

المبحث الثاني تقنين الفقه الإسلامى

بادئ ذى بدء أود أن أطرح سؤالاً مهمًا، ألا وهو هل يجوز لولى الأمر فى الإسلام أن يلزم القاضى بالقضاء بالحكم الفقهى الذى يفرضه، ولو كان مخالفًا لرأى القاضى؟ أو بمعنى آخر: هل يجوز للسلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية أن تقنن أحكام الشريعة الإسلامية؟

وهذا التساؤل لا يثير صعوبة فى القانون الوضعى؛ وذلك لأن القانون كله من صنع البشر، أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية فالشارع هو الله، عز وجل. وقد أمر سبحانه وتعالى أن يُقضى بين الناس بالحق، والقاضى ملزم بأن يجتهد فيما يعرض عليه من أحكام شرعية، لمعرفة الحكم الشرعى؛ لكى يحكم بالحق، فإن لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد، فإنه يحكم بالراجح فى المذهب الذى يتبعه، ولما كانت المذاهب الفقهية تختلف فيما بينها فى فهمها للأحكام الشرعية فقد ترتب على ذلك وجود آراء فقهية مختلفة باختلاف المذاهب، وإذا أُلزم ولى الأمر القاضى بالحكم برأى معين، فإن هذا الرأى قد يكون خلاف رأى القاضى إذا كان مجتهدًا، أو خلاف الرأى الراجح فى المذهب الذى يتبعه القاضى إن كان غير مجتهد.

لذلك فقد ثار التساؤل السابق، وقد اختلف الفقهاء القدامى بشأن الإجابة على هذا التساؤل، وانقسموا إلى فريقين: فذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يجوز لولى الأمر أن يلزم القاضى بالحكم برأى معين، بينما ذهب الفريق الآخر إلى أنه يجوز ذلك (١).

(١) د. محمد زكى عبد البر، تقنين الفقه الإسلامى، إدارة إحياء التراث الإسلامى، دولة قطر، الطبعة الثانية، ١٤٠٧ هـ، ١٩٨٦ م، ص ٣٦.

وفيما يلي عرض لحجج الفريقين كل على حدة :

أولاً: الضيق القائل بأنه لا يجوز لولى الأمر

أن يلزم القاضى بالحكم برأى معين

وحجة هذا الرأى أن الله - عز وجل - أمر القاضى بأن يحكم بالحق ، وفى ذلك يقول الله - تبارك وتعالى - : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ [ص : ٣٦] .

والحق لا يتعين فى مذهب معين ، بل قد يظهر الحق فى غير ذلك المذهب ، وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى أقوال عدد من الفقهاء منهم : قول ابن قدامة حيث قال : « ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً »^(١) .

وقول الماوردى فى الأحكام السلطانية : « ويجوز لمن اعتقد مذهب الشافعى - رحمه الله - أن يقلد القضاء من اعتقد مذهب أبى حنيفة ؛ لأن للقاضى أن يجتهد برأيه فى قضائه ، ولا يلزمه أن يقلد فى النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبه . فإذا كان شافعيًا لم يلزمه المصير فى أحكامه إلى أقاويل الشافعى حتى يؤديه اجتهاده إليها . فإن أداه اجتهاده إلى الأخذ بقول أبى حنيفة عمل عليه وأخذ به . وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره ، فمنع الشافعى أن يحكم بقول أبى حنيفة ، ومنع الحنفى أن يحكم بمذهب الشافعى إذا أداه اجتهاده إليه ، لما يتوجه إليه من التهمة والمائلة فى القضايا والأحكام . وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم . وهذا ، وإن كانت السياسة تقتضيه ؛ فأحكام الشرع لا توجهه ؛ لأن التقليد فيها محظور والاجتهاد فيها مستحق »^(٢) .

وقول ابن فرحون فى تبصرة الحكام « وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشى : أخبرنى القاضى أبو الوليد الباجى : أن الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا

(١) ابن قدامة ، المغنى ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، (د . ت .) ، ج ٩ ، ص ١٠٦ .

(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، دار ابن خلدون ، الإسكندرية ، (د . ت .) ، ص ٧١ .

عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته . قال الشيخ أبو بكر :
« وهذا جهل عظيم منهم »^(١) .

وما جاء في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم من أنه ليس للإمام أن يشترط على
القاضي الحكم بخلاف اعتقاده ، أو خلاف اجتهاده^(٢) .

**ثانياً: الضيق القائل بأنه يجوز لولى الأمر أن يلزم القاضي بالحكم برأى
معين وهذا الرأي يجب أن يكون داخل نطاق الشريعة الإسلامية**

واستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية :

١- التيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الحكم الشرعي . خصوصاً وقد
أصبح القضاء الآن غير مجتهدين ، وازدحمت المحاكم بالخصومات . واللجوء إلى
كتب الفقه الإسلامي لمعرفة الحكم الشرعي فيه عناء كبير ، ويحتاج إلى وقت
طويل ، مما يؤخر الفصل في الخصومات لفترات طويلة .

