي، وهي القانون رقم 10 لسنة 1979 ومذكراته الإيضاحية ثم القانون المدني رقم 12 لسنة 1992 والقانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات، الذي ينص صراحة على الحدود الشرعية[29].

وفي الجزائر، وبعد الاستقلال، قام المشرع الجزائري سنة 1984 بتقنين أحكام قانون الأسرة والميراث والأوقاف المذهب المالكي قانونا رسميا للدولة الجزائرية، والناظر في محتوى المنظومة القانونية الجزائرية، يجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد على المدونة الفرنسية وعلى الفقه الإسلامي، وخاصة فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأسرة التي استنبط أحكامها من المذهب المالكي بشكل أساسي مع أخذه بعض المذاهب في بعض المناسبات، والدارس للقانون المدني الجزائري يجد أن المشرع أثرى نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية المقننة وذلك في كثير من الحالات منها: أخذه بننظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية عامة مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، وخصص لها المادة 41 منه وجعل لها تطبيقات في العديد من المواد أهمها المادة 343 والمادة 534 منه وغيرهما من النصوص، والحق أن المشرع الجزائري قد أخذ أحكام هذه النظرية من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومن مختلف القواعد الفقهية كقاعدة " المشقة تجلب التيسير" وغيرها[30].

وقد جاءت المادة (62 ق م ج) باستقلال التعبير عن الإرادة عن صاحبه، ومدلول هذه المادة أن التعبير عن الإراداة يبقى منتجا لآثاره بالرغم من وفاة صاحبه أو فقده أهليته، وفي ذلك أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها بموته أو بفقده لأهليته، والحاصل أن أساس الحكم الوارد في المادة 62 هو النظرة الحديثة التي ترى أن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه، وهي فكرة مستمدة من الفقه الإسلامي، وقد قلدت القوانين الحديثة – كالتشريع الألماني والإنجليزي– الشريعة الإسلامية في هذه النزعة التي لم يعرفها القانون الفرنسي مثلا[31].

ومن التطبيقات التي أوردها المشرع الجزائري أيضا: عدم انقضاء الإيجار بوفاة المؤجر ولا بوفاة المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه (المادة 510 ق م ج)، وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي، وأخذ به أيا التشريع السويسري (270 ق م) والألماني (569 ق م)[32].

كما استفاد المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في الأخذ بنظرية " الظروف الطارئة" التي تقضي بأن التزام المدين لا ينتهي عند وقوع حادث طارئ لم يكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، والذي يترتب عليه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، حيث لا يجعل تنفيذ المدين مستحيلا وإنما مرهقا له، فيتدخل القاضي لتعديل العقد وردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، هذا وقد انبنت هذه النظرية في الشريعة الإسلامية على قول النبي صلّى الله عليه وسلّم " لا ضرر ولا ضرار" وعلى قواعد فقهية كثيرة كاقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" وقاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة[33].

إلا أن الملاحظ أن القانون المدني تأثر في أكثر أحكامه ونصوصه بالقانون المدني الفرنسي، إما بصفة مباشرة كاستمداده لتعريف العقد وأقسامه والملكية المشتركة...أو بصفة غير مباشرة من خلال القانون المدني المصري الذي استمد هو الاخر أحكامه من القانون المدني الفرنسي، ولم يتأثر القانون المدني الجزائري في نصوصه بأحكام الفقه الإسلامي على غزارتها إلا ببعض المسائل مثل التي تم التطرق إليه، ونعني بالتأثر هنا الاستمداد، أما لو أردنا بالتأثر موافقة القانون المدني الجزائري لما نص عليه الفقه الإسلامي من أحكام لما وجدنا إلا بعض المسائل مخالفة لما نص عليه الفقه الإسلامي مثل : القرض بفائدة، والتأمين على الحياة، والرهان ...والغالبية العظمى من المسائل يمكن تخريجها على أحكام الفقه الإسلامي بما يحويه من مذاهب وأقوال واجتهادات لفقهائه[34].

كما تظهر مكانة الفقه الإسلامي في المنظومة القانونية الجزائرية في قانون الأسرة الجزائري، فبالنظر إلى نص المادة 48 منه مثلا التي جاء فيها" مع مراعاة أحكام المادة 49 يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"، وبالرجوع إلى مضمون نص المادة وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع أدرج الخلع ضمن الفصل الأول الذي عنونه ب" الطلاق" وهو الفصل الذي أدرجه ضمن الباب الثاني المعنون ب " انحلال الزواج"، حيث أورد الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق بخلاف الفسخ الذي أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون ب " الزواج" في المادة 32 وما بعدها، وهذا يعني أن المشرع الجزائري يعتبر الخلع طلاقا وليس فسخا، وبذلك يكون قد تأثر بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حيث اعتبار الخلع طلاقا بائنا وبالتالي يأخذ أحكام الطلاق[35].

