

تَقِينِ الْفِقْهَ الْإِسْلَامِيَّ (الْمَبْدَأُ وَالْمَنْهَجُ)

بِقَتْلَم
الدكتور محمد زكي عبد البر
الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

عنى بطبعه ونشره
عبدالله بن ابراهيم الأنصاري

طبع على نفقة
إدارة إحياء التراث الإسلامي
بإدارة دولة قطر

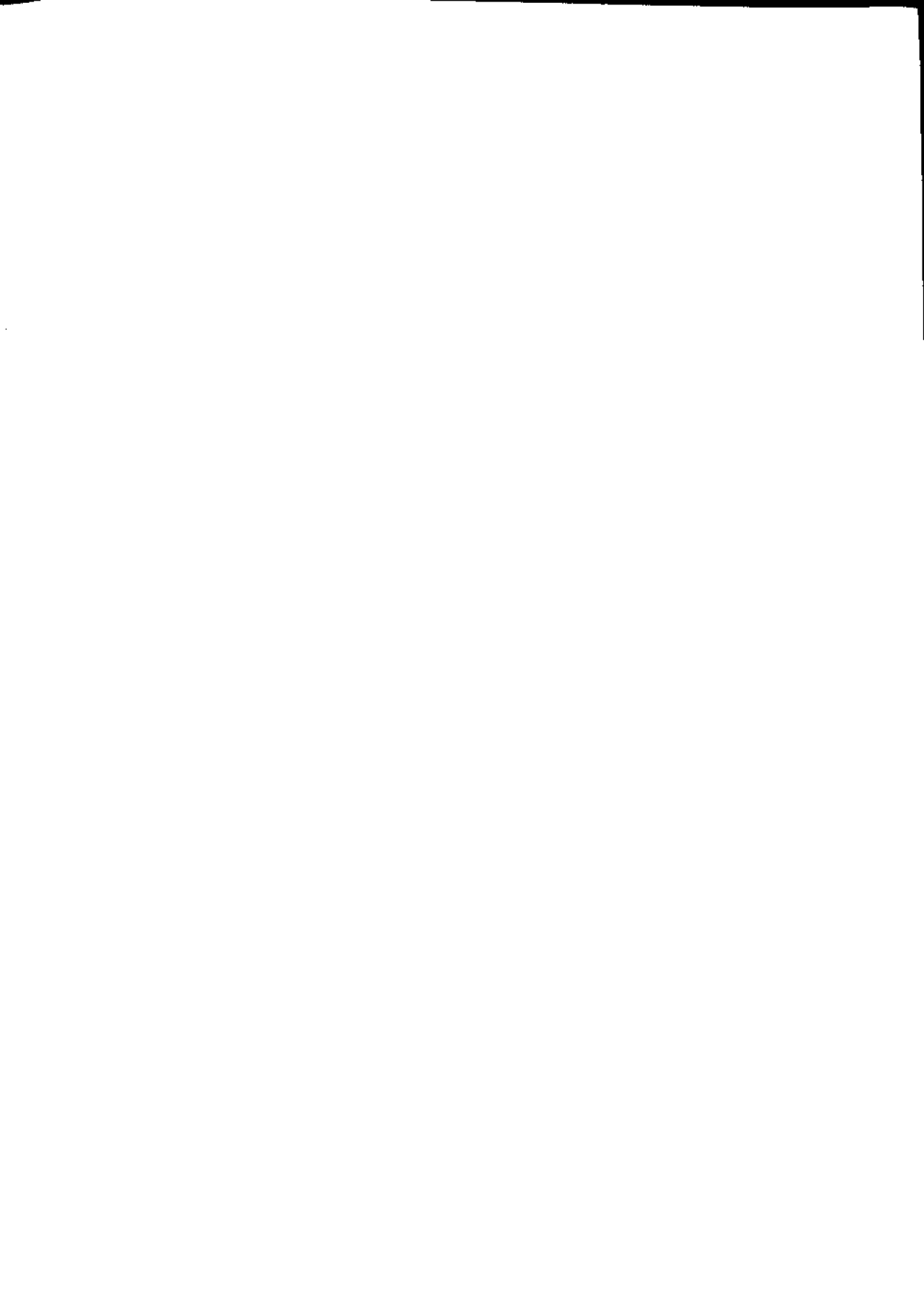
تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج)

بمقتضى
الدكتور محمد زكي عبد البر
الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

عنى بطبعه ونشره

عبدالله بن ابراهيم الأنصاري

طبع على نفقة
إدارة إحياء التراث الإسلامي
بإدارة دولة قطر



السيرة النبوية

الطبعة الأولى
١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله يحق الحق ، ويبطل الباطل ، ولو كره المعتنون ، أحمده سبحانه أكمل دين الاسلام ؛ بوجوب متابعتة وهوايته ، ولا يؤمن أحد حتى يكون هواه تبعاً لما جاء به رسول الاسلام ، وأشكره سبحانه أقسم برب محمد أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم المبعوث رحمة للأمة فيما يقع بينهم من الشجار والخلاف - (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) - وأشهد أن لا إله معبود بحق سواه ، الذي أنزل الكتاب تبياناً وهدي للناس ، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً صلى الله عليه وسلم ، سلك بنا طريق الحق وهدانا إلى الطريق المستقيم ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الذين نهجوا منهج الشريعة وحكموا به واتخذوه نبراساً لحياتهم ، وسلم تسليماً كثيراً . . . وبعد .

فانه لا ريب أن الشريعة الاسلامية هي المصدر للحكم بالقسطاس بين الناس ، وقد أنزل الله تعالى على عبده ورسوله محمد كتابه ؛ الذي لا يأتيه الباطل ، لا من بين يديه ولا من خلفه ، وأوضح فيه مقاصد الحق وحاجات الخلق ، في عباداتهم ومعاملاتهم واخذهم وعطائهم ، (كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد) .

ولم يفرط الله تعالى في هذا الكتاب من شيء يحتاج إليه عباده ، غير أن الأمة الاسلامية تهاونت بهذا الأمر ، فعدلوا عن الاحكام الشرعية ، ونصبوا المحاكم الوضعية ، وكم ناقش الكثير من أهل العلم في ترجيع منصة الحق وإزالة الحادث ، ولكن أبت نفوس أهل الاغترار ؛ إلا أن تلزم غوايتها وارتباطاتها مع دول وقوانين ، لا تعلم قيمة الحق الذي أنزله الله على رسول الاسلام .

وقدر فحول العلم والدراية في الأمة الاسلامية شرائع دين الله ، واستتجوا أحكام كتاب الله ، وتعاليم رسول الله ، ودونوا الدواوين ، لتنهج الأمة منهج الحق لاقامة شريعة الله .

وكم قد سمعنا بمن يقول بتقنين الشريعة الاسلامية ، وبودنا أن لو اكتفوا بالأصل من الشريعة ، بدون ان يستخدم كثير من الخلق القانون الوضعي بدلا من الشريعة ، فإنه برأبي أن منصة الشريعة أعلى وأعلى ، فليس من الانصاف أن نعقدتها على منصة القانون ، ولكننا اذا رأينا بعض المنصفين ، قد استكملوا تطبيق مواضيع الأحكام الفقهية ، وأخذوها من شريعة الاسلام ، فليس هناك مانع من أن ندخل على اخواننا المتمسكين بما هم عليه من التسمية ، فنحل الشريعة وأحكامها على منصة التحكيم في الاقطار الاسلامية محل القوانين الوضعية ، وسوف يرفع الله هذه المنصة إذا التزم القادة والرؤساء التنفيذ في شريعة الاسلام ، وقوانينه ، وقد اطلعت على سفر موجز بعنوان : تقنين الفقه الاسلامي وأحكامه ، (المبدأ والمنهج) وقام بجمعه وتأليفه أحد إخواننا الأفاضل وهو الاستاذ الدكتور / محمد زكي عبد البر ، وهو رجل يخدم العلم وأهله وله صحبة مع الاستاذ الجليل الشيخ / محمد عبد الله دراز رحمه الله ، وله نتاج علمي كبير في هذا الميدان وغيره .

درست الكتاب ، وألفيته يناقش موضوع التقنين في الفقه الاسلامي ، بين الرد والجواز ، وأورد رأي الأئمة الأربعة في ذلك ، ويصرح بالمجوزين من القدامى والمتأخرين ، ويذكر المنهج في أبحاثه من الناحية الداخلية والخارجية ، ويرد كل ذلك الى مراجع قيمة ومصادر متعددة ، هي عمدة لأهل العلم والمعرفة في شتى أنواع العلوم . وبما أن الاطلاع على هذه الدرايات من واجب كل رائد من أهل العلم رأيت الاهتمام بنشره وإيجاده بين أيدي القراء من المهتمين بالعلم وأموره ، ليكون مرجعا للرواد عن معرفة جواز ذلك وعدمه ، واستخرت الله في طبعه الطبعة الأولى تعميها للعلم والفائدة ، ونسأل الله تعالى ان يوفق الجميع لنشر العلم وأن يستعملنا في طاعته وأن يجزل لكل قاصد الى الخير جزيل الأجر والثواب ، وأن يشيب المؤلف بجهده المتواضع وكل من ساهم بطبعه ومراجعته وإخراجه عظيم الأجر والمغفرة ، إنه سميع مجيب .
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، سبحانه رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

خادم العلم
عبد الله بن ابراهيم الانصاري
مدير عام
إدارة إحياء التراث الاسلامي

غرة ربيع الأول / ١٤٠٣ هـ
١٦ كانون / ١٩٨٢ م
الدوحة قطر

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

- ١ -

الشريعة الاسلامية هي شريعتنا . وقد ظلت القانون المطبق ، ولازالت في بعض البلاد إلى حد يختلف من بلد إلى بلد ، منذ دخل الاسلام إليها . والقانون لا يخلق خلقا بل هو نتاج البيئة بما فيها من عوامل كثيرة ، وفيها ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه ، ومستقبله بحاضره ، فيكون سلسلة متصلة الحلقات في بيئته .

هذا من الناحية العقائدية والتاريخية - أما من الناحية العلمية فقد شهد لها غير أهلها أنها من أرقى النظم القانونية في العالم ، وأنها تصلح دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا يعرف في تاريخ القانون نظام قانوني قائم على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق يفوق ، في نظر أهلها ، ويضاهي في نظر غيرهم ، منطق القانون الروماني إلا الشريعة الاسلامية .

لقد أنصفها كثير من الأجانب نذكر منهم الدكتور انريكو انساباتو Enrico Insabato العالم الايطالى الكبير حين قال :

« إن الاسلام إذا كان محدودا غير متغير في شكله ، فهو يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع أن يتطور دون أن يتضاءل ، في خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكل ماله من قوة الحياة والمرونة . . . (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الاسلامية أو أن تغفله أو أن تمسه بسوء . فهو الذى أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوربية^(١) . »

(١) إنساباتو ، الاسلام وسياسة الخلفاء ، ص ١٤٥ - ١٤٦ .

وفي مصر نصح الأستاذ بيولا كازيلي مستشار الحكومة المصرية حينذاك ، بالأخذ من مبادئ الشريعة الاسلامية فان هذا أكثر اتفاقا مع روح البلد القانونية (١) .

وأشار الأستاذ لامبير الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة ١٩٣٢ م إلى التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر (٢) .

وإذا كان بعض المستشرقين مثل شنوك هيرجرونج وجولدزيهر خيل إليهم أن مبادئ الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور فذلك راجع إلى أنهم ليسوا من رجال القانون بل من رجال التاريخ ، فهم ينظرون إلى الشريعة الاسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، وإلا فان رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين في نظرهم إلى الشريعة الاسلامية ، ويكفي أن نشير إلى الفقيه الألماني الكبير كوهلر KOHLER والأستاذ الايطالي دلفيكيو DELVECCIO عميد كلية الحقوق بروما وإلى العميد الأمريكي ويجمور VIGMORE وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء ، فهم يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الانجليزي : إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم (٣) .

فاذا كان لنا هذا التراث العظيم ، التابع من عقيدتنا الاسلامية ، فكيف نفرط فيه ؟

(١) بيولا كازيلي ، مقال في مجلة مصر العصرية ، سنة ١٩٢١ ، المجلد ١٢ ، ص ١٩٥
(٢) راجع مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد الخامس ، القسم الافرنجي ، ص ٢٩٦ - ٣١٢ وخصوصا ص ٣٠١ - ٣٠٢ .

(٣) انظر : السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، ص ٣ مابعدھا . وقد أفدنا منه كثيرا وكان جل اعتمادنا - في بعض المواضع - عليه . رحم الله أستاذنا الجليل وأسكنه فسيح جناته فكل ما نكتب من علمه وعلم أساتذتنا .

ينبغي أن نلجأ إلى الشريعة الإسلامية نستمد من مذاهبها الأحكام التي نطبقها ، ففيها من المبادئ ما يفوق أحدث المبادئ القانونية في العصر الحاضر ، ولقد ماشت كل الحضارات من الشرق إلى الغرب أجيالا وأجيالا ، وحينما كانت تحكم المسلمين كانوا أعزة وسادة ، وحين هجروها صاروا تابعين لغيرهم .

« ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » (المائدة : ٥٠)

- ٢ -

إن الدول العربية والإسلامية تعيش هذه الفترة من الزمان في « يقظة » من مظاهرها السعي نحو العودة إلى الشريعة الإسلامية التي عاشت في ظلها قوية عزيزة مرهوبة الجانب ، فلما تركتها لحق بها الضعف والذل والهوان . ويتمثل ذلك في اللجان المكونة في البلاد العربية والإسلامية لتقنين الشريعة الإسلامية .

ومساهمة منا في خدمة البلاد العربية والإسلامية في سيرها نحو العودة إلى الفقه الإسلامي ، قد قمنا بهذه الدراسة في تقنين الفقه الإسلامي عامة لما لاحظناه من تنكب السبيل السوي في هذا المضمار .

ولا بد لنا ، ونحن نكتب عن التقنين ، أن نذكر ، إقرارا بالحق والفضل لذويه ، أستاذنا الجليل المغفور له الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري . فهو الذي - في جيلنا - وجه إليه وبينه ونفذه في مصر والعراق وسورية وليبيا والكويت . ونحن نترسم خطاه ونبني - في الفقه الإسلامي - على أسسه في القانون ، مراعين طبيعة الفقه الإسلامي واستقلاله وما تقتضيه هذه الطبيعة وذلك الاستقلال من تغيير أو حذف أو إضافة ، صادرين في ذلك ، علم الله ، عن نية خالصة لخدمة الشريعة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا ، مستعينين بالله . فإن أصبنا فمن توفيق الله . وإن أخطأنا فمن أنفسنا والله غفور رحيم .

رحم الله أستاذنا الجليل وطيب ثراه وجعل الجنة مثواه .

- ٣ -

نقسم هذا البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة .
 أما المقدمة فتتناول فيها التعريف بالتقنين .
 وأما الفصل الاول فتعالج فيه مبدأ تقنين الفقه الاسلامى .
 وأما الفصل الثانى فنعرض فيه منهج تقنين الفقه الاسلامى .
 والخاتمة نلخص فيها ما تقدم فى الفصلين السابقين ونخلص إلى نتيجة
 البحث .

المقدمة

نتناول فى هذه المقدمة :

- ١ - التعريف بالتقنين .
 - ٢ - بيان مزاياه وعيوبه .
 - ٣ - لمحة تاريخية عن حركة التقنين .
- ونخصص لكل مبحثا .

المبحث الأول

التعريف بالتقنين

التقنين Codification عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض - فى مدونة code واحدة ، ثم إصدارها فى شكل قانون loi تفرضه الدولة ، عن طريق الهيئة التى تملك سلطة التشريع فيها ، بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون .

فهو يقوم على :

(أولا) تقسيم القانون بمعناه العام droit ، أى بصرف النظر عما إذا كان مصدره التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك ، إلى فروع مثل : القانون المدنى أى القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المالية (والشخصية بمعناه الكامل) بين الأفراد . والقانون التجارى أى القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات بين التجار . وقانون المرافعات المدنية والتجارية أى القواعد القانونية الخاصة باجراءات التقاضى ، فى المسائل المدنية والتجارية . وقانون العقوبات أى القواعد القانونية الخاصة ببيان الجريمة والعقوبة . وقانون الاجراءات الجنائية أى القواعد الخاصة بالاجراءات التى تتبع عند ارتكاب جريمة من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة . . . الخ إلى غير ذلك من فروع القانون .

و (ثانيا) جمع القواعد القانونية الخاصة بكل فرع وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها برفع ما قد يتبين من تناقض بين بعضها والبعض الآخر ، وإزالة ما قد يكون فيها من تكرار أو غموض وإبهام وصياغتها فى عبارات موجزة .

و (ثالثا) إصدارها فى شكل قانون loi من السلطة التشريعية فى الدولة لتطبيقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات .
فالتقنين أو المدونة القانونية أو المجموعة القانونية تشريع كغيره من التشريعات ولا يختلف عنها إلا فى ضخامته وخطورة شأنه التى تعود إلى أنه ينظم بوجه عام فرعا من فروع العلاقات القانونية ، وما يقتضيه هذا التنظيم الشامل لهذا الفرع من تجميع القواعد القانونية الخاصة به وتبويبها وترتيبها ورفع التناقض بينها وإزالة الغموض فيها .

المبحث الثاني

مزاياه وعيوبه

(أ) مزاياه

للتقنين مزايا جمّة منها :

١ - سهولة التعرف على الأحكام القانونية بعد جمعها في مدونة واحدة ، وفي هذا فائدة عظيمة للقضاة والمتقاضين وجميع المشتغلين بالقانون بل وللجمهور ليبنى تصرفه على معرفة بالقانون الذي يحكم معاملاته . وخصوصا إذا كثرت القواعد القانونية سواء كان مصدرها الأعراف والعادات أو كان مصدرها التشريع نتيجة لازدياد تدخل الدولة في تنظيم العلاقات لتعقد الحياة وتشعبها مما يحتم على الدولة التدخل في كثير من الأمور التي لم تكن تتدخل فيها فيما مضى ، مما يترتب عليه تعذر الاحاطة بتلك القواعد واحتمال وقوع التعارض بينها . ولا علاج لذلك إلا التقنين .

