

بَحْثٌ مَحْكَمٌ

حركة التقنين حول العالم

إعداد:

د. سليمان بن تركي التركي

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالمي للقضاء



ملخص البحث

تقنين الشريعة من الموضوعات التي أحدثت نقاشاً كبيراً في العالم الإسلامي، مما أعطى انطباعات لم تكن دقيقة. لذا جاء هذا البحث يبين حجم الاختلاف بين المدارس القانونية في استقبالها لفكرة التقنين، كما يكشف في الوقت نفسه أن التقنين ليس مجرد آلية لعرض القواعد القانونية، بل هو قبل هذا يعكس الأبعاد التاريخية والفلسفية والسياسية للنظام الذي يتبناه.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن موضوع «تقنين الشريعة» من الموضوعات التي أحدثت ولا تزال تحدث الكثير من النقاش والجدل في العالم الإسلامي عموماً، وفي المملكة العربية السعودية خصوصاً، بسبب كون القضاء العام فيها لا يزال غير ملزم بمدونة محددة. والقارئ للكتابات والأدبيات العربية في هذا الموضوع تأييداً أو رفضاً لا تخطئ عينة التركيز الكبير على الحكم الشرعي «لتقنين الشريعة» حلاً وحرمة، وإباحة وحظراً.^(١)

وعلى أهمية البحث في الحكم الشرعي للتقنين، ومركزيته في إضفاء المشروعية على عمل يتعلق بالشريعة ذاتها. إلا إن تركيز الكتابات في الجانب الفقهي للموضوع ربما يعطي انطباعاً بأن التقنين - من حيث هو - آلية جيدة لجمع القواعد والأحكام التي ينبغي أن يتبعها القاضي عند نظره في القضايا التي تعرض عليه. كما يشعر القارئ لتلك البحوث بأن جميع الأنظمة العدلية

(١) انظر على سبيل المثال:

بحث اللجنة الدائمة للبحوث العلمية المقدم لهيئة كبار العلماء، تدوين الراجح من أقوال الفقهاء في المعاملات والزام القضاة الحكم به، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢١ ص ١٧-٦٥ (١٤١١هـ)، والعدد ٣٢ عام ص ١٩-٥٢ (١٤١١هـ) والعدد ٣٣ ص ١٩-٥٢ (١٤١٢هـ).
بحث الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، التقنين والإلزام: عرض ومناقشة، ضمن كتاب «فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة»، دار الرسالة، بيروت ١٤١٦هـ.
بحث الدكتور عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية، مطبعة المدني، القاهرة، ١٣٨٦هـ.

في العالم تأخذ بفكرة التقنين وتعمل به، وأنه لا عائق من تطبيقه في المملكة العربية السعودية إلا المانع الشرعي، وخصوصية الشريعة فحسب. إلا أن البحث في حركة التقنين يكشف حجم الاختلاف بين المدارس القانونية في استقبالها لفكرة التقنين، كما يكشف في الوقت نفسه أن التقنين ليس فقط مجرد آلية لعرض القواعد القانونية، بل هو قبل ذلك يعكس الأبعاد التاريخية والفلسفية والسياسية للنظام الذي يتبناه، كما ستأتي الإشارة إلى ذلك. كما أن البحث في حركة التقنين سيمكن من الاطلاع على تجارب متفاوتة، ونماذج مختلفة من التقنينات خلافا للنموذج السائد في التطبيقات الحقوقية العربية.

كما أن التقنين بالمعنى المتعارف عليه اليوم هو نتاج المدرسة الحقوقية الغربية، وبالتالي فإن أي دراسة لموضوع التقنين يجب أن تسبق بدارسة وافية عن تاريخ هذه الفكرة وتحولاتها، وأسباب اختلاف التعاطي معها. ولقلة البحوث المكتوبة باللغة العربية في هذا الباب أحببت الإسهام بإلقاء الضوء على حركة التقنين منذ بداياتها وكيف تفاعلت معها الأنظمة العدلية المختلفة. مما أرجو به أن تسهم في إثراء النقاش حول مدى مناسبة تقنين الشريعة الإسلامية.

تساؤلات البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة عن التساؤلات الرئيسة التالية: كيف نشأت فكرة التقنين؟ وما التحولات التي مرت بها؟ وما أسباب اختلاف الأنظمة العدلية في استقبال هذه الفكرة؟

حدود البحث:

سيقتصر البحث على استعراض حركة التقنين ضمن الحدود المكانية لأوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، باعتبارها الأماكن التي أثرت ثقافتها القانونية في الكثير من دول العالم، ولن أتناول حركة التقنين في الدول التي استقبلت هذه الفكرة تأثراً بموجات التقنين الصادرة من أوروبا، كالدولة العثمانية سابقاً وأكثر الدول العربية ودول أمريكا اللاتينية والكثير من دول آسيا. أما حدود البحث الزمانية فسيتناول هذا البحث حركة التقنين خلال الزمن الممتد منذ ظهور أول مدونة قانونية متكاملة عام ٥٣٣ ميلادي إلى العصر الحديث. وقد انتظم هذا البحث بعد المقدمة على تمهيد، ومبحثين وخاتمة أسأل الله أن ينفع به كاتبه وقارئه.