٢- توحيد الأحكام في الدولة ، فلا يحكم برأى في ناحية من الدولة ، ويحكم
برأى آخر مخالف في جهة أخرى .

٣- طمأنينة المتقاضين ، وحماية القاضي من قول السوء .

٤- معرفة الحكم ابتداءً حتى يرتب المتعاملون أمورهم عند التعامل على الحكم
الذي سيُفصلُ به عند التنازع بينهم^(٣) .

٥- استند أصحاب هذا الرأي إلى أقوال بعض الفقهاء ، منهم قول ابن فرحون
في تبصرة الحكّام «الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا
يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته»^(٤) .

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، «بدون تاريخ وبدون دار نشر» ،
ج ١ ، ص ٤٥ .

(٢) ابن أبي الدم ، أدب القضاء ، وهو الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات ، تحقيق د . محمد
مصطفى الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ، ١٩٨٢ م ، ص ٩٥ .

(٣) د . محمد زكي عبد البر ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .

(٤) ابن فرحون ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٤٥ .

وقول الماوردى فى الأحكام السلطانية - وقد سبق ذكر ذلك - «وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره، فمنع الشافعى أن يحكم بقول أبى حنيفة، ومنع الحنفى أن يحكم بمذهب الشافعى إذا أداه اجتهاده إليه، لما يتوجه من التهمة والمائلة فى القضايا والأحكام، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم»^(١).

رأى الفقهاء المعاصرين

قد اختلف أيضاً الفقهاء المعاصرون بشأن تقنين الفقه الإسلامى^(٢) إلى فريقين: فريق يعارض تقنين الفقه الإسلامى، وفريق آخر يؤيد تقنين الفقه الإسلامى. وفيما يلى بيان حجج هذين الفريقين:

الفريق الأول: المعارض على تقنين الفقه الإسلامى

وقد استندوا فى معارضتهم لتقنين الفقه الإسلامى إلى عدة أسباب تتمثل فى الآتى:

- ١- الخوف من تشويه الأحكام الشرعية، واستغلال الحكام لسلطة وضع القوانين فى مراعاة المصالح الخاصة على حساب المصلحة العامة.
- ٢- لقد ظلت الشريعة الإسلامية تحكم العالم الإسلامى أربعة عشر قرناً دون تقنين، فلا حاجة بنا الآن إلى هذا التقنين بعد مضى هذه القرون الطويلة.
- ٣- بريطانيا وهى أعظم دولة دستورية فى الغرب، لم يعب عليها أن قانونها لم يدون.

(١) الماوردى، مرجع سابق، ص ٧١.

(٢) ويقصد بتقنين الفقه الإسلامى: هو صياغة للفقه الإسلامى فى مواد قانونية على غرار القوانين الحديثة من جنائية ومدنية وغيرها، وإلزام القاضى بالعمل بها ولا يتعداها إلى غيرها. (انظر: د. المكاشفى طه الكباشى، تطبيق الشريعة الإسلامية فى السودان، الزهراء للإعلام العربى، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، ص ١٣، وقريب من هذا المعنى د. عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، ١٩٧٨م، ص ٤٥).

٤- تقنين الفقه الإسلامى يحجر على المجتهدين .

٥- تقنين الفقه الإسلامى يسهل على الحكومات المتعاقبة العبث بأحكامه^(١) .

الفريق الثانى: المؤيد لتقنين الفقه الإسلامى

وقد قام هذا الفريق بالرد على حجج الرأى الأول الرافض لتقنين الفقه الإسلامى ، كما ذكروا مزايا تقنين الفقه الإسلامى وذلك كالآتى :

(أ) الرد على حجج الرأى الأول الرافض لتقنين الفقه الإسلامى^(٢) :

١- الخوف من تشويه الأحكام الشرعية باستخدامها لتحقيق المصالح الخاصة . والواقع أن هذه الحجة كانت السبب فى غلق باب الاجتهاد بناء على ما رآه بعض فقهاء الشافعية والحنفية^(٣) .

بالإضافة إلى أن عدم تقنين الفقه الإسلامى ليس ضماناً كافياً لعدم استغلال أحكامه لتحقيق المصالح الخاصة على حساب المصلحة العامة ، والأمر يتوقف أساساً على الفقهاء الذين يقومون بتقنين الفقه الإسلامى .

