

الفقه الإسلامي و التغيير القانوني في البلاد الإسلامية في القرن العشرين

د. محمد أحمد سراج

التمهيد:

مجال هذه الدراسة هو هذا التطور التشريعي الذي حدث في العالم الإسلامي في القرن العشرين، أو هو هذا التحول الذي حدث بالانتقال عن تطبيق قواعد الفقه الإسلامي في أي مذهب من مذاهبه إلى الأخذ بنظم قانونيه مستمدة من التفكير القانوني الغربي في ظروف الاحتلال و الهيمنة الغربية المباشرة. ويضاف إلى ذلك اتجاه البلاد الإسلامية بعد نيل استقلالها في منتصف القرن العشرين إلى العمل على استكشاف الصيغ المناسبة للرجوع إلى التطبيق الشرعي.

وهكذا فإن وصف ما حدث من تطور تشريعي في القرن العشرين يقتضي تأمل ظاهرتين متعاكستين في الاتجاه و الهدف؛ أولاهما ظاهرة " الاستمداد " من القوانين الغربية التي ارتبطت وجودا ونشأة وازدهارا بظروف الاحتلال العسكري الغربي، وهيمنة القوى الغربية على بلاد العالم الإسلامي، أما الظاهرة الأخرى التي لم تصل إلى نهايتها المحددة فهي ظاهرة العودة إلى التطبيق الشرعي. وقد ارتبطت هذه بظروف نيل البلاد الإسلامية استقلالها ونمو المد القومي واستعادة الوعي بالذات والصراع مع قوى الهيمنة الغربية في المجالات الاقتصادية و السياسية، بل و العسكرية كذلك. ويمكن توضيح مجال هذه الدراسة بالرسم التوضيحي التالي:

الاحتلال الغربي ← الاستمداد من القوانين الغربية

الاستقلال الوطني والصراع مع القوي العربية ← صيغ

العودة إلى التطبيق الشرعي

و سأفترض إمام القارئ بالظروف التاريخية التي نتجت فيها هاتان الظاهرتان. ولن ادخل في التفاصيل التشريعية الا بمقدار ما لا يفسد متابعة خطوط التطور العامة. ولن يمكن تحقيق هذه المتابعة إذا استدرجتنا جاذبية المناقشات الصحفية أو السطحية التي تعبر عن الأهداف والمواقف أكثر مما تعبر عن وعي بأدوات التحليل القانوني للظواهر التشريعية المتصلة بموضوعات هذه الدراسة، من مثل جمود الفقه الإسلامي وتخلفه أو عدم صلاحيته للتطبيق. ويشبهه ما يتردد في المعسكر الآخر من سمو الفقه الإسلامي وسعيه إلى تحقيق السعادة للبشر و غير ذلك مما يستند إلى قدر كبير من الخلط بين الإلهي و الإنساني أو المطلق و النسبي.

تتطلق هذه الدراسة من عدد من المسلمات؛ منها التفريق بين مصطلحي الشريعة الدالة علي الأحكام المتضمنة في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومصطلح الفقه تشريع علي حين يرجع المصطلح الآخر إلى الجهد العقلي للعلماء والأئمة والقضاة و من علي شاكلتهم في تفسير النصوص الشرعية و تطبيقها في المشكلات العلمية التي تواجههم. ويقتضي ذلك التسليم بما أدركه الفقهاء فيما يتعلق بتطور الفقه و التشريع واختلاف الفتوى باختلاف الزمان و المكان والظروف (١).

وتتطلق هذه الدراسة من وعي واضح بأن المناهج التشريعية آخذة الآن في التشكل على نحو قد لا يتصادم مع المناهج الأصولية المعروفة وان لم يتطابق معها. وعلى سبيل المثال فقد اكتسب التقليد معنى أوسع في التشريعات الإسلامية الحديثة، وأصبح غير منحصر في دائرة المذاهب الفقهية المعروفة، بل تعداها إلي آراء فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من

أصحاب الآراء التي اعتبرت شاذة ولا تدخل ضمن دائرة التفسيرات المقبولة للنصوص الشرعية ومن وجهة نظر أخري فقد اكتسب التقنين والتشريع الذي مارسه أولو الأمر في الماضي (ابتداء من الخليفة الثاني عمر بن الخطاب حسبما تدل عليه سياسته المالية التي سنها، وحكمه باحتساب الطلاق المتعدد ومرورا بالسلطين العثمانيين كما في التقادم المانع من سماع الدعوى) دورا بالغ الأثر بعد تنظيمه ووجود المجالس النيابية الممثلة لاتجاهات الرأي العام المتصارعة في المجتمع.ولاشك في أن المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية قد أصبحت ذات دور أوسع بكثير مما كانت عليه في القرون الستة التالية لصياغة الشافعي منهجه الأصولي،وهي القرون التي غلب فيها النظر القياسي إذا ما قورن الوزن النسبي لهذا النظر آنئذ بالنظر المصلحي.و لا يغيب عن البال هذا التطور الذي دخل علي العرف ؛ فقد اسهم في تشكيل الحديث هذا التطبيق المتوالي للمفاهيم القانونية الغربية،سواء في القوانين المحلية او في الاتفاقيات و المعاهدات العالمية التي وقّعت عليها البلاد الإسلامية.

و يجب اخذ هذا كله في الاعتبار عند تقويم التجربة التشريعية للعالم الإسلامي في القرن العشرين.وفي اعتقادي إن استحضار هذه التجربة للوعي العام، والإمام بمنحنياتها صعودا و هبوطا من المقومات الضرورية لحل المشكلة القانونية التي تعودنا علي معاناتها دون أن نبذل جهدا مناسبا لحلها والإجابة عن الأسئلة المعقدة التي يتطلبها حل هذه المشكلة.ويكرس التناول السطحي لهذه القضية المحورية تفتيت الوعي الجاد بها.و قد أسهمت الاتجاهات المختلفة في تأييد الاختيارات التي أنتت بها الظروف السياسية في تغييب هذا الوعي؛فاكتفي البعض برفع رايات التحديث والتغيير والتطوير، ورموا خصومهم بالتخلف و الجمود،في اتجاههم إلى تبرير الوضع التشريعي

القائم. وانجرت النخب الحاكمة في أحوال كثيرة إلى هذا الاتجاه الذي أعارته لهذا وسائل الإعلام آلتها المدوية، فلم يجد أصحاب هذا الاتجاه الوقت الكافي لممارسة النقد الذاتي، ولا لمراجعة أفكارهم وتطويرها، وقد ارتفعت في مواجهة ذلك أصوات أخرى تطالب بإعادة الوضع القانوني و التشريعي إلى ما كان عليه قبل التغييرات التي شهدها الربع الثاني من القرن التاسع عشر و القرن العشرين. وتجمع أصحاب الاتجاه القديم الجديد حول شعار: "لا حكم إلا لله". ووجد هذا الاتجاه أنصاره الذين عبروا عنه في صفوف المتخرجين من مؤسسات التعليم الديني و المعارضين السياسيين و الطامعين في تحقيق الاستقلال و نبذ التبعية.

أما المشتغلون بالعمل والتفكير القانوني فقد توزعوا علي هذا " الموزاييك" الذي يضم ألوان الطيف المختلفة، حتى استشعر بعضهم الحرج في استمرار اشتغاله بالمحاماة أو القضاء، طبقا لما يتضح من الأسئلة الموجهة إلي المفتين في الصفحات الدينية للصحف السيارة، وذلك في الوقت الذي انصرف بعضهم إلي القيام بعمله منتظرا عفو الله في الآخرة، متذرعاً بالتطور اللازم طبقا لسنة التغيير، أو معتقدا بأن " هذه بضاعتنا ردت إلينا" أو غير ذلك من المواقف التي لا تستند إلي تحليل دقيق لأسسها التاريخية والواقعية والفنية. ولا يستثنى من ذلك إلا بعض أصحاب الهمم العالية من القانونيين الذين بذلوا جهودا مضيئة في تحليل ما حدث والتعرف عليه واكتشاف أسسه الفنية للانتهاء إلي مواقف واضحة، تتسم بالرغبة في المحافظة علي التحديث والتطوير في مجتمع يسعى إلي التغيير والتنمية والتقدم مع الاستفادة من الجهود التشريعية والفقهية التراثية التي عبرت عنها المذاهب المختلفة. وهو الموقف الذي عبر عنه باقتدار بالغ عبد الرزاق السنهوري الذي لا شك في أنه أحد المواهب القانونية الفذة في العالم. ونجد

هذا المنهج الساعي إلي الجمع والتوفيق بين التفكير القانوني العالمي ومقررات الفقه الإسلامي وأسس له لدي كل من عبد القادر عودة ومصطفى الزرقا وطارق البشري ومحمد سليم العوا وغيرهم من أساتذة القانون الذي نمت لديهم الرغبة في البحث المقارن.

وإذا كان تحقيق الاتفاق العام حول قضية المرجعية التشريعية والأسس التي يقوم عليها نظامنا التشريعي من الأمور الحيوية ومن أُلزم لوازم حياتنا الاجتماعية لتحقيق الأمن والاستقرار والتنمية والتقدم، وصياغة نظامنا السياسية والاقتصادية فإن من الواجب التوقف عند بعض تفاصيل تطور التجربة التشريعية التي مرت بها البلاد العربية والإسلامية في القرن الأخير. والهدف من هذا التوقف هو معرفة ما حدث لذات المعرفة من جهة وللعمل علي استخلاص العبر التاريخية من جهة أخرى. وسأحاول قدر الطاقة أن أكون محايدا فيما أعرض من تطورات وألا أبخس صاحب حق حقه.

ولتلخيص ما حدث وتيسير متابعته وفهمه فإن المؤرخ المعاصر يستطيع التمييز في تقديره للعمل التشريعي في القرن الأخير بين جانبيين متناقضين في ظروف التكوين والمصادر والمنطق الفني، أولهما: هذه القوانين المستمدة من أصول أوروبية فرضتها القوى الغربية وأصبحت تشكل واقعا التشريعي بمؤسساته التعليمية والقضائية والتنفيذية، دون أن يستطيع أحد تجاهل وجودها الكثيف حوله. وإنما تطبق هذه القوانين في أكثر بلاد العالم الإسلامي في المجالات الجنائية والمدنية والدستورية والإدارية وفي قوانين الإجراءات والإثبات والتجارة. والثاني: هذه القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية ومن اجتهادات المذاهب الفقهية المتعددة. وإنما تطبق هذه القوانين بشكل أساسي في مجالات الأسرة.

وإذ يدور العمل التشريعي والقانوني حول هذين القطبين المتناظرين في أصلهما وأساليبهما الفنية فإنه لا سبيل إلي استمرار هذا التناظر وهذه الازدواجية. ولذا نما هذا الاتجاه الداعي إلي القضاء علي هذا التوتر بالتوفيق بينهما والإفادة من الثقافتين الشرعية والقانونية لإضفاء الوحدة والتناسق وصياغة فلسفة تشريعية متجانسة تعزز أهدافها ورسالتها، وبناء التنمية والتقدم فيها بالإفادة من ثمرات التفكير القانوني السليم في التنظير والمبادئ الواقعية العملية التي أكدت التجربة سلامتها، مع الإفادة كذلك مما جادت به قرائح الفقهاء المسلمين من صياغات فنية تدعم الخلق وتؤكد الضمير وترعي خصوصيات الإنسان العربي والمسلم وتقاليدته ونظراته إلي الحياة وعلاقته بما حوله وذاتيته. ويبدو لي ولكثير من الباحثين أن العمل علي صياغة أبعاد هذه الفلسفة القانونية الجامعة هو واجب هذا الجيل الحاضر إذا أراد أن يقوم بواجبه وأن يضطلع بمسئوليته. لقد بدأ عبد الرزاق السنهوري بوضع إطار هذه الفلسفة، وتعاقب علي وضع اللمسات الفنية فيه عدد كبير

من البارزين، من بينهم الصدة والطمأوي وصوفي أبو طالب، والزرقا، والشاوي وطارق البشري، وأثبتت الأيام نجاح التطبيق العملي لهذه الفلسفة. وإذا وضعنا هذا كله في الاعتبار فإن علينا أن نقسم مجالات هذا البحث إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : الاستمداد من القوانين الغربية والظروف التاريخية لإقصاء النظام القانوني المطبق في البلاد الإسلامية قبل القرن الأخير وإحلال قوانين غربية الأصول محل هذا النظام.