التمهيد

المراد بالتقنين:

بالنظر إلى كون البحث يختص بحركة التقنين في الأنظمة الغربية، فلن أتناول هنا أصل الكلمة في اللغة العربية، ولا مدى مناسبتها للاستعمال مع الشريعة الإسلامية، وسأقتصر على معناها واستعمالاتها في حدود نطاق البحث. يعود نحت مصطلح «التقنين» (Codification) المتداول اليوم في الدراسة القانونية إلى الفيلسوف الإنجليزي جيرمي بنتام Jeremy Bentham

في رسالته إلى قيصر روسيا الإسكندر الأول عام ١٨١٥ م.^(٢) وبالرغم من أن ثمة مدونات قانونية شهيرة قد سبقت هذا التاريخ، من أشهرها القانون المدني الفرنسي (١٨٠٤ م)، إلا أن هذا المصطلح بدأ بالظهور والتداول في الدراسات القانونية بعد رسالة بنثام، الذي كرس جزءاً من جهده للدعوة إلى التقنين، وكان يرأس الملوك والرؤساء دعاة للتقنين وعارضاً خدماته في هذا المجال.^(٣) وقد تعددت تعريفات التقنين بحسب زاوية النظر، بين موسع للمعنى بحيث يدخل فيه أي مجموعة للقواعد القانونية، وبين مضيق لهذا المعنى بحيث يقيده بجملة من الشروط.

فمن التعريفات الموسعة للتقنين تعريفه بأنه «أي قوانين أو لوائح مجموعة في مدونة واحدة، تحتوي على قواعد تخص عدة مسائل قانونية بصورة جزئية أو كلية».^(٤)

ومن التعريفات ما يقيّد التقنين ببعض القيود مثل كونه شاملاً، أو حصرياً، أو صادراً من جهة مخولة. ومن ذلك تعريفه بأنه: «عملية ترتيب قوانين الدولة أو جزء منها، بطريقة منهجية، ضمن مدونة مرتبة».^(٥) ومن تلك التعريفات تعريفه

(٢) هذه الرسالة موجودة في مراسلات جيرمي بنثام

Jeremy Bentham. *The Correspondence of Jeremy Bentham*. ed. Stephen Conway. vol. 9. January 1817 to June 1820 (Oxford: Oxford University Press. 1988). p 464.

Adolf Berger. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society* (Philadelphia: American Philosophical Society. 1953). p 391. (٣)

Jean Louis Bergel «Principal Features and Methods of Codification.» *Louisiana Law Review* 48 (1988). p 1073. (٤)

Henry Campbell Black and Bryan A. Garner. *Black's Law Dictionary*. 7th ed. (St. Paul. Minn.: West Group. 1999). p 252. (٥)

بأنه: «مدونة قانونية تعنى بترتيب وتنظيم جميع القانون أو فرع منه، بصورة حصرية، شاملة لا تناقض فيها».^(٦)

وسيتضح من خلال استعراض حركة التقنين أن جميع هذه التعريفات تعكس أحد أنواع التقنين المطبقة اليوم.

الباعث على التقنين:

جاءت فكرة التقنين كأحد الحلول لعلاج مشكلتين رئيسيتين يمكن أن يعاني منها أي نظام عدلي، وكل واحدة من هاتين المشكلتين يمكن أن تكون سببا أو نتيجة للآخرى:

١. مشكلة عدم وضوح القاعدة القانونية واجبة التطبيق (على الأقل بدرجة كافية للمختصين).
٢. ومشكلة اختلاف القضاة في اختيار القاعدة المناسبة للوقائع المتماثلة (تباين الأفضية).

وقد كان البحث عن حل يمكن به تجاوز هاتين المشكلتين شغلا شاغلا للكثير من العلماء والمفكرين والفلاسفة والحكام، ومع اتفاق الجميع على وجوب تجاوز من هاتين المشكلتين، إلا أن الخلاف كان في الآلية المثلى لذلك. وهنا نجد أنفسنا أمام مدرستين تقدم كل واحدة رؤية للحل مختلفة عن رؤية الأخرى.

Weiss. Gunther A. «The Enchantment of Codification in the Common Law (٦) World.» Yale Journal of International Law 25 (2000). pp 449. 451.

المبحث الأول حركة التقنين حول العالم

تكشف حركة التقنين حول العالم حجم الاختلاف بين المدارس القانونية في استقبالها لفكرة التقنين، كما تكشف في الوقت نفسه أن التقنين ليس فقط مجرد آلية لعرض القواعد القانونية، بل هو مع ذلك يعكس الأبعاد الفلسفية والسياسية للنظام الذي يتبناه، كما ستأتي الإشارة إليه.

إذا استثنينا النظام العدلي المطبق في المملكة العربية السعودية وقلة من الأنظمة العدلية الأخرى، فيمكن تقسيم الأنظمة القانونية السائدة في العالم اليوم إلى نظامين رئيسيين:

النظام الأول:

(المدرسة الأولى) مدرسة النظام القانوني الروماني-المدني (the Civil Law Tradition) وقد يطلق عليه النظام اللاتيني، وهو أوسع الأنظمة القانونية انتشاراً، فهو النظام السائد اليوم في أوروبا القارية وأمريكا اللاتينية وأكثر آسيا والعالم العربي في مجمله.