٢ - توحيد القانون في بلد واحد وذلك باصدار القواعد القانونية الخاصة بكل فرع من فروع القانون في مدونة تطبق في كل أرجاء الدولة . كما حدث في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر وفي ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين ، وذلك ما لا يحصل عن طريق العرف والعادة^(١) كمصدرين للقاعدة القانونية لبطئها في تكوين القاعدة القانونية ولعدم عموميتها في الغالب كل أرجاء الدولة ، وما لا يحصل أيضا عن طريق التشريع في موضوع معين لأنه لا يغطي كل جوانب الحياة الواجب تنظيمها .

٣ - إدخال قانون أجنبي في بلد ما يحسب أنه في حاجة إلى إصلاح ، وذلك باصدار القواعد القانونية في مجموعة يفرض تطبيقها . وذلك ما لا يتحقق أيضا عن طريق العرف والعادة ، ولا عن طريق التشريع في

(١) مصادر القاعدة القانونية التشريع والعرف والعادة أما القضاء والفقهاء فمصدران تفسيريان (انظر السنهوري وأبو ستيت ، أصول القانون ، البند ٦٩ ص ٨٠ وما بعدها) .

موضوعات معينة على ما وضعنا في البند السابق . كما حصل في مصر في أواخر القرن التاسع عشر (مع اعتراضنا على مصدر هذه التقنيات لا على مبدأ التقنين إذ كان يجب أن تستمد هذه التقنيات من الفقه الاسلامي لا أن تنقل عن القانون الفرنسي) إذ كانت الحالة في مصر قبل صدور التقنيات سنة ١٨٧٦ و سنة ١٨٨٣ سيئة فلقد كان القضاء فوضى والقوانين غير محددة ولا معروفة والعدل يوزع في البلاد توزيعا سيئا فأعقب النظام الفوضى وتفتت البلاد الصعداء إذ شعرت أنها تستقبل عهدا جديدا من الاصلاح ولم يكن لأحد أن يطمع في أن تنتقل البلاد طفرة واحدة إلى درجة الكمال في التشريع والقضاء ويكفى أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة لرقى حقيقى كسبته البلاد في تشريعاتها ونظمها القضائية ، فقوانين « الاصلاح » المختلطة والأهلية رغم عيوبها كانت تحسنا ملحوظا بالنسبة لأسوء الماضى . فقد نشر في « الوقائع المصرية » في عددها الصادر في ٣ من صفر سنة ١٢٩٨ هـ (٤ من يناير سنة ١٨٨١) رقم ١٠٠٣ ما يأتى :

« إصلاح قوانين المجالس المحلية - أقبلت علينا بشائر الاصلاح إذ ورد إلينا من مقام رسمى أن قوانين إصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب ، ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الاصلاحات التى أسستها هيئة الحكومة الحاضرة فان اختلال القوانين وإجمالها وإبهامها ونقصها مما يؤدى إلى ضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدى ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تعينت الحدود وتبينت وجوه الأعمال ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط وقل الخلط والخبط خصوصا إذا انتشرت القوانين وصارت فى أيدي العامة والخاصة يتداولونها ويدركون مغزى ما كتب بها ، وقد كان الناس فى حرج وضيق صدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص حتى لا يكون لعديم الذمة قدرة على محاولته » .

٤ - إلقاء الضوء على الخطوة التالية لتطور القانون إذ أنه بتسجيله المرحلة التى وصل إليها القانون وقت التقنين يبين خطة السير فى المرحلة القابلة وبذا

يسير القانون في المستقبل على هدى الماضي فيكون متصل الحلقات واصلا المستقبل بالحاضر والحاضر بالماضي .

٥ - الاعانة على دراسة القانون المقارن ، إذ بعد أن يدون القانون في مجموعة بينة الحدود والمعالم تسهل مقارنته بالقوانين في الدول الأخرى ، وهذه المقارنة تظهر مزايا وعيوب كل قانون . والواقع المشاهد اليوم أن المشرع - في بلد ما - لا يقدم على وضع تشريع إلا بعد أن يراجع نظيره في البلاد الأخرى ، مما يترتب عليه التقارب بين قوانين البلاد المختلفة ولذلك أثره الحميد بين بني البشر .

(ب) عيوبه

نسب إلى التقنين ما يتلخص في عيبين هما : الجمود والنقص . وسيتبين أنهما عيبان موهومان . ونعرض فيما يلي باختصار هذين العيبين :

١ - الجمود :

قدمنا أن التقنين تشريع كغيره من التشريعات ولكنه يمتاز عليها بالضخامة والأهمية ، وبما يبذل فيه نتيجة ذلك من جهد ، وبما يوضع فيه من فن مما يكسبه شيئا من الهيبة والتقدير بل ما يقرب من التقديس . يضاف إلى ذلك ما تجنيه الروابط القانونية من فائدة كبيرة نتيجة تركيز قواعد القانون في مواد موجزة سهلة التداول بدلا من القواعد القديمة المبعثرة والأحكام المتضاربة . هذا إلى أنه قد يوجد لدى الفقهاء الاعتقاد بأن « التقنين » أصبح المصدر الوحيد للقواعد القانونية وأنه كالكتاب المقدس قد أحاط بكل شيء علما وأتى بالحلول لكل مشكلات الحياة مما يستتبع أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيراً لفظياً ، وأن تكون مهمتهم هي الكشف عن نية واضعيه^(١) - كل ذلك قد يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسابرة لما يحدث في المجتمع من تطور ، وهو أمر يتنافى مع وظيفة القانون التي تقتضى أن يتطور مع ما يجد من ظروف المجتمع .

(١) في هذا إشارة إلى مدرسة الشرح على المتون التي تجعل القانون محصوراً في « النصوص التشريعية » دون غيرها . وقد دالت دولة هذه المدرسة (انظر الهامش التالي) .

ولكن سرعان ما تبين أن هذا الانتقاد مبالغ فيه ، وأن القانون يظل محتفظا بمرونته في ظل التقنين فضلا عما يتمتع به التقنين من مزايا ، وقد ترتب على ذلك أنه لم يعد أحد يعتبر هذا العيب .
وزيادة في البيان نقول :

لما صدرت التقنينات الفرنسية عقب الثورة الفرنسية (بين سنة ١٨٠٤ و سنة ١٨١٠) قوبلت بالتقدير العظيم وحظيت بدرجة عالية من الشهرة مما أغرى الدول الأخرى أن تحذو حذو فرنسا في هذا المضمار فقام في ألمانيا الفقيه الكبير Thibaut يدعو إلى تقنين القانون الألماني على نهج التقنين الفرنسي بعد ما رآه من فلاح التجربة الفرنسية ، فتصدى له الفقيه الألماني الكبير سافيني Savigny معارضا التقنين داعيا مواطنيه إلى نبذ هذه الفكرة لما يترتب على التقنين من مضار في رسالة مشهورة نشرت سنة ١٨١٤ كشفت عن مذهب جديد في طبيعة القانون هو « مذهب التطور الطبيعي » ، ويقضى هذا المذهب بترك قواعد القانون حرة طليقة من كل قيد تتطور حسب حاجة المعاملات وبعدم صبها في قوالب جامدة من النصوص تحبسها عن الحركة والتطور وتفقد مرونتها وتطبعها بطابع الجمود . ولكن الواقع أخلف ظن سافيني هذا ، إذ تبين أن الخوف من جمود القانون لم يكن له ما يبرره وخصوصا بعد ما أدت الضرورات العملية إلى زوال فكرة تقديس النصوص وأدرك الفقه الفرنسي أن اعتناقه لنظرية مدرسة الشرح على المتون^(١) قد أبعدته عن الحياة الواقعية وأنه لا بد من التعاون مع القضاء والاعتراف بمصادر أخرى للقانون غير النصوص ، وتفسير النصوص على هدى الظروف والحاجات العملية ، ودعوة المشرع إلى التدخل كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وبذلك يستطيع التقنين أن يحتفظ بمرونته وبقدرته على

(١) مدرسة الشرح على المتون مذهب فرنسي يجعل المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع وحده دون غيره من المصادر الأخرى كالعرف والعادة . وأصحاب هذا المذهب يعتقدون أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ولم تفرط فيها من شيء (انظر السنهوري وأبو ستيت ، أصول القانون ، البنود ٢٤ - ٢٨ ص ٣٧ - ٤١) والواقع أن هناك مصادر أخرى للقانون غير التشريع هي العرف والدين والقانون الطبيعي وقواعد العدالة والفقه والقضاء (السنهوري وآخر ، المرجع السابق ، البند ٦٩ ص ٨٠) .

التطور وفقا لحاجات المجتمع . وفعلًا قنن القانون الألماني ولكن بعد ما يقرب من قرن من الزمان من معارضة سافيني وصدر سنة ١٩٠٠ ولم يترتب عليه ما خشى وحذر منه سافيني في رسالته تلك التي نشرها سنة ١٨١٤ .

٢ - النقص :

أما العيب الثاني الذي رموا به التقنين فهو « النقص » أو « القصور » وذلك يتمثل في وجهين :

— خلو المدونات من التعريف بالألفاظ التي وردت فيه وترك ذلك للفقهاء والقضاء مع خطورة النتائج التي تترتب على الاختلاف في تعريفها ، كألفاظ الغلط والتدليس والغرر وحسن النية وسوء النية . . . الخ .
— قصور التقنين عن استيعاب كل الأحكام القانونية . وبعبارة أخرى عدم شمول التقنين للأحكام القانونية .

ويلاحظ على هذا العيب (النقص) باديء ذي بدء أنه لا يتصل بطبيعة التقنين وإنما بمنهجه إذ من الممكن إيراد تعريف للألفاظ المستعملة في التقنين وهو ما فعلته فعلا بعض التقنينات كالمجلة . ومن الممكن محاولة استقصاء كل الأحكام . ولكن هذا العيب ، مع ذلك ، مردود حتى من ناحية المنهج بما يأتي :

— أما الوجه الأول وهو خلو التقنين من التعريفات فهو فضيلة تحسب للتقنين لا عليه ، ذلك لأن التعريفات مسألة علمية فينبغي أن تترك للفقهاء والقضاء يذهبان فيها المذهب المناسب لمقتضى الحال المتغير بتغير الأحوال .
— وأما عدم استيعاب التقنين لكل الأحكام فهو ما تقضى به الحكمة إذ ينبغي أن يقتصر التقنين على القواعد العامة وأن تترك التفاصيل للقضاء . وعلى القضاء أن يكمل ما في التقنين من نقص وفقا لما تقتضيه الضرورات العملية وتستوجبه العدالة .

وهذا النقص المزعوم يهيم الرد على العيب الأول الذي وجه إلى التقنين وهو الجمود ، ذلك أنه نتيجة عدم الاحاطة بكل الجزئيات أمكن تحت ستار التفسير التوسع في فهم النصوص لادخال الحاجات الجديدة تحتها ، وبذلك يبقى للتقنين مرونته مهما تقادم عليه العهد .

وهذا ما نجده فعلا في فرنسا إذ أن التقنين الفرنسي وضع سنة ١٨٠٤ ثم جددت معاملات وواقعات لم تكن يوم وضعه ومع ذلك أمكن باسم التفسير مد نصوصه حتى شملت ما جد من معاملات وواقعات ، وفي ذلك يقول الفقيه الكبير سالي Saleilles عن تقنين نابليون بمناسبة مرور مائة عام عليه : « المجموعة المدنية تطورت ، فقد بقيت النصوص على حالها ولكن الذي تغير هو محتواها ، ففي أوعية ظن أنها قديمة جرى (رحيق) جديد ، وقد كفت قوته المتجددة لأن تعيد إلى الوعاء نضارة الشباب » (١) .

...

وقد خفتت الأصوات المعارضة للتقنين بل تلاشت إذ لم يعد أحد يدعو إلى مناهضته (إلا في بعض الدول العربية) بل اتجهت الدعوة إلى الاجادة في صناعته ثم مراجعته بين حين وحين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة التي جددت وأقدر على متابعة التطور في المعاملات .

المبحث الثالث

حركة التقنين

ليس التقنين ، كما قد يظن لأول وهلة ، حديث المولد ، بل إنه قديم عرفته الشرائع القديمة قبل الشرائع الحديثة مما نراه مفصلا في كتب تاريخ القانون (٢) . ونكتفى هنا بسلسلة متصلة الحلقات منذ القديم إلى اليوم ، وهي القانون الروماني في القديم والقانون الفرنسي في الحديث مع العلم بأن الأخير قام على الأول فهو امتداد له .

(١) انظر . السنهوري ، المرجع السابق .

(٢) من التقنينات القديمة - في الشرق : قانون حمورابي في بابل (١٧٢٨ - ١٦٨٦ ق . م) وقانون مانو في الهند (١٢٨٠ ق . م) وقانون بوكخوريس في مصر (٧١٨ - ٧١٢ ق . م) . وفي الغرب : في أثينا قانون دراكون (حوالي ٦٢١ ق . م) وقانون صولون (حوالي ٥٩٤ ق . م) . وفي روما قانون الألواح الاثني عشر (٥٤١ ق . م) .

(راجع صوفي أبوظالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية سنة ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م . ص

(أ) القانون الروماني :

قنن القانون الروماني مرتين :

الأولى عند نهاية المرحلة الأولى من تاريخه فيما يسمى « الألواح الاثني عشر » (٥٤١ قبل الميلاد) .

والأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه في القرن السادس الميلادي فيما يسمى « تقنينات جستنيان » .

والتقنين الأخير هو أهم تقنين وقع في القديم وكانت مصادر القانون الروماني قد تعددت بحيث أصبح من العسير معرفة حكم القانون الذي يطبق . فلما جاء الامبراطور جستنيان رأى أن يجمع كل القواعد القانونية المبعثرة في مختلف المصادر وأن يستبعد ما بينها من تناقض وأن يضمها في كتاب واحد فكون لجنة قامت بهذا العمل وأصدره متوجا باسمه ومخلدا لذكراه ليكون « قانون الرومان Corpus Juris Civile » . وقد صدر هذا القانون على نحو من الايجاز والانسجام والوضوح بحيث استحق أن ينتشر وأن يكون أصلا لكل القوانين الأوربية وغيرها .

(ب) القانون الفرنسي :

القديم :

بدأت حركة التقنين في فرنسا في عهد الملك شارل السابع في أواسط القرن الخامس عشر ، بقصد توحيد فرنسا من الناحية القانونية ، واستمرت هذه الحركة في عهد لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر تحت تأثير كليبر Colbert وداجر Dagesseau وصدرت عدة قوانين في شكل أوامر ملكية . ولما قامت الثورة الفرنسية كان في فرنسا قانون لتحقيق الجنايات صدر سنة ١٦٧٠ وآخر للتجارة صدر سنة ١٦٧٣ وثالث للهبات صدر سنة ١٧٣١ وكان ذلك خطوة نحو التقنين .

الحديث :

عقب الثورة الفرنسية اتجهت النية إلى جمع شتات الأحكام القانونية وتعميم تطبيقها في كل أنحاء الجمهورية الفرنسية حتى يكون القانون واحدا في سائر أقاليم الدولة فقدم إلى الجمعية الوطنية مشروع وتلاه عدة مشروعات أخرى كان مآلها الفشل .

وفي سنة ١٨٠٠ كون نابليون لجنة من أربعة من العلماء الفرنسيين هم : Malville, Portalis, Bigot du Preameneu, Pronchet لتحصير مجموعة القانون المدنى . وقد أبدى نابليون عناية فائقة باتمام هذا المشروع وبفضل إصراره نجح المشروع وصدرت المجموعة المدنية سنة ١٨٠٤ باسم « تقنين نابليون Code Napolion » فكان ذلك بدء عهد جديد للتقنين في فرنسا .

وقد عمل واضعو هذه المجموعة على التوفيق بين القوانين التي كانت سائدة في عهد الملكية وبين الأفكار والمبادئ التي جاءت بها الثورة فوصلوا الحاضر بالماضى . وكان لتأخر صدورها خمسة عشر عاما على بدء الثورة فائدة عظيمة إذ كانت النفوس قد هدأت والأمور استقرت إلى حد ما فجاء التقنين خاليا من النزعات الثورية العنيفة . وقد مر على هذا التقنين قرابة قرنين من الزمان دون إدخال تعديل عليه إلا تعديلات طفيفة اقتضاها تغير الظروف ، ذلك أن القضاء والفقهاء عملا دائما ، تحت ستار التفسير ، على تطوره بحيث يساير ما طرأ على المجتمع من تغييرات اجتماعية واقتصادية . . . الخ وقد كونت لمراجعته لجنة بمرسوم صدر في يونية سنة ١٩٤٥ برئاسة عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليو دى لامورانديير .

وصدرت بعد التقنين المدنى تقنينات أخرى فصدر تقنين المرافعات سنة ١٨٠٦ والتقنين التجارى والبحرى سنة ١٨٠٧ وتقنين الاجراءات الجنائية سنة ١٨٠٩ والتقنين الجنائى سنة ١٨١٠ .

وفي العهد الأخير صدرت تقنينات في فروع أخرى للقانون الفرنسى منها تقنين العمل والتقنين الزراعى .
أثر تقنينات نابليون :

كان لتقنينات نابليون أثر السحر في البلاد الأخرى إذ وجد المشرعون فيها قانونا سهلا العبارة موجزها ، واضح المعنى ، خاليا من التناقض ، ومحققا للوحدة القانونية في كل أرجاء فرنسا ، فنسجوا على منوالها بحيث يمكن القول بأن القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين .

ففى الغرب صدر التقنين النمساوى سنة ١٨١٢ والتقنين الايطالى سنة ١٨٦٥ والتقنين السويسرى سنة ١٨٨١ والتقنين الألمانى سنة ١٩٠٠ وتقنين الالتزامات السويسرى سنة ١٩١٢ وكذلك فعلت هولندا ورومانيا واسبانيا

والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية نقلا عن التقنين الفرنسي . وأعيد النظر في التقنين النمساوي في أول سنى الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ - ١٩١٦ وكذلك التقنين البرازيلي سنة ١٩١٦ وتقنين السوفييت سنة ١٩٢٣ .