الفصل الثاني: استلهام الفقه الإسلامي في التطبيق القانوني. ومقصود هذا الفصل هو متابعة الجهود التي بذلتها الدول الإسلامية والعربية في التوفيق بين مقتضيات الأصالة والمعاصرة، والخروج بفلسفة تشريعية تعتمد الاستجابة للمصالح الاجتماعية دون خروج علي مقررات الفقه الإسلامي. وإنما أتت هذه الجهود التالية للاستمداد من القوانين الغربية وتولد إحساس عام بعدم الرضا في ظروف العمل علي نيل الاستقلال والخروج من أزمة التبعية الثقافية والسياسية، فضلا عن المطالبة المستمرة من جانب بعض الاتجاهات السياسية ذات التأثير الشعبي بالعودة إلي تطبيق الأحكام الشرعية. وقد تبنت هذا حركات سياسية معينة وصلت إلي سدة الحكم في بعض البلاد الإسلامية، علي نحو كان له أثره في العمل التشريعي. ولذا يتعين رصد هذه الجهود وتحليلها، وهو هدف هذا الفصل.

الفصل الثالث: التطبيق الشرعي في مجال الأسرة. والهدف من عقد هذا الفصل هو دراسة أوجه التطور التشريعي التي أخذت بها البلاد الإسلامية في هذا المجال، لمعرفة طبيعة القضايا والمشاكل التي فرضت نفسها في هذه الفترة ومدى الاتفاق في الحلول التي أخذت بها هذه التشريعات في هذا المجال.

المبحث الأول:

تقديم:

كان العالم الإسلامي قد آل أمره إلي الضعف "في النصف الثاني من القرن التاسع عشر"، وذلك في الوقت الذي أخذت فيه القوي الغربية زمام الثورة الصناعية والإدارية. ولم تترك هذه القوي للنظم السياسية القائمة في البلاد الإسلامية الفرصة لإصلاح شئونها، وتكفل الاستبداد السياسي بقتل المحاولات الشعبية الرامية للوقوف في وجه هذه القوي. ولم يكن فشل الثورة العرابية وحصار الأفغاني إلا إيذنا بقيام هذا التحالف غير المقدس بين القوي الغربية والحكومات المستبدة علي قهر الشعوب المسلمة المغلوبة علي أمرها. ولم يكن غريبا لهذا أن يتعاون الخديو توفيق والحكومة العلية في الحكم بخيانة عرابي لدولة الخلافة العثمانية وأن تصدر الفتاوى بكفره وأن تستجيب فئات كثيرة من المجتمع المصري لمثل هذه الدعاية المسمومة.

وفي هذه الفترة كان الإنجليز قد نجحوا في التسلل إلي شبه القارة الهندية، وإنهاء دولة المغول الإسلامية التي حكمت الهند فترة طويلة، كما كان الهولنديون قد ثبتوا أقدامهم في إندونيسيا،

واستطاع الفرنسيون ابتلاع الجزائر وتونس بعد جهود مضنية، وبدأ المسرح معدا تماما لتشيع جنازة الرجل المريض بعد الفتك به، وقنع أولاد محمد علي في مصر بتنفيذ ما أراده الأوصياء الأوربيون ولجان الدين.

ولكن كانت الدولة الفودية في الغرب الأفريقي قد حققت قدرا كبيرا من النجاح في القضاء علي الخرافات والبدع وفي نشر الإسلام. ولم تلبث الدولة العمانية في موقعها المطل علي تجارة المحيط الهندي أن استسلمت هي

الأخرى لضغوط القوي الغربية ولم تسلم من هذه الهجمة الشرسة سوي أفغانستان وأكثر أجزاء شبه الجزيرة العربية.

وكانت البلاد الإسلامية قد شهدت في هذه الفترة نشاطا تشريعيا واضحا، لعل من أهم ما يعبر عنه صدور مجلة الأحكام العدلية في عام ١٨٧٧م. وتعد هذه المجلة التي تبنت الدولة العثمانية تطبيقها في الشام والعراق وتركيا تقدينا مدنيا كاملا، لا يقل بحال من الأحوال من حيث الصياغة والشكل والموضوع عن أرقى القوانين المدنية المعروفة في عصرنا، وهي مأخوذة من المذهب الحنفي، وقد جاءت في ١٨٥٠ مادة، وشملت إلي جانب المعاملات المدنية عددا من القواعد الفقهية وأحكام التقاضي ووسائل إثبات الدعاوى المدنية. ولا يغيب عن البال أن المجلة ليست إلا حلقة من حلقات التطور في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، واستمرارا لجهود الدولة العثمانية في ضبط إدارة العدالة في أقاليمها، علي النحو الذي بدا بوضوح في جهود سليمان القانوني. ويشير شاخت بتقدير بالغ إلي مدي النجاح الذي حققه العثمانيون في إدارة العدالة. وفي رأيه أن المجموعة القانونية المعروفة بقانون نامة والصادرة في عهد سليمان القانوني والتي بدأت صياغتها في عهد بايزيد الثاني ١٤٨١-١٥١٢م تعد تطورا قانونيا بالغ الأهمية، لاشتمال هذه المجموعة علي تناول مفصل لأحكام إقطاع الأراضي ووضع الرعايا غير المسلمين وتنظيم الشرطة والقانون الجنائي وقانون الأرض وأحكام الحرب. ويعلق شاخت علي هذا كله بأن النظام القانوني للعثمانيين في القرن السادس عشر كان أعلي منزلة مما كان عليه الحال في الممالك الأوربية (٢).

وقد أثمر فقه الفتاوى ثروة تشريعية في شبه القارة الهندية، علي النحو الذي ظهر في الفتاوى العالمية والتي أمر السلطان أورنزيب بتشكيل لجنة لصياغتها، ومثلت المرجع الأساسي للقضاة في القرن الثامن عشر والنصف

الأول من القرن التاسع عشر إلي أن وضعت إنجلترا قوانينها المعدة للتصدير محل أحكام هذه الفتاوى في شبه القارة الهندية.

أما في الشمال الأفريقي فقد كان أهم تطورات تطبيق المذهب المالكي في هذه المنطقة هو الاعتراف بالعمل القضائي، وإعطائه نوعاً من الحجية، حيث يقسم الحجوي الثعالبي الفقه في المغرب إلي قسمين، أولهما الفقه الأصلي الموجود في الموطأ والمدونة وغيرهما. والثاني فقه العمليات وهو الذي حكم به القضاة لقول ضعيف مرجوح في المذهب المالكي مخالفين الرأي الراجح في المذهب، ومثلت هذه الأحكام القضائية نوعاً من السوابق التي يتقيد القضاة باعتمادها والعمل بها، طبقاً لما عبر عنه الونشريسي في المعيار المعرب (٣).

وقد استمر القضاة فيما عدا ذلك في التقيد بوجه العموم بأحكام المذهب الفقهي الذي عهد إليهم تطبيقه، دون أن يمثل ذلك عائقاً أمام الاستجابة للمصالح الاجتماعية التي لم يتغير النظر إليها كثيراً عن ذي قبل. ومع ذلك فقد تمكن القضاة من تطوير وسائلهم الفنية المتاحة لهم داخل المذهب الذي يتعين عليهم تطبيقه لتحقيق هذه الاستجابة عند حدوث أي تغير في النظر للمصالح الاجتماعية. ولذا طور الأحناف نظرهم إلي العرف، واستخدمه المتأثرون منهم أكثر من ذي قبل لإضفاء الشرعية علي بعض التوجهات الاجتماعية. وعلي سبيل المثال فقد أصبح من حق الزوجة الحنفية في مصر في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر أن تشتترط علي زوجها شروطاً لم يكن يلتزم الزوج بتنفيذها في القرن الرابع عشر والقرن الخامس عشر، كأن لا يسافر بها أو يتزوج عليها، أو تستقر في بيتها الخاص بها (٤).

وقد نجح الفقهاء والقضاة بهذا في التصدي للمشكلات التي تواجههم، وبيان الحكم الشرعي فيها وكفي الالتفات إلي كتب النوادر والفتاوى لمعرفة

مدي النجاح الذي دان لهم في الاستجابة للمصالح الاجتماعية وملاحقة التطور، وإن لم ينف ذلك خطأ التعصب والجمود علي مذهب فقهي بعينه، وتوقف العلماء عند ما هو مدون في بطون الكتب الفقهية من مختصرات وحواش وشروح. يكشف عن هذا الوجه السلبي ما يرويه رشيد رضا في تاريخ الأستاذ الإمام محمد عبده من رفض العلماء طلب الخديو إسماعيل أن يؤلفوا كتابا في الحقوق والعقوبات، موافقا لحال العصر، سهل العبارة، مرتب المسائل علي نحو ترتيب كتب القوانين الأوربية، وتوجه الخديو إلي رفاة الطهطاوي بمطالبته بأن يعمل علي إقناع العلماء بوضع مثل هذا الكتاب، وقال له : "إنك منهم، ونشأت معهم، فأنت أقدر علي إقناعهم، وأخبرهم أن أوروبا تضطرنني إذا هم لم يجيبوا إلي الحكم بشريعة نابليون" وقد رفض رفاة هذا الطلب معتذرا بقوله : "إنني يا مولاي قد شخت ولم يطعن أحد في ديني فلا تعرضني لتكفير مشايخ الأزهر إياي في آخر حياتي، وأقلني من هذا الأمر، فأقاله" (٥).

وعلي الرغم من انفراد رشيد رضا بهذه الرواية وميله الواضح إلي تحميل هؤلاء العلماء من مشايخ الأزهر مسئولية إقصاء أحكام الشريعة عن التطبيق في مصر لمجرد رفضهم وضع كتاب في الحقوق والعقوبات علي غرار القوانين الأوربية، فإن من الجلي الواضح أن بعض القوي الغربية كانت قد اتخذت عددا من الخطوات العملية في اتجاه فرض قوانينها في البلاد الإسلامية التي احتلتها، مما يعني أن هذه القوي كانت قد عقدت العزم علي إحلال قوانينها محل الأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي، وهذا هو ما يدل عليه تتبع ظاهرة التغيير القانوني بالنظر فيما يلي.

في الهند: يمكن القول باطمئنان كامل أن القوي الغربية قد بدأت التعامل مع الفقه الإسلامي وصياغة خططها لإحلال قوانينها محله في شبه القارة

الهندية. وكانت الدولة المغولية تطبق الرأي الراجح في المذهب الحنفي في النزاعات التي تنشأ بين سكان البلاد مسلمين وغيرهم عندما تسللت شركة الهند الشرقية إلى هذه البلاد في نهاية القرن السادس عشر، متسترة خلف أهدافها التجارية. وقد استمرت الشركة في تطبيق أحكام المذهب الحنفي دون تغيير يذكر حتى عام ١٧٧٢ إلا في أمر واحد هو إسناد القضاء إلى من عينتهم من القضاة الإنجليز، وكان يعاون هؤلاء القضاة المفتون من علماء المذهب الحنفي للمساعدة في تعيين الحكم المقضي به من كتب هذا المذهب ومصادره المكتوبة باللغة العربية التي لا عهد لهؤلاء القضاة بها. وبذا تشكلت المحكمة من عدد من القضاة يعاونهم أحد العلماء (ملا) الذي عهد إليه بتقديم الرأي المعتمد في المذهب الحنفي مع نقله للقضاة بلغة يفهمونها لاستلهاهم في حكمهم. ومن المتوقع أن يختلف تطبيق أحكام هؤلاء القضاة للفقهاء الحنفي عن نظرائهم من القضاة المسلمين، ولهذا تكون بمرور الوقت وتراكم أحكامهم ما أطلق عليه " القانون الإنجليزي الإسلامي Anglo Mohammedan Law " (٦)

و قد بدأت السلطات البريطانية العمل على إصدار ترجمة إنجليزية معتمدة لكتاب أساسي في الفقه الحنفي هو كتاب الهداية في أواخر القرن الثامن عشر، و تم طبع هذه الترجمة في عام ١٧٩١، ثم صدرت ترجمة الفتاوى السراجية في الربع الأول من القرن التاسع عشر، ثم ترجمة بعض أجزاء من الفتاوى العالمكيرية، و صدرت ترجمة شرائع الإسلام للحلى، و هو كتاب في الفقه الإمامي، عام ١٨٧٤ (٧). و قد كان الهدف من توالى صدور هذه التراجم و غيرها هدفا عمليا، هو تيسير رجوع هؤلاء القضاة إلى الآراء المعتمدة في المذهبين الحنفي والشيعي.