النظام الثاني:

(المدرسة الثانية) مدرسة القانون العام (the Common Law Tradition) وقد يطلق عليها المدرسة الأنجلو-سكسونية، وهو النظام السائد اليوم في إنجلترا وكندا وأستراليا ونيوزلندا والولايات المتحدة الأمريكية - عدا ولاية لويزيانا-.

المطلب الأول: حركة التقنين في المدرسة اللاتينية:

يعتبر التقنين بمعناه المستخدم في الدراسات القانونية الحديثة أحد منتجات الإمبراطورية الرومانية. وقد كان القانون المطبق في الفترة الأولى من عمر الجمهورية الرومانية هو الأعراف السائدة، وكان تحديد هذه الأعراف من اختصاص فريق من الفلاسفة (Jurisconsults) فرغ نفسه لهذه المهمة حتى صار مرجعاً معنياً بتقديم الاستشارات القانونية، ليس فقط للمتنازعين بل للقضاة والسلطات الحاكمة. ومع الوقت تبوأ هؤلاء مكانة عليا في طبقات المجتمع الروماني، حتى صاروا ضمن حاشية الإمبراطور، واستمدوا منه سلطة احتكار تسمية القوانين وشرحها وتفسيرها والإلزام بها.^(٧)

وبعد انهيار الإمبراطورية الرومانية الغربية وانتقالها للمشرق ببضعة عقود وفي عام ٥٢٨ ميلادي وجد الإمبراطور الروماني جستنيان (Justinian) أن حجم القوانين الرومانية وتفسيراتها والحواشي عليها ضخما جدا ومتضاربا، إلى الحد الذي أحالها في كثير من الأحيان إلى مشكلة تتطلب حلا بديلاً من أن توفر الحل بذاتها. وحيث أصدر أمره بصياغة «مدونة شاملة ومنظمة وواضحة» مستقاة من جميع مصادر القانون الروماني السائدة حينها. وخلال ثلاث سنوات ٥٣٠-٥٣٣ أنجزت المهمة. وكان جستنيان يهدف من وراء مدونته إلى إلغاء سيادة وصلاحيات جميع القوانين السابقة، كما كان يهدف إلى إلغاء الحاجة إلى مزيد

(٧) Thomas. J. A. C. «Roman Law.» In An Introduction to Legal Systems. edited by J. Duncan M. Derrett. London: Sweet & Maxwell. 1968.; De Cruz, Peter. A Modern Approach to Comparative Law. Deventer ; Boston: Kluwer Law and Taxation. 1993. P 48.

من الشروح والتفسيرات باعتبار أن مدونته كافية لجميع الاحتياجات، وواضحة بدرجة تجعلها في غير حاجة إلى مزيد شرح أو تفسير من قبل علماء القانون. ومن هنا فقد أصدر مراسيم بمنع الاقتباس أو الإحالة على الأعمال القانونية السابقة لمدونته، بل أصدر مراسيم تمنع أي تفسيرات أو شروح على تلك المدونة (وهذا الأخير لم يجد طريقة للتطبيق حتى أثناء حياته).^(٨)

أما أوروبا الغربية فلم تعرف دولة مركزية ولا سلطة موحدة منذ سقوط روما عام ٤٧٦ ولمدة خمسة قرون. وفي هذه المدة كانت خاضعة لسلطة القبائل المنحدرة من أصول ألمانية، وكان القانون المطبق خليطاً من الأعراف القبلية وبقايا القوانين الرومانية. ومع بداية الحروب الصليبية على المشرق الإسلامي أواخر القرن الحادي عشر الميلادي (١٠٩٦)، ازدهرت حركة التجارة في حوض البحر الأبيض، ونشأت حركة عمرانية وحضرية لم تشهدها أوروبا منذ قرون، وهنا وجد الأوروبيون أنفسهم أمام الحاجة إلى القانون لحماية الأمن وضمان بناء المجتمعات الجديدة على أسس سيادة القانون.^(٩) وللوصول إلى دولة القانون كان أمام المجتمعات الأوروبية في ذلك الحين خياران:

الخيار الأول: تبني نظام قانوني جديد كلياً مبني على الأعراف السائدة في المجتمع وقتها، وهذا الخيار هو الذي تبنته إنجلترا منذ ذلك الحين.

(٨) Von Mehren. Arthur Taylor. and James Gordley. The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law. 2d ed. Law School Casebook Series. Boston: Little Brown. 1977. P6

(٩) David. René. and John Brierley. E. C. Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law. 3rd ed. London: Stevens & Sons. 1985. P 39

الخيار الثاني: تبني القانون الروماني وإحيائه مرة أخرى من خلال آخر ما وصل إليه (مدونة جستنيان) وهذا الخيار كان هو المفضل لأكثر الفلاسفة والمفكرين الأوروبيين، وهو ما تم تبنيه في القارة الأوروبية بالفعل.^(١٠)

ففي أول جامعة أوروبية حديثة بمدينة بولوجنا (Bologna) بشمال إيطاليا بدأ تدريس القانون كتخصص رئيس أواخر القرن الحادي عشر، وبدأت المحاضرات بشرح مدونة جستنيان وليس القانون العرفي السائد وقتها. ومنذ ذلك الحين بدأت أفواج الطلاب المتخرجين من الجامعة ينتقلون إلى بلدانهم في مختلف مناطق أوروبا وينقلون التجربة التعليمية التي مروا بها، حتى أصبح قانون جستنيان هو القانون السائد المعمول به في أغلب مناطق أوروبا.