٢- عدم الحاجة إلى تقنين الأحكام الشرعية بعد أن ظلت الشريعة الإسلامية أربعة عشر قرناً مطبقة دون تقنين ، مردود عليه بأنه لم تكن هناك حاجة ملحة

(١) ذكر الدكتور: محمد عبد الجواد محمد فى كتابه: «بحوث فى الشريعة الإسلامية والقانون» أنه أعد بحثاً بعنوان: «كيف حاد العالم الإسلامى عن صراط الشريعة، وكيف يمكن العودة إليه؟» وذكر فيه رأيه فى ضرورة تقنين الفقه الإسلامى وقدمه لمجلة أضواء الشريعة التى تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية بالرياض، إلا أنه قوبل بمعارضة شديدة من زملائه بالكلية على اقتراحه بالتقنين، وكتب الدكتور عبد الله الزايد زميله بالكلية هذه الاعتراضات بخط يده على مسودة البحث (انظر فى ذلك: د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث فى الشريعة الإسلامية والقانون: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٣٩٧هـ، ١٩٧٧م، ص ٧٩: ٨٢).

(٢) انظر:

- د. محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص ٨٠: ٨٥.

- د. هانى الدرديرى، نظام الشورى الإسلامى مقارنة بالديمقراطية النيابية المعاصرة، رسالة دكتوراه، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، ص ٥٨٨: ٥٩٠.

(٣) انظر: موسوعة الفقه الإسلامى، إشراف الشيخ محمد أبو زهرة، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٧م، ص ٦٣: ٦٥.

للتقنين، وذلك لقلّة عدد القضايا وبساطتها، وكان كثير من القضاة مجتهدين، أما الآن فكثير من القضاة غير مجتهدين، وعلم الفقه أصبح بحراً لا ساحل له، واستنباط الحلول المناسبة للقضايا منه أمراً صعباً، كما أن القضايا المعروضة على القاضى عددها كبير، ورجوع القاضى إلى كتب الفقه الإسلامى فيه تأخير الفصل فى القضايا لفترات طويلة، كما أن القول بأن الشريعة أو الفقه الإسلامى غير مقنن على إطلاقه، هو قول غير صحيح؛ لأن النصوص القطعية الثبوت والدلالة تعتبر نوعاً من التقنين، فضلاً عن أن الفقه الإسلامى قد عرف نوعاً من المتون والمختصرات تتضمن قواعد أشبه بالقواعد القانونية يمكن اعتبارها نوعاً من التقنين^(١).

٣- لم يعب على بريطانيا أن قانونها لم يدون. والرد على ذلك أنه إذا كان الدستور الإنجليزى غير مكتوب، والقانون المدنى كذلك، فإن القوانين الإنجليزىة الآن تملأ المجلدات الضخمة، كما أن السوابق القضائية أى الأحكام التى تصدرها المحاكم، وبخاصة المحكمة العليا تقوم مقام نصوص القانون المدنى، ومجموعات الأحكام عندهم مطبوعة ومنظمة، بحيث يسهل على القاضى الرجوع إلى الأحكام التى صدرت فى موضوع معين منذ قرون مضت إلى الوقت الحاضر، ومع ذلك فإنه يوجد كثير من الفقهاء الإنجليز يطالبون بوضع قانون مدنى على غرار القانون المدنى الفرنسى.

٤- تقنين الفقه الإسلامى يحجر على المجتهدين. وذلك لأن التدوين يلزم القاضى بالحكم المدون، ويمنعه من الاجتهاد والاجتهاد أمر باق إلى يوم القيامة. وهذا مردود عليه بأن من يطلع على الشروح المختصرة والمتوسطة والمطولة لمجلة الأحكام العدلية - التى دوّنت فى عهد الدولة العثمانية - والتى يتراوح بعضها بين الأربعة والسبعة مجلدات، وكذلك اجتهادات القضاة الذين طبقوها، وأحكام المحاكم المختلفة فى الموضوع الواحد، واختلاف هذه الأحكام لاختلاف تفسير النصوص؛ يتضح له أن المجلة كانت سبباً فى فتح باب الاجتهاد، لا فى الحجر على المجتهدين.

(١) مثال ذلك: كتاب قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكي. (انظر فى ذلك: د. عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ٤٥).

٥- تقنين الفقه الإسلامى يسهل على الحكومات المتعاقبة العبث بأحكامه .

وهذا مردود عليه بأن مجلة الأحكام العدلية قد مضى على وضعها وتطبيقها أكثر من مائة عام، ولم يستطع حاكم أن يعبث بها .

كما أنه مما يزيد فى طمأنينة الخائفين على أحكام الشريعة الإسلامية من العبث بها أن الفقه الإسلامى فيه كثير من الآراء والحلول فى المسألة الواحدة، وهذا يعطى للمقنن فرصة واسعة فى اختيار الحل المناسب، دون الالتجاء إلى العبث بالقواعد الشرعية .

مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامى

وهذه المزايا تتمثل فى الآتى^(١) :

١- التقنين بمثابة خلاصة ما يمكن العمل به من الروايات المتعددة فى المذهب الواحد، وفى المذاهب كلها .