ويدل علي مدي الحاجة لهذه التراجم صدور طبعتين اثنتين من الترجمة الإنجليزية للفتاوى السراجية في الربع الأول من القرن التاسع عشر. غير أن سياسة التدخل في النظام التشريعي قد بدأت علي استحياء عام ١٧٧٢ م، حين أصدر Warren Hastings المستشار العام لشركة الهند الشرقية عددا من التوجيهات المتعلقة بترتيب المحاكم وتطبيق القانون الإنجليزي في المناطق المملوكة للشركة Residencies، مع استمرار العمل في المناطق التي يسكنها الهنود والمسلمون بأحكام الفقه الحنفي. وفيما بعد قدم Warren Hastings عددا من المقترحات الرامية إلي إحداث عدد من التغييرات الجزئية في المجال العقابي، من بينها إلغاء التفارقة بين القتل العمد وشبه العمد، وإلحاق الأخير بالأول واعتبارهما من قبيل العمد Murder، ومنها إبطال حق أولياء الدم في العفو عن القاتل ونقل هذا الحق إلي الدولة، ومنها

كذلك عدم الوقوف بالدية عند حدها المعين شرعا، ووجوب تحديدها في القتل الخطأ Manslaughter بالنظر لحالة القاتل المادية وطبيعة خطئه. لكن لم يجر العمل بهذه المقترحات إلا بعد تولي اللورد كورنويل Cornwallis منصب المستشارية في عام ١٧٩٠ م. ومن الواضح أن في نقل حق العفو في القتل العمد للدولة واختلاف مقدار الدية الواجبة في القتل الخطأ بالنظر إلي الحالة المادية للجاني ما يخالف ما أجمع عليه علماء المذهب الحنفي وسائر مذاهب الفقه الإسلامي.

لقد فتحت هذه التغييرات الباب علي مصراعيه لتغييرات تدريجية أخرى ؛ ففي عام ١٧٩١ م ألغت الحكومة الإنجليزية عقوبة الحرابة، واستبدلت بالعقوبات الواردة في القرآن الكريم السجن مع الأشغال الشاقة والغرامة، وفي ١٧ من أبريل عام ١٧٩٢ م أوجب الحاكم الإنجليزي قبول شهادة غير

المسلم علي المسلم، خلافا لما استقرت عليه المذاهب الفقهية الأربعة في أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم علي المسلم، إلا علي الوصية في السفر عندما لا يوجد شاهد مسلم. ويظهر التأثر بمنطق القانون الإنجليزي في بعض هذه التغييرات في القانون الصادر عام ١٧٩٩ م والقاضي بالحكم بالقصاص علي الأب والجد في أحوال قتل الابن أو الحفيد، مما يخالف إجماع الفقهاء المسلمين المستند إلي قول النبي صلي الله عليه وسلم : " لا يقاد من والد بولد "، كما يظهر كذلك في القانون الصادر عام ١٨١٧ م بشأن العقوبة علي الزنا بالسجن مع الأشغال الشاقة إلي سبع سنوات أو الجلد إلي ثلاثين جلدة، مع قصر هذه العقوبة علي المسلمين، أما غير المسلمين فقد قضى هذا القانون بأنهم لا يعاقبون علي هذا الفعل.

وقد هيأت هذه التغييرات الجزئية الأذهان إلي الدخول في مرحلة أخرى، هي مرحلة التغيير الشامل وفرض قوانين كاملة في مجالات معينة. وهذه هي المرحلة التي بدأت بعد منتصف القرن التاسع عشر ؛ إذ أصدرت انجلترا عام ١٨٦١ م قوانين العقود والأوراق التجارية والإجراءات الجنائية والقانون الجنائي الهندي، وجري تصوير هذه القوانين لتمريها وقبولها بأنها تنظيمات لا تتناقض مع الأصول الشرعية، وأنها مستمدة من مذاهب المجتهدين وتفسيراتهم المتنوعة لهذه الأصول فيما عبر عنه Sir George Cambe. ومهما يكن من صواب هذا الإدعاء أو خطئه فقد مثل صدور هذه القوانين وما تلاها نقل المرجعية والحجية من المصادر الشرعية والقواعد الفقهية إلي أصول القانون الإنجليزي، فانقطعت صلة القضاة بالمؤلفات الفقهية، ولم يعد يشترط في شغل مناصب العمل القانوني والقضائي الإمام بعلموم الفقه الإسلامي وأصوله، وإنما وجب علي المتصددين لشغل هذه المناصب التزود

بالخبرات القانونية، مما أذن بانتهاء عصر وبداية عصر آخر في التعليم والتدريب واللغة والمصطلحات.

وقد ترتب علي هذا التطور ما يلي :

أ-ازدياد الاهتمام بمؤسسة الفتوى بعد ازدياد أعبائها ؛ فتأسست عام ١٨٦٩ م دار للإفتاء في " ديوبند "، وأصبحت هذه المؤسسة هي الملجأ الباقي للناس في تطبيق أمور دينهم بعد ابتعاد مؤسسة القضاء عن وظيفتها التي قامت بها في الماضي.

ب-ربط هذه القوانين في تفسيرها وتطبيقها بالتراث القانوني الإنجليزي ؛ فولي المشتغلون بالعمل القانوني وجوهم شطر مفاهيم هذا القانون، وذلك كمفهوم السوابق القضائية Precedents، وإلزام المحاكم الدنيا بقرار المحاكم العليا، والعدالة Equity، وجري تغيير نظام التعليم القانوني بإنشاء كليات القانون الحديثة بدلا من المدارس الدينية العتيقة، وتوفرت الميزانيات والظروف لهذه الكليات علي نحو جعل هذه المدارس تبدو خارج الزمن والمنافسة والسياق التاريخي.

ج-أدي إسناد تطبيق الأحكام الشرعية في مجال الأحوال الشخصية للقضاة المنتسبين بالثقافة القانونية الإنجليزية إلي تطورات كثيرة.من ذلك ما أصدره قضاة المجلس السامي Privy Council عام ١٨٩٤م من إبطال الوقف الأهلي باعتباره هبة لمن لم يولد بعد، وهذه الهبة غير جائزة في الفقه الإسلامي. وقد أدي إبطال الوقف الأهلي إلي تولد حالة من الإحباط لدي الناس، فصدر قانون تصحيح الوقف الإسلامي Validating Islamic Waqf Act عام ١٩١٣م متضمنا الحكم بصحة الوقف الأهلي، علي خلاف مفهوم الوقف في القانون الإنجليزي الذي يشترط في الوقف التمحض في

معني البر والتبرع، فلا يصح أن يكون لمنفعة شخص الواقف أو منفعة أسرته، ولذا يبطل الوقف الأهلي في هذا القانون.

أما في مجال الأحوال الشخصية قد استمر العمل بأحكام المذهب الحنفي بعد أن فشلت الحكومة البريطانية في تغيير قوانين الأسرة لفرض نظام أكثر اتفاقاً مع المفاهيم الغربية في الزواج والطلاق. وتصدي العلماء لجهود هذه الحكومة، ونجحوا في تجميع المقاومة الشعبية حتى كادت تحدث ثورة شعبية تطيح بالوجود البريطاني في الهند. ولذا كفت بريطانيا عن السعي لتغيير النظام القانوني في مجال الأسرة، وسعت بدلاً من ذلك إلي اتباع الأسلوب الجزئي في التغيير بإصدار قوانين جزئية في موضوعات محددة. من ذلك قانون المنع من زواج الصغار الصادر عام ١٩٢٩م، والقانون الخاص بالتفريق بين الأزواج المسلمين الصادر عام ١٩٣٧م، وهو القانون الذي يعطي الزوجة المسلمة الحق في التفريق لأسباب تقترب من الأسباب التي أخذت بها القوانين المصرية الصادرة عامي ١٩٢٠م و ١٩٢٩.

في مصر :

دخلت إنجلترا مصر عام ١٨٨٢م بعد انتصارها علي الجيش المصري بقيادة أحمد عرابي. ولما كانت الخطة البريطانية في التعامل مع الأوضاع القانونية المطبقة في البلاد الإسلامية قد تبلورت هناك في شبه القارة الهندية فقد أمرت علي الفور بتشكيل اللجان لوضع مشروعات القوانين في غير مجال الأسرة، ووضعت هذه القوانين موضع التطبيق في مصر ابتداء من عام ١٨٨٣م، أي في العام التالي لاحتلالها البلاد. وصدرت بالفعل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في ١٤ يونيو ١٨٨٣م، فنشأت المحاكم الجزئية والابتدائية ومحاكم الاستئناف بموجب هذه اللائحة، وكذلك صدر القانون المدني في ٢٢ من سبتمبر ١٨٨٣م، ونصت مادته الأولى علي العمل

بأحكامه في كل جهة بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ افتتاح المحكمة الابتدائية التي تقع تلك الجهة في إدارتها. ويدل هذه علي انقطاع الصلة بين هذا القانون الجديد وبين المؤسسات القضائية القائمة قبل صدوره.

قام بوضع هذا القانون المدني أحد المحامين الإيطاليين الذي كان يعمل قاضيا في المحكمة المختلطة بالإسكندرية مع مشاركة من المرحوم محمد قدري باشا. وتم وضع القانون باللغة الفرنسية أولا، ثم ترجم بعد ذلك إلي اللغة العربية، مما يقطع بأصل نشأته الغربية. ويكاد يكون هذا القانون منقولا من القانون المدني المختلط المتأثر بالقانون المدني الفرنسي.

ولا تختلف المفاهيم التي عالجه المشروع المدني المصري الصادر عام ١٨٨٣م وأصله الفرنسي عن المفاهيم التي تناولها الفقه الإسلامي في أغلب الأحوال، طبقا لما أثبتته مخلوف المنياوي في المقارنة التي عقدها بين القانون المدني الفرنسي والمذهب المالكي، وهو ما أيده كذلك سيد عبد الله حسين في دراسته المطولة التي تصدت لإجراء هذه المقارنة ذاتها. ولعل هذا التشابه الغالب هو الذي أدي إلي ضعف مقاومة التغيير، وعدم الثورة عليه، بل وتلقيه بالقبول أحيانا من منطلق أن هذه بطاعتنا ردت إلينا.

ومهما قيل في المزايا التي حققها هذا القانون من كونه تقنيا حديثا ارتبط بترتيب النظام القضائي ودرجات التحاكم وتيسير رجوع القضاة والمتقاضين إلي نصوصه وأحكامه فإن عيوبه كثيرة. أول هذه العيوب أنه محض تقليد للقانون الفرنسي الصادر في أوائل القرن التاسع عشر، وهو بهذا يتجاهل الأعراف المحلية التي تكونت بفضل تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد علي مر العصور، كما يتجاهل في الوقت نفسه النظريات الفقهية الراقية التي احتواها الفقه الإسلامي كالتعسف في استعمال الحق وكنظرية الحوالة، مطبقا بدلا من ذلك المفاهيم القانونية الفرنسية التي لم تكن قد وصلت بعد إلي هذا

المستوي ذاته. ولذا نجده يأخذ بمفهوم الاستبدال (المادة ١٨٦ وما بعدها) بدلا من الحوالة. ومن جهة أخرى فإن هذا القانون مترجم عن الصياغة الفرنسية، ولذا عابه أحيانا عدم الوضوح مما يجدر أن يكون محل دراسة مستقلة.

يجدد عبد الرزاق السنهوري عيوب هذا القانون المدني الصادر عام ١٩٨٣م بقوله: " فيه نقص، ثم فيه فضول، وهو غامض حيث يجب البيان، مقتضب حيث تجب الإفاضة، ثم هو يسترسل في التافه من الأمر، فيعني به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة، يفقد التقنين الفرنسي تقليدا أعمى، فينقل كثيرا من عيوبه، وهو بعد متناقض في نواح مختلفة، ويضم إلي التناقض أخطاء معيبة ". وهكذا بدا أن الهدف هو التخلص من التطبيق الفقهي الإسلامي، وإحلال نظام قانوني آخر محله مهما كانت مثالب هذا النظام الجديد وعيوبه. ولم يكن وارد (٨) آنذاك التفكير في دفع الفقه الإسلامي إلي التطوير أو تحديثه بإدخال بعض المفاهيم القانونية الغربية التي أثبتت التجارب العملية سلامتها وملاءمتها لتحقيق العدالة، كالتسجيل والتوثيق، وتعدد درجات التقاضي، فلم يكن الهدف سوي التخلص من شبح هذا الفقه ورجعيته لتكريس التبعية والاحتلال.

وقد صدر القانون التجاري المصري في ١٣ من نوفمبر ١٨٨٣م، أي بعد أقل من شهرين من صدور القانون المدني. وقضت مادته الأولى بتعليق وجوب العمل به في كل جهة من جهات القطر المصري علي مضي ثلاثين يوما من بدء افتتاح المحكمة الابتدائية الكائنة تلك الجهة بإدارتها. ويشمل هذا القانون الذي جاء في أربعمئة وتسع عشرة مادة عددا من الموضوعات التي درج الفقهاء المسلمون علي تناولها، بالمصطلحات الفقهية ذاتها في بعض الأحيان، وبمصطلحات غربية غير مألوفة في أحيان أخرى؛ إذ يتناول موضوع الشركات والتفليس والسمسرة والوكالة بالعمولة (الأجرة في

الاصطلاح الفقهي) والأوراق التجارية التي تشمل الكمبيالة (السفتجة في الاصطلاح الفقهي) والشيك والسند الإذني (الصكوك ورقاع الصيارفة في الاصطلاح الفقهي).