ومع بداية القرن السابع عشر وبداية ظهور الدول القومية (Nation state) أخذت حركة التقنين دفعة جديدة حيث كانت كل دولة تريد إظهار قوميتها وتميزها واستقلالها من خلال القانون الخاص بها، وكان من أبرز التقنينات في تلك الفترة قانون بافاريا (Bavaria) الجنائي ١٧٥١، والإجرائي ١٧٥٣، والمدني الخاص ١٧٥٦، وهذا الأخير كان على نسق قانون جستنيان في المحتوى والتنظيم. ثم قانون بروسيا عام ١٧٩٤ وقد كتب بشكل تفصيلي دقيق حتى احتوى على أكثر من تسعة عشر ألف مادة، وكانت هذه المبالغة في التفصيل سببا في فشله بعد إصداره بفترة وجيزة.

ولعل أهم محطات حركة التقنين الحديثة في أوروبا والعالم بعد ذلك، هي تلك التي أعقبت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩. فقد وفرت الثورة الفرنسية

Ibid. P 50 - 51 (١٠)

الجو السياسي والفكري لإحداث تغييرات في القانون الفرنسي، وكانت فكرة التقنين تمثل الوسيلة الأمثل لتوحيد الأرض الفرنسية تحت قانون واحد. فكان القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ (code civil) (الشهير بقانون نابليون) أحد أبرز منتجات الثورة الفرنسية، وعلى نسقه وبدفعة منه انتشرت الفكرة في أنحاء العالم. وبالرغم من تميز التقنين المدني الفرنسي في اللغة والوضوح، إلا أنه لم يخرج كثيرا عن عباءة مدونة جستنيان لا في موضوعاته ولا في ترتيبه أو تصنيف أبوابه.^(١١)

بقي أن يشار إلى أن فكرة التقنين في دول النظام اللاتيني بدأت تشهد بعض التحديات في الفترة الأخيرة. فخلال العقدين الماضيين ونظرا للتغيرات المتسارعة على كافة الأصعدة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، تبين أن الكثير من المدونات الخاصة بفرع من فروع القانون لا تفي بالمتطلبات المتسارعة، ولا تتلاءم مع تلك المستجدات، مما كان سببا لصدور الكثير من التنظيمات والتشريعات الخاصة بفرع محدد من القانون توفر استثناء، أو تعالج قصورا في المدونة الرئيسة، كما أوجبت هذه التحديات المزيد من التنازل من قبل الجهات التشريعية لصالح منح القضاء المزيد من الصلاحية للتعامل مع هذه المتغيرات. وهذا ما صار يعرف بحركة نقض التقنين (decodification).^(١٢)

Merryman. John Henry. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 2nd ed. Stanford. Calif.: P 10. Stanford University Press. 1985 (١١)

Murillo. Maria Luisa. «The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification.» Journal of Transnational Law and Policy 11 (2001): 163-82 (١٢)

المطلب الثاني:

حركة التقنين في المدرسة الأنجلو-ساكسونية (the Common Law Tradition)

بخلاف المدرسة اللاتينية التي ابتدأت وانتهت بالتقنين فإن المدرسة الأنجلو-ساكسونية لم تشهد نجاحات تذكر في هذا الصدد، بالرغم من تتابع الدعوات إلى التقنين من قبل بعض مفكري تلك الدول منذ وقت مبكر. وفيما يلي عرض لحركة التقنين في إنجلترا والولايات المتحدة:

أولاً: حركة التقنين في إنجلترا:

كما سبق، فقد اختارت إنجلترا نفسها منذ القرن الحادي عشر نظاماً قانونياً متميزاً عن ذلك السائد في بقية أوروبا. وقد استطاعت أن تتجاوز مشكلة وضوح القانون وتضارب الأفضية بتوحيد مرجعية القضاء في محكمة عليا، تكون قراراتها بمثابة القوانين واجبة النفاذ، وتشكل أفضيتها سوابق يجب على المحاكم الأقل درجة الالتزام بها.

ومع بداية القرن السابع عشر واختراع المطبعة، أصبح القانون الإنجليزي المضمن في أفضية المحاكم وتشريعات البرلمان (statutes) كالغابة الكثيفة التي تصعب الرؤية داخلها، مما أدى ببعض المفكرين الإنجليز إلى إطلاق الدعوات إما إلى تبني النظام اللاتيني، أو على الأقل تقنين النظام الإنجليزي (the common law) ومن هذه الدعوات التي دعت إلى تقنين النظام العام ما يلي:

• دعوة كاردينال بول (1500-1558) Cardinal R. Pole

• دعوة فرانسيس بيكون (1561-1626) Francis Bacon

• دعوة ويليم بلاكستون (1723-1780) William Blackstone ولعل من أشهر دعاة التقنين في إنجلترا وربما في العالم كله المفكر والفيلسوف المشهور جيرمي بنتام (1748-1832) Jeremy Bentham وكان يرأسل الملوك والزعماء ويبين أهمية التقنين ويعرض خدماته بالإسهام في صياغة قوانين تلك الدول.