حتى القانون الانجليزي ، وهو يستعصى عادة على التقنين ، لأن مصدره الرئيسى هو القضاء ، والقضاء لا يقن ، لأنه فى تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين بالنسبة إليه تجميع الاحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . هذا القانون قد قن فى بعض نواحيه فصدرت القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالأوراق المالية والشركات . وهناك محاولات لبعض علماء الانجليز لتجميع القانون ومن أمثلة ذلك كتاب ستيفن Stephen فى قانون العقوبات وكتاب دايسى Dicey فى القانون الدولى الخاص . وهى وإن لم تكن تقنينات رسمية ، إلا أنها تمثل اتجاهها نحو التقنين .

وفى الشرق صدر التقنين الجنائى الهندى سنة ١٨٦٠ والتقنين العثمانى (المجلة من الفقه الاسلامى) سنة ١٨٦٩ والتقنينات المصرية سنة ١٨٧٥ و١٨٨١ والتقنين الجنائى السودانى سنة ١٨٩١ والتقنين الصينى فى سنتى ١٩٢٩ و ١٩٣٠ والتقنين اللبنانى سنة ١٩٣٢ والتقنين اليابانى والتقنين العراقى فى العقوبات وفى المرافعات الجزائىة .

وقد أعيد النظر فى كثير من هذه التقنينات وعدلت بما يتفق وما جد من معاملات وظروف . كما حدث بالنسبة إلى التقنينات المصرية .

هذا إلى مشروعات تقنينات كثيرة أهمها المشروع الفرنسى الايطالى والمشروع البولونى والمشروع التشيكوسلوفاكى^(١) .

(١) انظر السنهورى ، المقال المشار إليه فيما سبق .

الفصل الأول

المبدأ

(هل يجوز تقنين الفقه الاسلامى ؟)

تمهيد

مما تقدم فى تعريف التقنين يتبين أنه يقوم على عنصرين :
أولهما - صياغة الحكم القانونى (الشرعى) فى عبارة موجزة واضحة .
والآخر - إلزام القاضى بالقضاء وفقا لهذا الحكم ، ولو كان مخالفا لرأيه
هو .

أما العنصر الأول فستكلم عليه فى الفصل الثانى « المنهج » المخصص
لبیان منهج التقنين ونتكلم هنا على العنصر الثانى وهو عنصر « الإلزام » .
ويتمثل العنصر الثانى - موضوع هذا الفصل - فى السؤال التالى : هل
يجوز لولى الأمر أن يلزم القاضى بالقضاء بالحكم الفقهى الذى يفرضه
ولو كان مخالفا لرأيه هو ؟

إن هذه المسألة لا تثير صعوبة فى القانون الوضعى حيث القانون كله من
صنع بشر من الناس فيستوى هذا الحكم أو ذاك لأن الكل من صنعه هو .
أما بالنسبة إلى الشريعة الاسلامية فالشارع هو الله سبحانه وتعالى ، وقد
اختلف فى أحكامه سبحانه وتعالى مذاهب وآراء ، وقد أمر الله سبحانه
وتعالى أن يقضى بين الناس بالحق ، فالقاضى ملزم شرعا بأن يحكم
بما يؤدى إليه اجتهاده من الحق فذلك وسعه ، فهل يجوز إلزام القاضى
المسلم الذى يحكم بالشريعة الاسلامية بأن يحكم بما يرد فى التقنين ولو كان
مخالفا لرأيه ؟ الأصل كما تقدم هو أن يجتهد القاضى فيما يعرض عليه من
منازعات فى معرفة الحكم الشرعى ويحكم بما يؤدى إليه اجتهاده فان لم يكن
القاضى من أهل الاجتهاد فانه يحكم بالراجح فى المذهب الذى يتبعه على
تفصيل تورده الكتب الفقهية . ولكن هل يجوز لولى الأمر إلزامه بالحكم
برأى معين ولو كان خلاف رأى القاضى ؟

اختلف في ذلك وفيما يلي بيان :

١ - الفقه في هذه المسألة .

٢ - ما جرى عليه العمل .

٣ - رأينا

ونخصص لكل مبحثا على حدة .

المبحث الأول

الفقه

اختلف الفقهاء :

فذهب رأى إلى أنه لا يجوز لولى الأمر أن يلزم القاضى بالحكم برأى معين

وهو الرأى الغالب إذ ذهب إليه غالبية الفقهاء .

وذهب رأى إلى أنه يجوز ذلك .

ونعرض فيما يلي الرأىين : كلا على حدة .

(أ) الرأى القائل بعدم الجواز

ذهبت غالبية الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز لولى الأمر أن يلزم القاضى

بالحكم برأى معين .

وحجة هذا الرأى أن القاضى أمر بأن يحكم بالحق وهو ما يراه محققا

للعدل - قال تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق » (ص : ٢٦) - ، والحق

لا يتعين في مذهب بعينه وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب .

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية بذلك :

المالكية :

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام (١ : ٢٢ - ٢٣) .

« فصل - قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى في مقدمة كتابه المسمى : تعليقة

الخلافاً في القاضى يوليه الامام القضاء ويشترط عليه ألا يحكم إلا بمذهب

إمام معين مثل أن يكون مالكيا أو شافعيًا أو حنفيًا أو حنبليًا فيقول له : قد وليتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلا وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولاه أولا - فهذا على ضربين :

أحدهما - أن يشترط ذلك عموما في جميع الأحكام - فالعقد باطل والشرط باطل ، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد .
وقال أهل العراق : تصح الولاية ويبطل الشرط .

دليلنا أن هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن العقد يقتضى أن يحكم بالحق عنده ، وهذا الشرط قد حججه عليه واقتضى أن يحكم بمذهب إمامه وإن بان له الحق في سواه .

والضرب الثاني - أن يكون الشرط خاصا في حكم بعينه. ولا يخلو الشرط أن يكون أمرا أو نهيا .

- فإن كان أمرا مثل أن يقول : وليتك على أن تقيّد من الحر بالعبد ومن المسلم بالكافر . قال ابن أبي جمرة : أو يشترط عليه أن يقتص في القتل بغير الحديد وما يشاكل هذا - فانه يفسد العقد والشرط .
- وإن كان نهيا فهو على ضربين :

أحدهما - أن ينهيه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضى فيه بوجوب قود ولا باسقاطه - فهو جائز ، لأنه اقتصر بولايته على ما عداه وأخرجه من نظره .

الثاني - أن لا ينهيه عن الحكم فيه ، وينهيه عن القضاء في القصاص - فيصح العقد ويخرج المستثنى من ولايته فلا يحكم فيه بشيء .
ومن الفقهاء من يقول : تثبت ولايته عموما ويحكم فيه بما نهاه عنه بمقتضى اجتهاده .

كل هذا إذا كان شرطا في الولاية . فأما لو أخرجه مخرج الأمر والنهي فقال : قد وليتك القضاء فاحكم بمذهب مالك ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة ، فالولاية صحيحة والشرط باطل ، سواء تضمن أمرا أو نهيا ، ويجب أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده سواء وافق شرطه أو خالفه .

فأما لو ذكره بالأمر فقال : قد وليتك لتحكم بمذهب مالك مثلا : فعكسى الماوردي من الشافعية أن الولاية صحيحة والشرط باطل .

واعلم أن جميع ما ذكرناه من التقليدات لا يجوز للامام اشتراطها عليه وتكون قادحة في الولاية لأنه اشترط ما لا يجوز . قال ابن أبي جمرة في إقليد التقليد : ومن كان لا يقضى إلا بما أمره به من ولاء فليس بقاض على الحقيقة وإنما هو بصفة خادم رسالة ولا يحل له القضاء في غير ما أمره به إلا بعد أن يستطلع ما عند الذي ولاء في ذلك .

تنبيه - كلام الشيخ أبي بكر في القاضى المجتهد ولم يتعرض للقاضى المقلد كما في زماننا وسيأتى الكلام على ذلك في الركن الثانى من أركان القضاء .
 وفى الركن الثانى من أركان القضاء الذى أشار إليه ابن فرحون قال (أى ابن فرحون فى تبصرة الحكام ، ١ : ٥٦ وما بعدها) :
 « الركن الثانى - من أركان القضاء ، وهو المقضى به :

وهو الحكم من كتاب الله تعالى . فان لم يجد فبسنة نبيه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم التى صحبها العمل . فاذا كان خبرا صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال وهذا معلوم من أصل مالك رحمه الله إذ العمل مقدم على خبر الأحاد . وكذل القياس عنده مقدم على أخبار الأحاد على ما ذهب إليه أبو بكر الأهرى .

فان لم يجد فى السنة شيئا نظرا فى أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه . فان اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال من ذلك . فان لم يصح عنده أيضا أن العمل اتصل بقول بعضهم تخير من أقوالهم ولا يخالفهم جميعا . وقد قيل :
 له أن يجتهد وإن خالفهم جميعا .

وكذلك الحكم فى إجماع التابعين بعد الصحابة رضى الله عنهم وفى كل إجماع ينعقد فى كل عصر من الأعصار إلى يوم القيامة .

فان لم يجد فى النازلة إجماعا قضى بما يؤدى إليه النظر والاجتهاد فى القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم ، فان اجتمعوا على شىء أخذ به . وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده . وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى إذا كان نظيرا لهم . وإن لم يكن من نظرائهم ليس له ذلك . قال ابن حبيب : وهو قول فيه اعتراض . والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد فله أن يقضى بما رأى وإن كانوا أعلم منه ، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه باجماع وإنما يصح له التقليد ما لم يتبين له فى النازلة

حكم . وهذا على مذهب من يرى التقليد ويقول به .
واختلفوا : هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد ويقلد من قد نظر
واجتهد أم لا ؟ والمجتهد من يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق به الأحكام
وخاصه وعامه ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه ومتواتر السنة وغيره والمتصل
والمرسل وحال الرواة قوة وضعفا ولسان العرب لغة ونحوها وأقوال العلماء من
الصحابة فمن بعدهم إجماعا واختلافا والقياس بأنواعه - على ثلاثة أقوال :
أحدها - أن ذلك له . والثاني - أن ذلك ليس له . والثالث - أن ذلك ليس له
إلا أن يخاف فوات النازلة .

فصل - وأما إن لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة
والتقليد . فان اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم ، وقيل بقول
أكثرهم على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة . والأول
أصح . وقيل : إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك
ولم يقصد الهوى . وله أن يكتفى بمشورة واحد من العلماء فان فعل ذلك
فالاختيار أن يشاور أعلمهم . فان شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله فذلك
جائز إذا كان من أهل النظر والاجتهاد وقد تقدم من كلام القاضى أبى بكر أن
المقلد يقضى بفتوى مقلده في عين النازلة فان قاس على قوله فهو متعد .

وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشى : أخبرنى القاضى أبو الوليد الباجى ان
الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج
عن قول ابن القاسم ما وجده . قال الشيخ أبو بكر : وهذا جهل عظيم منهم
يريد لأن الحق ليس في شىء معين . وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود
المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه وكان
معاصرا للإمام أبى عمر بن عبد البر والقاضى أبى الوليد الباجى والقاضى أبى
الوليد بن رشد والقاضى أبى بكر بن العربى والقاضى أبى الفضل عياض
والقاضى أبى محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد
عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب . وهذا الذى ذكره الباجى عن
ولاية قرطبة ورد نحوه عن سحنون وذلك أنه ولى رجلا القضاء وكان الرجل
ممن سمع بعض كلام أهل العراق فشرط عليه سحنون أن لا يقضى إلا بقول
أهل المدينة ولا يتعدى ذلك . قال ابن راشد : وهذا يؤيد ما ذكره الباجى

ويؤيد ما قاله الشيخ أبو بكر فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه فأنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك . وقد تقدم في فصل التحكيم عن اللخمي أن المحكم اذا كان مجتهدا والخصام بين مالكيين فان لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه . وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما . فانظر تمام ذلك هناك . وذكر المازري نحو ذلك .

مسألة - واذا لم يوجد مجتهد وولى الامام مقلدا - فقال ابن الحاجب : يلزمه المصير إلى قول مقلد . وقيل : لا يلزمه . وقيل : لا يجوز إلا باجتهاده . فالقول الأول هو الصحيح .

والقول الثانى يريد به إذا كان المقلد ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منها ما هو أجرى على أصل إمامه مما ليس كذلك . وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيلزمه المصير إلى المشهور . قال ابن عبد السلام : ومن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم : هل يجوز توليته القضاء أو لا ؟

وأما القول الثالث وهو قوله : وقيل لا يجوز إلا باجتهاده - فقال ابن عبد السلام معناه أنه لا تجوز تولية المقلد ألبتة ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها وهى شرط فى الفتيا والقضاء . . . الخ . الشافعية :

قال الماوردى فى الأحكام السلطانية (ص ٦٧ - ٦٨) :

« فصل - 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 . فاذا كان شافعيا لم يلزمه المصير فى أحكامه إلى أقاويل الشافعى حتى يؤديه اجتهاده إليها . فان 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 والممايلة 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 محذور والاجتهاد فيها مستحق ، وإذا نفذ قضاؤه بحكم وتجدد مثله من بعد أعاد الاجتهاد فيه وقضى بما أداه اجتهاده إليه وإن خالف ما تقدم من حكمه فان عمر رضى الله عنه قضى فى المشركة بالتشريك فى عام وترك التشريك فى غيره فقيل له : ما هكذا حكمت فى العام الماضى ، فقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى .

فلو شرط المولى وهو حنفى أو شافعى على من ولاه القضاء أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعى أو أبى حنيفة فهذا على ضربين : أحدهما - أن يشترط ذلك عموما فى جميع الاحكام ، فهذا شرط باطل ، سواء كان موافقا لمذهب المولى أو مخالفا له . وأما صحة الولاية :

- فان لم يجعله شرطا فيها وأخرجه مخرج الأمر أو مخرج النهى وقال : قد قلدتك القضاء فاحكم بمذهب الشافعى رحمه الله على وجه الأمر أو لا تحكم بمذهب أبى حنيفة على وجه النهى كانت الولاية صحيحة والشرط فاسدا سواء تضمن أمرا أو نهيا . ويجوز أن يحكم بما أداه اجتهاده إليه سواء وافق شرطه أو خالفه. ويكون اشتراط المولى لذلك قدحا فيه إن علم أنه اشترط ما لا يجوز ، ولا يكون قدحا إن جهل . لكن لا يصح مع الجهل به أن يكون موليا ولا واليا .

- فان أخرج ذلك مخرج الشرط فى عقد الولاية فقال : قد قلدتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب الشافعى أو بقول أبى حنيفة ، كانت الولاية باطلة ، لأنه عقدها على شرط فاسد .

وقال أهل العراق : تصح الولاية ويبطل الشرط .

والضرب الثانى - أن يكون الشرط خاصا فى حكم بعينه ، فلا يخلو الشرط من أن يكون أمرا أو نهيا :

- فان كان أمرا فقال له : أقدم من العبد بالحر ومن المسلم بالكافر واقتص فى القتل بغير الحديد، كان أمره بهذا الشرط فاسدا . ثم إن جعله شرطا فى عقد الولاية فسدت . وإن لم يجعله شرطا فيها صحت وحكم فى ذلك بما يؤديه اجتهاده إليه .

— وإن كان نهياً فهو على ضربين :

أحدهما : أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضى فيه بوجوب قود ولا باسقاطه فهذا جائز لأنه اقتصر بولايته على ما عداه فصار ذلك خارجاً عن نظره .

والضرب الثاني : أن لا ينهاه عن الحكم وينهاه عن القضاء في القصاص فقد اختلف أصحابنا في هذا النهي : هل يوجب صرفه عن النظر فيه ؟ على وجهين :

أحدهما : أن يكون صرفاً عن الحكم فيه وخارجاً عن ولايته فلا يحكم فيه باثبات قود ولا باسقاطه .

والثاني : أنه لا يقتضى الصرف عنه ويجرى عليه حكم الأمر به ويثبت صحة النظر إن لم يجعله شرطاً في التقليد ويحكم فيه بما يؤديه اجتهاده إليه .

الحنابلة :

قال ابن قدامة في المغنى (٩ : ١٠٦) :

« فصل - ولا يجوز أن يقلد القضاء لأحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال : « فاحكم بين الناس بالحق » (ص : ٢٦) والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب . فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع » .

وفي الشروط في البيع قال (المغنى ، ٤ : ٢٥١ - ٢٥٢) :

« الضرب الثاني : (من الشروط) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يظاً أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن وإن أعتقه فالولاء له فهذه وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين : قال القاضى : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقى هنا وهو قول الحسن والشعبي والنخعى وابن أبي ليلى وأبى ثور .