وقد صدر في العام نفسه بمنهج النقل من القوانين الغربية كل من قانون التجارة البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون تحقيق الجنايات وقانون العقوبات. وبلغت النظر هذا التسرع في تتابع صدور هذه القوانين، وكأنما أرادت سلطات الاحتلال الانتهاء من إحداث التغيير القانوني في ظروف صدمة الإحساس بالهزيمة وتشتت الوعي العام، فأثرت إصدار هذه القوانين الأساسية خلال عام واحد تقريبا من الهزيمة، وكأن هذا كان من بين الأولويات التي أرادها الاحتلال. وتشارك هذه

القوانين جميعها في تجاهلها للظروف والأعراف المحلية، وفي غموض الصياغة الناشئة عن ترجمتها من الأصول الغربية وفي بعدها عن التراث الفقهي. وإنما ترجع هذه العيوب إلى المنهج الذي قام عليه إصدار هذه القوانين وهو الاستمداد من القوانين الغربية وفرض الاحتلال العسكري لها. أما إذا كان لنا أن نشير إلى شيء من النجاح الذي حققته هذه القوانين فلاشك في أنها كانت أيسر في الرجوع إليها بالنسبة للمشغلين بالعمل القانوني الذين لم يتلقوا تدريبا في الفقه الإسلامي، كما أنها ركزت على الجانب العملي القانوني، ووحدة العمل القضائي، وساعد هذا على تقديم بعض الحلول لمشكلات التقاضي التي كانت محلا للشكوى قبل صدور هذه القوانين. وقد كان بالوسع تحقيق هذه الأوجه الإصلاحية بمنهج آخر غير منهج الاستمداد من القوانين الغربية مما توجب العدالة ويقتضيه التطور. غير أن ظروف الاحتلال وتمسك الفقهاء بأساليب التأليف التقليدية، فيما يدل عليه

ما رواه رشيد رضا عن رفاة الطهطاوي كانا السبب في فرض هذه الحلول العرجاء التي لم يسبق لأمة أن اتجهت إلي مثلها.

ولم تقف السلطات البريطانية عند هذا الحد، وإنما سعت بعد ذلك إلي ربط نظام التقاضي في مصر بالنظام السائد في بريطانيا. يشهد علي ذلك المستشار محمد شريف بقوله : "كان هدف الاحتلال هو جعل التقاضي (أي في مصر) خاضعا للنظام القضائي في بلادهم... وقد قال المستشار بريوت الإنجليزي : إن الاستئناف في القضايا الهامة يجب أن يرفع إلي المحاكم البريطانية في انجلترا. ولأجل أن يصلوا إلي هذا الغرض جعلوا تعليم القانون باللغة الإنجليزية في مدرسة الحقوق بالقاهرة، وجعلوا امتحان طلبة السنة النهائية فيها بمعرفة النائب العام الإنجليزي " كوريت بك " (٩).

ويمكن القول دون أدني مبالغة بأن التطور القانوني الذي حدث في مصر في نهاية القرن التاسع عشر لم يطرأ عليه شئ ذو بال حتى منتصف القرن العشرين، وإن ظهرت أبنية المحاكم الباذخة أحيانا إذا قورنت بمباني المؤسسات التعليمية، كما جرى إنشاء مدرسة الحقوق لتعليم القانون فيها، وأسند هذا التعليم إلي عدد من الأساتذة الأجانب، وبدأت تظهر مهنة المحاماة، ويشغل بها العديد من نجوم المجتمع والسياسة، وتنتشر مكاتبهم في عواصم المحافظات، حتى باتت تشكل مظهرا ثابتا فيها، وبدأت تصدر بعض المدونات القانونية التي تغيت شرح مواد القوانين الأساسية، ودارت عجلة التقاضي بأساليب لم يكن للبسطاء عهد بها من قبل، وإن تحملوا تكلفتها في رسوم التقاضي وأجور المحامين الذين بدا علي بعضهم مظاهر الثراء الفادح من عملهم.

في السودان :

اتبعت إنجلترا في السودان لإحداث التغيير أسلوباً مختلفاً عما أخذت به في مصر ؛ إذ فرضت عليه عقب احتلالها له قانوناً جنائياً مستمداً من نظيره الهندي، وإن تميز عنه بالاحتفاظ بنظام الـديّة الفقهيّة، في محاولة لإضفاء نوع من التلاؤم مع الظروف المحليّة الخاصّة. ولم تصدر السلطات الحاكمة في السودان في نطاق المعاملات المدنيّة قانوناً للالتزامات والحقوق الشخصيّة والعينيّة والعقود المختلفة، لكن جاء النص في قانون القضاء المدني الصادر عام ١٩٠٠م علي أنه إذا لم يرد نص قانوني يحكم

موضوع النزاع فإن علي المحاكم أن تطبق في القضية المعروضة أمامها ما يحقق العدل والإنصاف ويقضي به الضمير السليم، وهو ما فتح الباب لأن يقوم القضاة البريطانيون والسودانيون المدربون علي أحكام القانون الإنجليزي وسوابقه بتطبيق هذه الأحكام وتلك السوابق التي يعرفونها ويرونها الأكثر ملاءمة للعدالة والإنصاف وحكم الضمير السليم، وأخذت تتغلغل عن هذا الطريق روح القانون الإنجليزي في مجال القضايا المدنيّة.

وفي عام ١٩٠٢م صدر قانون المحاكم الشرعيّة السودانيّة ليحصر اختصاص هذه المحاكم في مجال الأحوال الشخصيّة وحدها، حيث جاء النص في المادة السادسة منه علي أن المحاكم الشرعيّة تختص بالحكم في مسائل الزواج والطلاق والأوصياء علي القصر والوقف والهبة والمواريث والوصية إذا كان النزاع بين أطراف يدينون بالدين الإسلامي. وللحكمة الشرعيّة، بمقتضى هذه المادة ذاتها، أن تنظر في أية مسألة أخرى سوي ما ذكر، بشرط أن يقدم جميع الأخصام سواء كانوا مسلمين أم لم يكونوا كذلك طلباً رسمياً موقعا منهم يطلبون فيه من المحكمة الشرعيّة النظر في قضيتهم متعهدين في هذا الطلب بقبول أحكام الشريعة الإسلاميّة.

وطبقا لهذه المادة فإن اختصاص المحاكم الشرعية بالفصل في قضايا الأحوال الشخصية اختصاص مطلق، علي أن هذا الاختصاص في غير مجال الأحوال الشخصية اختصاص مقيد برضا الخصوم، وقبولهم أحكام الشريعة الإسلامية في نزاعهم.

ومن جهة أخرى فقد نصت المادة الثامنة من قانون المحاكم الشرعية السودانية الصادر عام ١٩٠٢م علي أن لقاضي القضاة أن يسن علي حسب الأحوال - بمصادقة الحاكم، مع مطابقة هذا القانون القواعد التي تجري عليها المحاكم الشرعية في أحكامها وتشكيلها واختصاصها وكل عمل يتعلق بها. وقد فتحت هذه المادة المجال لإصدار قاضي القضاة العديد من المنشورات الشرعية التي تضمنت الأحكام الواجبة التطبيق. وفي عام ١٩١٥م صدرت لائحة ترتيب وتنظيم المحاكم الشرعية التي جاء في مادتها رقم ٥٣ وجوب العمل بالرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة في جميع المحاكم الشرعية إلا في المسائل التي يصدر فيها قاضي القضاة منشورات أو مذكرات قضائية فإن العمل يكون بهذه المنشورات أو المذكرات.

وبهذا اكتملت جوانب ازدواجية العمل القضائي والتشريعي في السودان أسوة بما حدث في مصر، حيث وجد نوعان من المحاكم. يلتزم أولهما بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في مجال الأحوال الشخصية كما تقدم، أما الأخرى فهي المحاكم المدنية التي تعمل علي تكريس مفاهيم القانون الإنجليزي. وإنما نشأت هذه الازدواجية باتخاذ منهج الاستمداد من القوانين الغربية في تطوير الأوضاع القانونية العتيقة، وذلك في ظروف احتلال إنجلترا للسودان.

في الجزائر وتونس والمغرب :

يتفق التغيير القانوني الذي أحدثته فرنسا في الجزائر مع التطورات التي حدثت في الهند إلى حد كبير؛ فقد فرضت فرنسا منذ استقرار الأوضاع لها هناك عام ١٨٥٠م قوانينها التي تطبق في البلاد الفرنسية ذاتها، وذلك في المجالات المدنية والجنائية، وانحصرت الأحكام الشرعية المعمول بها في الجزائر في مجال الأحوال الشخصية وحدها. ولم يحدث تغيير من أي نوع للقانون الشرعي المعمول به في تونس حتى عام ١٨٨١م والمغرب حتى عام ١٩١٢م حين بسطت فرنسا حمايتها عليهما في هذين التاريخين، حيث اقتصر اختصاص المحاكم الشرعية التقليدية بدءاً من ذلك على مجالات الأحوال الشخصية، على حين أسندت القضايا المدنية والجنائية إلى محاكم القواد والوزراء في تونس وإلى محاكم القواد والباشوات في مراكش. ومع ذلك فقد ظلت هذه المحاكم على العمل بالأحكام الشرعية، نظراً إلى أن صيغة الحماية التي بسطتها فرنسا على هذين البلدين لم تكن تسمح لها بالتدخل التشريعي. وقد استمر هذا الوضع نفسه في نيجيريا الشمالية منذ أن فرضت إنجلترا حمايتها عليها في عام ١٩٠٠م. ولهذا فقد تأخر الاستمداد من القوانين الغربية في هذه البلاد حتى وقت متأخر، وصدرت فيها قوانين شرعية قبل فرض الحماية عليها، مثل مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي صدرت عام ١٩٠٦م معتمدة على المصادر الفقهية الشرعية وكان قد وضع مشروع هذه المجلة المستشرق الإيطالي D.Santillana. وضمنه كثيراً من أحكام المذهب المالكي مع الأخذ ببعض أحكام المذاهب الأخرى فيما أشار إليه في كتابه الذي نشره عام ١٩٢٦م (١٠) عن القانون الإسلامي المالكي مقارنة بالمذهب الشافعي. وكان الهدف من إصدار هذا التشريع هو تحقيق الإصلاح القانوني بمناهج الفقه الإسلامي، وأعتقد أن هذا القانون لم يظفر بالعناية الواجبة من قبل الدارسين لتاريخ الفقه الإسلامي على الرغم من أنه

هو ومجلة الأحكام العدلية يمثلان منهج الإصلاح التشريعي المستند إلي المنهج الفقهي.

في ليبيا:

استمرت ليبيا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي. وكان الفقه المالكي أساس القانون المطبق في البلاد. ولما دخلت ليبيا تحت الحكم العثماني خضعت للتنظيمات القانونية لدولة الخلافة، فطبقت فيها مجلة الأحكام العدلية التي سبقت الإشارة إلي اشتمالها علي ١٨٥٠ مادة في القواعد والمعاملات والعقود وإجراءات التقاضي والإثبات، كما طبق فيها أيضا أحكام قانون نامة الذي أشتمل علي ثلاثة أبواب، أولها : باب الأمن علي النفس، والثاني : باب الأمن علي المال، والثالث : باب الأمن علي العرض. وقد طبق هذا القانون على جميع الولايات، ومنها ليبيا.

ثم لما بدأت إيطاليا احتلالها لليبيا من عام ١٩١١م والذي أكملته قبل الحرب العالمية الأولى فرضت إيطاليا هي الأخرى قوانينها التي كان يصدرها وزير المستعمرات. وكان يجري تعيين القضاة والكتابة في المحاكم من بين الإيطاليين، كما كانت لغة المرافعة وكتابة محاضر الجلسات هي اللغة الإيطالية(١١). ومن الواضح الذي لا يحتاج إلي بيان أن هذه الإجراءات الجديدة من شأنها تعقيد الوصول إلي العدالة، وجعلها حكرا علي هؤلاء الذين يستطيعون التعامل باللغة الإيطالية، وحرمان البسطاء وعامة الناس من إدراكها، مما عساه أن يدفع بهم إلي نظام العدالة الذي يتيح النظام العشائري أو القبلي وهو ما يعيق التنمية والتحديث والتجديد والإصلاح.

