

الفصل الثاني

خلفية تاريخية عن فكرة تقنين أحكام الشريعة

ظهرت الحاجة إلى تقنين أحكام الشريعة في وقت مبكر من التاريخ الإسلامي يرجع إلى عهد الدولة الأموية. وتحكي كتب التاريخ أن الخليفة الوليد بن عبد الملك أراد أن يحمل القضاة على قول واحد، ولكن محاولته لم تفلح لأسباب عدة؛ كان من أهمها اتساع أرجاء الدولة والتنوع الهائل في الشعوب والأمم التي انضوت تحت راية الإسلام، مع احتفاظ كل منها بخصوصياته الثقافية والاجتماعية، وما صاحب ذلك من تعددية مفتوحة في اجتهادات أصحاب المذاهب الفقهية المختلفة، بل وفي اجتهادات المنتمين إلى مذهب واحد. ثم كانت مبادرة الخليفة عمر بن عبد العزيز، وفقاً لحديث أبي زرعة الذي يفهم منه أن الخليفة أراد تدوين أحكام الشريعة، وتيسير المعرفة بها، وخاصة على القضاة، ولكن هذه الفكرة لم تنجح للأسباب نفسها التي حالت دون نجاحها في عهد الوليد بن عبد الملك، فضلاً عن أن خلافة عمر بن عبد العزيز لم تستمر سوى عامين تقريباً.

وفي عهد أبي جعفر المنصور، كتب ابن المقفع سنة ١٤٤هـ رسالته المشهورة باسم «رسالة الصحابة»، وضمنها نصائح عدة، كان منها أن يقوم الخليفة بجمع الأحكام الفقهية ووضعها في كتاب تذكر فيه المسائل الضرورية مع أجوبة عنها من مذاهب الفقهاء، ثم يختار أرجحها ويعمم ليقع القضاء بما فيه، ويأمر الخليفة القضاة بالالتزام بالرأي المختار، وألا يقضوا بخلافه. ومما جاء في تلك الرسالة: «فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة، فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأي الذي يلهمه الله، ويعزم عليه عزماً، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتاباً جامعاً، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً».

وفي موسم حج ١٦٣هـ / ٧٧٩م طلب الخليفة أبو جعفر المنصور من الإمام مالك بن أنس أن يضع كتاباً جامعاً للأحكام مع مراعاة اليسر والسهولة، وأوصاه أن يراعي التوسط والاعتدال والبعد عن الإفراط والتفريط. وتذكر المصادر التاريخية أن أبا جعفر قال للإمام: «يا أبا عبد الله، ضع هذا العلم ودونه، ودون منه كتاباً، وتجنب شذائد عبد الله بن عمر، ورخص عبد الله بن عباس، وشواذ ابن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور، وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة رضي الله عنهم، لنحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك، ونبشها في الأمصار، ونعهد إليهم ألا يخالفوها، ولا يقضوا بسواها»، فاستجاب الإمام مالك وكتب موطأه، ولكنه لم يشأ أن يجعل لرأيه دون آراء الفقهاء الآخرين قوة ملزمة، وقال رحمه الله: «إن

لكل قوم سلفاً وأئمة، فإن رأى أمير المؤمنين - أعز الله نصره - قرارهم على حالهم فليفعل». وظل الحال على ما كان، وبقي الناس يرجعون إلى كتب الفقهاء لحل مشاكلهم، والفصل في أقضيته^(١). وظهر من تلك الواقعة دليل آخر على أن ثمة عقبات موضوعية وعلمية تحول دون إنجاز عملية «التقنين» في ظل الأوضاع التي كانت سائدة في ذلك العصر. وكرر المنصور طلبه من الإمام مالك مرة ثانية سنة ١٤٨هـ، ومرة ثالثة سنة ١٦٣هـ، ويقال إن ذلك حدث من هارون الرشيد أيضاً، ولكن الإمام لم يستجب.

وفي القرن التاسع الهجري قام الفقيه الحنفي إبراهيم بن محمد الحلبي بوضع كتابه «ملتقى الأبحر» ليكون مرجعاً للقضاة والمفتين، وكان ذلك تلبية لطلب السلطان سيلمان القانوني؛ وسن السلطان سليمان القانوني أيضاً (القانون نامه) الذي ضم أحكاماً في العقوبات التعزيرية وفي حقوق الأراضي وتحديد الأراضي الأميرية والخراج، وكذلك في المسائل العسكرية والإدارية. كما جرى تأسيس السجلات الشرعية التي ضمت قرارات المحاكم الصادرة من المحاكم الشرعية^(٢).

ولكن قبل تلك المحاولات كانت البذور المعرفية لفكرة التقنين قد ترسخت في الذهنية الفقهية من خلال اهتمامهم بتأصيل القواعد الفقهية،

(١) محمد حسن البغا، التقنين كما يبدو في مجلة الأحكام العدلية، بحث قدم في ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان/ مسقط: التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر ٥ - ٨ أبريل ٢٠٠٨)، ص ٧.

(٢) هادي محمود، الخلفية التاريخية لمفهوم الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ومخاطر عدم التقنين، بحث منشور على شبكة الإنترنت www.ahewar.org

وعنايتهم الفائقة في صوغها؛ حيث كانت هذه القواعد «بمثابة منارات للتقنين، وهي بمجموعها تشكل مبادئ أساسية للقوانين المستمدة من الشريعة»^(١)، وأبرز الأمثلة على ذلك هي مجلة الأحكام العدلية ذاتها، التي اختار واضعوها البدء بذكر القاعدة الفقهية أولاً ثم ترتيب المسائل والمواد المتفرعة عنها في كل باب من أبواب المجلة.