والثانية : أن البيع فاسد وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما

لو شرط فيه عقداً آخر . ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بمناقضه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً. ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي .
ولنا »

وقال البهوتي في كشف القناع (٦ : ٢٩٢ - ٢٩٣) :

« ويجوز أن يولى الامام قاضياً من غير مذهبه لأن على القاضي أن يجتهد رأيه في قضائه وإن نهاه عن الحكم في مسألة فله الحكم بها - هذا أحد الوجهين أطلقهما في الرعاية . قال في الانصاف : قلت : الصواب الجواز - انتهى . قلت فيفرق بين ما إذا ولاه ابتداء شيئاً خاصاً وبين ما إذا ولاه ثم نهاه عن شيء »

. . . ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق » (ص : ٢٦) والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب . فان فعل أى ولاه على أن يحكم بمذهب بعينه بطل الشرط وصحت الولاية كالشروط الفاسدة في البيع . وعمل الناس على خلافه كما يأتي قريباً . قال الشيخ : من أوجب تقليد إمام بعينه استتيب فان تاب وإلا قتل . وإن قال : ينبغى ، أى تقليد إمام بعينه ، كان جاهلاً ضالاً قال : ومن كان متبعاً للإمام فخالفه في بعض المسائل لقوة الدليل أو يكون أحدهما أعلم أو أتقى فقد أحسن ولم يقدح في عدالته بلا نزاع . قال : وفي هذه الحال أى حال قوة الدليل أو كون أحدهما أعلم أو أتقى يجوز تقليد من اتصف بذلك عند أئمة الاسلام بل يجب وإن الامام أحمد نص عليه انتهى . »

وقال أيضاً (٦ : ٣٠٧) :

« قال في شرح المنتهى : ولزوم التمذهب بمذهب وامتناع الانتقال إلى غيره : الأشهر عدمه - قال الشيخ تقي الدين : العامى عليه أن يلتزم مذهبا معيناً يأخذ بعزائمه ورخصه وفيه وجهان لأصحاب أحمد وهما وجهان لأصحاب الشافعى ، والجمهور من هؤلاء وهؤلاء لا يحبون ذلك . والذين يوجبون يقولون : إذا التزمه لم يكن له أن يخرج عنه مادام ملتزماً له أو مالم

يتبين له أن غيره أولى بالالتزام منه . ولا ريب أن التزام المذاهب والخروج عنها : إن كان لغير أمر ديني مثل أن يلتزم مذهباً لحصول غرض دنيوي من مال أو جاه ونحو ذلك ، فهذا مما لا يحمد عليه ، بل يذم عليه في نفس الأمر ، ولو كان ما انتقل إليه خيراً مما انتقل عنه ، وهو بمنزلة من يسلم ولا يسلم إلا لغرض دنيوي أو يهاجر من مكة إلى المدينة لامرأة يتزوجها ودنيا يصيبها . وأما إن كان انتقاله من مذهب إلى مذهب لأمر ديني فهو مثاب على ذلك بل واجب على كل أحد إذا تبين له حكم الله ورسوله في أمر أن لا يعدل عنه ولا يتبع أحداً في مخالفة الله تعالى ورسوله ، فإن الله تعالى فرض طاعته وطاعة رسوله على كل أحد في كل حال انتهى . وفي الرعاية : من التزم مذهباً أنكر عليه مخالفته بلا دليل ولا تقليد سائغ ولا عذر ومراده بقوله : « بلا دليل » إذا كان من أهل الاجتهاد . وقوله « ولا تقليد سائغ » أي لعالم أفتاه إذا لم يكن أهلاً للاجتهاد . وقوله « ولا عذر » أي يبيح له ما فعله فينكر عليه حينئذ لأنه يكون متبعاً لهواه . وقال في موضع آخر : يلزم كل مقلد أن يلتزم بمذهب معين في الأشهر ولا يقلد غيره . وقيل بلى . وقيل : ضرورة^(١)

(ب) الرأي القائل بالجواز

ذهب رأي آخر إلى القول بجواز أن يلزم ولي الأمر القاضي بحكم يختاره هو داخل نطاق الشريعة الإسلامية .
وقد جرى العمل ويجرى على هذا الرأي .
وحجته المصلحة من ناحية ولي الأمر ، والطاعة من ناحية القاضي والرعية .

(أ) أما المصلحة من ناحية ولي الأمر - فتتمثل فيما يأتي :

١ - التيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الحكم الشرعي .
وخصوصاً وقد أصبح القضاة الآن غير مجتهدين . وغير خاف ما يلقاه

(١) انظر أيضاً ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ٤ : ٢٠٥ وما بعدها .

الباحث في كتب الفقه الاسلامى من عناء لمعرفة الحكم مما يضيع وقت القاضى وجهده في وقت ازدهمت فيه دور المحاكم بالخصومات وتأخر الفصل فيها على وجه جعل الناس تضحج بالشكوى منه .

٢ - توحيد الأحكام في الدولة - فلا يحكم برأى في ناحية من الدولة ويحكم برأى آخر مخالف في جهة أخرى . فتحرم الفروج والدماء في ناحية وتستحل في ناحية أخرى من نفس الدولة .

٣ - طمأنينة المتقاضين ، وحماية القاضى من قالة السوء .

٤ - معرفة الحكم ابتداء حتى يرتب المتعاملون أمورهم عند التعامل على الحكم الذى سيفصل بينهم عند التنازع به .
ومن السياسة الشرعية مراعاة المصلحة .

(ب) وأما من ناحية القاضى - فلأنه واجب عليه طاعة ولى الأمر نزولا عند قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » (النساء : ٥٩) . ولأنه وكيله ، وعلى الوكيل التزام أمر الموكل .
وفيا يلى بعض النصوص الفقهية لهذا الرأى :

١ - من القدامى :

ابن المقفع وأبو جعفر المنصور :

يروى أن ابن المقفع لما رأى اختلاف الأحكام وتناقض الأفضية في عهده ضمن رسالته في الصحابة ، التى وجهها إلى الخليفة أبى جعفر المنصور حاوية كثيرا من وجوه الاصلاح ، ما نصح به من جمع الاحكام الفقهية وإلزام القضاة بها ونهيمهم عن الحكم بغيرها قائلا فيها :

« ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي ، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التى قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال ، فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكعبة فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى . . . فلورأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذى يلهمه الله ، ويعزم له عليه وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعاً

عزما لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ورجونا أن يكون اجتماع السير قرينة لاجماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه ثم يكون ذلك من إمام آخر ، آخر الدهر إن شاء الله . فأما اختلاف الأحكام : إما شيء مأمور عن السلف غير مجمع عليه يدبره قوم على وجه ويدبره آخرون على وجه آخر ، فينظر فيه إلى أحق الفريقين بالتصديق وأشبه الأمرين بالعدل ، وإما رأى أجراه أهله على القياس فاختلف وانتشر ما يغلط في أصل المقايسة ، وابتدأ أمر على غير مثاله ، وإما لطول ملازمته بالقياس ، فان من أراد أن يلزم القياس ولا يفارقه أبدا في أمر الدين والحكم وقع في الورطات ومضى على الشبهات وغمض عن القبيح الذى يعرفه ويبصره فأبى أن يتركه كراهة ترك القياس ، وإنما القياس دليل يستدل به على المحاسن ، فاذا كان ما يقود اليه حسنا معروفا أخذ به ، وإذا قاد إلى القبيح المستنكر ترك ، لأن المبتغى ليس عين القياس يبغي ، ولكن محاسن الأمور ومعروفها وما ألحق الحق بأهله . . . »^(١)

وقد طلب الخليفة أبو جعفر المنصور^(٢) من الامام مالك أثناء موسم الحج سنة ١٦٣ هـ ان يضع كتابا جامعا يختار أحكامه من أدلة الشرع مع مراعاة التيسير قائلا له :

« يا أبا عبد الله ! ضع هذا العلم ودونه ودون منه كتابا وتجنب شذائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس وشواذ ابن مسعود ، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة رضى الله عنهم ، لنحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك ونبيتها في الأمصار ، ونعهد إليهم ألا يخالفوها ولا يقضوا بسواها » .

إلا أن الامام مالكا لم يجار الخليفة في الفكرة ورد عليه قائلا :
« أصلح الله الأمير ، إن أهل العراق لا يرضون علمنا ولا يرون في علمهم رأينا » .

ولكن الخليفة رد عليه قائلا :

(١) محمد كرد علي ، رسائل البلغاء ، ص ١٢٥ - ١٢٦ .
(٢) وصف مالك أبو جعفر فقال : « . . . ثم فاتحنى (أي أبو جعفر) في العلم والفقاه فوجدته أعلم الناس بما اجتمع عليه وأعرفهم بما اختلفوا فيه حافظا لما روى واعيا لما سمع » (ابن قتيبة ، الامامة والسياسة ، ٢ : ١٤٩) .

« يحملون عليه وتضرب عليه هاماتهم بالسيف وتقطع طى ظهورهم بالسياط فتعجل بذلك وضعها ، فسيأتيك محمد ابني المهدي العام القابل إن شاء الله إلى المدينة ليسمعها منك فيجدك وقد فرغت من ذلك إن شاء الله » (١) .

واستجابة لطلب الخليفة صنف الامام مالك كتابه « الموطأ » ولما قدم المهدي على الامام مالك تنفيذا لأمر أبيه وسأله عما فعل بأمر أبيه قدم إليه الموطأ فأمر المهدي بانتساخه وقرىء على مالك . قال ابن قتيبة : « وذكروا أن مالك بن أنس لما أخذ في تدوين كتبه ووضع علمه قدم عليه المهدي بن أبي جعفر فسأله عما صنع فيها . أمره به أبو جعفر فأتاه بالكتاب وهي كتب الموطأ فأمر المهدي بانتساخها وقرئت على مالك » (٢) .

الحنفية :

قال صاحب الهداية (٥ : ٤٩٠ - ٤٩١) :

« ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله . وإن كان عامدا ففيه روايتان : ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين . وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده ، وعليه الفتوى » .

وشرحا لذلك قال صاحب فتح القدير : « . . . ومع ذلك ذكر المصنف لصاحب المحيط الفتوى على قولها . وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة . فقد اختلف الفتوى . والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولها لأن التارك لمذهبه عمدا لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل . وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره . وهذا كله في القاضى المجتهد . فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم . هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه . وقال وجه من قال بالجواز أن القاضى مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه . ووجه المنع قوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » (الآية) ، واتباعه غير

(١) ابن قتيبة ، الامامة والسياسة ، ٢ : ١٤٨

(٢) ابن قتيبة ، المرجع السابق ، ٢ : ١٤٩ .

رأيه اتباع هوى غيره . والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه ، وعمله هنا ليس إلا قضاؤه بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشيء .
 وقال ابن عابدين في رد المحتار (٣ : ٦٩٢) :
 « القاضي لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه ما لم يقيده السلطان بمذهب خاص » .

وقال أيضا (٥ : ٤٠٨) نقلا عن شرح الوهبانية للشر نبلالى إنه :
 « لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه ، وإنه متى حكم بغير ما قيد به فحكمه عن الشر نبلالى غير صحيح لكونه معزولا عنه » .
 وقال في رسم المفتى (ص ٥٧ - ٥٨) :

« ثم ذكر أنه اختلفت عبارات المشايخ في القاضي المقلد . والذي حط عليه كلامه أنه إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ . وأقوى ما تمسك به ما في البزازية عن شرح الطحاوى إذا لم يكن القاضي مجتهدا وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله أن ينقضه كذا عن محمد . وقال الثانى : ليس له أن ينقضه ايضا انتهى . لكن الذى فى القنية عن المحيط وغيره أن اختلاف الروايات فى قاض مجتهد إذا قضى على خلاف رأيه . والقاضى المقلد إذا قضى على خلاف مذهبه لا ينفذ - انتهى . وبه جزم المحقق فى فتح القدير وتلميذه العلامة قاسم فى تصحيحه . قال فى النهر : وما فى الفتح يجب أن يعول عليه فى المذهب وما فى البزازية محمول على رواية عنها فصار الأمر أن هذا منزل منزلة الناسى لمذهبه وقد مر عنها فى المجتهد انه لا ينفذ فالمقلد أولى - انتهى . وقال فى الدر المختار : قلت ولا سيما فى زماننا فإن السلطان ينص فى منشوره على نفيه عن القضاء بالأقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فىكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض كما بسط فى قضاء الفتح والبحر والنهر وغيرها - انتهى . قلت : وقد علمت أيضا أن القول المرجوح بمنزلة العدم مع الراجح فليس له الحكم به وإن لم ينص له السلطان على الحكم بالراجح » .

وفي مجلة الاحكام العدلية نص في عجز المادة ١٨٠١ على ما يأتي :
 « 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 » .
المالكية :

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام (١ : ٥٧ وما بعدها) وقد تقدم :
 « وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي : أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي
 أن الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن
 لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته . . . وهذا الذي ذكره الباجي عن
 ولاية قرطبة ورد نحوه عن سحنون وذلك أنه ولي رجلا القضاء وكان الرجل
 ممن سمع بعض كلام أهل العراق فشرط عليه سحنون أن لا يقضى إلا بقول
 أهل المدينة ولا يتعدى ذلك . . . وقد تقدم في فصل التحكيم عن اللخمي
 أن المحكم إذا كان مجتهدا والخصام بين مالكيين فإن لم يخرج باجتهاده عن
 مذهب مالك نفذ حكمه . وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما . فانظر
 تمام ذلك هناك . وذكر المازري نحو ذلك » .

الشافعية :

قال الماوردي في الأحكام السلطانية (ص ٦٧ - ٦٨) وقد تقدم :
 « وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره فمنع
 الشافعي أن يحكم بقول أبي حنيفة ومنع الحنفي أن يحكم بمذهب الشافعي
 إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام ،
 وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم » .

الحنابلة :

قال البهوتي في كشف القناع (٦ : ٣٠٧) وقد تقدم :
 « قال الشيخ تقي الدين : العامى عليه أن يلتزم مذهبا معيننا يأخذ
 بعزائمه ورخصه وفيه وجهان لأصحاب أحمد وهما وجهان لأصحاب
 الشافعي » .

٢ - من المحدثين :

يكاد كل المحدثين الآن - إلا من ندر - يرون تقنين أحكام الفقه الاسلامي وإلزام القضاة والناس بها ، ونورد فيما يلي أقوال بعضهم :

أستاذنا المرحوم الشيخ على الخفيف :

قال رحمه الله :

« كان الخلفاء منذ وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم يرجعون إلى الرأي فيما لم يرد فيه كتاب ولا سنة . وكانوا يستشيرون في ذلك ويختلفون مع غيرهم في حكم ما يعرض عليهم ، ولم يكونوا يرون أنهم ملزمون برأي غيرهم ولو كان رأي أصحاب الكثرة فيهم ، وكان رأيهم هو النافذ بحكم ولايتهم العامة ولسنا ننسى خلاف أبي بكر رضى الله عنه مع كثير من الصحابة على رأسهم عمر في أمر قتال مانعي الزكاة وإصراره على رأيه . لهذا يكون لولى الأمر أن يختار من المذاهب ما تطمئن إليه نفسه ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره ولأن ولاية الحكم له ابتداء فان الحكم يكون على وفق ما اختاره ولأن القضاة نوابه وخلفاؤه فله إلزامهم بالقضاء بما اختاره ورجحه وليس لهم مخالفته في ذلك ولو كان رأيهم على خلاف ما ألزموا به لأن ولايتهم مستمدة من ولى الأمر فهم وكلاؤه والوكيل يتقيد بما يقيد موكله ، فلو قضاوا بخلاف ما أمروا به كان قضاؤهم باطلا والقضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان والحادثة والمذهب . وطاعة أولى الأمر واجبة ما كانت في غير معصية . وعلى ذلك فلولى الأمر أن يختار من المذاهب ما يرى المصلحة في اختياره وأن يلزم قضاة بالحكم به ولا يجوز لهم مخالفته . أما ما ورد عن مالك رضى الله عنه من ترك الناس وما هم عليه من أن يلزموا بكتاب يضعه فقد كان ذلك قبل تدوين السنة وجمعها وخوفه من أن يكون منها في الأمصار ما لم يصل إليه منها فيترك العمل به كما تدل على ذلك عبارته : « إن أصحاب رسول الله قد تفرقوا في البلاد فأفتى كل في مصره بما رأى » . أما في زماننا فقد جمعت السنة وعرفت فلن يترك منها شيء ثم لن يكون ما ستلزم به دولة من الأحكام الشرعية بمضيق عليها حكما إلا ما يرى أن غيره خير منه .

وإذا كان حق ولى الأمر أن يختار من المذاهب ما يرى المصلحة فيه وكان رد ذلك إلى رأيه وتقديره أمرا جائزا فأولى أن يكون ذلك إلى هيئة تتكون من

الفقهاء المؤثوق بهم أهل النظر والبصر بالأمور إذ أن اختيارهم أحكم وأوثق وبخاصة إذا وثق بموافقة ولى الامر . ومن المصلحة ألا يترك للقضاة اختيار في الأحكام وإنما يكون اختيارهم حسبما تقتضيه المصلحة في الجزاءات التعزيرية بين حد أعلى وحد أدنى كما هو الحال في القوانين الوضعية وليس في ذلك خروج عن الشريعة الاسلامية لانه تقدير عقوبات تعزيرية متروك الى القاضى ليراعى فيه الجريمة وآثارها وحال من اقترفها»^(١) .

أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة :

يقول رحمه الله :

« ونحن نرى أن استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمرا سائغا فقط بل أصبح واجبا محتوما لأننا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحية مؤديا إلى أن يدخل بلادنا قانون أجنبي لم ينبع عن الاسلام ولم يتفق معه وبين أيدينا العبر فمصر . . . »^(٢) .

الشيخ حسنين محمد مخلوف (مفتى الديار المصرية سابقا) :

يقول :

« ولاشك أن في تقييد القضاء الشرعى ، بأحكام مستمدة من المذاهب الفقهية المدونة القائمة على الأصول الأربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس ومفرغة في قالب قانونى منسق محكم ، ضمانا لتحقيق العدالة وتيسيرا على القضاة وطمأنينة للمتقاضين وبعدا عن مظان الريب ونوازع الشهوات ، وذلك كله مصلحة ظاهرةتوجب شرعا أن نسلك في هذا الزمن بالأحكام الفقهية العملية مسلك التقنين المحترم الواجب التطبيق»^(٣) .

الشيخ أحمد فهمى أبو سنة (الاستاذ بكلية الشريعة بالازهر سابقا) :

تساءل :

« هل للامام تحديد الجرائم وتقدير العقوبات ولو على وجه التقريب

له ؟

(١) عبدالرحمن القاسم ، الاسلام وتقنين الأحكام ، ٢٣ - ٢٤ .