في الخليج العربي :

وبقيت المملكة العربية السعودية واليمن وعمان وقطر والإمارات العربية المتحدة علي الاحتفاظ بنظامها القضائي القائم علي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ويرجع ذلك إلي معافاة أهل هذه البلاد من الاحتلال الغربي المباشر، واستمر الإصلاح التشريعي مستندا في أساسه إلي منهج التفكير الفقهي. من ذلك محاولة الملك عبد العزيز آل سعود الذي فكر في وضع مجلة للأحكام الشرعية، علي غرار مجلة الأحكام العدلية، إلا في عدم التقيد بمذهب إمام واحد (١٢)، غير أن هذه الرغبة لم يكتب لها النجاح، وصدر قرار الهيئة القضائية عام ١٩٢٨م (في ٧ من المحرم ١٣٤٧) ينص علي ما يلي :

أ- يكون مجري القضاء في جميع المحاكم منطبقا علي المفتي به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

ب- إذا سار جريان المحاكم الشرعية علي المفتي به من المذهب المذكور، ووجد في تطبيقه علي مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة.

ج- يكون اعتماد المحاكم في سيرها علي المذهب علي الكتب التالية :
- شرح المنتهي - شرح الإقناع، فما اتفق فيه كلاهما فهو المتبع وما اختلف فيه فالعمل بما في المنتهي، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذاهب الأخرى.

وعلي الرغم من هذا التقيد بقواعد المذهب الحنبلي بوجه العموم فقد ترك الباب مفتوحا أمام القضاة للأخذ باجتهادات المذاهب الأخرى للمصلحة العامة وقد درجت المملكة العربية السعودية علي إصدار عدد من القوانين التي استوجبها التطور الحديث كقوانين البلديات والجمارك والجنسية. وما إلي ذلك مما يتطلبه التنظيم الحديث في المجتمع. ولا تبدو مع ذلك شواهد علي وجود

دوافع لتحقيق المحاولة التي طالب بها الملك عبد العزيز، رغم مضي أكثر من نصف قرن علي الدعوة إليها .

وقد كان العمل بالرأي الراجح في المذهب الحنفي هو المرجع في القضاء في دولة الكويت، واستمر ذلك إلي أن أصدر الشيخ جابر الصباح عام ١٩٣٨م أمره بتطبيق مجلة الأحكام العدلية، التي كانت قد طبقت في الشام بمدلوله الواسع (سوريا ولبنان وفلسطين والأردن) والعراق منذ صدورها عام ١٨٧٦م. وبهذا فإن المجلة قد طبقت في الكويت بعد انهيار الدولة العثمانية. ولقد مثل تطبيق أحكام المجلة في الكويت - طبقا لما جاء في مقدمة الطبعة الأولى للقانون المدني الكويتي - إصلاحا تشريعيًا وقضائيًا عملاقًا وفذا. ولكن تدفق النفط ابتداء من أواخر الأربعينات، وتغير نمط الحياة، وصدور التشريعات الحديثة المتعلقة ببعض أنواع المعاملات التي كانت تنظمها المجلة أدت إلي تضيق مجال تطبيق أحكامها، وبدء التفكير في إصدار قانون مدني يحل محل المجلة، وهو ما حدث بالفعل في عام ١٩٧٧م. ومن أهم القوانين التي كانت قد صدرت قبل ذلك في المعاملات التي نظمتها المجلة قانون التجارة الصادر عام ١٩٦١م، وقانون التسجيل العقاري الصادر عام ١٩٥٩م وقانون التأمينات العينية الصادر عام ١٩٦١م، وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الصادر عام ١٩٦١م والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧م، ثم بالمرسوم رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦م، وقانون العمل في القطاع الأهلي الصادر عام ١٩٦٤م، وقانون العمل في القطاع الحكومي الصادر عام ١٩٦٠م وقانون العمل في قطاع الأعمال النفطية الصادر عام ١٩٦٩م.

في الشام والعراق:

أما بلاد الشام والعراق فقد طبقت فيهما الخلافة العثمانية أحكام المجلة العدلية في مجال المعاملات المدنية ونظام التقاضي والإثبات بدءاً من عام ١٨٨٧م. وتعد هذه المجلة أهم تقنين لأحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال في العصر الحديث. وقد جرت المجلة علي النسق القانوني في الترتيب والتبويب حتى يسهل علي المشتغلين بالعمل القانوني الرجوع لأحكامها، مع احتفاظها في الوقت نفسه بأحكام المذهب الحنفي. وقد ساعدت هذه المجلة علي تحقيق نهضة فقهية كبيرة تمثلت في كثرة شروحيها واتساع مجال تطبيقها بحيث شملت العراق والأردن وفلسطين وسوريا ولبنان بالإضافة إلي قبرص وتركيا، ولم ينتهي العمل بها في الأردن إلا عام ١٩٧٦م، وهو العام الذي صدر فيه القانون المدني الأردني. وأفادت هذه المجلة في أمر آخر له أهميته، وهو استمرار العمل بأحكام الفقه الإسلامي في البلاد فترة طويلة، حيث لم تستطع حكومات الاحتلال الإنجليزي أو الفرنسي التي طرأت علي هذه البلاد في أعقاب هزيمة الدولة العثمانية في الحرب العالمية الأولى أن تفرض قوانينها المستمدة من الأصول الغربية علي النحو الذي حدث في بلاد عربية أخرى. وقد استمر العمل في هذه البلاد كذلك بأحكام القانون الجنائي الذي أصدرته دولة الخلافة العثمانية عام ١٨٥٨م، وبأحكام القانون التجاري الذي صدر عام ١٨٥٠م. وعلي الرغم من تأثر هذين القانونين ببعض الأحكام القانونية الغربية فإنهما لم ينفصلا عن الأصول التشريعية الإسلامية.

في الخلافة العثمانية وتركيا :

دب الضعف إلي الدولة العثمانية في القرن التاسع عشر، وفشلت الدولة بينائها المحافظ في التصدي للقوي الغربية الطامعة التي تساللت قوانينها الجنائية والتجارية إلي بلاد الخلافة عن طريق نظام الامتيازات الأجنبية الذي حقق للرعايا الغربيين الاحتكام إلي قوانينهم الخاصة، مما أدي إلي التعرف

إلى هذه القوانين، حتى بدأ بعض الراغبين في إصلاح أحوال دولة الخلافة المطالبة بتطبيق هذه القوانين، اعتقاداً بأهميتها في تحقيق التحديث، وعملاً على إقناع الدول الغربية بإلغاء نظام الامتيازات الأجنبية " الذي أصبح عبئاً يصعب احتماله في ظل تزايد الشعور الوطني بأهمية السيادة القومية (١٣)". وتبلورت دوافع التغيير القانوني لذلك في المجالين التجاري والجنائي وهو ما أسفر عنه صدور القانون التجاري عام ١٨٥٠م، وهو ترجمة مباشرة في بعض أجزائه للقانون التجاري الفرنسي، كما اشتمل على بعض المواد المتعلقة بتنظيم دفع الفوائد الربوية. وقد صدر عام ١٨٥٨م القانون الجنائي الذي كان هو الآخر ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي، وأسقط منه نظام الحدود الشرعية كلها إلا من العقوبة بالقتل علي الردة. صدر عام ١٨٦١م قانون المرافعات التجارية، ثم تلاه عام ١٨٦٣م القانون البحري التجاري. ولتطبيق ذلك وجب تأسيس نسق جديد من المحاكم النظامية التي كان علي العاملين فيها أن يتزودوا بالثقافة القانونية اللازمة لهم لتفسير هذه القوانين الغربية الأصل وإعمالها. وأسند إلي هذه المحاكم النظر في القضايا المدنية جميعها، وأسند للمحاكم الأخرى (التقليدية) النظر في قضايا الأحوال الشخصية. وإنما صيغت مجلة الأحكام العدلية في هيئة مواد متتابعة للتيسير علي قضاة المحاكم النظامية الذين وجب عليهم إعمال أحكام المذهب الحنفي في المعاملات المالية التي لم تنظمها هذه القوانين الحديثة (١٤).

وسيطرت هذه الازدواجية على التشريعات العثمانية خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر والرابع الأول من القرن العشرين. ولم يلبث كمال أتاتورك بمجيئه إلي السلطة وإلغاء نظام الخلافة أن اتجه بقوته كلها إلي التغيير، وقطع الجذور بالتراث العظيم للدولة العثمانية. وأسفر هذا في التشريع عن إصدار قانون جنائي إيطالي الأصل عام ١٩٢٦م، كما صدر

عام ١٩٢٧م قانون مدني كامل بشقيه العيني والشخصي مستمدا من القانون السويسري، وهذه هي الحالة الوحيدة في العالم الإسلامي التي جرى فيها الاستمداد من القوانين الغربية في مجال الأحوال الشخصية. وقد صدر كذلك عام ١٩٢٨م قانون المرافعات الجنائية مستمدا من القانون الألماني. ولم يخضع تعيين الأصل القانوني المأخوذ عنه لأي نوع من التحليل، وإنما لعبت الصدفة دورها في ذلك؛ إذ يرجع اختيار تركيا للقانون المدني السويسري إلي أن وزير العدل التركي كان قد درس القانون السويسري فرجح كفته (١٥).

في البلاد الإسلامية الأخرى:

خضعت نيجيريا للحماية الإنجليزية عام ١٩٠٠م علي نحو لا يسمح للسلطات البريطانية بالتدخل المباشر لتغيير النظام القانوني والقضائي القائم. ولذا استمر الفقه المالكي هو المصدر الذي تلتزم محاكم القضاة ومحاكم المظالم الخاصة بالأمراء بتطبيق أحكامه في القضايا المدنية أو الجنائية علي السواء. غير أن السياسة البريطانية قد اشترطت علي هذه المحاكم ألا تطبق العقوبات الحدية في السرقة بقطع اليد، وفي زنا المحصن بالرجم. أما عقوبة الجلد في شرب الخمر والقذف وزنا غير المحصن فقد بقي من حق هذه المحاكم أن توقعها.

ومع ذلك فقد أمكن للسلطات البريطانية خلق الازدواجية القانونية في الشمال النيجيري بإنشاء محاكم بريطانية تعمل بمقتضى أحكام القانون الإنجليزي في المجال الجنائي. وخلق هذا نوعا من

التوتر بين هذين النوعين من المحاكم، حيث كان يجب التعرض في كثير من الأحوال لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في القضية حتى يتسنى تحديد القانون المقضي به. وقد زال هذا التوتر بعد تبني القانون الجنائي النيجيري

المستمد من القانون الجنائي الإنجليزي في عمومه باستثناء بعض الأحكام القليلة المأخوذة من الفقه الإسلامي.

أما إندونيسيا فقد نقلت إليها هولندا قانونها العام والجنائي عقب احتلالها لها في أوائل القرن التاسع عشر، وانحصر تطبيق الأحكام الشرعية في مجال الأحوال الشخصية منذ هذا التاريخ.

وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة في ماليزيا وسنغافورة والملايو كذلك، غير أن هذه البلاد قد خضعت لذات التطورات التي انتهت بها إلي انحصار تطبيق أحكام الشريعة في مجال الأحوال الشخصية.

إجمال:

من هذا كله يتضح أن العالم الإسلامي كله قد اضطر إلي إجراء تغيير بعيد المدى في المائة سنة الأخيرة، ولم ينج من هذا سوي بلاد الجزيرة العربية في مجموعها، وخصوصا تلك التي لم تقع تحت الاحتلال. ومن جهة أخرى فقد استمرت بلاد الشام والعراق في تطبيق أحكام المجلة العديلية علي الرغم من وقوعها تحت الانتداب بعد هزيمة دولة الخلافة العثمانية في الحرب العالمية الأولى. ولعل هذا راجع إلي وجود المجلة وعمق الإصلاح الذي أحدثته إلي الحد الذي لم تستطع سلطات الانتداب إجراء أي تغيير تشريعي في هذه البلاد.

ويتسم هذا التغيير القانوني الذي حدث في العالم الإسلامي علي هذا النحو

بالخصائص التالية:

١- اتساع ظاهرة الاستمداد من القوانين الغربية بوجه العموم، ومن القانونين الفرنسي والإنجليزي، وهما نظامان قانونيان مختلفان، علي وجه الخصوص. وإنما غلب أي من هذين القانونين في هذا الجزء من العالم الإسلامي أو ذاك تبعاً لاختيار قوة الاحتلال ذاتها.

٢- اطراد التغيير في بلاد العالم الإسلامي التي خضعت للاحتلال وفق خطة غير معلنة أنت ثمارها في النهاية في تطبيق نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي جري تطبيقه في هذه البلاد قرونا عديدة.

٣- خلق هذه الازدواجية القانونية المتمثلة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية والقوانين الغربية الأصل في المجالات القانونية الأخرى. وتبلغ هذه الازدواجية درجة بالغة التعقيد في هذه الأحوال التي نشأت فيها محاكم شرعية تطبق أحكام مذهب فقهي معين في المجال الجنائي وتنشأ معها محاكم أخرى تطبق القانون الجنائي الغربي الأصل في المجال نفسه. وقد كان هذا هو حال التطبيق القانوني في نيجيريا. ومن المؤكد أن هذه الازدواجية ما تزال علي رأس المشكلات التي نحسها في القضاء والقانون والتعليم القانوني.