والناظر في محتوى قانون الأسرة الجزائري يجد أن أغلب أحكامه قد قُننت بالاعتماد على الأحكام الشرعية ضمن أربعة كتب، تضمنت أحكام الزواج والطلاق: حيث عالج الأحكام المتعلقة بالخطبة، وبأركان الزواج، وموانعه، وحقوق وواجبات الزوجين، والنسب، ومسألة انحلال عقد الزواج، والولاية الشرعية التي تضمنت: والولاية والوصاية والتقديم والتأخير...وغيرها من الأحكام ، وفي آخر هذه الكتب نبه المشرع إلى وجوب اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية فقط في حالة انعدام النص في هذا القانون في المادة 222 منه[36].

4. خاتمة:

كان ولا يزال للفقه الإسلامي دور بارز في بناء المنظومة القانونية، بقسميها العام والخاص، وهذا ماتجلى في أن الكثير من القوانين العربية وغيرها، اعتمدت تقسيم وتنظيم ومواضيع القوانين وعالجتها لشتى المجالات بحسب ما كان الفقه الإسلامي قد أسسه منذ زمن بعيد، وحركة الاجتهاد الفقهية فتحت الباب بالفعل امام تطوير القاعدة القانونية حتى أصبح الفقه الإسلامي قابلا لأن يُقنن ويُدرج من المنظومة القانونية، وبرغم اختلاف الآراء حول جواز التقنين وعدم جوازه، فإنه مادامت القوانين الغربية لا تزال تسري في المنظومات الإسلامية بشكل أو بآخر، فإن منصة الشريعة الإسلامية يجب أن تسمو على كل قانون، كما أن التقنين الشرعي الذي يجيزه فقهاؤنا المسلمين يساعد في التيسير على القضاة في معرفة الحكم الشرعي من الفقهاء المتخصصين ويحول دون إضاعة الوقت في الاجتهاد.

5. قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

المؤلفات:

[1] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص 6.

[2] الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، 1983 ، ص12.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 6 وص 7 .

[4] وهبة الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، إعادة الطبعة الأولى، 1999، ص 8، 9.

[5] فخر الدين الرازي، دراسة وتحقيق طه جابر فياض العلواني، المحصول في علم الأصول، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، ص 80.

[6] محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص7.

[7] طه جابر العلواني، أصول الفقه الإسلامي، منهج بحث ومعرفة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1981، فيرجينيا، ص 11.

[8] محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص7، 8.

[9] طه جابر العلواني، مرجع سابق، ص14.

[10] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 24 ومايليها.

[11] طه جابر العلواني ، مرجع سابق، منقول عن مرجع الترمذي1، ص 87.

[12] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، ص39.

[13] المرجع نفسه، ص46 ، 47.

[14] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 2004، ص80 و81.

[15] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص60.

[16] المرجع نفسه، ص16.

[17] محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، 1986، ص 79.

[18] إسماعيل سالم عبد الناصر، البحث الفقهي :طبيعته، خصائصه، أصوله ، مصادره مع المصطلحات الفقهية في المذاهي الأربعة، الطبعة الأولى، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 2008، ص 117.

[19] الديب جمال، أهمية تدريس علمي الفقه وأصول الفقه في كليات الحقوق، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الول، مارس 2019، ص478.

[20] إسماعيل سالم عبد الناصر، مرجع سابق، ص 119.

[21] الديب جمال، مرجع سابق، ص 478.

[22] المرجع نفسه، ص 479.

[23] إسماعيل سالم عبد الناصر، مرجع سابق ، ص 119 و120.

[24] ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى بيروت، 2005، ص 370، 371.

[25] مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق، ص313..

[26] جمال عياشي، كتابة الفقه الإسلامي بالطريقة القانونية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12 ، العدد 01، 2020، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، الجزائر، ص333، 334.

[27] جمال عياشي، مرجع سابق، ص 335.

[28] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 37/36، 2014، ص237.

[29] عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 76.

[30] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، مرجع سابق، ص 241، 242.

[31] بوجمعة أحمد ، أثر احكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، ص 156.

[32] بوجمعة أحمد، مرجع سابق، ص 159.

[33] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، مرجع سابق، ص 242.

[34] بوجمعة أحمد، مرجع سابق، ص463.

[35] سهام حمادي، أثر الفقه في الصناعة التقنينية لأحكام الأسرة في التشريع الجزائري– أحكام الخلع نموذجا– مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 13، العدد 3، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021، ص 114.

[36] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، مرجع سابق، ص 244.