(٢) عبدالرحمن القاسم ، المرجع السابق ، ص ل ومابعدها . ومحمد أبو زهرة ، العقوبة في الفقه

الاسلامي ، ص ٨٤ - ٨٥

(٣) عبدالرحمن القاسم ، المرجع السابق ، ص ٥

وأجاب : نعم ، له ذلك بل يجب عليه لأمرين : الأول - أن ولايته على الأمة نظرية توجب عليه أن يسلك بها ما فيه العدل والمصلحة . الأمر الثاني - أن سلطة القضاء ملك له وهو الذى يعطيها للقضاة نيابة عنه فله الاطلاق للقضاة وله تقييدهم بنوع من العقوبات «^(١)» .

المبحث الثاني

العمل

سار العمل ويسير في الدول الاسلامية على التقنين إلا في النادر ، على عكس الرأى الغالب في الفقه .

قال ابن عابدين في رد المحتار (٥ : ٤٠٨) :

« لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقييد بلا خلاف لكونه معزولا عنه » .

وقال أيضا في رسم المفتى (٥٧ - ٥٨) :

« ... وقال في الدر المختار : قلت : ولا سيما في زماننا فان السلطان ينص في منشوره على نفيه عن القضاء بالأقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه » .

ونص في عجز المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :

« 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 » .

وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام (١ : ٥٧) :

« الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده » .

وقال البهوتي في كشف القناع (٦ : ٢٩٢ - ٢٩٣) :

(١) أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة ، ص ١٩٢ .

« فان فعل أى ولاء على أن يحكم بمذهب بعينه بطل الشرط وصحت الولاية كالشروط الفاسدة في البيع وعمل الناس على خلافه كما يأتي قريبا » .
ومن تطبيقات ذلك :

— في الدولة العثمانية قننت المعاملات المالية في الفقه الحنفى في مجلة الأحكام العدلية التي طبقت في الدولة العثمانية وما زالت تطبق الآن في بعض البلاد العربية .

— وفي مصر قننت أحكام كثير من المسائل الشرعية فصدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية متضمنة أحكاما في الأحوال الشخصية وفي المرافعات الخاصة بها كما قننت أحكام بعض مسائل الأحوال الشخصية كالوقف والوصية والميراث والولاية على المال . وهناك مشروع كامل للأحوال الشخصية قد أعد فعلا .

وفي مجلس الشعب المصرى حركة تقنين كامل للشريعة الاسلامية .
وقد قطع الأزهر شوطا كبيرا في سبيل تقنين الشريعة الاسلامية فقد قننت العقود في المذاهب الأربعة : كل مذهب على حدة .

— وفي العراق كان نصيب الفقه الاسلامى في القانون المدنى العراقى حوالى النصف .

— وفي سورية وتونس والمغرب قننت أحكام مسائل الأحوال الشخصية .
— وفي الأردن وضع مشروع القانون المدنى الأردنى من الفقه الاسلامى .
— وهناك لجان لتقنين الفقه الاسلامى في معظم البلاد الاسلامية تمهيدا لتطبيقه .

— وقد نشر في المملكة العربية السعودية أخيرا (١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م) كتاب بعنوان « مجلة الأحكام الشرعية » للمرحوم القاضى أحمد بن عبد الله القارى المتوفى سنة ١٣٥٩ هـ في الطائف . وهو مشروع تقنين قام - رحمه الله - بصياغته وفقا لمذهب الامام أحمد بن حنبل على منوال « مجلة الأحكام العدلية » في الفقه الحنفى .

المبحث الثالث

رأينا

نحن نرى رأى بعض الفقهاء وما جرى عليه العمل من جواز إلزام القاضى بحكم معين . ذلك أنه لم يعد مجال للحفاظ على تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد التى تطبقها ولا لتطبيقها فى البلاد الاسلامية التى لا تطبقها وتريد تطبيقها إلا التقنين . فالتقنين هو الوسيلة العصرية لتطبيق القوانين الآن بحيث لم يعد الآن إمكان التطبيق عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الاسلامى ، لما يلقيه الباحث فيها من عسر . وفى عدم اتباع هذه الوسيلة فتح السبيل أمام التقنينات الأجنبية للدخول فى البلاد الاسلامية التى مازالت تحكم بالشريعة الاسلامية ، ولا استقرار التقنينات الوضعية فى البلاد الاسلامية التى تطبق القانون الوضعى . شأن التقنين فى ذلك شأن السيارة والطائرة أمام الخيل والبغال والحمير والابل فى السفر .

وننبه إلى أن المقصود هو تقنين الفقه الاسلامى وعدم الخروج عليه . ونحن نتكلم هنا على مبدأ التقنين . أما الكلام على منهجه فيأتى فى حينه فى الفصل الثانى .

ونحن نستند فى ذلك إلى :

- (أ) السياسة الشرعية من ناحية ولى الأمر ، وهى توجب على ولى الأمر اتباع ما توجهه المصلحة ويدراً المفسدة . وقد أصبح هذا متعيناً بالتقنين .
- (ب) الطاعة من ناحية القاضى إذ يجب عليه أن ينفذ أمر ولى الأمر فى القضاء بما يأمره به إذ أنه وكيله والوكيل يتقيد بأمر الموكل .
- ونعرض فيما يلى النصوص الخاصة بكل من الناحيتين :
- (أ) السياسة الشرعية

قال الطرابلسى فى معين الحكام (ص ١٦٩ وما بعدها) تحت عنوان : « فى القضاء بالسياسة الشرعية » :

« اعلم أن السياسة شرع مغلظ ، والسياسة نوعان : سياسة ظالمة فالشرعية تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيراً من المظالم وتردع أهل الفساد ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية للعباد .

فالشرعية يجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها ، وهى باب واسع تفضل فيه الأفهام وتنزل فيه الأقدام وإهماله يضيع الحقوق ويعطل الحدود ويجرى أهل الفساد ويعين أهل العناد ، والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة ويوجب سفك الدماء وأخذ الأموال الشرعية .

ولهذا سلك فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فقطعوا النظر عن هذا الباب إلا فيما قل ظنا منهم أن تعاطى ذلك مناف للقواعد الشرعية ، فسدوا من طرق الحق سبلا واضحة وعدلوا إلى طريق من العناد فاضحة ، لأن في إنكار السياسة الشرعية ردا للنصوص الشرعية وتغليطا للخلفاء الراشدين .

وطائفة سلكت في هذا الباب مسلك الافراط فتعدوا حقوق الله وخرجوا عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع . . وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الحق ومصالحة الأمة ، وهو جهل وغلط فاحش فقد قال عز من قائل : « اليوم أكملت لكم دينكم » فدخل في هذا جميع مصالح العباد الدينية والدنيوية على وجه الكمال . وقال صلى الله عليه وسلم : « تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا : كتاب الله وسنتي » .

وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع فقمعوا الباطل ودحضوه ونصبوا الشرع ونصروه ، والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم » .

ثم عقد صاحب كتاب « معين الحكام » فصلا في الدلالة على مشروعية ذلك (السياسة الشرعية) من الكتاب والسنة (ص ١٦٩ - ١٧٣) ثم في فصل ثان تكلم : « في أحكام هذا الباب » (ص ١٧٣ وما بعدها) وجاء فيه (ص ١٧٦ وما بعدها) :

« قال القرافي : واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع بل تشهد له الأدلة المتقدمة . وتشهد له أيضا القواعد الشرعية من وجوه :

أحدها - ان الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر ، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفى الحرج .

وثانيها - أن المصلحة المرسلة قال بها جمع من العلماء وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بالغائها . ويؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عملوا أمورا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو : كتابة المصحف ، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وولاية العهد من أبي بكر رضى الله عنه ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير . وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة . وتدوين الدواوين . وعمل السكة للمسلمين . واتخاذ السجن وغير ذلك مما فعله عمر رضى الله عنه . وهدم الاوقاف التي بازاء المسجد : يعنى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه . وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحد . وتجديد أذان الجمعة بالسوق مما فعله عثمان رضى الله عنه . وغير ذلك كثير جدا - فعل لمطلق المصلحة .

وثالثها - أن المشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية لتوهم العداوة فيشترط العدد والحرية ، ووسع في كثير من العقود للضرورة كالعرايا والمساقاة والقراض وغيرها من العقود المستثناة . . . وهذه المباينات والاختلافات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال . فلذلك ينبغي أن يراعى عند اختلاف الأحوال في الأزمان ، فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية لما شهدت لها القواعد بالاعتبار ، فلا تكون من المصالح المرسلة بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية .

ورابعها - أن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه كما تقدم في أدلة الباب ، وقد تقدم ذكرنا لكلام بعض العلماء ، وهو المذهب . على أنه قال : إن لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم ، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم ، لثلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام . وما أظن أنه يخالفه أحد في هذا فان التكليف مشروط بالامكان . وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله . وقد قال عمر بن عبد العزيز : « سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . قال القرافي : ولانشك في أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا عرج عليهم ، وولاية هؤلاء في

مثل هذا العصر فسوق ، فان خيار زماننا أراذل ذلك الزمان ، وولاية الأردال فسوق ، فقد حسن ما كان قبيحا واتسع ما كان ضيقا واختلفت الأحكام باختلاف الزمان .

وخامسها - أنه يعضد ذلك من القواعد الشرعية أن الشرع وسع للمرضع في النجاسة اللاحقة لها من الصغير مما لم نشاهده كثوب الارضاع ، ووسع في زمان المطر في طين المطر كما ذكره محمد في طين بخارى على ما فيه من القدر والنجاسة ، ووسع لأصحاب القروح في كثير من نجاستها ، ووسع لصاحب البواسير في بللها ، وجوز الشارع ترك أركان الصلاة وشروطها إذا ضاق الحال كصلاة الخوف ونحوها . وذلك كثير في الشرع . ولذلك قال الشافعي : ما ضاق شيء إلا اتسع - يشير إلى هذا الموطن . فكذاك إذا ضاق علينا الحال في درء المفاسد اتسع كما اتسع في تلك المواطن .

وسادسها - أن أول بدء الانسان من زمن آدم عليه السلام كان الحال ضيقا ، فأبيحت الأخت لأخيها وأشياء كثيرة وسع الله تعالى فيها . فلما اتسع الحال وكثرت الذرية حرم ذلك في زمن بنى إسرائيل وحرم السبت والشحوم والابل وأمورا كثيرة وفرض عليهم خمسين صلاة وتوبة أحدهم بالقتل لنفسه وإزالة النجاسة بقطعها إلى غير ذلك من التشديدات . ثم جاء آخر الزمان وضعف الجسد وقل الجلد فلطف الله بعباده فأحلت تلك المحرمات وخفضت الصلوات وقبلت التوبات ، فقد ظهر أن الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الزمان ، وذلك من لطف الله عز وجل بعباده وسننه الجارية في خلقه ، وظهر أن هذه القرائن لا تخرج عن أصول القواعد وليست بدعا عما جاء به الشرع المكرم .

وقال ابن تيمية في « السياسة الشرعية » (ص ١٥) :
 « وهذه الرسالة (السياسة الشرعية) مبنية على آية الأمراء في كتاب الله وهي قوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعماً يعظكم به ، إن الله كان سميعاً بصيراً . يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » (النساء : ٥٨ و ٥٩) .

قال العلماء : نزلت الآية الأولى في ولاية الأمور : عليهم أن يؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالعدل . ونزلت الآية الثانية في الرعية من الجيوش وغيرهم : عليهم أن يطيعوا أولى الأمر الفاعلين لذلك ، في قسمهم وحكمهم ومغازيهم وغير ذلك إلا أن يأمرؤا بمعصية الله تعالى ، فاذا أمرؤا بمعصية الله فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، فان تنازعوا في شىء ردوه إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم . وإن لم يفعل ولاية الأمور ذلك : أطيعوا فيما يأمرؤن به من طاعة الله ، لأن ذلك من طاعة الله ورسوله ، وأديت حقوقهم إليهم كما أمر الله ورسوله ، وأعينوا على البر والتقوى ولا يعاونون على الاثم والعدوان . وإذا كانت الآية قد أوجبت أداء الأمانات إلى أهلها والحكم بالعدل فهذان جماع السياسة العادلة والولاية الصالحة .

وقال أيضا (ص ٦٣) : « وعلى أن الواجب تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها فاذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما هو المشروع » .
(انظر أيضا من نفس الكتاب ص ٦٣ و ١٥٢ و ١٦٠ و ١٦٢ و ١٨٢ و ١٩٠) .

وقال ابن القيم في « الطرق الحكيمة » (ص ١٣ وما بعدها) :

« وقال ابن عقيل في الفنون : جرى في جواز العمل في السلطة بالسياسة الشرعية : إنه هو الحزم ولا يخلو من القول به إمام . فقال الشافعى : لا سياسة إلا ما وافق الشرع . فقال ابن عقيل : السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى . فان أردت بقولك : « إلا ماوافق الشرع » أى لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح . وإن أردت : لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل مالا يجحده عالم بالسنن ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فانه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة ، وتحريق على رضى الله عنه الزنادقة في الأخاديد فقال :

لما رأيت الأمر أمرا منكرا .: أجمت نارى ودعوت قنبرا

ونفى عمر بن الخطاب رضى الله عنه لنصر بن حجاج . ه .
وهذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام وهو مقام ضنك ومعترك صعب :
فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيعوا الحقوق وجرءوا أهل الفجور على
الفساد وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها
وسدوا على نفوسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له وعطلوها
مع علمهم وعلم غيرها قطعا : أنها حق مطابق للواقع ، ظنا منهم منافاتها
لقواعد الشرع . ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول وإن نفت ما فهموه
هم من شريعته باجتهادهم . والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة
الشريعة وتقصير في معرفة الواقع وتنزيل أحدهما على الآخر . فلما رأى ولاية
الأمر ذلك وأن الناس لا يستقيم لهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من
الشريعة أحدثوا من أوضاع سياستهم شرا طويلا وفسادا عريضا فتفاقم الأمر
وتعذر استدراكه وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك
واستنقاذها من تلك المهالك .

وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة فسوغت من ذلك ما ينافى حكم
الله ورسوله .

وكلا الطائفتين أثبت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل
به كتابه فإن الله سبحانه أرسل رسوله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو
العدل الذى قامت به الأرض والسموات . فإن ظهرت أمارات العدل
وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكم
وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفى ما هو أظهر
منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها
بموجبها بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين
عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخراج بها العدل والقسط فهى من
الدين ليست مخالفة له فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع
بل هى موافقة لما جاء به بل هى جزء من أجزائه ونحن نسميها سياسة تبعا
لمصطلحك وإنا هى عدل الله ورسوله ظهر بهذه الأمارات والعلامات فقد
حبس رسول الله صلى الله عليه فى تهمة وعاقب فى تهمة لما ظهرت أمارات
الريية على المتهم . فمن أطلق كل متهم وحلفه وخلقى سبيله مع علمه

باشتهاره بالفساد في الأرض وكثرة سرقاته وقال : لا أخذه إلا بشاهدي عدل
فقوله مخالف للسياسة الشرعية . . . (وضرب أمثلة أخرى لفعل الرسول
صلى الله عليه وسلم) . . . وسلك أصحابه وخلفاؤه من بعده ما هو معروف
لمن طلبه فمن ذلك . . .

والمقصود أن هذا وأمثاله سياسة جزئية بحسب المصلحة يختلف باختلاف
الأزمة . . . وهذه السياسة التي ساسوا بها الأمة وأضعافها هي من تأويل
القرآن والسنة . . الخ .

ومن ذلك جمع عثمان رضى الله عنه الناس على حرف واحد من الأحرف
السبعة التي أطلق لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم القراءة بها ، لما كان
ذلك مصلحة . فلما خاف الصحابة رضى الله عنهم على الأمة أن يختلفوا في
القرآن ورأوا أن جمعهم على حرف واحد أسلم وأبعد من وقوع الاختلاف
فعلوا ذلك ومنعوا الناس من القراءة بغيره . وهذا كما لو كان للناس عدة
طرق إلى البيت وكان سلوكهم في تلك الطرق يوقعهم في التفرق والتشتت
ويطمع فيهم العدو فرأى الامام جمعهم على طريق واحد فترك بقية الطرق :
جاز ذلك ولم يكن فيه إبطال لكون تلك الطرق موصلة إلى المقصود ، وإن
كان فيه نهى عن سلوكها لمصلحة الأمة . . . الخ»^(١)

ومن القواعد الفقهية أن « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة »
ذكرها بعض الفقهاء منهم ابن نجيم والسيوطي . وقد علق ابن نجيم على
ذلك بقوله : « إذا كان فعل الامام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور
العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافق الشرع ، فإن خالفه لم ينفذ » .
ثم قال : « فان خالفه لم ينفذ ، قال المصنف رحمه الله في شرح الكنز ناقلا
عن أئمتنا : « طاعة الامام في غير معصية واجبة فلو أن الامام أمر بصوم يوم
وجب » (ابن نجيم ، ١ : ١٥٧ - ١٥٨ . والسيوطي ، ص ٨٣)

ومن تطبيقات ذلك ما قاله الماوردي في الأحكام السلطانية
(ص ٦٧ - ٦٨) من أن السياسة تقتضى ألا ينتقل القاضى من مذهب إلى
مذهب « إذا أداه اجتهاده إليه لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا
والأحكام وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم »

(١) انظر أيضا ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ٤ : ٣٠٩ وما بعدها .

(ب) طاعة ولى الأمر

قال ابن عابدين في رد المحتار (١ : ٥٩٢ باب الاستسقاء) :
 « إذا أمر الامام بالصيام في غير الأيام المنهية وجب لما قدمناه في باب
 العيد من أن طاعة الامام فيما ليس بمعصية واجبة » .
 وقال في التكملة (٢ : ٥٣ - ٥٤) : في شرح قوله « تجب طاعته فيما
 أباحه الدين » أن ذلك « ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة دار الاسلام
 والمسلمين فيما تناوله الكتاب والسنة والاجماع . وقد أخذ البيهقي من مجموع
 هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب
 امتثال أمره » .