٤- يمكن أن يكون الاستمداد من القوانين الغربية منهجا للإصلاح وحل بعض المشكلات القائمة في إدارة العدالة في المجتمع، غير أنه لا يمكن أن يكون المنهج الوحيد للإصلاح. وقد رأينا بعض البلاد الإسلامية التي استطاعت تحقيق الإصلاح التشريعي بالاعتماد علي أحكام الفقه الإسلامي. من ذلك المحاولة الناجحة لمجلة الأحكام العدلية، والمحاولة الأخرى التي قامت بها تونس عام ١٩٠٦م حين أصدرت قانونه المدني المستمد من الفقه الإسلامي.

٥- تجاهل القوانين الغربية الأصل للعادات المحلية ولأحكام الشريعة الإسلامية وما في هذه القوانين من غموض في كثير من الأحوال كان من العيوب التي اشتملت عليها هذه القوانين، وهو ما أدي إلي تطويرها فيما بعد بهدف عقد صلة بينها وبين الشريعة الإسلامية علي النحو الذي عبرت عنه

تجربة القانون المصري الجديد التي أرسى أسسها عبد الرزاق السنهوري، والتي لاقت تقديرا في عدد كبير من البلاد العربية.

المبحث الثاني: التطبيق الشرعي في البلاد العربية الإسلامية

تقديم :

لعله اتضح مما سبق أن الألوان التي ترسم خارطة التطبيق القانوني في بلاد العالم العربي و الإسلامي في غير مجال الأحوال الشخصية كانت تتسم عادة انتهاء الحرب العالمية الأولى بقدر غير قليل من التنافر و الاختلاف و التمايز على النحو التالي :

١-تطبيق بعض البلاد العربية أحكام الفقه الإسلامي دون أن تعتمد إلى تقنين هذه الأحكام و دونما تأثر بالتفكير القانوني الغربي من أي وجه، و ذلك كالدول التي تشملها الجزيرة العربية بوجه العموم وتلتحق بها نيجيريا وأفغانستان.

٢-تطبيق بعض البلاد العربية الإسلامية أحكاما فقهية خالصة في بعض المجالات بعد تقنين هذه الأحكام مع تطبيق أحكام فقهية مختلطة بأحكام أخرى غربية الأصل. وهذا ما نراه في تركيا وبلاد الشام والعراق حيث جري تطبيق أحكام المجلة العدلية المستمدة من المذهب الحنفي في المجالات المدنية ونظام القضاء والإثبات علي حين جري تطبيق القانون الجنائي العثماني الصادر عام ١٨٥٨م، وهو قانون شرعي في كثير من أصوله وإن استمد كذلك بعض الأحكام القانونية الغربية.

٣-تطبيق بعض البلاد العربية والإسلامية قوانين غربية الأصل كما هو الحال في مصر والسودان والهند واندونيسيا وسنغافورة والملايو.

وهكذا تتألف صورة التطبيق القانوني في العالم الإسلامي في الفترة المذكورة في غير مجال الأحوال الشخصية من بلاد استمرت علي حالها السابق دون تطوير في نظامها القانوني أو تغيير له، ومن بلاد أخرى اتجهت إلي قبول نوع من التطوير لنظامها القانوني والقضائي والأخذ بقوانين غربية الأصل والمصادر والملاح.

وقد اتجهت حركة التطور في هذه البلاد بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى إلي تحقيق نوع من الانسجام بين عناصر الصورة أو جعلها أقل تناقرا ؛ إذ ستلجأ المجموعة الأولى بعد فترة تردد إلي إحداث نوع من التطوير في نظامها القانوني، كما ستلجأ المجموعة الثالثة إلي إحداث نوع من التوفيق بين نظامها القانونية وبين أحكام الشريعة الإسلامية علي النحو الذي عبرت عنه المحاولة المصرية في مجال القانون المدني، علي حين نجد أن المجموعة الثانية قد سعت إلي تطوير الأوضاع القانونية السائدة فيها بقبول أكثر للمفاهيم القانونية الغربية. وهذا ما سوف يتضح في التناول التالي :

التطور في المملكة العربية السعودية والإمارات :

التزمت المملكة العربية السعودية منذ نشأتها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. وقد جاء التعبير عن هذا الالتزام في المؤتمر الذي عقده العلماء بمكة في ٨ من شعبان سنة ١٣٤٥هـ (فبراير ١٩٢٧) بناء علي طلب الملك عبد العزيز، حيث أكد العلماء في هذا المؤتمر أنه لا يحكم إلا بالشرع المطهر. ومع ذلك فقد أصدر الملك عبد العزيز عددا من القوانين التي تتناول الكثير من الموضوعات التي تتطلبها الحياة العملية ودقة الإدارة والتنظيم لشئون الدولة. من ذلك قانون الجمارك الصادر في ٣ من صفر ١٣٤٩هـ ويشتمل علي ٢٩٥ مادة. ومن ذلك نظام مصلحة الصحة والإسعاف الذي يتكون من ١١١ مادة ونظام دائرة البلدية بمكة المكرمة،

ويتألف من ٦٢ مادة ونظام تشكيلات المحاكم الشرعية الصادر في ٤ من صفر ١٣٤٦هـ ويتألف من ٦٣٣ مادة، وهذا النظام منقول عن القوانين التجارية العثمانية فيما قرره مجلس الشورى ولذا أجاز هذا النظام عقد التأمين الذي أجازته القوانين العثمانية. وقد صدر كذلك نظام الأوراق التجارية لسنة ١٣٨٣هـ في ١٢٠مادة كما ظهر نظام الشركات لسنة ١٣٨٥هـ في ٢٣٣ مادة، كما صدرت قوانين تجارية أخرى كثيرة وكذلك صدرت أنظمة عديدة تتعلق بالبتروول واستخراجه واستغلاله وتصديره للخارج.

وكذلك صدرت أنظمة أخرى تتعلق بالعمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية كان موضع أخذ ورد بين العلماء، وإن صار الأمر إلي قبول العلماء في السعودية لأحكام هذه النظم واعتبارها متفقة مع الأصول الشرعية العامة علي الرغم من عدم ورود نصوص فقهية تتعلق ببعض أحكام هذه النظم.

ويجب الالتفات إلي أن المنهج الذي صارت عليه صياغة هذه النظم يتسم بما يلي :

١- تحقيق المصالح الاجتماعية العامة اللازمة لدقة التنظيم والإدارة لشئون الدولة الحديثة.

٢- عدم المخالفة للأصول الشرعية العامة، وإن لم ينص الفقهاء المسلمون في كتب الفقه المألوفة علي هذه الأحكام.

٣- التأثر بالقوانين العثمانية وخاصة في مجال التجارة والأراضي، ومعناه أن المملكة العربية السعودية قد استطاعت بهذه القوانين الحفاظ علي التزامها بتطبيق أحكام الشريعة وتطوير نظامها القانوني بما يحقق لها المصالح التي تتطلبها الحياة الاجتماعية الحديثة. ويمكن القول دون أدني مبالغة بأن هذا

المنهج لم يخفق في تلبية احتياجات التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي نراه في المملكة الآن.

ولا يختلف الحال في دولة الإمارات، سواء في الالتزام العام بالعمل علي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أو في الاتجاه إلي تقنين عدد من الموضوعات التي استوجب التطور تقنينها.

يدل علي الالتزام العام بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية في دولة الإمارات ما جاء في المادة السابعة من الدستور المؤقت للدولة من أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية. وتفيد هذه العبارة أن هناك مصادر أخرى ثانوية إلي جانب الشريعة الإسلامية ؛ فقد أوضح المشرع وجوب الاستناد إلي قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والمقارن فيما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الرئيسي للتشريع بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣م علي أن الواجب علي المحكمة الاتحادية العليا أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية والقوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن. وإنما كانت هذه المصادر ثانوية لأشترط اتفاق القوانين المستمدة منها مع القواعد العامة للشريعة الإسلامية. وبهذا يتضح أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع. ومن جهة أخرى فإن النص في المادة السابعة السابقة الذكر علي أن الإسلام هو الدين الرسمي للدولة يستلزم اعتبار الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع وأن المصادر الأخرى يجب أن يتقيد الأخذ منها بعدم معارضتها للأصول الشرعية المرعية.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا علي مبدأ حاكمية الشريعة الإسلامية. وأشار إلي هذا المبدأ في حكمه الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٦، حيث جاء في هذا الحكم أن مفاد نصوص المادة السابعة من الدستور المؤقت والمادة الخامسة والسبعين من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣م في شأن المحكمة الاتحادية العليا والمادة الثامنة من القانون رقم ٦ في شأن إنشاء محاكم اتحادية هو وجوب إتباع المشرع الشريعة الإسلامية في التشريع وضرورة التزام المحاكم بهذه الشريعة عند الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وأن للشريعة الإسلامية أولوية التطبيق علي أي قاعدة قانونية. ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز تعطيل أي حكم قطعي من أحكام الشريعة الإسلامية إذا تعارض مع أي مبدأ قانوني وضعي. وهذا هو ما نص عليه هذا الحكم كذلك.

ولا خلاف في أن فهم هذه النصوص على هذا النحو هو ما جرى عليه التطبيق القضائي. يدل على ذلك تأييد المحكمة الاتحادية العليا حكماً قضياً ببراءة المتهم لعدم توافر الأدلة المتطلبة شرعاً لإقامة حد الشرب. و في ٢٨/٢/١٩٨٤ أيدت محكمة الاستئناف في أبو ظبي الحكم بالإعدام الصادر من محكمة جنايات أبو ظبي في ١٣/١/١٩٧٧ لتوافر شروط القصاص الشرعية، و لكنها قامت بتعديل منطوق الحكم فألغت عبارة شنقا حتى الموت و نبهت إلى ضرورة الإشارة في الحكم إلى أحكام القصاص في الشريعة الإسلامية كي يهتدي بها الحاكم عند اتخاذ قراره في شأن التنفيذ؛ إذ جاء في الحكم: " و مما تجدر الإشارة إليه أن الإعدام في القانون يقابل القصاص في الشريعة الإسلامية، وبما أن القانون لم يحدد طريقة لتنفيذ حكم الإعدام فيكون من المناسب أن تشير المحكمة إلي أحكام القصاص في الشريعة الإسلامية كي يهتدي بها سمو الحاكم عند اتخاذ قراره في هذا الشأن". وألغي هذا الحكم التعويض الذي قضت به محكمة الجنايات باعتبار أنه يأخذ حكم الدية

التي لا تجتمع مع القصاص. وقد جاء في الحكم في ذلك: "ومن حيث إنه بالنسبة إلي ما قضي به الحكم المستأنف من تعويض باعتبار أنه دية شرعية فإن من المقرر شرعا أنه لا يجوز الجمع بين القصاص وبين الدية، لأن القصاص هو عقوبة أصلية علي حين أن الدية في حالة القتل العمد هي عقوبة بديلة عن القصاص". وبذلك يكون الحكم المستأنف بإلزام المستأنف تعويضا كدية لورثة القتيل غير قائم علي سند من القانون مما يتعين معه إلغاء ما تضمنه الحكم من تعويض.

ولم يمنع هذا المنهج القائم علي التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية مسيرة التطوير القانوني والإصلاح التشريعي بمنهج يوفق بين مقتضيات الأصالة واحتياجات المعاصرة. وقد غذت دولة الإمارات السير في هذا الاتجاه، فسنت قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م والمعدل بالقانون لسنة ١٩٨٧م. وقد جاء في مادته الأولى النص علي أنه إذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، علي أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف، علي ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصة بإمارة معينة فيسري حكمه علي هذه الإمارة.

وقد ربطت المادة الثانية بين هذا القانون وبين التراث الفقهي علي نحو وثيق بما أوجبه من الرجوع في فهم نصوصه وتفسيره وتأويله إلي قواعد وأصول الفقه الإسلامي. وليس هذا مجرد استنتاج؛ فقد أبانت المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة قد وضعت لتثبيت ما يتميز به هذا القانون من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله. ولذا فإن فهم هذا القانون وتحليله يتطلبان

درجة كبيرة من الوعي بأحكامه المبسطة في كتب الفقه، وبقواعد التفسير المدونة في كتب أصول الفقه. وفي اعتقادي أن هذه المادة تقدم معياراً جيداً للحكم على القانون باقتراجه من أحكام الشريعة الإسلامية وقصده إلى تبني أحكامها أو بعده عنها.