٢- التقنين عبارة عن اختيار وترجيح مجموعة من العلماء وهذا أفضل من ترك الأمر لفرد واحد كقاضٍ أو غيره .

٣- التقنين وسيلة لتوحيد سلوك الأمة على حكم واحد مختار من بين الآراء الراجعة فى الفقه الإسلامى .

٤- هذا التقنين وسيلة لإلزام الناس بالعمل بالشريعة الإسلامية؛ وذلك لأننا فى عصر قد أُلّفَ الناس فيه السير على قواعد ملزمة يصدرها الحاكم أو سلطة مختصة، وطالما أُلّفَ الناس هذا الأسلوب فإن مهمة العلماء تبليغ أحكام الله - تعالى - باللغة التى يفهمها الناس فى هذا العصر .

(١) لمزيد من التفصيل انظر :

د . عبد الناصر توفيق العطار، تطبيق الشريعة الإسلامية فى العالم الإسلامى، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، ١٩٩٣م، ص ٨٨ : ٩١ .

د . المكاشفى طه الكباشى، مرجع سابق، ص ١٣ ، ١٤ .

د . محمد عبد الظاهر حسين، الفقه الإسلامى المصدر الرئيسى للتشريع، دار النهضة العربية، ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩م، ص ١٥٨ . ١٥٩ .

٥- هذا التقنين وسيلة لإشراف الدولة على سلامة تطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق اختيار الأحكام الملائمة منها، وإلزام القضاة جميعاً بالسير على مقتضاها.

٦- التقنين يُسهّل للقاضى تطبيق الشريعة الإسلامية؛ لأنه يعاونه على العثور على حكم الشريعة الإسلامية الواجب التطبيق، دون بحث عنه فى المراجع العديدة التى قد لا يجدها، أو يحول وقته دون الاطلاع عليها، أو قد يصعب عليه اختيار الحل المناسب من بين الآراء المختلفة المدوّنة فى هذه المراجع.

٧- التقنين يُسهّل على الأفراد التعرف على أحكام الفقه الإسلامى المعمول بها، فلا يتيهون بين الآراء الكثيرة الموجودة فى كتب الفقه الإسلامى، والتى لا يعرف راجحها من مرجوحها إلا المتخصصون فيها. وطالما سهل على الأفراد التعرف على الأحكام المعمول بها فإنه سيتيسر تطبيقها والعمل بها، كما سيطمئن أصحاب الدعاوى والخصومات إلى ما قد يطبق على منازعاتهم من أحكام.

٨- عدم تقنين الفقه الإسلامى سيدفع حكّام المسلمين إلى اقتباس القوانين الأجنبية، والابتعاد بذلك عن تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذه مفسدة لا يدرأها إلا تقنين الفقه الإسلامى^(١).

(١) فالفقه الإسلامى يتميز بغزارته وتفوقه حتى قيل عنه بأنه «بحر لا ساحل له» ومع ذلك فإن عدم وجود مجموعة تجمع شتاته، وتيسر للباحث فيه أن يستخرج ما يطلبه، قد دفع أكثر الباحثين - لا سيما رجال القانون الوضعى - إلى الابتعاد عن منهل الشريعة الإسلامية، والابتعاد عن متابعة جهود أئمة الفقه الإسلامى فى تطبيق أحكامها، والقياس عليها فى حكم ما يستجد من الأحداث، وكان ذلك من الأسباب الرئيسية التى سولت للهيئات التشريعية فى بعض الدول الإسلامية أن تبعد بوجهها عن الشريعة الإسلامية، وعن الاسترشاد بها لمعالجة مشكلات العصر واتجهت إلى التشريعات الغربية ومراجع فقهاؤها وموسوعاتهم الميسرة لكل باحث.

ولقد كان الفقيه الفرنسى «ادوار لامبير» عميد الفقه المقارن والحجة العالمية فيه، يقول للطلبة المسلمين الذين يدرسون القانون على يديه: إن لديكم فى الفقه الإسلامى كنزاً مخبوءاً ينتظر من يجلوه لعالمنا المعاصر، ليهدى بهديه، ويسترشد بمنطقه فى الحيرة المدلهمة التى أعجزت عالمنا الآن عن التمييز بين الحق والباطل وبين الخير والشر، وصرفته عن التوفيق الحكيم بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة. (انظر فى ذلك: د. محمد عبد الله العربى فى كتابه مقدمة موسوعة الفقه الإسلامى بإشراف فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، إصدار جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة، ١٩٦٧م، ١٣٨٧هـ، الجزء الأول، ص أ، ب).