وفي القرن الحادي عشر الهجري، أراد الملك محمد أورنكزيب حاكم ولاية «عالمكير» الهندية أن يضع مرجعاً رسمياً للأحكام الفقهية يلتزم القضاة بتطبيقها، وكلف لجنة لهذا الغرض، انتهت إلى وضع كتاب «الفتاوى العالمكيرية»، ويعرف أيضاً باسم «الفتاوى الهندية»^(٢).

محاولات التقنين في العصر العثماني

تبنّت الدولة العثمانية المذهب الحنفي رسمياً منذ عهد السلطان سليم الأول، فأصبح شيخ الإسلام والمفتون والقضاة يحكمون ويفتون وفق المذهب الحنفي. ويعتبر «قانون نامه البادشاهي» الذي أصدره السلطان محمد الفاتح (٨٥٤هـ / ١٤٥١م - ٨٨٥هـ / ١٤٨١م) أول نشأة القوانين العثمانية، وقد سماه «قانون نامه آل عثمان» وكتب آخر أيام سلطنته،

(١) عبد الستار أبو غدة، موسوعات الفقه والقواعد: رؤية نقدية نحو التقنين الفقهي، بحث قدم في «ندوة تطور العلوم الفقهية في عمان/ مسقط: التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر ٥-٨ أبريل ٢٠٠٨» ص ٢٣.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٠. وانظر أيضاً: محمد حسن البغا، مرجع سابق، ص ٧. وطارق البشري، في المسألة الإسلامية المعاصرة، الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (القاهرة: دار الشروق، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م) ص ٨٣.

وتضمن ما كان يمليه السلاطين المجاهدون على الكاتب (التوقيعي)، ونامة أي العريضة المكتوبة^(١). وكان ذلك خطوة أخرى في طريق نضج عملية تقنين الفقه الإسلامي، وأكد ذلك العلماء بقولهم إن أمر الحاكم فيما ليس فيه معصية يعد ملزماً، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فيما بعد في مادتها رقم / ١٨٠١ من أنه «لو صدر الأمر السلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة؛ لأن رأيه بالناس أرفق، ولمصلحة العصر أوفق، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل فلا ينفذ حكمه»^(٢)، وكذلك نصت م / ١٦ من المجلة أيضاً على أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

ولكن الدولة العثمانية لم تلتزم المذهب الحنفي وحده، وإنما خرجت تدريجياً إلى المذاهب الأخرى، كما في قانون حق العائلة. ثم خرجت إلى القوانين غير المنبثقة عن الفقه الإسلامي منذ عام ١٨٤٠؛ إذ أخذت قانون العقوبات الفرنسي في تلك السنة، والقانون التجاري الفرنسي أيضاً سنة ١٨٥٠^(٣).

وظهرت في تاريخ التحولات التشريعية أعمال تأصيلية جلية، جاهد أصحابها من أجل تثبيت الأمة على أحكام الشريعة، ودعوا إلى الاجتهاد والتجديد لمعالجة قضايا الواقع ضمن كليات الشريعة وأصولها، ولم ينقطع هذا الجهد في فترة من الفترات؛ فنلاحظ في فجر النهضة الحديثة إصرار

(١) انظر: حكمت مفدجملي، التاريخ العثماني (بيروت: دار الجليل) ص ٧١ - ٧٤.

(٢) انظر: سليم رستم باز، شرح المجلة، مرجع سابق، ص ١١٦٩.

(٣) انظر: البغا، مرجع سابق، ص ١٢، ١١.

رفاعة الطهطاوي (ولد سنة ١٢١٦هـ - ١٨٠١م وتوفي سنة ١٢٩٠هـ - ١٨٧٣م) على أن تكون الشريعة هي مرجعية التحديث، وحذر كثيراً من خطر التحول نحو أخلاق أوروبا وأحكامها. وظل الإمام ثابتاً على يقينه بأن السيادة العليا في مجال التشريع والقانون يجب أن تظل للشريعة الإسلامية، ومن بعد الطهطاوي جاء الإمام محمد عبده (١٢٦٦هـ - ١٨٤٩م / ١٣٢٣هـ - ١٩٠٥م) ليواصل الدعوة إلى بناء التحديث على أصول الشريعة، واجتهد قدر ما وسعه جهده في إزاحة عوامل الجمود عن الفقه الإسلامي، وطرح رؤية أصيلة تصب في اتجاه استعادة سيادة الشريعة ومرجعيتها العليا في المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ورسم طريقاً تربوياً تعليمياً للوصول إلى هذه السيادة التشريعية، وتابعه عدد كبير من تلامذته، وبخاصة في مجال الدراسات الفقهية والقضائية وفي مجال الإفتاء وإصلاح المؤسسات الإسلامية وعلى رأسها الأزهر الشريف، والأوقاف الإسلامية^(١).