• ثم دعوة تلميذه جون أوستن (1790-1859) John Austin إلا أن هذه الدعوات بالرغم من مكانة أصحابها، ونجاح بعضها في أن تكون مشروعا مقدما للتصويت عليه في البرلمان، بالرغم من ذلك كله فلم تجد أيا من تلك الدعوات طريقها للتنفيذ.

وفي نهاية القرن التاسع عشر، أخذت حركة التقنين في إنجلترا بعدا جديدا تمثل في قيام بعض علماء القانون بجهود شخصية لصياغة قواعد القانون العام بصياغات ميسرة وإخراجها في صورة مدونة. مثل مدونة قانون الكميبيالات لعام 1882 the Bills of Exchange Act وقانون بيع البضائع لعام 1893 the Sale of Goods Act

وأخيرا في عام 1965 شكلت لجنة مستقلة من مهامها مراجعة أوضاع القانون الإنجليزي ودراسة المقترحات لجعله أكثر وضوحا وأقل تكلفة. وقد قدمت اللجنة منذ ذلك الحين العديد من التشريعات التي تصب في خانة إعادة صياغة بعض فروع القانون العام في إنجلترا.⁽¹³⁾

(13) Law Commission Act (1965). Ss.13 &14 وللإطلاع على أعمال اللجنة ومشروعاتها يمكن الرجوع إلى موقعهم على الشبكة: - The Law Commission. 'About the Law Commission'. <http://www.lawcom.gov.uk/about/>

ثانياً: حركة التقنين في الولايات المتحدة الأمريكية:

لم يكن حال التقنين في الولايات المتحدة بأفضل منه في إنجلترا، فقد جلب أوائل المهاجرين الإنجليز نظامهم القانوني معهم إلى الأرض الجديدة، ومع الوقت بدأت تظهر الشكوى من عدم وضوح القانون العام كما ظهرت قبل ذلك في إنجلترا، وكانت أبرز وأشهر الدعوات إلى تقنين القانون الأمريكي في أكبر ولايتين أمريكيتين: نيويورك، وكاليفورنيا.

ففي نيويورك كانت دعوة ديفيد فيلد David D. Field وانتقاده للنظام القانوني العام، وأنه سبب في عدم وضوح القانون، وفي أخطاء القضاة، وفي تأخر الفصل في النزاعات، وأن الحل هو في تبني التقنين. وقد بدأ هو نفسه بصياغة مدونة الإجراءات المدنية حتى اعتمد من برلمان المدينة عام ١٨٤٧ ثم انتشر بعد ذلك في الولايات الأخرى. أما ما يخص الجانب الموضوعي للقانون المدني فبرغم المحاولات والجهود التي قام بها فيلد وغيره فلم يكتب لأي منها النجاح. بل قوبلت تلك الدعوات بمعارضه عنيفة في أوساط القضاة والمحامين، وكان من قادة معارضة التقنين جيمس كارتر James C. Carter الذي يرى أن «التقنين يتنافى بصورة جذرية وأساسية مع الطبيعة الصحيحة للقانون عموماً، ولميزة المرونة والنمو التي كان يتميز بها القانون العام common law على وجه الخصوص».^(١٤)

إلا أن دعوات فيلد استقبلت في ولاية كاليفورنيا بترحيب كبير، بل وصل الأمر إلى تبني الولاية لمشروع القانون المدني الذي صاغه فيلد - وتم رفضه في

Head, J. W. «Codes, Cultures, Chaos, and Champions: Common Features of (١٤) Legal Codification Experiences in China, Europe, and North America.» Duke Journal of Comparative and International Law 13, no. 1 (2002): 1-94. P 82.

ولاية نيويورك - حتى تم التصويت عليه في مجلس الولاية وإنفاذه عام ١٨٧٦. إلا أن الأمر لم يدم طويلا، ففي عام ١٨٨٤ وجهت انتقادات حادة لفكرة التقنين وللقانون المدني لولاية كاليفورنيا، حيث قام جون بومروي John Pomeroy عميد كلية القانون بجامعة بيركلي بنشر سلسلة من المقالات انتقد فيها فكرة التقنين نقدا عنيفا، وأكد على أن «القانون المستمد من السوابق القضائية هو المتسع والمرن بدرجة كافية ليفي بمتطلبات المجتمع النامي بصورة متسارعة»، وأن على القاضي أن ينظر إلى مدونة القانون المدني على أنها فقط لإيضاح القانون العام السائد وليست بديلا عنه». ^(١٥) ومنذ عام ١٨٨٨ تبنت محاكم كاليفورنيا وجهة نظر بومروي، وصار قانون ولاية كاليفورنيا مرشدا، وليس قانونا ملزما. وكان إخفاق مشروعات التقنين في أكبر ولايتين أمريكيتين مؤذنا بغياب مشروعات مماثلة في بقية الولايات.