ومن تطبيقات ذلك :

- قوله في قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار (١ : ٤٦ - ٤٧ مطلب طاعة
 أولى الأمر واجبة) :

« أمرك قاض عدل برجم أو قطع في سرقة أو ضرب في حد قضى به
 بما ذكر ، وسعك فعله لوجوب طاعة ولى الأمر . ومنعه محمد حتى يعاين
 الحجة . واستحسنوه في زماننا . وفي العيون.وبه يفتى إلا في كتاب القاضى
 للضرورة . وقيل يقبل لو عدلا عالما » .

(قوله لوجوب طاعة ولى الأمر) بالآية الشريفة^(١) . ومن طاعته تصديقه
 قال العلامة البيهقي في أواخر شرحه على الأشباه والنظائر عند الكلام على
 شروط الامامة : ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد صار إماما يفترض
 إطاعته كما في خزانة الأكمل وفي شرح الجواهر تجب إطاعته فيما أباحه الدين
 وهو ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة الاسلام والمسلمين مما تناوله الكتاب
 والسنة والاجماع اهـ . وفي النهاية وغيرها : روى عن أبي يوسف لما قدم
 بغداد صلى بالناس العيد وكلفه هارون الرشيد وكبر تكبير ابن عباس رضى
 الله عنهما . وروى عن محمد هكذا . وتأويله أن هارون أمرهما أن يكبرا
 تكبيرة جده ففعلا ذلك امتثالا لأمره . وقد نصوا في الجهاد على امتثال أمره في

(١) وهي قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » (النساء :
 ٥٩) وانظر تفسيرها في : ابن كثير ، ١ : ٥١٨ . والجصاص ، أحكام القرآن ، ٢ : ٢١٠ . وابن العربي ،

غير معصية . وفي التارخانية عن المحيط : إذا أمر الأمير أهل العسكر بشيء فعصاه في ذلك واحد فالأمير لا يؤدبه في أول وهلة ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك بل يعذره فان عصاه بعد ذلك أدبه إلا إذا بين في ذلك عذرا فعند ذلك يخلى سبيله ولكن يحلفه بالله تعالى : « لقد فعلت هذا بعذر » . وقد أخذ البيهقي من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره والله تعالى أعلم . وقد تقدم في العيدين والاستسقاء (انظر ما قدمه سيدى الوالد في باب الامامة من كتاب الصلاة » .

وقال في الدرورد المختار (١ : ٥٨٣ في صلاة العيدين) :
قال في الدر : « ويصلى الامام بهم ركعتين مثنيا قبل الزوائد وهى ثلاث تكبيرات فى كل ركعة ولو زاد تابعه إلى ستة عشر لأنه مأثور » .
وقال فى رد المختار : « قوله ولو زاد تابعه) لأنه تبع لامامه فتجب عليه متابعتة وترك رأيه برأى الامام لقوله عليه الصلاة والسلام : إنما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه - لما لم يظهر خطؤه بيقين كان اتباعه واجبا ولا يظهر الخطأ فى المجتهدات فأما إذا خرج عن أقوال الصحابة فقد ظهر خطؤه بيقين فلا يلزمه اتباعه . ولهذا لو اقتدى بمن يرفع يديه عند الركوع أو بمن يقنت فى الفجر أو بمن يرى تكبيرات الجنائزة خمسا لا يتابعه لظهور خطئه بيقين لأن ذلك كله منسوخ - بدائع ، أقول : يؤخذ منه أن الحنفى إذا اقتدى بشافعى فى صلاة الجنائزة يرفع يديه لأنه مجتهد فيه فهو غير منسوخ لأنه قد قال به أئمة بلخ من الحنفية » .

(وانظر أيضا ابن عابدين ، رد المختار ، الطبعة الثالثة الأميرية ، سنة

١٣٢٤ هـ ، ٣ : ٣٣٥)

وقال فى قرة عيون الأخيار (١ : ٣٤٦) :

« . . . وقد منا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق

بمضى سنين لكن ما فى المبسوط لا يخالفه فانه ليس فيه قضاء بالسقوط وإنما فيه عدم سماعها وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهى من السلطان أيده الله تعالى بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة وقد أفتيت

بعدم سماعها عملاً بنهيه اعتماداً على ما في خزائنة المفتين والله سبحانه وتعالى أعلم .

وقال شهاب الدين القرافي في « الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام » ، (ص ٤ - ٥) .

« . . وقرر الله تعالى أيضا الانشاء للمكلف في صورة أخرى وذلك أن الله تعالى لما شرع الأحكام شرع الأسباب . وكما جعل الأحكام على قسمين، منها ما قرره في أصل شرعه كوجوب الصلوات الخمس ونحوها، ومنها ما وكله للمكلف وهو إيجاب المندوب بالنذر - فكذلك جعل الأسباب على قسمين منها ما قرره أصل الشريعة، ومنها ما وكل إنشاء سببه إلى المكلف. وهو عام لم يخصه بمندوب ولا غيره بل له أن ينشئ السببية في المندوبات والواجبات والمحرمات والمكروهات والمباحات وما ليس فيه حكم شرعى ألينة كفعل النائم والساهى والمخطيء والمجنون . . . وإذا تقرر أن الله جعل لكل مكلف وإن كان عامياً جاهلاً بالانشاء في الشريعة لغير ضرورة فالأولى أن يجعل الانشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد الثائرة وإبطال الخصومة فهذان بابان مقرران بطريق الأولى كما ظهر لك . وأما الدليل على ذلك فهو الاجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة ويحرم على كل أحد نقضه وهذا شئ نشأ بعد الحكم لا قبله لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال ولأنواع البعض والمخالفات ولا نعى بالانشاء إلا هذا القدر فقد وضع ذلك وبان » .

...

وخلاصة ذلك كله أنه يجوز لولى الأمر إلزام القاضى بالقضاء بحكم معين من بين أقوال الفقهاء غير خارج في ذلك عن الشريعة الاسلامية نزولاً على السياسة الشرعية لمصلحة الامة . ويجب على القاضى والرعية طاعة ولى الامر في ذلك . وعلى ذلك جرى العمل في الدولة الاسلامية .

الفصل الثاني

المنهج

التشريع فن له قواعده وأصوله ، فلا يجوز أن نغفل هذه القواعد والأصول عند القيام بعمل تشريعي خطير وهو التقنين . ويلاحظ أن الصناعة التشريعية كانت فطرة وإلهاما قبل أن تصير فنا . وكان المقنن يستوحى نصيبا من هذا الفن الخفى في تقنيه دون إحساس منه شأن كل فن في مبدئه قبل أن تتبين أصوله وترسم قواعده وتوطأ سبله وخططه . وقد تم له ذلك في العصر الحاضر فتبينت معالمه واتضحت أصوله .

وقد بدأ الفيلسوف الانجليزي بيكون Bacon والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو Montesquieu الكلام في بعض مسائل هذه الصناعة (التقنين) في شيء من عدم التحديد والدقة ، وأعقبها بنتام Bentham فبحث بالتفصيل مسائل التقنين . ثم تناول الموضوع أيضا فقيهان ألمانيان هما سافيني Savigny وإهرنج Ihering . وقد تناوله إهرنج بدقة في كتابه « روح القانون الروماني » وروسية Rousset في مقال « في صياغة التشريعات المقننة » (المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ - ١٨٥٨) وكذلك الفقيه الفرنسي جنى Geny في مقال نشره في كتاب العيد المئني للقانون المدني الفرنسي (ح - ٢ ص ٩٨٩ - ١٠٣٨) وفي محاضرة ألقاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١٩١٠ ونشرت في كتاب « طرق البحث القانوني » الصادر في باريس سنة ١٩١١ (ص ١٧٣ - ١٩٦) وفي كتابه العظيم « العلم والصياغة » في أربعة أجزاء (سنة ١٩١٤ - ١٩٢٤) . ثم تناوله أيضا روجان Roguin في مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطني السويسري سنة ١٨٩٦ (ص ٧١ - ١٣٤) . وكذا ديموج Demogue في كتابه « المبادئ الرئيسية في القانون الخاص » (باريس سنة ١٩١١) ، ومسسكو Micessco « بحث في الصناعة القانونية » (رسالة من باريس سنة ١٩١١) وتيسيه Tissier « الصناعة الفنية للقانون الخاص » (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٣) ، وساباتيه Saba-tier « فن عمل القوانين » (سنة ١٩٢٧) . وانجلسكو Angelesco « الصناعة التشريعية في التقنين المدني » (رسالة من باريس سنة

١٩٣٠) (١) ومن اهتم بذلك في مصر أستاذنا الجليل المغفور له الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري .

وينبغي ألا نعرض عن هذا الفن وهذه البحوث في تقنين الفقه الاسلامي بدعوى أنه أجنبي ، وإنما ينبغي أن نأخذ منه ونعدل فيه ونضيف إليه ما يوافق الفقه الاسلامي إذا ما القوالب التي يرسمها لنا هذا الفن إلا أشكال تبرز مضمونها والشأن في ذلك شأن الراديو والتلفزيون : قد يستعملان في إشاعة الفتنة كما يستعملان في إذاعة الخير وتلاوة القرآن الكريم ، وكذا كل أداة . وقد يما قالوا : « للوسائل حكم الغايات » .

وقد ثبت أن الوظيفة الأساسية للتشريع هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية المستنبطة من علوم الاجتماع المختلفة فتوضع هذه القواعد في القوالب القانونية الملائمة .

والقانون ليس صناعة واحدة بل هو صناعات متعددة فهناك :

- صناعة القضاء *technique Jurisprudentielle*

- وصناعة الفقه *technique doctrinaire*

- وصناعة التشريع *technique legislative*

- وصناعة التقنين *technique de la codificatin*

وهذه الصناعة الأخيرة هي التي يعيننا أمرها ويهمننا معرفة قواعدها كي نفيذ منها في تقنين الفقه الاسلامي .

صناعة التقنين يمكن النظر إليها من ناحيتين :

الناحية الأولى : وتسمى الناحية الداخلية *Cote interne*

والناحية الثانية : وتسمى الناحية الخارجية *Cote externe* وهي ناحية

الاجراءات .

ولا نريد هنا مجرد سرد ما قالوه في هذا المجال فما قالوه نابع من ظروفهم ، وإنما نورد فيما يلي ما نراه مناسباً لتقنين الفقه الاسلامي . ومن أراد المزيد فليرجع إلى المصادر التي أشرنا إليها فيما تقدم وغيرها .

(١) نقلا عن السنهوري ، في مقاله المشار إليه فيما سبق . وكنا نود تكملة هذا البيان إلى اليوم ولكن أعوزتنا المراجع في مصر . ولعلنا نستطيع ذلك في المستقبل .

ونتناول كلا من الناحيتين في مبحث على حدة . ونخصص مبحثا ثالثا لمراجعة التقنين بين الحين والحين .^(١)

المبحث الأول الناحية الداخلية

هناك كثير من المسائل الداخلية لتقنين الفقه الاسلامي تستحق البحث . ومنها : نطاق التقنين ومصدره وصياغته وتبويبه وروحه العامة وأسلوبه ولغته . ونتكلم باختصار عن كل .
ونقتصر هنا على المعاملات المالية (القانون المدني) وما يقال فيها يقال في غيرها مع مراعاة ما قد يكون من خلافات بينها وبين غيرها .

(أ) نطاق التقنين

يلحظ الباحث في الفقه الاسلامي أن فقهاءنا المسلمين يفرقون بين نوعين من المسائل : أحدهما الواجب ديانة والآخر الواجب قضاء . فالأولى هي التي تبقى بين العبد وربّه دون تدخل من القضاء . والثانية هي التي تقبل بطبيعتها أن تكون محل التقاضي .

والنوع الأول يجب رعايته واحترامه ولكن في داخل النفس ومكنون الضمير بعيدا عن القضاء .

والنوع الثاني هو الذي يدخل في التقنين . ويمكن التعبير عن ذلك بأن الشريعة الاسلامية ثلاث شعب : المعاملات (المالية والشخصية والجنائية) ، والعبادات ، 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) .

(١) انظر : السنهوري ، مقاله المشار إليه فيما سبق

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 تماشى الزمن .

(ب) مصدر التقنين

الفقه الاسلامي متعدد المذاهب . والمشهور عندنا منها أربعة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . وإلى جوارها مذاهب أخرى كالمذهب الظاهري ومذهب الشيعة الامامية والزيدية والمذهب الاباضي . وهناك سبيلان في التقنين :

أحدهما : التزام مذهب واحد . وإذا تعددت الآراء فيه فيلتزم رأى إمامه أو أرجح الأقوال فيه أو المفتى به .

والثاني : الأخذ من كل مذهب بما يصح منه إذ الصحيح ليس محصورا في مذهب معين .

ولسنا ننضم إلى هذا السبيل أو ذاك لأننا نرى في الأول ضيقا قد لا يتفق ووجوب أن يكون التقنين متطورا مع المعاملات الجديدة . ونرى في الثاني توسعا قد يؤدي إلى تناقض في الأحكام أو في أدلتها وقد يؤدي إلى الاضطراب عند التفسير وهو مسألة هامة جدا في التطبيق في المحاكم .

وإنما نسلك سبيلا وسطا وهو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيها أصلا عاما والخروج عليه إلى غيره عندما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء ، فيكون الأصل معروفا والاستثناء بينا بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه . ففي مصر مثلا يؤخذ المذهب الحنفي أساسا مع الخروج عليه إلى مذهب آخر إذا دعت المصلحة كما في مسألة حرية التعاقد والاشتراط مثلا فقد تدعو المصلحة إلى الأخذ فيها بالمذهب الحنبلي . وفي المملكة العربية السعودية حيث يسود المذهب الحنبلي يؤخذ بالمذهب الحنبلي أساسا مع جواز الخروج منه إلى غيره إن وجدت المصلحة في ذلك في مواضع محددة تنزل من الأصل منزلة الاستثناء من الأصل العام . وفي داخل المذهب يؤخذ بالرأى الذي يتفق وتطور الحياة الحاضرة فهذا هو الذي يفتى به الآن .

والمرجع في ذلك كله الرغبة في أن يكون التقنين متمشيا مع الحياة حتى يقبل الناس على تطبيق الشريعة الاسلامية ولا يزوروا عنها إلى القوانين الوضعية وهذه مصلحة عليا يقرها الشارع سبحانه وتعالى .
كل ذلك بشرط عدم الخروج على الشريعة الاسلامية .

ويجب الصدور بادىء ذى بدء عن الفقه الاسلامى ، وبعبارة أخرى يجب البدء بصياغة الأحكام أخذا عن كتب الفقه الاسلامى . ولا بأس من النظر أثناء ذلك إلى القانون للانتفاع بصياغته أو لمعرفة المشاكل التى تثور فى العمل فى هذا العصر وكيفية حلها . إنما المرجع دائما هو الفقه الاسلامى ، على أن تذييل كل مادة بمذكرة إيضاحية تبين فيها أحكام الفقه الاسلامى فى مذاهبه فى موضوع المادة ووجه اختيار الحكم الذى اختير والمراجع .

نقول ذلك لأن هناك اتجاهها ظهر فى بعض لجان تقنين الشريعة الاسلامية بمجلس الشعب المصرى ملخصه تناول التقنينات الوضعية ونسبتها إلى الشريعة الاسلامية ما لم تكن مخالفة للشريعة الاسلامية ، ففى تقرير اللجنة الفرعية المنبثقة عن لجنة التقاضى لاعادة النظر فى قواعد الاحكام وطرق الطعن والتنفيذ الجبرى جاء (ص ١ من التقرير) :

« وانتهت اللجنة إلى أن مواد قانون المرافعات المنظمة لهذه القواعد هى فى مجموعها غير مخالفة للشريعة الاسلامية ، وذلك استنادا إلى المصالح المرسله وهى دليل من أدلة الفقه الاسلامى معمول به منذ نشأة هذا الفقه » وتأسيسا على ذلك فهى « لا ترى إعادة النظر إلا فى بعض القواعد التى ترى أن بعضها مخالف لأحكام الشريعة وبعضها الآخر يحسن تعديله لتكون نصوص القانون أكثر تحقيقا لمقاصد الشريعة وأهدافها » وظاهر من هذا أن نهج اللجنة هو الاكتفاء بعدم مخالفة النصوص الواردة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى (وهو قانون وضعى يعود بأصله إلى القانون الفرنسى) للشريعة الاسلامية . وما دامت غير مخالفة للشريعة الاسلامية فانها تخرج عن إعادة النظر أى تبقى باعتبارها المقصود من عمل هذه اللجان . وقد خلصت إلى أن مواد قانون المرافعات الحالى فى مجموعها غير مخالفة للشريعة الاسلامية فتخرج عن إعادة النظر أى يصدر بها القانون الجديد باعتبارها من الشريعة الاسلامية .

واستندت اللجنة في ذلك إلى المصالح المرسله وهى دليل من الأدلة الشرعية .

وهذا النهج الذى اتبعته اللجنة نهج معيب خاطيء نظرا إلى أن الغاية من هذه اللجان هى إعادة النظر فى القوانين المطبقة الآن فى مصر بحيث يكون مصدرها الشريعة الاسلاميه إعمالا لما جاء فى المادة الثانية من الدستور من أن « مبادئ الشريعة الاسلاميه مصدر رئيسى للتشريع » ونبين فيما يلى وجوه العيب والخطأ ثم النهج الصحيح .
(أ) وجوه العيب والخطأ :

١ - نحن لا نرى أن هناك ، فى الشريعة الاسلاميه ، ما يسمى « ما لا يخالف الشريعة الاسلاميه » ذلك أن الشريعة الاسلاميه كامله فى أسسها ومبادئها « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا » (المائدة : ٣) . وهى بذلك - بأسسها - صالحه لكل زمان ومكان ، فالأحكام فى نظرها إما أن تكون صادرة عنها - أى عن الأدلة الشرعية التى تقرها وهى الكتاب والسنة والاجماع وغيرها من الأدلة الشرعية على خلاف فيها ، فهى منها ، وإما أن تكون غير صادرة عنها فليست منها ، وليس هناك منطقة وسطى تسمى منطقة « ما لا يخالف الشريعة الاسلاميه » فما « لا يخالف الشريعة الاسلاميه » ليس من الشريعة الاسلاميه . لقد أمرنا الله سبحانه وتعالى أن نحكم « بما أنزل الله » أى بالشريعة الاسلاميه لا « بما لا يخالف الشريعة الاسلاميه » فقال تعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون . . . ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون . . . وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون . . . فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق . . . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك » (المائدة : ٤٤ - ٤٩)

إن الشريعة الاسلاميه جمله من الأحكام الشرعية ، والحكم الشرعى هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع . فما كان من ذلك خطابا من الله تعالى فهو حكم شرعى أى من الشريعة الاسلاميه ، وما لم يكن من ذلك من خطاب الله تعالى فليس حكما شرعيا أى

ليس من الشريعة الاسلامية . فليس من الشريعة الاسلامية مجرد مالا يخالف الشريعة الاسلامية مادام ليس خطابا من الله تعالى يتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع .

وهذا على فرض ثبوت عدم المخالفة وهو ما يحتاج إلى إثبات وإثباته لا يكون إلا بعد الاطلاع على ما كتبه الفقهاء المسلمون في الدعوى والقضاء ، والمقارنة بينه وبين قواعد القانون الوضعي القائم .

٢ - المصلحة المرسله دليل تكميلي مع الخلاف فيه :

المقصود بالمصلحة المرسله أو الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين تشريع الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسله أى مطلقة بمعنى أنها مصلحة لم يرد عن الشارع دليل لاعتبارها أو لالغائها .

فالمصلحة المرسله إنما يشرع بها الحكم إذا لم يوجد نص ولا إجماع . والشافعي ينكرها دليلا شرعيا وكذا الحنفية في المشهور . ومن ثم وجب البحث أولا في الأدلة الشرعية (الكتاب والسنة والاجماع وغيرها) فان لم يوجد فيها الحكم التجيء إلى المصلحة المرسله على قول من يقول بها .

فلا يلجأ إلى المصالح المرسله إلا إذا ثبت عدم وجود نص من قرآن أو سنة أو إجماع ولا يمكن أن تكون المصالح المرسله الدليل الشرعي الوحيد لفرع كامل من فروع القانون - قال الشاطبي في الاعتصام (٢ : ٢٣٨) : « إن وضع الأحكام بالرأى على سبيل الدوام من البدع » .

فلا يقبل أن يؤخذ القانون الوضعي المستمد من القانون الفرنسي وينسب إلى الفقه الاسلامي باسم المصالح المرسله وإن كان لا مانع من أن نسترشد به وبغيره في بعض المواضع المحدودة التي لم يرد فيها نص ولا إجماع لتحقيق مصلحة شرعية .

ولو أخذنا بمنهج اللجنة لكان القانون المدني الفرنسي مثلا (فيما عدا نصوص الربا ونحوها) شريعة إسلامية - فهل يقول بذلك أحد ؟ وهل يصدق أحد القول بذلك ؟

٣ - التراث ووصل الحاضر بالماضى :

المقصود بتقنين الشريعة الاسلامية ليس الناحية الاسلامية الدينية فقط ،

وهي كافية ، بل أيضا الناحية الاسلامية القومية إذ الاسلام دين وقومية « إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » (الانبياء : ٩٢) « وإن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاتقون » (المؤمنون : ٥٢) .

ففى الرجوع إلى الفقه الاسلامى رجوع إلى تراثنا ووصل الحاضر بالماضى وإقامة المستقبل على أساس مكين . فاذا اعتر الفرنسيون بقانونهم والانجليز بقضائهم فاننا - نحن المسلمين - نعتز بالفقه الاسلامى وبالقضاء الاسلامى ، فقد ترك لنا أسلافنا المسلمون فقها عارما خصبا يتميز بالسعة والعمق وحسن الصياغة وقوة السبك بحيث يعلو أى فقه آخر . كما ترك لنا أسلافنا المسلمون قضاء زاخرا يشرف أى أمة ، فهل نترك هذا التراث ونذهب إلى قانون مصدره الغالب فرنسى ونسبه إلى الشريعة الاسلامية زورا وبهتاتا ؟

ثم ماذا يكون المرجع فى تفسير هذا القانون ؟ أليس الفقه أو القضاء الأجنبى ؟
٤ - أهمية المصدر :

قد يقال إن الحلول العملية واحدة ويكفى فى الرد على ذلك : ولماذا نأخذها إذن عن الأجانب ولا نأخذها عن تراثنا ؟ ولكننا لا نكتفى بهذا بل نقول إن المصدر مهم ، ذلك لأن هذا المصدر هو الذى يربط الشخص بعقيدته وتراثه مما له أكبر الأثر فى الايمان بالقانون وطاعته عن رضى ، فان أخذ الحكم عن القرآن الكريم أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أخذه عن قانون أجنبى . فالتزام الصدق فلسفة غير اتباعه دينا ، والامتناع عن شرب الخمر صحة غير الامتناع عنه ديانة . فالدين عامل قوى فى حمل الناس على الطاعة والامثال ، وفى وصل العبد بربه فى كل الأمور .
والمصدر هو الذى يفرق بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى .
الأولى مصدرها السماء والثانى مصدره الانسان .

ولا ينكر تشابه القوانين كثيرا فى الحلول العملية ، ولكن مما يميز قانونا عن قانون هو - فى الغالب - الصياغة . فهل صياغة القانون الاجنبى هى صياغة الفقه الاسلامى ؟ فضلا عن المصدر على ما تقدم .
إن من يقرأ قانونا وضعيا يدرك على الفور أنه أجنبى الروح والصياغة .

ومصدر النص يجر إلى المرجع في تفسيره أيضا . فإذا كان المصدر أجنبيا فان المرجع في التفسير يكون أجنبيا أيضا ، وإن كان مصدر النص الفقه الاسلامي فالمرجع في تفسيره كتب الفقه الاسلامي مما يربطنا بترائنا ، فالذي يميز الشريعة الاسلامية عن غيرها هو المصدر ثم الروح والصياغة علاوة على الاحكام .

(ب) المنهج الصحيح :

فالمنهج الصحيح هو الرجوع بادىء ذى بدء إلى كتب الفقه الاسلامي واستقاء الأحكام منها . ولا مانع من الاسترشاد بما عليه الحال الآن ، بل والاقْتباس من القوانين الحالية إذا وجدت في ذلك مصلحة شرعية ، استنادا إلى المصلحة المرسله ، إذ عندئذ يحصر التشريع بالمصلحة المرسله في الحدود المشروعة وفقا للمصلحة الشرعية^(١) .

(ج) الصياغة

تختلف الصياغة من قوم إلى قوم .

فالقوانين المدنية الصادرة عن القانون الروماني تقوم على « الحق » بالاصطلاح القانوني وتقسيمه إلى حق شخصي (الالتزام) وحق عيني ، ثم يبحث عن مصادر كل وأحكام كل : أى البدء بالمسبب أو الثمرة وهو الحق ثم البحث عن المصدر (أو السبب) وأحكامه .

أما الفقه الاسلامي فيبدأ بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف (التصرف) ثم يبحث في أحكامه أى يبدأ فيه بالسبب ثم ينتقل منه إلى المسبب وهو النظر المنطقي العملي .

وقد أطنب بعض الفقهاء من رجال القانون في بيان عيوب المذهب الأول في الصياغة ودعوا إلى هجره واتباع ما اتبعه الفقه الاسلامي وقد شرع فعلا المشرع الألماني في ذلك .

ونحن بالنسبة إلى الفقه الاسلامي يجب أن يكون المثل الذي نرنو إليه هو

(١) يراجع في ذلك المذكرة المؤرخة ٢٠ من جمادى الآخرة سنة ١٣٩٩ هـ - ١٧ من مايو سنة ١٩٧٩ م والمقدمة منا إلى لجنة التقاضي إحدى لجان تقنين الشريعة الاسلامية بمجلس الشعب المصري .

النزول عند صياغة الفقه الاسلامى وهى الصياغة التى ينادى بها رجال القانون الآن . صياغة « التصرف الشرعى » و « الواقعة الشرعية » (١) .
 إلا أننا قد نجد بعض صعوبات فى هذا السبيل عند صياغة النظريات العامة إذ لم تصغ فى كتب أسلافنا العظام من فقهاء الاسلام . وفى هذه الحالة يجب ألا تصدنا هذه الصعوبة عن الغاية النهائية وهى تطبيق الفقه الاسلامى فيجوز أن نلجأ مؤقتاً إلى صياغة القانون نجرى عليها لأنها ممهدة وقد جرت الدراسات الحديثة فى الفقه الاسلامى عليها ، على أن تكون هذه مرحلة تنتقل منها إلى صياغة الفقه الاسلامى بعد التمهيد لها . وهذا ما اتبع فى صياغة القانون المدنى الأردنى : صبت أحكام الفقه الاسلامى فى القوالب الرومانية (نظرية الحق) على أن تكون هذه خطوة نحو العودة النهائية إلى الفقه الاسلامى : أحكاماً وصياغة .

(د) تبويب التقنين

يجب أن يبوب التقنين تبويبا منطقيا متماسكا ، لأن التبويب المنطقى يساعد كثيرا على فهم التقنين والاحاطة به وتيسير البحث فيه .
 والترتيب المنطقى المطلوب فى التقنين غير الترتيب العلمى الذى نجده فى كتب الفقه لأن مقتضيات التقنين غير مقتضيات البحث الفقهى .
 وخير تبويب للتقنين هو ما يلاحظ فيه أمران : أحدهما - أن يكون منطقيا . والآخر - أن يكون عمليا . فيقسم التقنين إلى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأحكام الشرعية العملية وتخفى الأحكام الفقهية النظرية ، على أن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقى محكم .

(١) انظر مقالاتنا الآتية فى مجلة إدارة قضايا الحكومة :

- « العقود المسماة فى الفقه الاسلامى » فى العدد الأول من السنة التاسعة
- « التصرفات الانفرادية فى الفقه الاسلامى » فى العدد الثانى من السنة التاسعة
- « التصرفات الفعلية والوقائع الشرعية فى الفقه الاسلامى » فى العدد الثانى من السنة السادسة عشرة وفى مجلة « أضواء الشرعية » بالرياض مقالنا :
- « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى تجربة حاسمة فى أسلوب دراسة الفقه الاسلامى » العدد الثامن سنة ١٣٩٧ هـ - سنة ١٩٧٧ م

ويحسن أن يتقدم كل الأبواب باب تمهيدى يكون موضوعه الأحكام العامة التي تسيطر على جميع مناحى القانون والتي لا تنحصر في مسألة في باب معين على أن يصاغ هذا الباب التمهيدي صياغة عملية لا فقهية نظرية .
ويلاحظ أن تبويب القانون جزء من أحكامه فقد ترد فيه نصوص لا تفسر تفسيراً مقبولاً إلا بعد الرجوع إلى الموضوع الذي وردت فيه .
وقد عمد التقنين السويسرى إلى بيان ملخص للنصوص في هوامشها .
وهذه الملخصات تعتبر جزءاً من التقنين تسهل فهم نصوصه وتعطى خلاصة واضحة للمعنى المقصود منها وتيسر العثور على الحكم القانونى المراد معرفته .

(هـ) الروح العامة

ونقصد بها الروح العامة التي تسرى في التقنين كله ويمكن القول بأن التقنين السليم يمتاز بسمتين :

(أ) السمة الأولى :

غلبة الروح العملية فيه على الروح العلمية أو الفقهية :

ذلك لأن المقصود بالتقنين هو وضع الأحكام القانونية في متناول الجميع :
جمهور الناس قبل خاصتهم . ومن مظاهر ذلك .

— تجنب إيراد التعريفات والتقسيمات الفقهية . فيتكلم في الالتزام وفي العقد دون إيراد تعريف لهما . ويورد مصادر الالتزام دون تعرض لتقسيمها وترتيبها فمجال ذلك الفقه وليس مجاله التشريع بل إن إيراده في التشريع يضر لأن إيراد هذه التعريفات والتقسيمات في التشريع يجملها وهو ما لا يتفق مع تطور النظم القانونية الأمر الذي قد يلجئ إلى التحايل للتخلص من هذا الجمود وبذل عناء كبير في هذا السبيل .

— تجنب الصيغ الفقهية والتعميمات المجردة إلا لمقتضى

— تجنب ذكر الأسباب التي أوجبت اختيار حكم ما وإيراد الدليل على صحتها ، أو إيراد أمثلة توضح الحكم (كما فعلت المجلة) إذ هذه مهمة الفقه لا التشريع ومجاله الأعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية التي ترفق عادة بالتقنين دون أن تكون جزءاً منه .

— تجنب التصريح بانضمام المشرع إلى المذهب الشخصي أو المذهب المادي في الالتزام أو لمذهب الارادة الباطنة أو الظاهرة في العقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلصه من مجموع النصوص .

— ترك الخوض في التفصيلات والجزئيات والاقتصار على وضع القواعد العامة حتى يكون التقنين من المرونة بحيث يستطيع القضاء والفقهاء مسايرة المعاملات المتغيرة ، وهي تفصيلات .

— هجر القواعد الجامدة إلى المعايير المرنة ما أمكن حتى يترك للقاضي المجال عند التطبيق لوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة ولا يحبس القانون في نصوص جامدة تحول دون التطور إذ القانون كالكائن الحي لابد من ترك المجال له كي يتطور بتطور الحياة المتغيرة .

...

على المشرع في التقنين أن يلاحظ ذلك كله ، لأن مهمة التشريع وضع قواعد عملية ، لا بسط النظريات الفقهية . . وقد قيل في ذلك : « إن القانون وضع ليأمر ولم يوضع ليعلم وهو في غير حاجة للاقناع » .

La Loi commande, elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre .

(ب) السمة الثانية :

ألا يحاول المشرع الاحاطة في التقنين بكل شيء .

ذلك أن هذه المحاولة مقضى عليها بالفشل ، فالمشرع ، مهما كان بعيد النظر ، عاجز عن أن يتصور ، عند وضع التشريع ، كل أمر ليضع له حكمه ، بل هو عاجز عن أن يضع للأمور التي يعرفها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالا واسعا لتطور القانون فلا يقضى عليه بالجمود بحصره في قوالب محدودة من الألفاظ والأحكام . والطريق السليم هو أن يترك المسائل التفصيلية للفقهاء والقضاء .

بل إنه يجب أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية دون أن يتخذ منها موقفا معينا مادام تطورها لم يستقر عند غاية ومادامت الحاجة العملية لا تقتضى ذلك .

والمشرع الحكيم هو الذى يجعل عبارته مرنة بحيث تتسع لتفسيرها على وضع يتغير بتغير الظروف ، دون أن يصل فى ذلك إلى الغموض والابهام .
 وخير طريق يسلكه المشرع للجمع بين المرونة والدقة أن يلجأ المشرع فى المسائل كثيرة التطور ، من القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة التى يسترشد بها القاضى دون أن تقيد به ، فيصل إلى حلول تختلف من حالة إلى حالة ، باختلاف ملابسات كل قضية عن الأخرى . ومن أمثلة التقنيات الحكيمة التقنين السويسرى فهو لم يحاول الاحاطة بكل شىء ، وأكثر من استعمال المعايير المرنة دون القواعد الجامدة ، وترك المجال واسعا أمام القضاء والفقهاء لتفسير القانون وفقا للظروف المتغيرة .

...

خلاصة ذلك كله أن المنهج السليم فى التقنين يكمن فى وظيفته ، فيجب أن تفهم هذه الوظيفة على وجهها الصحيح . ووظيفة التقنين ليست حصر القواعد القانونية على وجه ثابت لا يتغير ، وإنما ترتيب الأحكام الخاصة بفرع من فروع القانون بعد إزالة التناقض بينها ، بحيث يكون مفتاحا ميسرا للتعرف على حكم القانون على أن يكمل ذلك بالرجوع إلى المصادر الأخرى للأحكام القانونية ، وعلى رأسها القضاء والفقهاء ، ذلك انه لا يلبث التقنين أن يوضع موضع التطبيق حتى يقوم إلى جواره من الأحكام القانونية الصادرة عن القضاء والفقهاء ما قد يربو على القواعد التى وردت فى التقنين . ومن أمثلة ذلك تقنينات نابليون فرغم أنه مر عليها ما يقرب من قرنين من الزمان إلا أنها بفضل القضاء والفقهاء ظلت إلى الآن مسيطرة لما جد من تطورات وذلك تحت ستار التفسير .

ولا يمكن إنكار أن التقنين - فى هذا السبيل - يسدى خدمة جليلة للباحثين وللمشتغلين بالقانون فالتشريع المقنن أسهل فى التعرف على الحكم من الأحكام غير المقننة التى يجب أن تتلمس فى السوابق القضائية المبعثرة فى مجموعاتها أو فى المؤلفات الفقهية الواسعة أو فى التشريعات المتفرقة .

(و) الأسلوب

يجب في هذا المجال :

— تجنب التناقض .

— تجنب التكرار إلا لضرورة أو فائدة ولسبب معروف كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ثم أورد تطبيقاً لها في حالة خاصة لأن هذه الحالة تحتمل اختلاف الناس في تطبيق القاعدة عليها فيحسم المشرع الأمر بإيراد تطبيق تشريعي يمنع الخلاف .

— استعمال العبارة المناسبة للحكم ذلك أن العبارات التي يستعملها المشرع أنواع : فمنها الأمرة ومنها الناهية ومنها المبيحة (أو المفسرة) فالأولى وكذا الثانية يجب أن تكون جازمة قاطعة والثانية يجب أن تكون مرنة ظاهرة المعنى المقصود . وقد وصل الأمر للتمييز بين أسلوب النصوص الأمرة والنصوص المبيحة (أو المفسرة) أن طلب مجلس الدولة الفرنسي عند وضع التقنين الفرنسي أن توضع النصوص الأمرة بصيغة المستقبل وأن توضع النصوص المبيحة بصيغة الحاضر . وفي أساليب اللغة العربية وقواعدها ما يحقق التمييز بين هذه الأنواع بكل وضوح .

— وينبغي للمشرع في إيراد القرائن القانونية والفروض ونحوها أن يستعمل الأسلوب الذي يساعد كثيراً على حل المسائل المعقدة ويعطى أحكام القانون نصيبها من الثبات والاستقرار .