الازدواجية في البناء التشريعي / القانوني الحديث والمعاصر

صدرت مجلة الأحكام العدلية عام ١٢٩٣هـ / ١٨٧٦م - كما أسلفنا القول - وأصبحت قانوناً عاماً يطبق في أغلب الولايات العثمانية في مجال المعاملات المدنية مثل: البيوع، والإجارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، والهبة، والوقف، والشركات، والوكالة،... إلخ. ولكن عملية التقنين لم

(١) انظر لمزيد من التفاصيل حول جهود الأستاذ الإمام: إبراهيم البيومي غانم، وصلاح الدين الجوهري (محرران): الإمام محمد عبده - مائة عام على رحيله ١٩٠٥ - ٢٠٠٥ (القاهرة وبيروت: مكتبة الإسكندرية، ودار الكتاب المصري/ اللبناني، ١٤٣٠ - ٢٠٠٩).

تكتمل في المجالات الأخرى التي لم تشملها «المجلة». وكانت الولايات العثمانية قد أخذت في السقوط تباعاً تحت سيطرة الاحتلال الأوروبي؛ الأمر الذي حال دون المضي قدماً في عملية تقنين أحكام الشريعة ووضعها موضع التنفيذ وفق الصياغات القانونية الجديدة بمعايير تلك المرحلة.

وثمة عوامل عدة دفعت إلى وضع «المجلة»، لعل من أهمها اتساع المعاملات التجارية، وزيادة التداخل بين النظم الوافدة والنظم الموروثة في مختلف ولايات الدولة العثمانية، وحاجة كثير من القضاة إلى التعرف بيسر إلى الاجتهادات والقواعد الفقهية التي تعينهم على النظر في القضايا وإصدار الأحكام والفصل في الخصومات.

كان صدور المجلة في أول عهد السلطان عبد الحميد (تولى الخلافة في ١١ من شعبان ١٢٩٣هـ / ٣١ من أغسطس ١٨٧٦م - وتوفي في ٢٨ من ربيع الثاني ١٣٣٦هـ / ١٠ من فبراير ١٩١٨م). ويذهب بعض المؤرخين - بحق - إلى أن المجلة كانت جزءاً من مشروع كبير لإصلاح نظام العدالة والقضاء ونظام التعليم والنظام الإداري في الدولة برمتها. وقد نجحت خطة السلطان الإصلاحية في مجال التعليم إلى حد كبير^(١)، ولكن الدول الاستعمارية وقفت منه موقفاً متعنتاً، وبذلت كل ما في وسعها كي تفشل برنامجه لإصلاح القضاء؛ إذ أدركت أن نجاحه في إصلاح القضاء سيفضي بالضرورة إلى التخلص من نظام الامتيازات الأجنبية *Les capitulations*، ومن ثم إلغاء الإعفاءات القانونية والقضائية والمالية التي كان يتمتع

(١) انظر: عبد العزيز الشاوي، الدولة العثمانية دولة إسلامية مفترى عليها (القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣) ج/٣ ص ١١٦٤.

بها رعايا الدول الأجنبية في الدولة العثمانية. وكان نجاح السلطان في الإصلاح القضائي سيفضي أيضًا إلى نجاحه في إجراء إصلاحات تشريعية ومالية واجتماعية أخرى^(١)، تمكن الدولة العثمانية من تحديد عناصر قوتها الذاتية، والحد من تغلغل النفوذ الأجنبي فيها، وصون استقلالها، وهو الأمر الذي عارضته الدول الاستعمارية كي تصل إلى هدفها النهائي وهو تفكيك الدولة وإسقاط نظام الخلافة.

وفي أواخر عهد الدولة العثمانية كان النظام القضائي يعاني مشكلات كثيرة. وكان في وضعه الذي آل إليه غير محقق لمقصد «العدالة» على النحو الذي تريده الشريعة الإسلامية ذاتها. واتخذت القوى الأجنبية ذلك الضعف ذريعة لإجبار الدولة العثمانية على الإبقاء على نظام الامتيازات الأجنبية الذي ترجع نشأته إلى القرن السادس عشر في عهد السلطان سليمان القانوني الذي وقع سنة ٩٤١هـ / ١٥٣٥م معاهدة صداقة مع فرانسوا الأول ملك فرنسا، وأقر فيها بامتيازات للمقيمين الأجانب على أراضي الدولة العثمانية؛ تعبيرًا عن التزام الدولة بقواعد العدالة الإسلامية التي تشمل المسلم وغير المسلم.

ويكشف الرجوع إلى تلك المعاهدة - وغيرها من المعاهدات الشبيهة - عن جذور نشأة الازدواجية في النظام القانوني والقضائي في الدولة العثمانية، وكيف أنها انقلبت من شاهد على تسامح الدولة العثمانية إبان

(١) تحولت الامتيازات الأجنبية إلى عقبة كنود في سبيل الإصلاح المالي والاقتصادي والاجتماعي في الدولة العثمانية بصفة عامة - كما ألمحنا - وفي مصر بصفة خاصة، ولمزيد من التفاصيل انظر: عبد الرزاق السنهوري، مقدمة كتاب الامتيازات الأجنبية، منشورة في: مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، الجزء الأول، ١٩٩٢، ص ٢٠٣ - ٢٥٨.

قوتها تجاه الأجانب نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية، إلى شاهد على سيطرة القوى الأجنبية الاستعمارية إبان ضعف الدولة العثمانية ودخولها مرحلة التدهور تحت وطأة الهجمات الاستعمارية منذ نهايات القرن الثامن عشر، وحتى إلغائها في أعقاب الحرب العالمية الأولى.