وحديثا عام ١٩٢٣ اجتمع أكثر من ثلاثمائة قاضٍ ومحامٍ وأكاديمي في العاصمة واشنطن وأسسوا جمعية القانون الأمريكي (the American Law Institute (ALI وهي جمعية مستقلة وغير حكومية. واتفقوا على حاجة القانون الأمريكي المستمد من القانون العام إلى إعادة صياغة وترتيب، بحيث يجد القاضي والمحامي القاعدة القانونية بيسر وسهولة. وكانت مهمة ورسالة ALI كما في ميثاق التأسيس «العمل على توضيح وتبسيط القانون، وجعله مواكبا للاحتياجات الاجتماعية بشكل أفضل، وتوفير بيئة عدلية أفضل،

Grossman. L. «Codification and the California Mentality.» Hastings Law Journal - (١٥) vol 45, no. 3 (1994): 617. P 619-20.

وتشجيع الدراسات والبحوث القانونية»^(١٦)

وقد أصدرت جمعية القانون الأمريكي ALI منذ تأسيسها جملة من الإصدارات، صنفتها إلى ثلاثة أصناف رئيسية:

١- إعادة الصياغة (restatement).

٢- المبادئ القانونية (Principles of the Law).

٣- القوانين النموذجية (Model Codes).^(١٧)

وقد أصبحت هذه الإصدارات عنصرا راسخا وعلامة فارقة في النظام العدلي الأمريكي. حيث ذهبت بعض الولايات إلى اعتبار «ما صدر عن هذه الجمعية قانونا معتمدا عند عدم وجود قانون صادر من البرلمان أو سابقة قضائية». ^(١٨)

ومن أشهر الأمثلة على إصدارات الجمعية: القانون التجاري الموحد the United States Uniform Commercial Code (UCC)

حيث نشر الإصدار الأول منه في عام ١٩٥٢ واستمر تحديثه إلى اليوم.^(١٩) وبالرغم من كون هذه المدونة نتاج مؤسسة خاصة ولا تملك أهم ما يلزم لأي مدونة قانونية ألا وهي سلطة الإصدار والإلزام، إلا أنها تعتبر من أهم المراجع التي يرجع إليها المحامون والقضاة في الوقت الراهن.^(٢٠)

ALI, 'Creation - The American Law Institute'. (١٦)

ALI, 'Institute Projects - The American Law Institute'. (١٧)

Frank, 'The American Law Institute. 1923-1998', p 638. (١٨)

Weiss, Gunther A. «The Enchantment of Codification in the Common Law (١٩) World.» Yale Journal of International Law 25 (2000): 435. P 521-25.

Rosen, Mark. «What Has Happened to the Common Law? Recent American (٢٠) Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development.» Wisconsin Law Review (1994): 1119. P 1252.

المبحث الثاني الفرق بين النظام اللاتيني والأنجلو-ساكسوني كيف ولماذا؟

بالرغم من وجود ما يسمى بمدونات codes في كلا النظامين، إلا أن الفرق بينهما يكمن في دور المدونة ومكانتها في النظام العدلي. ففي المدرسة اللاتينية تعتبر المدونة code المصدر الأساسي للقانون، ثم يتبعه الأنظمة regulations، ثم العرف. وتعتبر هذه هي المصادر الوحيدة، فالمدونة تستمد شرعيتها من ذاتها، ومن السلطة التشريعية التي وضعتها، وليس من أية مصادر أخرى. وفي المقابل نجد أن النظام الأنجلو-ساكسوني يوسع دائرة مصادر القانون فقد تكون تشريع صادر من البرلمان statute وقد تكون سوابق قضائية، وقد تكون أعرافاً سائدة. وبالرغم من أن التشريعات الصادرة من البرلمان تشبه في شكلها تلك المدونات الموجودة في المدرسة اللاتينية، إلا أن وظيفتها ومكانتها في النظام القانوني مختلفة إلى حد كبير. ففي أغلب الحالات ينظر إلى تلك المدونات على أنها آلية لإيضاح القانون السائد أو إعادة صياغته، فهي تستمد صلاحيتها وسلطتها من قواعد القانون العام والسوابق القضائية. وبالتالي فإن القاضي غير ملزم بأن يجد مستندا من المدونة لقضائه، بل إن القاضي إذا وجد تعارضا بين القاعدة النظامية المنصوصة في المدونة وبين قواعد القانون العام أو قواعد العدالة فإنه يملك الحق والسلطة في تفسير النص النظامي بطريقة تنفي التعارض وتحقق العدالة.^(٢١)

Merryman. The Civil Law Tradition. P 22-24. 51-52. (٢١)

والسؤال المهم هنا، لماذا اختلف تعاطي المدرستين مع فكرة التقنين؟ بالرغم من القرب المكاني، والعلاقة التجارية والثقافية الوثيقة، والاشتراك في الكثير من الأفكار والمبادئ الدينية والفلسفية. إن معرفة الأسباب التي أدت إلى اختلاف التعاطي مع فكرة التقنين في غاية الأهمية، خصوصاً عندما يكون الغرض دراسة مدى ملاءمة تطبيق فكرة التقنين لنظام عدلي ثالث (المملكة العربية السعودية). وفيما يلي جملة من الأسباب التي ذكرها علماء القانون المقارن لمحاولة تفسير هذا التباين بين المدرستين في التعاطي مع فكرة التقنين:

السبب الأول: الباعث على التقنين

لعل من أهم البواعث على التقنين منذ عهد الإمبراطور الروماني جستنيان حتى عهد الدولة القومية الحديثة هو: توحيد القواعد القانونية المعمول بها داخل حدود الدولة الواحدة، بصياغات واضحة. وبالتالي تجنب اضطراب أو تعارض الأفضية داخل حدود تلك الدولة.