٩- التقنين يعمل على إزالة الفوضى والاضطراب والغموض فى الأحكام المختلفة، فقد يأخذ قاض بقول راجح ويأخذ آخر بقول مرجوح، فمن هنا يحدث اضطراب فى الأحكام فى المنطقة الواحدة، بل وقد يحدث فى الواقعة الواحدة، ويذهب كل الفقهاء المعاصرين - إلا من ندر - إلى وجوب تقنين أحكام الفقه الإسلامى، وإلزام القضاة والناس بها. وفى ذلك ذهب الشيخ محمد أبو زهرة إلى أنه يجب أن يسن ولى الأمر القانون بعد أن تقاصرت الهمم فى الاجتهاد، وأشار إلى أن الخليفة عمر بن عبد العزيز همّ أن يفعل ذلك، ويأخذ قانونه الذى يسنه من فتاوى أهل المدينة من الصحابة والتابعين، فينشر تلك الفتاوى على أنها قانون متبع، لا يخرج عنه قاض من القضاة، ولكنه مات قبل أن يتم ما همّ به^(١).

كما يذهب غالبية الباحثين فى الشريعة والقانون إلى جواز إلزام القاضى بحكم معين، واستندوا إلى عدة حجج تتمثل فى الآتى:

١- على القاضى أن ينفذ ما يأمره به ولى الأمر؛ إذ أنه وكيله، والوكيل يتقيد بأمر الموكل.

٢- عدم تقنين القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية يؤدى إلى صعوبة تطبيق الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأنه لم يعد الآن إمكان التطبيق عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامى، لما يلقاه الباحث فيها من صعوبات. كما أن عدم اتباع وسيلة التقنين هذه فيه فتح السبيل لدخول التقنيات الأجنبية فى البلاد الإسلامية.

٣- السياسة الشرعية توجب على ولى الأمر اتباع ما توجبه المصلحة ويدرأ المفسدة، وقد أصبح تقنين القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية وإلزام القضاة بها أمراً واجباً تفرضه السياسة الشرعية لمصلحة الأمة. ويجب على القاضى والرعية طاعة ولى الأمر فى ذلك^(٢).

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى، العقوبة، دار الفكر العربى، (د. ت.)، ص ٨٤، ٨٥.

(٢) د. محمد زكى عبد البر، مرجع سابق، ص ٦٢.

الباحث يرى أن تطبيق الشريعة الإسلامية ليس له وسيلة سوى تقنين القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن من خصائص القاعدة القانونية أن تكون قاعدة عامة ومجردة، أى أن تطبق على جميع الأفراد وتعاملهم جميعاً على قدم المساواة، بينما إذا تم تطبيق الشريعة الإسلامية دون تقنين أحكامها، فإن هذا سوف يؤدي إلى اختلاف الأحكام التي تطبق على الأفراد باختلاف المذاهب، وتنتفى بذلك فكرة المساواة.

ومن الأمثلة على اختلاف الأحكام باختلاف المذاهب ما يلي :

١- السرقة

بين الله - عز وجل - حد السرقة بقوله - تعالى - : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣٨].

وحد السرقة من الحدود الثابتة بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، فذكره الله - عز وجل - فى الآية الكريمة السابقة، وأمر بقطع يد السارق ذكراً كان أو أنثى، وذلك صيانةً للأموال، وحفاظاً لها، وقد علل الله - عز وجل - قطع اليد فى السرقة بقوله ﴿ جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ﴾ أى أن يد السارق تقطع مجازاةً على صنيعها السيئ فى أخذها أموال الناس، كما أن قطع يد السارق يفضحه طوال حياته، ويجلب له الخزي والعار، ويسقطه فى نظر المجتمع، وفى ذلك عبرة لغيره. وهذه العقوبة أجدر العقوبات لمنع السرقة، وتأمين الناس على أموالهم.

ولتطبيق حد السرقة يجب توافر عدة شروط، ومن هذه الشروط: النصاب فى المسروق، ولم يحدد الله - عز وجل - هذا النصاب، واختلف الفقهاء فى مقدار هذا النصاب، فقال فقهاء الحنفية - رحمهم الله تعالى - : عشرة دراهم أو دينار. وقال الشافعى - رحمه الله تعالى - : ربع دينار. وقال مالك - رحمه الله تعالى - : ثلاثة

دراهم . وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله تعالى - : خمسة دراهم . وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري - رضی الله عنهما - أنهما قالا : أربعون درهماً (١) .

٢- القصاص

القصاص هو أن يعاقب الجاني بمثل جنايته على أرواح الناس ، أو عضو من أعضائهم . فإذا قتل شخص شخصاً آخر استحق القصاص . والقصاص منصوص عليه في الكتاب والسنة ، فقد قال الله - عز وجل - : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوِكَ فَإِنَّ لَكَ فَلَاحَ عَذَابٍ أَلِيمٍ (١٧٨) وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] .