نعود فنقول إن معاهدة سليمان القانوني مع فرانسوا الأول سنة ١٥٣٥م تألفت من ١٧ مادة، تتعلق بمسائل الإقامة، والتجارة، وممارسة الشعائر الدينية والمعتقدات المسيحية. وقد بادرت الدول الأجنبية الأخرى إلى عقد معاهدات مماثلة أو شبيهة بتلك المعاهدة مع الباب العالي على التوالي: إنجلترا عام ١٥٨٣. هولندا عام ١٦١٣. النمسا عام ١٧١٨. السويد عام ١٧٣٧. مملكة الصقليين عام ١٧٤٠. توسكانيا عام ١٧٤٧. الدنمارك عام ١٧٥٦. بروسيا عام ١٧٦١. إسبانيا عام ١٧٨٢. روسيا عام ١٧٨٣. الولايات المتحدة عام ١٨٣٠. وبلجيكا عام ١٨٣٨. وأخيراً اليونان عام ١٨٥٥. وتذكر المصادر التاريخية أن جمهورية البندقية سبقت فرنسا في عقد معاهدتها مع الباب العالي عام ١٤٥٥م وأنها كانت معاهدة نموذجية في سلسلة تلك الامتيازات التي نصت على منح الأجانب حريات مختلفة^(١).

وكان من أهم الحريات التي كفلتها معاهدات الامتيازات الأجنبية في ولايات الدولة العثمانية ما يلي:

(١) انظر: زكريا السباهي، «الامتيازات الأجنبية»، منشور في: الموسوعة العربية - على شبكة المعلومات الدولية - <http://www.arab-ency.com>

١ - حرية الإقامة في جميع أرجاء السلطنة، وذلك شريطة التسجيل في قنصلية الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي من جهة، وألا يكون في هذه الإقامة ما يعكر الأمن العام، أو ما يسبب خطرًا على النظام العام من جهة أخرى.

٢ - حرية المسكن فلا يجوز انتهاك حرمة المسكن إلا بإجازة قنصلية الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي، وفي هذه الحالة يجب حضور القنصل أو من يقوم مقامه عندما تدعو الحاجة إلى دخول تلك المساكن.

٣ - حرية التنقل في جميع أرجاء السلطنة، وذلك بموجب وثيقة مرور أو تنقل تمنحها سلطات الأمن استنادًا إلى جواز سفر الأجنبي.

٤ - حرية التجارة وهي متصلة اتصالًا وثيقًا بحرية الإقامة والتنقل لممارسة الأعمال التجارية وما قد يتفرع عنها من دفع الرسوم المالية والجمركية والعقارية. وقد نصت أغلب المعاهدات المعقودة مع الدول الأجنبية على إعفاء رعاياها من تلك الرسوم.

٥ - حرية المعتقدات الدينية وما يتبع ذلك من ممارسة الشعائر الدينية.

٦ - الحصانة القضائية والتشريعية، فلا تجوز مقاضاة الأجنبي أمام المحاكم الوطنية، بل أمام قنصلية بلاده ووفقًا لقانون بلاده أيضًا. وهنا فرقت الامتيازات بين حالات ثلاث:

الأولى: إذا كان المتداعون ينتمون إلى جنسية بلد أجنبي واحد، وفي هذه الحالة كانت المحكمة القنصلية تتألف من ثلاثة أعضاء هم: القنصل أو من يقوم مقامه، واثنان آخران من وجهاء الجالية الأجنبية المقيمين في السلطنة العثمانية.

والثانية: إذا كانوا ينتمون إلى جنسيات بلدان متعددة كانت المحكمة تتألف على النمط السالف ذكره في الحالة الأولى، وكانت الأحكام تصدر في أغلب الحالات طبقاً للرأي الذي ينحاز له القنصل أو من ينوب عنه.

والثالثة: إذا كان بين المتداعين الأجانب المقيمين في السلطنة أحد الرعايا العثمانيين. وفي هذه الحالة درج العمل على أن تتولى المحاكم الوطنية الفصل في القضايا من هذا النمط، وفي هذه الحالة كانت الهيئة القضائية تتألف من خمسة أعضاء: ثلاثة منهم عثمانيون، والاثنان الآخران من جنسية الأجنبي أو الأجانب الأطراف في الدعوى. كما جرى العمل أيضاً على التفريق بين الدعاوى المدنية والتجارية التي تتفاوت فيها صلاحيات تلك المحاكم تبعاً للمبالغ المحددة فيها. أمّا في الدعاوى الجزائية فكان يجري الاستناد فيها إلى القوانين والأنظمة السائدة في أجهزة الأمن السلطانية، وتحكم فيها المحاكم السلطانية أيضاً^(١).

وفي جميع تلك التصنيفات الثلاثة من الدعاوى كان الأمر يستدعي حضور مترجم (ترجمان Drogman) يقوم بمهمة ترجمة أقوال المواطنين العثمانيين ودفاعهم وأسانيدهم في الدعوى. وهنا لا بد من الإشارة السريعة إلى الخاصيتين التاليتين عند ممارسة الأعمال التجارية في إطار حرية التجارة بموجب تلك الامتيازات الأجنبية، وهما:

- ١- إن مفهوم الرعايا الأجانب Les sujets étrangers شمل حسب رأي بعض الفقهاء والمشرعين الأشخاص الطبيعيين Les personnes physiques بقدر ما شمل الأشخاص الاعتباريين Les personnes

(١) المرجع السابق.

morales، كالشركات التجارية والمؤسسات المالية والصناعية والزراعية والسياحية والفندقية التي أقامها الأجانب في السلطنة العثمانية. ومع ما تعرض له هذا الاجتهاد من الانتقاد الذي وصل عند بعض المجتهدين إلى درجة الرفض الكامل، فقد جرى القضاء القنصلي على تطبيق مبدأ الشمول.