ومن أبرز الأمور التي أعانت علي توثيق العلاقة بين أحكام هذا القانون وبين أحكام الفقه الإسلامي إعداد هذه المذكرة الإيضاحية المفصلة التي أبرزت المصادر الفقهية الخاصة بكل مادة. ولا شك في أن وجود مثل هذه المذكرة ذو فائدة قصوى لتيسير رجوع المشتغلين بالعمل القانوني من قضاة ومحامين وغيرهم إلى مصادر الفقه الإسلامي. ويجب أن تيسر المؤسسات التعليمية والبحثية وصل هؤلاء المشتغلين إلى هذه المادة الفقهية والأصولية من أيسر الطرق.

ولا يعد هذا القانون مجرد ترديد لما أوردته الكتب الفقهية القديمة؛ إذ ترتبط نصوصه كذلك بما أحرزه التفكير القانوني المقارن من تقدم في الصياغة وفي التعبير عن المفاهيم القانونية التي تشتمل عليها المدونات القانونية الحديثة. وهو لهذا لا يفلت شيئاً مما تناوله القانون المدني المصري. ومرجع عدم التناقض بين سمتي الحداثة والاستمداد من الفقه الإسلامي هو الحرص على الالتزام بمعيار عدم تناقض الجديد المتبني لأصول الشريعة وقواعدها العامة.

ولا يغيب عن البال أن هذا القانون مستمد من نظيره الأردني الصادر عام ١٩٧٦م، كما أن المذكرة الإيضاحية لهذا القانون تتفق في أكثر أجزائها موافقة تامة مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية لنظيره الأردني. وإنما ذلك لأن القانون الأردني - طبقاً لما جاء في مقدمة مذكرة القانون الإماراتي - قانون متكامل مستمد في معظم أحكامه من الشريعة الإسلامية.

وإنما اعتمد هذا القانون علي منهج التخير من المذاهب الفقهية المختلفة ولم يتقيد بمذهب فقهي معين. وهذا هو المنهج الذي تبنته قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في أوائل هذا القرن وانتقل منها إلي القوانين المدنية الصادرة فيما بعد. أما مصطلحاته فأكثرها فقهي علي الرغم من تغليب استخدام المصطلح القانوني أحيانا لدواعي الوضوح ومجارة للمألوف بين الناس. ويتضح ذلك بالنظر إلي المواد المنظمة لعقد المقاوله (م ٨٧٢ إلي م ٨٩٦)، حيث جري تفضيل استخدام مصطلح المقاوله علي المصطلح الفقهي ((الاستصناع))، دون أدني محاولة للمزاوجة بين هذين المصطلحين أو الربط بينهما، وكانت المذكرة الإيضاحية هي التي تولت هذا الربط والإشارة إليه. ولعل تغير العرف اللغوي وتوخي الوضوح هو المسئول عن تفضيل استخدام مصطلح المقاوله علي مصطلح الاستصناع.

وقد صدر في دولة الإمارات قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م، وجاء في ٩٠٠مادة، والقانون البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية بمنهج يقوم علي التوفيق بين الأصول الشرعية وبين مقتضيات المصلحة الاجتماعية.

وصدر قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م، وبدأ العمل به في ١٩٨٨/٣/٨م بمنهج يجمع بين الاجتهادات الفقهية المعروفة وبين المفاهيم القانونية المتطورة، وبذلك عد هذا القانون خطوة متقدمة في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في الجنايات والعقوبات. ويتضح استلزام هذا القانون لأحكام الفقه الإسلامي من التقسيم الوارد في المادة ٢٦ لأنواع الجرائم إلي جرائم حدود وإلي جرائم قصاص ودية وإلي جرائم تعزيرية. وقد نصت مادته الأولى علي أنه تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا

القانون والقوانين العقابية الأخرى. ومع ذلك فقد أخذ القانون في المادة رقم ٢٦ للتقسيم القانوني للجرائم إلي الجنایات والجرح والمخالفات، وعرف كل قسم من هذه الأقسام بتعريفه المألوف في القوانين الجنائية المعاصرة بعد إجراء تعديل طفيف فيه ليناسب أحكامه المستمدة من الشريعة. وبذا أصبحت الجنایة (م ٢٨) هي الجريمة المعاقب عليها بأي عقوبة من عقوبات القصاص أو الحدود فيما عدا حدي الشرب والقذف أو الإعدام أو السجن المؤقت أو السجن المؤبد، كما أصبحت الجنحة (م ٢٩) هي الجريمة المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة أو الدية أو الجلد في حدي الشرب والقذف. أما المخالفة (م ٣٠) فهي كل فعل أو امتناع معاقب عليه بالغرامة التي لا تزيد عن ألف درهم أو بالحجز مدة تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد علي عشرة أيام.

وتتضح طبيعة هذا القانون ورجوعه إلي أحكام الشريعة مما نصت عليه مادته الأولى التي أوجبت الرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية. ويدل علي هذا أيضا ما جاء في مادته رقم ٣١٢ من الحكم بعقاب المسلم الذي يأكل لحم الخنزير مع علمه بذلك بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين شريطة علانية فعل الأكل. وفي المادة نفسها الحكم بهذه العقوبات ذاتها علي من يحسن المعصية أو يحض عليها ويروج لها أو يغري بارتكابها. وكذا قضي هذا القانون بالعقوبة علي المجاهرة بالإفطار في نهار رمضان (م ٣١٣) بل وعلي الإساءة إلي المقدسات والشعائر المقررة في الديانات الأخرى متى كانت هذه المقدسات والشعائر مصونة من وجهة الشريعة الإسلامية (م ٣١٥)، كما عاقب كذلك علي التعامل بربا النسبية : (م ٤٠٩ إلي م ٤١٢) في المعاملات المدنية والتجارية، وعلي لعب القمار (م ٤١٣ إلي ٤١٦).

ومن هذا كله يتضح أن علي القاضي أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الحدود والقصاص. أما في مجال العقوبات والجرائم التعزيرية. فإن عليه أن يطبق أحكام القانون العقابي. ولا تعارض في ذلك لأن الجرائم والعقوبات التعزيرية التي تعرض لها القانون مما لا يتناقض مع الأصول الشرعية، وبهذا كانت الشريعة هي المصدر لأحكام القصاص والحدود والتعزيرات. وهذا هو ما أوضحتها أحكام المحكمة الاتحادية العليا، حيث بينت استناد شريعة التعزيرات إلي حق ولي الأمر الذي كلفته الشريعة في الزجر عن الآثام التي لم تبلغ مبلغ الحدود، إذا اقتضت مصلحة جماعة المسلمين العقاب عليها. وبهذا فإنه لا يشترط وجود النص القانوني لإيقاع العقوبة التعزيرية. وإنما كان هذا الفرق لتوافر مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة في الحدود بالنصوص الشرعية المعروفة لكافة المسلمين، علي حين لا يتحقق ذلك في الجرائم التعزيرية إلا بصدر النص القانوني الذي يحدد الجريمة والعقوبة عليها. ولذا فإنه إذا لم تثبت جريمة الزنا بالشهود الأربعة وثبت وقوع الزنا بالإكراه فإن النصوص التعزيرية هي التي توضع موضع التطبيق. ولا يستطيع القاضي أن يوقع عقوبة الجلد علي الزنا الثابت بما دون شهادة الشهود الأربعة، لأن هذه العقوبة غير منصوص عليها في قانون العقوبات، وليست هذه عقوبة حدية يرجع فيها إلي الأحكام العامة للشريعة، ويستطيع القاضي اللجوء إلي تطبيق العقوبة علي جريمة هنك العرض، ولا تتضمن هذه العقوبة جلد الزاني.

ويمكن القول دون أدنى مبالغة بأن هذا القانون خطوة صحيحة علي طريق تطبيق الأحكام الجنائية الشرعية.

وقد صدر قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي في ١٥ من يونيو ١٩٩٢م بمنهج يجمع بين الإفادة من المفاهيم القانونية الحديثة والاستمداد من أصول

الشريعة. ويتضح القصد إلي الاستمداد من الأصول الشرعية أو عدم التعارض مع هذه الأصول علي الأقل فيما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون، حيث جاء فيها أنه تطبق أحكام هذا القانون في شأن الإجراءات المتعلقة بالجرائم التعزيرية، كما تطبق في شأن الإجراءات المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص والدية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وأهم الحقوق التي كفلتها الشريعة والتي قام هذا القانون علي احترامها وعدم التعارض معها ما يلي :

-اليقين لا يزول بالشك، ولذا فإن الأصل هو البراءة التي لا تزول إلا بدليل يقيني.

-حرمة الحياة الخاصة وعدم التجسس والتفتيش إلا بإذن من له الحق في الإذن.

-التقيد في إثبات جرائم الحدود والقصاص بمعايير الإثبات الشرعية.
-حق أولياء الدم في العفو عن القصاص بعد وجوبه، وإن لم يكن لهم الحق في العفو عن الجريمة، حيث يستطيع القاضي الحكم بعد العفو بعقوبة أخرى تعزيرية قد تصل إلي الحكم بالإعدام.

ومن الواضح أن هذه القوانين ما تزال في بداية تطبيقها وتحتاج إلي جهود متضافرة من رجال القانون والشريعة لدعم وصلها بأصولها الشرعية وتيسير المعارف القانونية والفقهية للمشتغلين بتطبيقها للوصول بها إلي أهدافها في تحقيق المصالح الاجتماعية وربطها بالتراث الفقهي.

التطبيق الشرعي في مصر :

صدرت القوانين الأهلية المستمدة من القوانين الغربية بعد الاحتلال الإنجليزي لمصر بعامين، وأنشأت المحاكم الأهلية كما تقدم مع صدور هذا القانون وبعده. وكانت هذه العجلة سببا في اشتغال هذه القوانين علي كثير من

العيوب التي سلفت الإشارة إليها. ولذا اتجهت الأنظار إلي وجوب العمل علي استصدار قوانين غيرها تحل محلها وتتلافى هذه العيوب.

وقد انعقد العزم علي ضرورة الإصلاح في مجال القانون المدني، وتألفت لهذا لجنة بقرار من مجلس الوزراء عام ١٩٣٦م، وأسندت رئاسة هذه اللجنة في ١٩٣٦/٦/٢٨م إلي الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وقدمت اللجنة مشروعها بعد ذلك بأربع سنوات، ثم عرضته علي الرأي العام، وأعدت تنقيحه. وصدر القانون بعد جهود كبيرة علي أن يبدأ العمل به اعتباراً من ١٩٤٩/١٠/١٥. وقد جاء في المادة الأولى من هذا القانون النص علي اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه ولا عرفاً يمكنه الرجوع إليه. وقد أوجب هذا النص التوسع في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون لاستكمال ما لم يرد بشأنه نص في القانون.

ومن جهة أخرى فإن أعضاء اللجنة المكلفة بوضع مشروع هذا القانون قد وضعوا نصب أعينهم القواعد الشرعية والنظريات الفقهية فتأثروا بها في صياغتهم. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أن الشريعة الإسلامية باتت من المصادر التي استند إليها هذا المشروع، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية، وقبل هذا وذلك أدخل المشروع في شأن الشريعة الإسلامية تجديداً خطيراً، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المدني المصري إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه. والفروض التي لا يعثر فيها القاضي علي نص في التشريع ليست قليلة، فيرجع القضاء إذا للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الأفضية. وفي هذا فتح عظيم للشريعة الإسلامية الغراء، ولا سيما إذا لوحظ أن ما ورد في المشروع من نصوص يمكن تخريجه علي أحكام الشريعة

الإسلامية دون كبير مشقة. فسواء وجد النص أم لم يوجد فإن القاضي في أحكامه بين اثنتين، إما أن يطبق أحكاما لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها. بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الفقه الإسلامي كنظرية التعسف في استعمال الحق، ومسئولية عدم التمييز، وحوالة الدين، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة. كما أخذ من هذا الفقه كثيرا من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأرض الزراعية وهلاك الزرع وبيع المريض مرض الموت، وخيار العيب وخيار الرؤية وتبعة الهلاك في المبيع وأحكام العلو والسفل والحائط المشترك والأهلية والشفعة ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين وأحكام الهبة.

وليس هذا فحسب فقد تأثر القانون المدني المصري بأحكام الفقه الإسلامي في تغليب النزعة المادية الموضوعية في النظر إلي الالتزام واعتباره أبعد من أن يكون علاقة شخصية. ويتفق مع هذه النزعة المادية الأخذ بالإرادة الظاهرة في العقود؛ إذ ينشأ العقد طبقا لما جاء في المادة ٨٩ من القانون المدني المصري بمجرد تبادل التعبير الدال علي الرضا بين الطرفين. وتتجلى هذه النزعة كذلك في كثير من المعايير التي أخذها القانون من الفقه الإسلامي كمعيار عناية الشخص المعتاد وعناية الشخص الحريص.