وإذا استعرضنا مثلاً إحدى حالات القتل ، وهي حالة قتل جماعة من الأفراد لأحد الأشخاص ، فهل يطبق عليهم القصاص ، هنا نجد أن الفقهاء قد تباينت آراؤهم ، وذلك كالاتي :

(١) لمزيد من التفصيل انظر :

- السرخسي ، المسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٣ م ، ج ٩ ، ص ١٣٧ .
- ابن حزم ، المحلى ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربى ، دار الجيل ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، (د . ت .) ، ج ١١ ، ص ٣٥٠ ، ٣٥١ .
- ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، (د . ت .) ، ج ٥ ، ص ٣٥٦ : ٣٥٩ .
- القرطبي ، جامع الأحكام الفقهية ، جمع وتصنيف فريد عبد العزيز الجندي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤ هـ ، ١٩٩٤ م ، ج ٣ ، ص ٩٥ .
- الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، ١٩٨٥ م ، ج ٤ ، ص ٣٥٢ : ٣٥٦ .
- الشرقاوى ، حاشية الشرقاوى ، «الشرقاوى على التحرير» ، مكتبة الإيمان ، (د . ت .) ، ج ٢ ، ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ .
- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الريان للتراث ، (د . ت .) ، ج ٥ ، ص ١٣٠ .
- د . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامى وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩ هـ ، ١٩٨٩ م ، ج ٦ ، ص ١٠٢ : ١٠٤ .

الشافعية قالوا: تقتل الجماعة بالواحد، سواء كثرت الجماعة أو قلت، وسواء باشروا جميعاً القتل، أو باشره بعضهم، لما روى أن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- قتل خمسة وقيل سبعة لقتلهم رجل غيلة أى جعلوه فى موضع لا يراه أحد وقال كلمته المشهورة «لو ثمالاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً»، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة الحاضرين فى عصره.

الحنابلة قالوا: لا تقتل الجماعة بالواحد؛ لأن الله شرط المساواة فى القصاص، ولا مساواة بين الجماعة والواحد، قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقال تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] فيجب عليهم الدية حسب الرءوس، أو يقتل واحد منهم، والدية على الباقيين.

الحنفية قالوا: تقتل أنفس الجماعة بالنفس الواحدة، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد؛ وذلك لأن مفهوم القتل إنما شرع لنفى القتل، فلو لم تقتل الجماعة بالواحد؛ لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعدوا قتل الواحد بالجماعة، سواء باشروا جميعاً القتل أو باشره واحد منهم.

المالكية قالوا: يقتل الجميع كثلاثة فأكثر بواحد، إن تعمدوا الضرب له بأن ضربه ولم تتميز ضربة كل واحد منهم، وسواء كان الموت ينشأ عن كل واحدة، أو عن بعضها، وإذا أنفذ أحد الضاربين مقاتله، ولم يدر من أى الضربات فإنه يسقط القصاص، وتجب الدية فى أموالهم إذا لم يتمثلوا على قتله، وكذلك يقتل الجميع إذا تساوت الضربات، وإن تميزت الضربات فكان بعضها أقوى شأنه إزهاق الروح، قدم الأقوى ضربات فى القتل دون غيره^(١).

٣- دية القتل الخطأ

القتل الخطأ يجب فيه الدية وذلك لقوله -تعالى-: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢].

(١) انظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ص ٦٧١ : ٦٧٤.

وقد اختلف الفقهاء فى مقدار هذه الدية، ومن أبرز الحالات التى يظهر فيها اختلافهم واضحاً: دية المسيحى واليهودى .

فالشافعية قالوا: دية اليهودى، والنصرانى، والمعاهد، والمستأمن، إذا كان معصوماً تحل مناكحته ثلث دية المسلم .

والحنفية قالوا: دية المسلم والذمى سواء، لما روى عن النبى ﷺ ولما قضى به أبو بكر الصديق، وعمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - ولعموم الآية الكريمة: ﴿ أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ وذلك فى العمد والخطأ من غير فرق بينهما .

والمالكية قالوا: دية اليهودى والنصرانى نصف دية الرجل المسلم فى العمد والخطأ من غير فرق .

والحنابلة قالوا: إن كان للنصرانى ولليهودى عهد، وقتله مسلم عمداً، فديته كدية المسلم، وإن قتله خطأ فنصف دية المسلم^(١) .

مدة الحضانة

حضانة الطفل الصغير لأمه وذلك لقوله - تعالى - : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] .

فالصغار لما بهم من العجز عن رعاية أنفسهم، والقيام بما يحتاجون إليه، فقد جعل الله - عز وجل - ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم وهى الأم، فالأم أشفق من الأب على الولد، فتتحمل فى ذلك من المشقة ما لا يتحملة الأب .

والفقهاء قد اتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، واختلفوا فى بقائها بعد سن التمييز .

(١) لمزيد من التفصيل انظر :

- ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٧٥٩ : ٧٦٤ .

- النووى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامى، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ، ١٩٩١ م، ج ٩، ص ٢٥٥ .

- عبد الرحمن الجزيرى، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢١٠ : ٢١٢ .