وهنا نجد أن هذا الدافع ضعيف جداً في حالة إنجلترا. فقد كان قانونها موحداً ولمدة قرون طويلة، من خلال توحيد محكمة النقض وجعل أفضية تلك المحكمة سوابق يجب الالتزام بها للمحاكم الأقل درجة.^(٢٢)

السبب الثاني: الرغبة في التغيير

التقنين كان الآلية الأنسب - وربما الوحيدة المتاحة - لإحداث تغييرات جوهرية وسريعة في النظام العدلي، واستبدال القانون السائد بقانون جديد كلياً. ففي حالة الإمبراطور جستنيان كان الهدف هو استبدال القوانين الرومانية السائدة والمعمول بها بأخرى جديدة تضمنتها مدونته. وفي حالة الدول القومية الحديثة

Weiss. «The Enchantment of Codification in the Common Law World.» P 490. (٢٢)

كان الهدف استبدال القوانين السائدة (قانون جستينيان وشروحة) بقانون يخص الدولة الحديثة، ويمثل سيادتها، وينطق بلغتها، ويعكس هويتها وثقافتها. وفي المقابل لا نجد هذا الباعث في حالة إنجلترا. فقد تأسست أصلاً كدولة قومية منذ فترة مبكرة، وكان القانون العام the common law يعكس وبقوة الهوية الإنجليزية. ففي الوقت الذي كانت الثورات الأوربية تطالب باستبدال القوانين القديمة بأخرى تتناسب وروح الثورة، كانت إنجلترا معتزة بنظامها القانوني، وكان المفكرون الإنجليز في الجملة ممتنين لنظامهم القانوني ولا يرون حاجة لاستبداله، بل ولا حتى لتقنيه. (٢٣)

السبب الثالث: اختلاف النظرة إلى رجال القضاء

كان ثمة شعور متنام في القارة الأوربية إبان عصر الثورات بوجوب تقييد سلطة القضاة. وكان التقنين يمثل آلية جيدة يمكن بها تقليص صلاحيات القاضي والحد من سلطاته. وذلك لأسباب تاريخية فقد كان القضاة قبل الثورة الفرنسية في عداد طبقة النبلاء، وكانوا في كثير من الأحيان يقفون في صف النبلاء والإقطاعيين مقابل العمال وأفراد الطبقة الوسطى. وزاد الأمر احتقاناً أنه بعد قيام الثورة رفضت أكثر المحاكم إنفاذ قوانين الثورة الجديدة، وبالتالي صار القضاة أنفسهم مستهدفين مباشرة من قبل الثورة. ومن هنا جاء التفسير الفرنسي لنظرية «فصل السلطات»، بحيث لا يملك القاضي أية سلطة تشريعية ولا حتى تفسيرية، بل ينحصر دوره في إنفاذ القانون الصادر من الجهة التشريعية. أما في إنجلترا - وكذا في الولايات المتحدة - فلم يكن الموقف من القضاة بهذه

Merryman. The Civil Law Tradition. P 20-21. (٢٣)

الصورة من السلبية. بل ربما على العكس فقد كان القضاة يحظون باحترام كبير من كافة الطبقات؛ لأنهم كانوا يقومون - في مراحل تاريخية مختلفة - بدور مهم في حماية الأفراد من استغلال الحكام لسلطاتهم، ولهذا لم يكن ثمة توجس أو ريبة في أن يشارك القاضي في صنع القانون (كما في السوابق القضائية) أو أن يكون بيده سلطة قضائية وتشريعية في وقت واحد. وفي مثل هذه البيئة لم يكن التقنين ضرورياً. (٢٤)

السبب الرابع: فلسفة الدولة

لا يمكن فهم فكرة التقنين بمعزل عن دراسة فلسفة الدولة، وطبيعة علاقتها بالمجتمع. ففي دول المدرسة اللاتينية تتبنى الدولة فلسفة «الدولة الراعية» (a - tivist state) وتقوم هذه الفلسفة على أن دور الدولة يتمثل في توجيه الناس نحو وجهة معينة ترى الدولة أنها الأصلح لمواطنيها، وعليها أن تسوق المجتمع إلى هذه الوجهة. وفي هذا النموذج تجد الدولة نفسها بحاجة إلى آلية تمكنها من تحويل ما تراه مناسباً وصالحاً إلى قواعد يلتزم الناس بمراعاتها والسير عليها. ويمثل التقنين آلية جيدة وفريدة في هذا السياق.