٢ - إن شرط الدولة الأكثر رعاية في معاملة الشركات والمؤسسات الأجنبية عند عقد المعاهدات والاتفاقات الدولية، كان في متناول أي دولة أجنبية لمصلحة رعاياها العاملين في السلطنة. ومع معارضة القضاء السلطاني مبدأ المطالبة بهذا الشرط حفاظاً على المصلحة العامة. فإن وزارة الخارجية السلطانية أفتت على العكس بقبول تطبيق هذا الشرط مستجيبة لشتى الضغوط السياسية الأجنبية في تلك الأيام^(١).

والحاصل أن تلك «الامتيازات الأجنبية» قد اتسعت بمرور الزمن، وأضحت ركيزة لتثبيت التدخل الأجنبي في شئون السلطنة والولايات التي كانت تابعة لها. وأدركت القوى الاستعمارية أن نفوذها سيبقى ما بقيت هذه الامتيازات؛ حتى لو اضطرت إلى إنهاء احتلالها العسكري للبلدان الإسلامية. وعلى الجانب الآخر، أدركت حركات التحرر والجهاد ضد السيطرة الأجنبية أن الاستقلال التشريعي، ومن ثم الاستقلال القضائي هما من صميم أهدافها من أجل تحقيق الاستقلال بمعناه الشامل، وليس فقط بمعناه السياسي أو الاقتصادي.

بعد الحرب العالمية الأولى، بدأت المطالبات بإلغاء الامتيازات الأجنبية في العديد من البلدان التي انفصلت عن الدولة العثمانية، ومنها

(١) المرجع السابق.

بلدان عربية مثل: سوريا ولبنان ومصر والأردن وفلسطين والعراق. وبلدان إسلامية مثل إيران وتركيا نفسها، وخاصة بعد انتصارها على اليونان في معركة سقاريا. ولم يحل منتصف القرن العشرين الماضي إلا وكانت الامتيازات الأجنبية قد ألغيت من سوريا، ولبنان، ومصر وتركيا وإيران وغيرها.

ولكن زوال الامتيازات ومعها المحاكم المختلطة، لم يقض نهائياً على ازدواجية النظام التشريعي والقضائي في بلادنا. بل ظلت آثار هذه الازدواجية قائمة، وتفاقت في بعض الأحيان، وخاصة بعد قرارات تصفية المحاكم الشرعية وشطبها من المؤسسة القضائية نهائياً.

ويشرح المستشار طارق البشري الأسباب التي أدت إلى اضطراب البناء التشريعي في مجتمعاتنا العربية والإسلامية، ما كان منها تابعاً للدولة العثمانية، وما كان قد انفصل عنها خلال القرن التاسع عشر. وهو يرى أن هذا الاضطراب نجم عن تفاعل ثلاثة عناصر خلاصتها هي الآتي:

١ - جمود الوضع التشريعي المؤخوذ عن الشريعة الإسلامية. ويوضح المستشار البشري أن المقصود بالجمود هنا «ليس الشريعة الإسلامية بحسبانها الأصول المستمدة من القرآن والسنة الشريفة، ولكن المقصود هو ما آل إليه الجهد الاجتهادي في تلك الأحكام من جمود».

٢ - ما أوجبه أوضاع الصحوة الاجتماعية والسياسية، من طروء الحاجة الماسة لإصلاح الأوضاع والنظم وتجديدهما، الأمر الذي يستوجب إصلاحاً وتجديداً مناسبين في الهياكل والنظم التشريعية.

٣ - الغزو الأوروبي السياسي والاقتصادي، ثم العسكري. ويؤكد المستشار البشري أن هذا الغزو قد أثر بقوة في معظم جوانب الحياة في مجتمعاتنا؛ «سواء بالإملاء والقسر، أو بفعل ضغوط السياسة والاقتصاد». إضافة إلى ما فرضته مقاومة الغزو، وما أوجبه تفوق الغزاة من ضرورة التعلم عن الغزاة، والأخذ عنهم ومقاومتهم في الوقت نفسه^(١).

أتاحت تلك الملابسات للقوانين الغربية أن تتغلغل في الدولة العثمانية بشكل مطرد خلال أربعين عامًا تقريبًا (١٨٤٠ - ١٨٧٩)، واطرد - في المقابل - انحسار الشريعة الإسلامية، كما يقول المستشار البشري أيضًا: «عن نظم القضاء، وعلى تنظيم التجارة، وتنظيم الأراضي، والتنظيم الجنائي... ولم يفلت من هذا الزحف التشريعي الأوروبي إلا نظام المعاملات المدنية غير التجارية، الذي دون له تقنين عرف باسم مجلة الأحكام العدلية»^(٢).