فالحنفية قدر بعضهم مدة الحضانة للغلام بسبع سنين، وقدرها بعضهم بتسع سنين، أما الأثني فإن كانت بكرةً ضمها الأب إلى نفسه، ومثل الأب الجد.

والمالكية قالوا: مدة حضانة الغلام من حين ولادته إلى أن يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ، ثم تسقط حضانتها، ولو بلغ مجنوناً، ومدة حضانة الأثني حتى تتزوج، ويدخل بها الزوج بالفعل.

والشافعية قالوا: ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما كان له ما اختار، وله بعد اختيار أحدهما أن يتحول للآخر، وإن تكرر منه ذلك.

والحنابلة قالوا: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأثني، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا خيّر الصبي فكان مع من اختار منهما، أما الأثني، فإنها متى بلغت سبع سنين فأكثر كانت من حق أبيها إلى البلوغ، ثم إلى الزفاف^(١).

ومما سبق يتبين أن هناك اختلافاً بين المذاهب وأن عدم التقنين وعدم إلزام القاضي بالحكم برأى معين من شأنه أن يؤدي إلى تعارض الأحكام وتضاربها، ويفقد الناس ثقتهم في القضاء، كما أن هذا يجعل القاعدة القانونية غير متصفة بصفة العمومية والتجريد، ويشيع عدم الاستقرار في المجتمع.

(١) لمزيد من التفصيل عن الحضانة انظر:

- السرخسي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٧: ٢١٣.
- شهاب الدين الرملي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٢٥: ٢٣٥.
- القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٠٤، ٤٤٥.
- ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٩، ص ١٣٣: ١٤٥.
- الشرقاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥١: ٣٥٤.
- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، «رد المختار على الدر المختار»، (د. ت.)، ج ٢، ص ٦٣٣: ٦٤٣.
- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٣٨، ٥٣٩.
- د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٧٤٢: ٧٤٥.

معظم دول العالم الإسلامي تتجه نحو تقنين الفقه الإسلامي

لقد سار العمل مؤخراً في الدول الإسلامية على تقنين الأحكام الشرعية، ففي عهد الدولة العثمانية قننت «مجلة الأحكام العدلية» في عام ١٢٩٣هـ وجاء في نص المادة ٨٠١ ما يلي «وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأى مجتهد في خصوص، لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق، فليس للحاكم أن يعمل برأى مجتهد آخر مناف لرأى ذلك المجتهد وإذا عمل فلا ينفذ حكمه»، ورتبت أحكام هذه المجلة في صورة مواد مختصرة، يقتصر الحكم فيها على رأى واحد، وقد بلغت مواد هذه المجلة «١٨٥١» مادة^(١).

وفي مصر قننت أحكام كثيرة من المسائل الشرعية، فصدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية متضمنة أحكاماً في الأحوال الشخصية، وفي المرافعات الخاصة بها، كما قننت أحكام بعض مسائل الأحوال الشخصية، كالوقف، والوصية، والميراث، والولاية على المال، وقام مجلس الشعب في الآونة الأخيرة بتشكيل لجان قننت كثيراً من أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف فروع القانون^(٢).

وفي سوريا وتونس والمغرب، قننت أحكام مسائل الأحوال الشخصية، وفي العراق قننت كثير من مواد القانون المدني من الفقه الإسلامي^(٣).

وفي ليبيا قننت قوانين للزكاة، والسرقه، وغيرهما من الشريعة الإسلامية، وبجانب هذه الجهود العامة كانت هناك جهود فردية لتقنين الفقه الإسلامي^(٤).

(١) مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، (د. ت.)، ص ٤٣٨، ٤٣٩.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر للمؤلف كتاباً «تحت الطبع» بعنوان: «تطبيق الشريعة الإسلامية، دراسة عملية عن جهود مجلس الشعب والقضاء المصري لتطبيق الشريعة الإسلامية».

(٣) د. محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص ٦١.

(٤) ومن أبرز هذه الجهود الفردية ما قام به الفقيه «محمد قدرى باشا» بصياغة ثلاثة كتب على المذهب الحنفى، أحدها: في الأحوال الشخصية، وثانيها: في الوقف، وثالثها: في أحكام المعاملات، وسمى هذا «مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان» وبلغت مواده «١٠٤٥» مادة.

كما فكر الملك الراحل عبد العزيز آل سعود - في وضع مجلة للأحكام الشرعية، يعهد إلى لجنة من خيار علماء المسلمين استنباطها من كتب المذاهب الأربعة، المعتبرة مشابهة لمجلة الأحكام العدلية التي وضعتها الدولة العثمانية عام ١٢٩٣هـ، ولكنها لا تتقيد بمذهب دون آخر، بل تعتمد الأقوى حجة ودليلاً من الكتاب والسنة، وتوطئة لذلك وجه الملك عبد العزيز =

ومما هو جدير بالذكر أن المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف المنعقد في ٢٧/٩/١٩٦٨م قد أوصى بتشكيل لجنة من رجال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لتتطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسئولين في البلاد الإسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في قوانين بلادها^(١).