وفي المقابل، فقد تبنت إنجلترا ومن بعدها الولايات المتحدة نموذج «الدولة التلقائية أو المجيبة» (reactive state) حيث تقف الدولة على مسافة من التدخل في إدارة حياة الناس، وتكتفي بالمساعدة عند الحاجة، وبحل ما يطرأ من مشكلات، وبتوفير الأطر العامة لكي يدير الناس أنفسهم بأنفسهم. وفي هذا النموذج من الدول يعتقد الناس أن القانون يجب أن يعكس شبكة علاقات الحقوق والواجبات التي ارتضاها الناس لأنفسهم - والتي قد تظهر في شكل

Ibid. P 15-16. (٢٤)

عقود أو اتفاقيات أو أعراف - وليس فيما ترسمه الدولة لهم. والدولة في هذا النموذج بعيدة جدا عن دور صانع القيم.^(٢٥)

السبب الخامس: طريقة التفكير

كل نظام قانوني بشري يعكس الطريقة التي يفكر بها واضعه. ففي المدرسة اللاتينية صناع القانون هم الفلاسفة والأكاديميون وأساتذة الجامعات، بدءا من مدونة جستنيان حتى قوانين الدول القومية الحديثة. والفلاسفة والأكاديميون عادة ما يفكرون بطريقة تجريدية مفاهيمية، ويميلون لاكتشاف قواعد العدالة، ويهتمون بصياغة العبارات الجامعة المانعة، والقانون المصنوع من قبلهم ينحو منحى التجريد. ولذلك فالتقنين يتناسب مع هذا النوع من التفكير.

وفي المقابل، نجد أن صناع القانون في المدرسة الأنجلو-سكسونية هم القضاة بدرجة رئيسة، فهم تاريخيا وواقعا يقومون بأهم دور في صياغة ونمو وتطوير النظام القانوني العام the common law والقضاة - كسائر التطبيقيين - يفكرون بطريقة عملية (مصلحية / ذرائعية) فهم يبحثون عن حلول عملية للمشكلات التي أمامهم حتى وإن لم تكن الأبعاد الفلسفية حاضرة لديهم وقتها. لذا نجدهم يوظفون السوابق القضائية كحلول لمشكلات عملية أثبتت نجاعتها. والتقنين لا يناسب كثيرا الطريقة التي يفكر بها القضاة باعتبارهم أهم مشارك في صنع القانون.^(٢٦)

Makdisi, J. A. «The Islamic Origins of the Common Law.» North Carolina Law Review 77, no. 5 (1999): 1635-740. P 1699.

Caenegem, R.C. van. The Birth of the English Common Law 2nd ed. Cambridge: (٢٦) Cambridge University Press. 1988. P 88. see also ; David. and Brierley. Major L - gal Systems in the World Today. P 41.; De Cruz. A Modern Approach. P 31-32.

الخاتمة

من خلال هذا الاستعراض لحركة التقنين، يظهر جليا أن التقنين في أصله هو من إنتاج الحضارة الرومانية، وأنه جاء استجابة لتحديات عدم وضوح القوانين واختلاف أفضية القضاة، وهو الباعث نفسه لدعوات التقنين المعاصرة.

كما اتضح من خلال البحث أن حركة التقنين على مستوى العالم المعاصر قد تلقت دفعة قوية وانتشارا عالميا عقب صدور القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ الذي كان أحد منتجات الثورة الفرنسية.

وبالمقابل فقد أظهر هذا العرض أن المدرسة الأنجلو -سكسونية كان لها اتجاه مغاير تجاه فكرة التقنين منذ وقت مبكر. فبالرغم من الدعوات المتكررة والمحاولات المتعددة للتقنين، إلا أنه لم يكتب لشيء من هذه المحاولات النجاح على المستوى العملي، وظلت دول النظام الأنجلو -سكسونية وفيّة لإرثها التاريخي المتمثل في القانون العام والسوابق القضائية.

وقد استعرض البحث أهم الأسباب التي أدت لاختلاف تعاطي هاتين المدرستين مع فكرة التقنين بالرغم من القرب المكاني والتقارب الفكري والديني.

ولعل من أبرز نتائج البحث الخلوص إلى أن التقنين -خلافا لما قد يبدو للكثيرين- ليس حلا وحيدا، ولا متفحفا، لعلاج مشكلة عدم وضوح القاعدة القانونية، كما أنه ليس محل إجماع في عالم التطبيق العملي بين أمم الأرض، وأن قبول أو رفض التقنين في الغرب يعود لأسباب متعددة ليس من

بينها ما هو شائع في الكتابات حول تقنين الشريعة الإسلامية. ويأمل الباحث أن يفتح ذلك أفقا أرحب للحوار حول مدى مناسبة التقنين وقدرته على تجاوز التحديات التي تواجه النظام العدلي في المملكة العربية السعودية، والخروج بحلول تجمع بين الوضوح المطلوب للقواعد المتبعة، والمرونة اللازمة لمواكبة المتغيرات المتسارعة في عالم اليوم.

والله أعلم، وصلى الله وسلم وبارك على محمد وآله وصحبه.