ولمواجهة ذلك الزحف، ظهرت عدة محاولات لتقنين أحكام الشريعة من مدونات الفقه الموروث. بعض تلك المحاولات كانت فردية مثل محاولة محمد قدري، وبعضها كانت مؤسسية/جماعية، وأهمها في نهايات القرن الثالث عشر الهجري هي «مجلة الأحكام العدلية»، التي سبقت الإشارة إليها.

وكان مما ترتب على الزحف القانوني الأوروبي، ورد الفعل الذي تمثل في محاولات التقنين من داخل الفقه الإسلامي، أن حدث ازدواج في

(١) طارق البشري، في المسألة الإسلامية المعاصرة، الوضع القانوني، مرجع سابق، ص ٥ - ٦.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤ - ١٥.

النظام القانوني بشكل عام، وكانت - ولا تزال - لهذا الازدواج آثار سلبية، طالّت مختلف مناحي الحياة، وأثّرت على نقاء الهوية الحضارية الذاتية لمجتمعاتنا الإسلامية. وكانت هذه الازدواجية - ولا تزال أيضًا - علامة على انتقاص «الاستقلال التشريعي» في بلادنا على مستوى كل دولة، كما لا تزال علامة على استمرار الكبوة الحضارية على مستوى جميع دول العالم الإسلامي، باستثناء عدد قليل منها.

وفي سياق تلك الظروف، لم تلق فكرة التقنين قبولًا لدى بعض الفقهاء في بعض البلدان بحجة رئيسية هي أن الأصل في الفقه هو أن القاضي يجب أن يكون مجتهدًا، والتقنين في جوهره يحرمه هذا الحق، وإذا لم يكن القاضي مجتهدًا فهو يتمتع بحرية التقليد؛ أي الاختيار من الآراء المتعددة في المذاهب المختلفة، ولكن التقنين سيحرمه هذه الحرية كذلك.

ودار الجدل ردحًا من الزمان بين القائلين بجواز التقنين، والقائلين بمنعه. ولما كان التقنين يعني في محصلة الأمر «إلزام القاضي بالقضاء بأحكام معينة لا يتجاوزها مهما خالفها اجتهاده لو كان مجتهدًا»؛ فقد استعاد الفريقان المتجادلان مسألة كانت محل جدل بين قدماء الفقهاء وهي: حكم إلزام القاضي بمذهب معين لا يقضي إلا به. وكان للفقهاء القدماء رأيان:

الرأي الأول، لا يرى أنصاره جواز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين، وأن اشتراط ذلك على القاضي باطل غير ملزم. وهو قول عند المالكية، وهو الراجح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة، وقال ابن قدامة «لا أعلم فيه خلافاً. ومما استدلوا به قولهم إن الحق لا يتعين في مذهب، وقد

يظهر للقاضي الحق في مذهب آخر وهناك يجب عليه العمل بموجه، نزولاً على قول الله سبحانه وتعالى ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]. هذا إلى جانب الإجماع على عدم إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه: حيث صرح بانعقاد الإجماع على ذلك غير واحد من السلف ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع كما في مجموع الفتاوى^(١).

الرأي الثاني، ويرى أنصاره جواز الإلزام بالحكم بمذهب معين، وأن من حق ولي الأمر أن يشترط على القاضي أن يقضي به. وإلى هذا القول ذهب الحنفية، وهو قول عند المالكية، وبه قال السبكي وغيره من الشافعية. وما استدلوا به؛ أن إلزام القاضي بمذهب معين لا يقضي بغيره فيه مصلحة، فإذا رأى ولي الأمر وجود هذه المصلحة جاز له الإلزام. وإذا كان القاضي مفوضاً من ولي الأمر في القضاء على مذهب معين فليس له أن يتجاوزه إلى غيره حتى إن خالفه اجتهاده؛ لأن التولية لم تشملها؛ فكان القاضي هنا بمثابة الوكيل، أو النائب عن ولي الأمر.

وقد دار الجدل الحديث والمعاصر بشأن جواز أو عدم جواز التقنين، على تلك الخلفية الفقهية الخاصة بجواز أو عدم جواز إلزام القاضي بمذهب معين لا يتخطاه. وظهر للفقهاء المحدثين والمعاصرين رأيان أحدهما يقول بالجواز، وحجج هذا الرأي هي الأقوى، وأنصاره هم الكثرة، والآخر يقول بعدم الجواز وحجج هذا الرأي أقل قوة، وأنصاره أقل عدداً^(٢).

(١) انظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٣/ ٢٣٩، والمجلد ٢٧/ ٢٩٦-٢٩٨، ومواضع أخرى.
(٢) الجدل بين الفريقين أخذ في الانحسار، وللإطلاع على نموذج منه انظر: عبد المحسن العيكان، تقنين أحكام الفقه، بحث منشور في جريدة الرياض الجمعة ٢٠ ربيع الأول ١٤٢٦هـ - ٢٩ أبريل ٢٠٠٥م - العدد ١٣٤٥٨.

وبالرجوع إلى المعنى الاصطلاحي لمفهوم «التقنين»، نجد أن جوهر هذا المعنى يتمثل من الناحية العملية في عنصر «الإلزام» الذي هو من سلطة الدولة، والإلزام في الفقه الإسلامي إما فردي وإما جماعي. والأصل أن كل مجتهد ملزم بما انتهى إليه اجتهاده. وأما المجتمع في مجمله فيلزمه ولي الأمر برأي أو اجتهاد مستوفٍ لشرائطه العلمية والعملية؛ تطبيقاً للقاعدة التي تقول إن حكم الحاكم (وهو هنا القاضي) يرفع الخلاف، ويلزم القاضي والمتقاضي، الحاكم (وهو هنا الحاكم السياسي) والمحكوم.