وبالفعل شكلت لجان من نخبة من كبار علماء الشريعة الإسلامية بالأزهر الشريف وكبار رجال القانون، وطبعت مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية، الشافعية، المالكية، الحنابلة، حيث قننت كل مذهب على حدة، وصاغت من كل مذهب الرأي الراجح فيه في مواد، وألحقت بكل مادة مذكرة تفسيرية ذكرت فيها الآراء الأخرى، والرأي الذي يرى أنه الأنسب للتطبيق في العصر الحاضر^(٢).

وقد أوضح مجمع البحوث الإسلامية أنه بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة، يبدأ العمل في وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعاً^(٣)، وبذلك يمكن

= قضاة المحاكم الشرعية إلى اعتماد المصادر الفقهية الأمهات. وقد تجاوب مع هذه الدعوة الشيخ أحمد ابن عبد الله الفارسي (١٣٠٩ - ١٣٥٩ هـ) أحد القضاة بمكة المكرمة، فوضع مجلة للأحكام على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، استخلصها من الكتب المعتمدة في المذهب، وحذا في مجلته حذو مجلة الأحكام العدلية العثمانية، وبلغت مواد هذه المجلة ٢٣٨٢ مادة، وتركها مخطوطاً، وقام بعد ذلك بعض الباحثين بتحقيقها وترتيبها، وطبعت الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ، ١٩٨١م مطبوعات تهامة، بعنوان: كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني (انظر في ذلك: مناع القطان، مرجع سابق، ص ٤٣٨ : ٤٥٨).

(١) انظر: محاضرة فضيلة الإمام الأكبر الدكتور عبد الحليم محمود شيخ الأزهر الأسبق في نادي القضاة والمنشورة في العدد التاسع من مجلة القضاة، سبتمبر ١٩٧٥م.

(٢) وقد اطلع الباحث على ثلاثة مشروعات من هذه المشروعات وهي:

مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك - رضى الله عنه - ومشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - رضى الله عنه -، ومشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعي - رضى الله عنه -، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، ١٣٩٢ هـ، ١٩٧٢م.

(٣) وقد شكلت اللجنة المسئولة عن ذلك وباشرت مهمتها (انظر في ذلك: مشروعات التقنينات السابقة، ص ٩ : ١٤).

أن يقدم لكل بيئة من البيئات الإسلامية التي ترتبط بمذهب معين قانوناً إسلامياً مستمداً من هذا المذهب، كما يمكن أن يقدم قانوناً إسلامياً مختاراً من بين المذاهب المعمول بها يفى باحتياجات البيئات التي تطلبه .

والباحث يرى أن هذا العمل من أعظم الأعمال وأنفعها التي قام بها الأزهر الشريف في العصر الحديث؛ ذلك لأنه قدم قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية سهلة التناول، ومصاغة بأسلوب العصر، وملائمة للظروف، وصالحة للتطبيق، ويمكن أن يستعين بها المختصون بالتشريع في الدول الإسلامية، لتنفيذ ما جاء في دساتير كثير من هذه الدول من أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ويغنيهم عن اللجوء إلى القوانين الوضعية، كما أنه أثبت أن الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في هذا العصر، الذي ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة في العصور الإسلامية الأولى، وهذا دليل عملي على صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان .

وقد استقبلت هذه التقنيات استقبالاً حسناً في العالم الإسلامي، مما يدل على أن العالم الإسلامي كان متعطشاً إلى هذه التقنيات^(١).



(١) وفي ذلك أشار الدكتور عبد الجليل شلبي الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية الأسبق، في افتتاح المؤتمر الثامن لمجمع البحوث الإسلامية إلى أنه إزاء ما اتجهت إليه الدول الإسلامية، من أن تجعل قوانينها كلها مشتقة من الشريعة الإسلامية، فإنه قد لجأت العديد من هذه الدول إلى مجمع البحوث الإسلامية، ليصوغ أبواب الفقه الإسلامي في مواد قانونية، لذلك خصص المجمع لجائناً للقيام بهذه المهمة، وإعداد التقنيات اللازمة، وأشار إلى أنه قد طبعت كميات هائلة من هذه التقنيات ولكن الطلبات المتلاحقة من هيئات القانون المختلفة من مصر، ومن العالم الإسلامي استنفدت كل هذه الكميات، مما جعل مجمع البحوث الإسلامية مضطراً إلى إعادة طبعها مراراً. (انظر كلمة د. عبد الجليل شلبي في افتتاح المؤتمر الثامن لمجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، الجزء الأول، ذو القعدة ١٣٩٧هـ، أكتوبر ١٩٧٧م، ص ٢٠: ٢٢).