— ويجب عدم الاكثار من الاحالة من نص إلى نص ، بل ألا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كانت الاحالة ضرورية ، لأن الاحالات تجعل التشريع غامضاً عسير الفهم فضلاً عن أن المشرع قد لا يستوعب الاحالة إلى كل النصوص الواجب الاحالة إليها .

ومن التقنيات التي لاحظت ذلك التقنين السويسري ، فقد أقل من الاحالة بقدر الامكان ، وعندما اضطر إلى الاحالة كان يحيل لا إلى رقم المادة بل إلى ملخص المحال عليه . أما التقنين الألماني فقد أكثر من الاحالة من نص إلى نص إلى ثالث حتى صار تعقبه أمراً عسيراً شاقاً مع أن التقنين عمل أصلاً للتيسير والتسهيل .

(ز) اللغة

١ - يجب في اللغة التي يستعملها المشرع في التقنين أن تكون :
- واضحة . فاللغة الغامضة تجعل القانون مغلقا .

- دقيقة . فاللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما .

والقانون الألماني يمتاز بدقة لفظه في غير وضوح . والقانون الفرنسي يمتاز بوضوح لفظه في غير دقة . أما التقنين السويسري فيجمع بين الوضوح والدقة . وكذا المشروع الفرنسي الايطالي .

٢ - ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى .

٣ - ويجب أن يأخذ اللفظ معنى واحدا في كل جنبات التقنين فلا يتغير معناه من مكان إلى مكان في نفس التقنين بل يلتزم معناه في كل استعمالاته . وقد درجت بعض التقنيات على إيراد تعريف للالفاظ التي ترد في التشريع لتحديد معناها كالتشريع الانجليزي ومجلة الاحكام العدلية .

٤ - ويجب ان تكون لغة التقنين بسيطة يفهمها جمهور الناس ولا يتنافى هذا مع كونها فنية دقيقة .

وفي تقنين الفقه الاسلامي يجب أن تلتزم مصطلحاته هو دون مصطلحات القانون ، إذ أن هذه غير تلك . فاللفظ الواحد قد يستعمل في القانون بمعنى وفي الفقه الاسلامي بمعنى آخر . مثل ذلك : الالتزام - الفضالة - وغيرها . ففي مجال الفقه الاسلامي يجب استعمال مصطلحاته هو لا مصطلحات القانون والتزامها دائما^(١) .

بل يجب التزام مصطلحات المذهب الذي هو المصدر الرئيسي للتقنين ذلك أن المذاهب تختلف في المصطلحات فكلمة « العين » في المذهب الحنفي غيرها في المذهب المالكي مثلا . وهناك من الالفاظ ما يكثر في مذهب ويندر استعماله في مذهب آخر .

(١) انظر مقالنا « مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الاسلامي » المنشور في مجلة جامعة أم درمان الاسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، ١٩٦٨ .

المبحث الثاني

الناحية الخارجية

يعنى فى هذه الناحية بيان أفضل الطرق فى إجراءات التقنين وهل هى الإجراءات التشريعية المعتادة أم إجراءات خاصة بالتقنين نظرا لطبيعته الفنية المعقدة ؟

وخلاصة ما ذهب إليه العلماء فى هذا الصدد أنه يجب أن يسلك فى التقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعته وهى تقتضى الدقة . ويكون ذلك على قواعد ثلاث :

أ - تكوين لجنة فنية للقيام بوضع مشروع التقنين .
ب - تكوين لجنة لمراجعة المشروع بعد صياغته .
ج - رسم طريقة منتجة لعرض هذا المشروع للاستفتاء العام على أوسع نطاق .

د - رسم طريقة لإصدار التقنين .
وفىما يلى بعض بيان لذلك :

أ - أما اللجنة التى تكلف بوضع مشروع التقنين فيجب أن تكون محدودة العدد حتى يكون إنتاجها متسقا يسوده روح الوحدة والانسجام . وقد وصل الأمر ببعض الدول إلى أن عهدت إلى شخص واحد بوضع المشروع ابتداء . ولكن يلاحظ أن شخصا واحدا قد ينوء كاهله بهذا العمل إذ التقنين عمل فنى متشعب ومعقد وهو يقتضى كفايات متعددة فالأفضل أن يعهد به إلى لجنة قليلة العدد .

ب - وأما المراجعة فيجب أن توكل إلى لجنة أكثر عددا لمناقشة المشروع ، ويحسن أن يمثل فى هذه اللجنة العنصر القضائى للاستئناس بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل أو ما يحسن أن يجرى عليه العمل فى المستقبل .

ج - وأما عرض المشروع للاستفتاء على رجال الفقه والقضاء فلأن التقنين لا يمكن أن يكون كاملا من كل الوجوه مهما عنيت به اللجنة التى وضعت مشروعها إذ تبقى كثير من الكفايات والهيئات التى ينبغى أخذ رأيها . وقد قام

الفرنسيون عند عمل تقنينهم باستفتاء المحاكم سنة ١٨٠١ فشكلت المحاكم لجانا لدراسة مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ذلك إيطاليا إذ كونت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتاءهم في مشروع تقنينها المدني سنة ١٨٦٢ . كما عمدت ألمانيا وسويسرا إلى استفتاء رجال القانون ورجال الأعمال وكان لذلك أثر كبير في تعديل المشروعات الأولى التي وضعت قبل هذا الاستفتاء . وحدث ذلك أيضا في مصر بعد وضع مشروعات تقنيناتها .

د - فاذا تم ذلك عرض المشروع على الهيئة التشريعية المختصة باصداره ومما يجب ملاحظته في هذه المرحلة خصوصا الحرص على أن يكون التقنين وحدة متكاملة فلا يناقش نصوصا في الهيئة التشريعية . وإذا رأيت هذه الهيئة إدخال شيء من التعديل أعيد الأمر إلى اللجنة التي قامت بوضعه لتقوم هي بصياغة التعديل المطلوب بحيث لا يخل التعديل بتناسق المشروع ووحدته .

المبحث الثالث

مراجعة التقنين

يجب ، من وقت لآخر ، مراجعة التقنين حتى يظل مسائرا للظروف المتطورة في المجتمع ، و متمشيا مع القضاء والفقهاء . وبدون ذلك لا يلبث التقنين ، نتيجة عدم المراجعة ، أن يصير قديما متخلفا لا يساير الحالة القانونية القائمة ولا الظروف المتطورة مما قد يجعل ضرر التقنين أكبر من نفعه . ومن أمثلة ذلك انه صدر في يونية سنة ١٩٤٥ مرسوم بتأليف لجنة برياسة الاستاذ جوليو لامورانديير عميد كلية الحقوق بجامعة باريس لمراجعة القانون المدني الفرنسي وتعديله بما يوافق التطورات التي طرأت على المعاملات .

فمن يقول بفائدة التقنين فانه لابدقائل بضرورة المراجعة بين الحين والحين ، إذ أن القانون في المجتمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما لا يعبر بأمانة عن القانون المطبق فعلا في المحاكم ولا علاج لهذا العيب إلا بالمراجعة والتنقيح بين الحين والحين .

وفي الفقه الاسلامي ميدان التعديل واسع بالأخذ بالمذاهب والآراء الأخرى غير المذهب الذي أخذ به التقنين بما يحقق المصلحة المتجددة فضلا عن أن العرف له في الشرع اعتبار .

الخاتمة

عرفنا فيما تقدم التقنين وبيننا مزاياه وعيوبه المدعاة . وعرضنا لسلسلة من التقنين لبيان أهمية التقنين وأثره في انتشار قانون دولة ما .

ثم انتقلنا إلى الفصل الأول فعرضنا فيه الرأيين الموجودين لدى فقهاء المسلمين من حيث حق ولى الأمر في إلزام القضاة بالحكم برأى فقهي معين : الرأى القائل بعدم الجواز ، والرأى القائل بالجواز . وبيننا ما جرى عليه العمل . ثم انحزنا إلى النظر القائل بالجواز مستنديين في ذلك إلى: (١) السياسة الشرعية حيث إن صالح المسلمين اليوم يقضى بالتقنين تثبتنا لدعائم الشريعة الاسلامية في البلاد التي تطبقها ونشرا لها في البلاد التي لا تطبقها ، كلا أو بعضا . و (٢) إلى وجوب طاعة القاضى والرعية لأمر ولى الأمر ما لم يخالف الشريعة الاسلامية .

وفي الفصل الثانى عرضنا منهج تقنين الفقه الاسلامى : (أولا) من الناحية الداخلية . مبينين نطاقه باقتصاره على أحكام القضاء دون أحكام الديانة ووجوب أن لا يخرج عن الشريعة الاسلامية بعمومها . وأن يعتمد المذهب السائد فى الدولة مع جواز الأخذ عن مذهب آخر اذا اقتضت المصلحة بذلك . وعرضنا لما يجب أن يكون عليه تقنين الفقه الاسلامى من حيث المصدر والصياغة والتبويب والروح العامة والأسلوب واللغة . و (ثانيا) من الناحية الخارجية للتقنين وهى تكوين لجنة قليلة العدد لوضع المشروع ثم تكوين لجنة لمراجعة التقنين أكبر عددا ثم عرض المشروع على الاستفتاء العام على أوسع نطاق ثم اتخاذ الاجراءات التشريعية المبسطة لاصداره وإلزام الناس به ، وبيننا (ثالثا) وجوب مراجعة التقنين من حين إلى آخر كى يظل متطورا مع الحياة متسقا مع المعاملات التى تجدد . والله الموفق .

المراجع الأساسية

في التقنين :

السنهوري (عبدالرزاق أحمد) :

— علي أي أساس يكون تنقيح القانون المدني المصري ، مقال منشور في الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ، ج ٢ ص ١٠٦ — ١٤٣ (١٨٨٣ هـ — ١٩٣٣ م) .

— وجوب تنقيح القانون المصري ، وعلي أي أساس يكون هذا التنقيح . بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، شوال سنة ١٣٥٤ هـ يناير سنة ١٩٣٦ م ، ص ٣ وما بعدها .

— أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، سنة ١٩٥٢ (مع الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبوستيت) .

بالفرنسية :

فرانسوا جيني :

- La technique legislative dans la codification civile moderne (a propos centenaire du code civil). Paris, A. Rousseau, 1904.

- Les procedes d'elaboration du droit civil, Paris. Giard et Briere, 1910

- Sciences et technique en droit prive positif. Paris, Sirey

- Le conception generale du droit, de ses sources, de sa methode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles.

- Methode d'Interpretation et sources en droit prive positif, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

— موسوعة دالوز في القانون المدني — المجلد الثاني — الطبعة الثانية ،
باريس سنة ١٩٧١ مادة « تقنين » ص ٢ ومابعدا .

— لامبير ، الصلة بين القانون والدين في العالم الاسلامي المعاصر
وخصوصا في مصر ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، العدد
الخامس ، القسم الافرنجي ، ص ٢٩٦ — ٣١٢

في الفقه الحنفي :

المرغيناني (٥٩٣) :

— « البداية » وشرحها « الهداية » المطبعة الأميرية ، الطبعة الأولى سنة
١٣١٦ هـ . وعلى هامشها « فتح القدير » لابن الهمام (٨٦١ هـ) .

الطرابلسي (٨٤٤ هـ) :

— معين الحكام ، الطبعة الثانية ، مصطفى الباي الحلبي ، ١٣٩٣ هـ —
١٩٧٣ م .

ابن الشحنة (٨٨٢ هـ) :

— لسان الحكام ، الطبعة الثانية ، مصطفى الباي الحلبي ،
١٣٩٣ هـ — ١٩٧٣ م (مع معين الحكام للطرابلسي) .

ابن نجم المصري (٩٧٠ هـ) :

— الأشباه والنظائر ، القاهرة ، مصر ، سنة ١٢٩٠ هـ

ابن عابدين (١٥٢٥ هـ) :

— رد المحتار ، الطبعة الثالثة الأميرية ، سنة ١٣٢٤ هـ

— تكملة رد المحتار (قرة عيون الأخيار) ، الطبعة الثانية ، بولاق .

— مجموعة رسائل ، طبع الاستانة ، ١٣٢٥ هـ

مجلة الأحكام العدلية ، الأستانة ، سنة ١٢٩٨ هـ .

في الفقه المالكي :

القرافي (٦٨٤ هـ) :

— الفروق ، مصر ، سنة ١٣٤٤ هـ .

- الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام – الطبعة الأولى ، مطبعة الأنوار – سنة ١٣٥٧ هـ – ١٩٣٨ . نشره عزت العطار .
- ابن فرحون (٧٩٩ هـ) :
- تبصرة الحكام ، طبعة الحلبي ، على هامش فتح العلي المالك ، طبعة ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨ .
- محمد عlish (١٢٩٩ هـ) :
- فتح العلي المالك (مع تبصرة الحكام لابن فرحون) .
- في الفقه الشافعي :
- الماوردي (٤٥٠ هـ) :
- الأحكام السلطانية ، مطبعة مصطفى الباي الحلبي ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٣٩٣ هـ – ١٩٧٣ م .
- عز الدين بن عبدالسلام (٦٦٠ هـ) :
- قواعد الأحكام – مصر ، مطبعة الاستقامة السيوطي (٩١١ هـ) .
- الاشباه والنظائر ، طبع مصر ، ١٣٥٥ هـ – ١٩٣٦ م
- في الفقه الحنبلي :
- ابن قدامة (موفق الدين) (٦٣٠ هـ) :
- المغني شرح مختصر الخرقي – مكتبة الجمهورية العربية
- ابن تيمية (٧٢٨ هـ) :
- السياسة الشرعية – مطبعة دار الشعب بمصر .
- ابن القيم (٧٥١ هـ) :
- إعلام الموقعين – ادارة الطباعة المنيرية بمصر في أربعة أجزاء . وكذا الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤ هـ – ١٩٥٥ م .
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ هـ – ١٩٥٣ م .
- الفتوح (١٠٠٠ هـ) :
- منتهى الارادات .

منصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) :
 - كشاف القناع ، مصر ، المطبعة الشرقية ، ١٣١٩ هـ

بحوث حديثة :

عبدالوهاب خلاف :

- السلطات الثلاث في الاسلام ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٥٠٨ وما بعدها . والسنة السادسة ، ص ٤٣٩ وما بعدها . والسنة السابعة ، ص ٥٦٥ وما بعدها .

عبدالرحمن عبدالعزيز القاسم :

- الاسلام وتقنين الأحكام ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٦ م
 - مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده (رسالة دكتوراه من كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٣) .

في الأدب والسياسة :

محمد كرد علي :

- رسائل البلغاء ، دار الكتب العربية الكبرى ، مصطفى الباي الحلبي ،
 ١٣٣١ هـ - ١٩١٣ م ، رسالة ابن المقفع في الصحابة ص ١٢٠ - ١٣١ .

ابن قتيبة :

- الامامة والسياسة ، طبع محمد مصطفى فهمي ، مطبعة الفتوح الأدبية ،
 ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٣ م .

الفهرست

١	نقديم
٥-٢	تصدير
١٥-٥	المقدمة :
٦-٥	المبحث الأول : التعريف بالتقنين
٩-٦	المبحث الثاني : (أ) مزاياه
١٢-٩	(ب) عيوبه
١٥-١٢	المبحث الثالث : حركة التقنين
.....-١٦	الفصل الأول : المبدأ (هل يجوز تقنين الفقه الاسلامي ؟)
١٧-١٦	تمهيد
.....-١٧	المبحث الأول : الفقه
١٧	(أ) الرأي القائل بعدم الجواز : حجته
٢١-١٧	المالكية
٢٣-٢١	الشافعية
٢٥-٢٣	الحنابلة
٢٦-٢٥	(ب) الرأي القائل بالجواز : حجته
		١ - من القدامى
٢٨-٢٦	ابن المقفع
٣٠-٢٨	الحنفية
٣٠	المالكية
٣٠	الشافعية
٣٠	الحنابلة
		٢ - من المحدثين :
٣١	المرحوم على الخفيف
٣٢	المرحوم محمد أبوزهرة

٣٢	الشيخ حسنين مخلوف
٣٣ - ٣٢	الشيخ أحمد فهمي أبوسنة
٣٤ - ٣٣	المبحث الثاني : ماجرى عليه العمل
٤٤ - ٣٥	المبحث الثالث : رأينا وأدلته
٤٥	الفصل الثاني : المنهج
		المبحث الأول - الناحية الداخلية
٤٨ - ٤٧	(أ) نطاق التقنين
٤٨	(ب) مصدر التقنين
٥٣ - ٤٩	اتجاه خاطيء
٥٣	المنهج الصحيح
٥٤ - ٥٣	(ج) الصياغة
٥٥ - ٥٤	(د) تبويب التقنين
٥٧ - ٥٥	(هـ) الروح العامة
٥٨	(و) الأسلوب
٥٩	(ز) اللغة
٦١ - ٦٠	المبحث الثاني - الناحية الخارجية
٦٢	المبحث الثالث - مراجعة التقنين
٦٣	الخاتمة
٦٧ - ٦٤	المراجع

بيان

ورد في الصفحة ٢٢ كلام عن « المشركة » وهي مسألة امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها . فكان للزوج النصف وللأم السدس ومابقى وهو الثلث جعله عمر رضي الله عنه للاخوة لأم وأسقط الأخوة لأم وأب . وفي مرة أخرى أشرك بين بين الاخوة لأم والاخوة لأم وأب في الثلث - فقال له رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا فقال عمر رضي الله عنه : تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا . وإنما سميت « المشركة » لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين الاخوة لأب وأم والاخوة لأم في فرض الاخوة لأم . وهي مسألة اختلف أهل العلم فيها قديما وحديثا .

(انظر : ابن قدامة ، المغنى ٧ : ٢١ وما بعدها) .

مطابع قطر الوطنية

تلفون : 442426 من 1 إلى 339 الدوحة - قطر

مكتبة تكثير الإكسلي

تليفون : ٨٨٢٤٥٤ ص. ب : ٣٥٥ الدوحة - قطر