وقد أثبتت التجربة العملية أن المصالح في التقنين أكثر من المفسدات، وعلى هذا جرى العمل في حالات كثيرة؛ بدأت من أواخر القرن الثالث عشر الهجري (التاسع عشر الميلادي)، ثم توالى ظهور محاولات لتقنين أحكام الشريعة على مدى القرن الرابع عشر الهجري / العشرين الميلادي.

كانت أول محاولة - بعد المجلة وبعد مرشد الحيران وقانون العدل والإنصاف لقنديل باشا - محاولة المستشرق الإيطالي سانتيلانا Santilana الذي وضع فيها بين عامي ١٨٩٦ و ١٩٠٦ م «مجلة الالتزامات والعقود التونسية». وسنأتي على هذه المحاولة بعد ذلك بشيء من التفصيل.

وفي أوائل عام ١٩١٥ تشكلت في مصر لجنة من كبار العلماء من المذاهب الأربعة لتقنين قانون للأسرة، على أن تستمد مواده من المذاهب الأربعة دون أن تقتصر على ظاهر الأقوال في المذهب الحنفي. وأثمرت تلك المحاولة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بهما الأوامر العاليان المؤرخان ١٠ ديسمبر ١٩٢٠، وذلك فيما يخص أحكام النفقات وبعض مسائل الأحوال الشخصية. وجاء الكثير من مواد هذا القانون وفق المذهب المالكي متأثراً بقانون الأسرة العثماني.

ففي ١٣٣٦ هـ الموافق ١٩١٧ م كانت الدولة العثمانية في النزاع الأخير عندما أصدرت «قانون العائلة العثماني»، وكانت آنذاك خاضعة لحكم جمعية الاتحاد والترقي ذات النزعة القومية/ التغريبية. وفي عام ١٩٢٣ صدر في العراق قانون للمحاكم الشرعية، وتأسست بموجبه محاكم خاصة للجعفرين في الأحوال الشخصية. وفي تلك السنة نفسها ١٩٢٣، صدر في مصر القانون رقم ٥٦ والذي تحدد بموجبه سن الزواج حسب المادتين اللتين تكوّن القانون منهما، ومضمونها أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، وإذا كانت سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة، وإنه لا يجوز مباشرة عقد زواج، ولا المصادقة على زواج أسند إلى زمن ماضي ما لم تكن سن الزوجين في هذا السن المحدد^(١).

وبعد إلغاء نظام الخلافة في مارس ١٩٢٤، وبالرغم من الفراغ الهائل الذي أحدثته قرار إلغائها داخل تركيا وخارجها، إلا أن محاولات التقنين لم تتوقف، بل تصاعدت وتيرتها في مختلف البلدان العربية والإسلامية، وإن بشكل جزئي.

في عام ١٩٢٦، تألفت في مصر لجنة من المختصين بالمسائل الفقهية، كان أغلبهم من تلامذة الشيخ محمد عبده، وكانت مهمة تلك اللجنة هي أن تقوم بوضع مقترحات لتقنين أحكام الأسرة، على أن تكون مستمدة من المذاهب الفقهية الأربعة، ومن آراء المجتهدين من الفقهاء عامة، مما هو

(١) هادي محمود، مرجع سابق.

<http://www.ahewar.org/debat/show>

نافع للأسرة. وارتقى عمل اللجنة إلى الاستنباط من القرآن والسنة حتى ولو ناقض ذلك ما قاله السابقون من الفقهاء المجتهدين. ونتيجة لذلك الجهد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واقتصر على ما جاء بالمذاهب الأربعة، وترك ما لم يمكن في هذا النطاق، إلا في الطلاق بلفظ الثلاث والإلزام بكل شرط تشترطه الزوجة.

وأدى ذلك المشروع - فيما أدى - إلى تقييد رغبة الرجل في تعدد الزوجات، واشترط لتزوج الرجل من أخرى ألا يعقد الزواج أو يسجله إلا بإذن القاضي الشرعي، ومنع القاضي من الإذن لغير القادر على القيام بحسن العشرة، والإنفاق على أكثر من في عصمته، ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه. كما أخذت اللائحة المقترحة بمبدأ الالتزام بالشروط التي تفرضها الزوجة على الزوج عند إبرام العقد، كالاشرط بالآ يتزوج عليها. وأعطت اللائحة الحق للزوجة في طلب التفريق بسبب إضرار الزوج بها؛ بما لا يستطيع معه دوام العشرة. وكذلك طلب الزوجة الطلاق لو غاب زوجها سنة فأكثر، ولو ترك مالا تستطيع الإنفاق منه. وعلى الرغم من عدم قبول اللائحة في ذلك العام، فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واقتصر القانون على ما جاء بالمذاهب الأربعة، كما أسلفنا.

وفي ٧ محرم ١٣٤٧هـ (٢٦ يونيو ١٩٢٨م) أصدرت الهيئة القضائية في نجد والحجاز قرارًا أوجب العمل في القضاء بالقول المفتى به من المذهب الحنبلي. وتلا ذلك ظهور «مجلة الأحكام الشرعية» التي وضعها الشيخ أحمد القاري المكي الذي توفي عام ١٣٥٩هـ / ١٩٤٠م. وقد قام الشيخ المكي بتصنيف قواعد الفقه الحنبلي في صورة مواد، واقتفى الطريق

الذي رسمته كل من مجلة الأحكام العدلية العثمانية، ومرشد الخيران لقدرى باشا. ولم تظهر هذه المجلة للدارسين حتى تحدث عنها الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان في جريدة عكاظ بتاريخ ٥ ربيع الأول عام ١٣٩٣ هجري^(١). ولا زالت هذه المجلة مرجعاً غير رسمي للمحامين عند إعداد دفعوهم والاستناد إلى موادها في مذكراتهم^(٢).

وفي اليمن، أمر الإمام أحمد بن الإمام يحيى حميد الدين عام ١٣٦٩ هـ/ ١٩٥٠ بتشكيل لجنة «تقنين أحكام الشريعة الإسلامية»، وقامت اللجنة بإصدار أعمالها في كتاب بعنوان: «تيسير المرام في مسائل الأحكام للباحثين والحكام»، وقد استعان به قضاة اليمن فترة من الزمن^(٣).

وفي سنة ١٣٨٦ هـ ١٩٦٥ م أوصى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية في مصر السلطات المختصة بالعمل على تنقية التشريعات والنظم من كل ما يخالف حكم الإسلام، وأن ترد التشريعات إلى الكتاب والسنة مستعينة بكل مستحدث صالح من فكر أو حكم لا يعارض أصلاً من أصول الدين. وأوصى المؤتمر الرابع للمجمع في سنة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٧ م، بتأليف لجنة من رجال الفقه والقانون لتضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسئولين في الدول الإسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في قوانينها.

(١) عبد المحسن العبيكان، المرجع السابق.

(٢) أحمد ضيف، مجلة الأحكام أول محاولة لتقنين الشريعة في تاريخ المملكة، جريدة عكاظ، العدد ١٨١٧، ٨ يونيو ٢٠٠٦ م.

<http://www.okaz.com.sa/okaz/osf/20060608/Con2006060823750.htm>

(٣) حسين عبد علي، تقنين العقوبات الشرعية، مجلة الثقافة الجديدة. منشور على موقعها على شبكة المعلومات الدولية <http://www.althakafaaljadeda.com>

ووافق مجمع البحوث الإسلامية - في مصر - في سنة ١٩٧٠م على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومنها لجنة تقنين الشريعة. وأصدر المجمع الطبعة التمهيدية لمشروع تقنين مذهب الإمام مالك في سنة ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م. وفي نفس العام أيضًا أصدر الطبعة التمهيدية لمشروع تقنين مذهب الإمام أحمد.

وقد طرحت فكرة التقنين مرة أخرى في مناقشات هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية عام ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م - كانت المرة الأولى سنة ١٣٤٦هـ في عهد الملك عبد العزيز - وانقسمت جماعة العلماء هذه المرة إلى فريقين: أحدهما ذهب إلى جواز التقنين ولم ير فيه بأسًا ما دام سيصدر من ولي الأمر، والثاني ذهب إلى عدم جواز ذلك؛ لأن ما فيه من أضرار أكثر مما فيه من منافع. وانتهت اللجنة إلى أن المصلحة تقتضي صرف النظر عن التقنين، خاصة أن فيه مظنة استبدال القوانين الوضعية بأحكام الشريعة^(١).

وفي عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م قام قرر مجلس الشعب المصري البدء في تنفيذ مشروع طموح لتقنين الشريعة، واستعان في ذلك بكبار أساتذة كليات الحقوق وبعض الخبراء من المسلمين والمسيحيين، لإنجاز مشروع التقنين، وتم تقسيم العمل إلى لجان يرأس كل لجنة أحد أعضاء مجلس الشعب إلى جانب هؤلاء الخبراء. وكانت الخطة تقوم على عدم التقيد

(١) للاطلاع على بعض التفاصيل حول اختلاف هيئة كبار العلماء السعودية انظر: عبد الرحمن بن أحمد الجرجي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانع والمجيز، بحث منشور على موقع إسلام أون لاين شبكة المعلومات الدولية <http://www.islamonline.net> / ٢٩ بتاريخ أغسطس ٢٠٠٥.

بالراجع في مذهب معين، بل الأخذ بالرأي المناسب من أي مذهب من المذاهب الفقهية^(١). وفي ٢ يوليو ١٩٨٢م، أعلن د. صوفي أبو طالب رئيس المجلس - آنذاك - انتهاء المجلس من تقنين: القانون المدني، وقانون العقوبات والقانون التجاري، والقانون البحري، وقانون الإثبات.

التقنين - إذن - ليس وليد العقود الأخيرة من القرن الرابع عشر الهجري (العشرين الميلادي) وإنما هو رغبة قديمة في أن تكون الشريعة مصدرًا للقانون، وأنّ تكون البلاد قد استكملت حلقة من حلقات جهادها الطويل من أجل استرداد سيادتها المسلوبة، وإحياء معالم هويتها الأصيلة.

(١) عاطف مظهر، حوار مع الدكتور صوفي أبو طالب، (مشروع تقنين عام ١٩٧٨)، منشور على موقع إسلام أون لاين. www.islamonline.net