وقد كان القانون المدني السابق وأحكام القضاء التي صدرت في ظله من أهم المصادر التي اعتمد عليها القانون المدني الحالي. كذلك كان القانون المقارن من المصادر النافعة لهذا القانون.

ومن هذا كله يتضح أن أهمية صدور القانون المدني المصري في التطور التشريعي من الأوجه التالية:

- ١-يمثل هذا القانون مزجا بين المفاهيم القانونية الحديثة وبين أحكام الفقه الإسلامي ونظرياته وقواعده، مما أدى إلي مزيد من الاقتراب من هذا الفقه والتوسع في دراسته وتقدير دوره الحضاري الخلاق.
- ٢-قدمت هذه الصيغة المزجية نوعا من التوفيق بين الاستجابة للاستفادة من التراث الفقهي ومن الأصول الشرعية وبين مقتضيات المعاصرة والتحديث التشريعي.
- ٣-فتحت هذه الصيغة أبواب دراسة الفقه الإسلامي بمناهج الدراسة القانونية الحديثة، وساعد هذا علي التخلص من عيوب التعصب المذهبي والوقوف عند ما تركه الأقدمون من تراث، وأصبح النداء إلي التخير من المذاهب الفقهية مقبولا، كما أصبحت الدعوة إلي فتح باب الاجتهاد من الأمور التي لا تثير حفيظة أحد.
- ٤-برهنت هذه الصيغة علي أن من الممكن من حيث المبدأ الإفادة من التفكير القانوني الحديث لتطوير الفكر التشريعي العربي والإسلامي.
- ٥-تأثر كثير من البلاد العربية بالنموذج الذي قدمه القانون المدني المصري وتبنته بعض هذه البلاد مما أدى إلي بذر بذور الوحدة القانونية العربية والتفكير التشريعي فيها.
- وعلي الرغم من هذا كله فما تزال هذه الخطوة بحاجة إلي ما يتممها ويكملها، مما يؤكد ربط النصوص القانونية بأصولها الشرعية ويوجب في الوقت نفسه إعمال قواعد التفسير الأصولية في فهم النصوص وتطبيقها.
- أما في مجال القانون الجنائي فكان قد صدر قانون العقوبات المصري في نوفمبر ١٨٨٣م كما تقدم وجاء في مادته الأولى النص علي استناد ولي الأمر في إصداره علي الحق المقرر له شرعا في مواجهة الجرائم والعقوبة عليها، وانه لم يفعل في هذا القانون أكثر من تعيين درجات العقوبة التي

لأولياء الأمر شرعا تقديرها، وهذا بدون إخلال في أي حال من الأحوال بالحقوق المقررة لكل شخص بمقتضى الشريعة الغراء. ويتفق هذا الاعتراف بالحقوق الشخصية مع ما جاء في المادة رقم ٢٣٠ من هذا القانون، ونصها : في جميع الأحوال المبينة في هذا الباب التي تقضي فيها الشريعة الغراء بالدية يصير تقديرها والحكم بها شرعا للأشخاص السارية عليهم أحكام تلك الشريعة، وهذا بدون إخلال بالعقوبات المدونة في هذا القانون.

وعلى الرغم من هذا الاعتراف بأن أحكام هذا القانون لا تعارض الحقوق الشخصية التي قررتها الشريعة والنص على الاعتراف بالدية فقد ثار خلاف كبير حول مفهوم هذا النص وكيفية تطبيقه، وقد كان الحل فيما يبدو هو الانصراف عن تطبيق هذا النص وعدم الالتفات إليه، فلم نجد أحكاما تقضي بالدية أو تسأل أولياء الدم عن رأيهم في القصاص من الجاني أو العفو عنه. وقد صدر قانون جنائي آخر عام ١٩٠٤م دون أن يتناول هذه النصوص المتعلقة بالدية والحقوق الشخصية في الشريعة بالتوضيح. أما القانون الجنائي المصري الصادر عام ١٩٣٧م فقد اختصر هذه النصوص واكتفى بالإشارة في المادة السابعة منه إلي أنه لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الإسلامية. ومفاد هذه المادة أن الحق في القصاص والدية، وهما من الحقوق الشخصية، لأولياء الدم ما يزال حقا ثابتا، ولهم أن يطالبوا به.

وعلى الرغم من كثرة الدعوات المطالبة بالتجديد والتطوير في مجال القانون الجنائي لتحقيق المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مع مراعاة الاقتراب من مقررات الفقه الإسلامي فإن اتجاهات التطوير تأخذ خطأ مختلفا يبدأ بالنظريات الجنائية الغربية ودراساتها والحديث عنها دون النظر إلي الواقع وظروف الناس ومشكلاتهم وآرائهم الخاصة ومعتقداتهم.

والنتيجة ما نراه من توتر بين النظريات التي يحشو بها الطلاب رؤوسهم وبين الواقع الذي نعيشه، حيث أصبحت السجون مصدرا لتفريخ الإجرام، وظروف الحياة فيها لا تليق بمجتمعاتنا، واضطراب الأمن وكثرة الفساد قد أصبح أسلوبا للحياة، وكثرت القوانين الاستثنائية لحماية السلام الاجتماعي وحماية الجبهة الداخلية وحماية المكاسب الاشتراكية وحماية القيم وقانون الطوارئ والعيب. ويعني النظر إلي هذا أنه لا بد من الدعوة إلي تطوير القانون الجنائي بما يحقق المصلحة الاجتماعية وفق صيغة فقهية تقوم علي الاجتهاد وفهم النصوص الشرعية في ضوء مقاصد الشرعية وغاياتها. ولا بأس في أن نبتعد عن بعض صيغ التطبيق الفقهية ما دمنا متمسكين بجوهر التشريع الإسلامي ومقاصده العامة ونصوصه القطعية.

في الشام والعراق :

ساعد وضع المجلة العدلية وتطبيقها في منطقة الشام والعراق قبل وقوعها في قبضة الاحتلال الغربي بعد هزيمة العثمانيين في الحرب العالمية الأولى علي استمرار تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فترة أخري ؛ إذ إن هذه المجلة كانت تقنيا مستمدا من المذهب الحنفي. وكانت الحكومات الوطنية هي التي جرؤت علي تغييرها وإحلال قوانين أخري محلها ؛ ففي عام ١٩٤٧م أمر حسني الزعيم في سوريا بتشكيل لجان لوضع قانون مدني عصري علي غرار القانون المصري، بناء علي أن المجلة رغم أهميتها ومكانتها في التشريع ليست قانونا مدنيا بالمعني الكامل، فقد اقتصر أحكامها علي طائفة معينة من المعاملات المأخوذة من المذهب الحنفي وحده دون سائر المذاهب، ولم تتضمن أحكاما عن الالتزامات بوجه عام ولا عن العقد ولا عن الحقوق العينية، ولكنها حوت أحكاما لا تمت إلي القانون المدني كالأحكام المتعلقة بتنظيم القضاء وأصول المحاكمات. وهي في صياغتها بعيدة عن الصياغة

القانونية بما ورد في موادها من الإطالة والإسهاب وذكر الأمثلة والأسباب، فكانت صياغتها أقرب إلي لغة الفقه منها إلي لغة القانون (١٦).

ومن هذا يتضح أن الأسباب التي دعت إلي استبعاد المجلة والعمل علي صياغة قانون مدني عصري تتمثل في الأمور التالية :

١- الرغبة في صيغة القانون المدني المصري التي تقوم علي المزج بين التفكير الفقهي والتطورات والمفاهيم القانونية الحديثة.

٢- النقص الواضح في المجلة، حيث لم تتعرض لما يضبط عددا من المفاهيم والأسس الضرورية في الحياة الاقتصادية الحديثة. من ذلك مفهوم العقد والحق والالتزام، كما أنها لم تتناول أحكام عقد التأمين وبعض أنواع الرهن والحوالة.

٣- الاقتراب في الصياغة من اللغة الفقهية التي لا تكتفي بالقاعدة، وإنما تضرب المثل وتوضح السبب.

٤- تناول عدد من الموضوعات التي تخرج عن حدود المعاملات المدنية، وذلك كأحكام الإثبات والقضاء والقواعد الفقهية الواردة في بداية المجلة.

٥- وتضيف المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري سببا آخر للتغيير والأخذ بقانون قريب من القانون المصري، هو العمل علي الوصول إلي الوحدة القانونية للبلاد العربية ؛ فهذا الهدف كما جاء في هذه المذكرة كان مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل، وهو أول خطوة عملية لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية.

وقد نص القانون السوري كنظيره المصري علي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص، فإن لم يجد القاضي فيها ما يقضي به رجع إلي العرف، وإلا كان عليه أن يقضي بمبادئ القانون الطبيعي والعدالة. وهكذا

اتجه التطور في سوريا من التطبيق لأحكام المذهب الحنفي الذي قننته المجلة العدلية إلي الأخذ بصيغة المزج بين التفكير بين الفقهي والقانوني. وفي عام ١٩٥٣م صدر القانون المدني العراقي ليمثل اتجاها أكثر وضوحا في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية من نظيره المصري والسوري ؛ فقد جاء في مذكرته الإيضاحية : " رؤى أن يكون المشروع مثالا لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجاء مزاجا متألفا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية، وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ترده إلي ربيع حياته وتمكنه من مسابقة هذه الأوضاع ؛ ولم يأل المشروع جهدا في التنسيق بين الأحكام التي استقاها من مصدره الأساسيين : الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، فاندمجت جميعا في درب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها.

وتكمن أهمية صدور هذا القانون في الأمور الآتية :

١- اتجاهاه إلي تبني صيغة المزج بين الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية الغربية بمنهج يختلف عن منهج القانونيين المدنيين المصري والسوري من حيث الاقتراب من الأحكام الشرعية والمصطلحات الفقهية. ومن هذا يتضح تنوع صيغ المزج باقترابها أو بابتعادها من أحد هذين المصدرين : الفقه والقانون الغربي.

٢- القصد إلي انتهاج خطة معينة في هذا المزج بما يحقق الاندماج بينهما في درب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها طبقا لما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون. وإنما يتحقق هذا المزج والدمج بالانحياز إلي التراث الفقهي وتطعيمه بالأفكار القانونية اللازمة لإنضاجه وتطويره.

٣- وضوح المصطلحات الفقهية فيه، كالتعرض لبعض أنواع الشركات الفقهية، وتناول أحكام الغصب والإتلاف عند تحديد أحكام المسؤولية التقصيرية.

وقد كان القانون المدني العراقي خطوة تطويرية فأثر بدوره في كثير من القوانين المدنية العربية التي صدرت بعده في الأردن والكويت واليمن والإمارات العربية المتحدة. ويشير المرحوم عبد الرزاق السنهوري الذي أسهم بدور كبير في وضع هذا القانون إلي أهميته الكبرى في مقاله المنشور في مجلة القضاء العراقية عام ١٩٦٢م تحت عنوان القانون المدني العربي بقوله : "هذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث. ذلك أن الشريعة الإسلامية منذ أن ركزت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني، لم تهب عليها ريح الإصلاح إلا في مرحلة أولي يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية علي نسق التقنينات العربية في المجلة وفي مرشد الحيران. وها نحن الآن في مرحلة ثانية يطورها القانون العراقي الجديد. وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الإسلامي إلي جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد. فلسنا مغاليين إذا قلنا إن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أجل التجارب في تاريخ التقنين؛ فهذه أحكام الفقه الإسلامي قننت في نصوص واضحة ووضعت إلي جانب نصوص القوانين الغربية، وبذلك تم جمع الفقه والقوانين الغربية علي صعيد واحد، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا".

ولقد كان القانون المدني الأردني الصادر عام ١٩٧٦م والذي حل محل مجلة الأحكام العدلية في الأردن خطوة أخرى علي طريق التطور، حيث اقترب أكثر من غيره من الفقه الإسلامي، وأدخل واضعوه عددا من المعايير التي يسرت دمجها بالفقه الإسلامي. من ذلك إعداد هذه المذكرة التوضيحية التي بينت مرجع أحكام كل مادة في كتب الفقه المعروفة، بما ييسر علي المشتغلين الرجوع إلي هذه الكتب. ومن جهة أخرى فقد جاء في هذا القانون النص علي الرجوع في تفسير نصوصه ومفاهيمه إلي قواعد التفسير الأصولية المدونة في أصول الفقه. وقد أحسن القائمون علي وضع القانون المدني في الإمارات حين فطنوا إلي أهمية هذه الأدوات في تغليب اتجاه التطور القائم علي ربط الصياغة القانونية بأصولها الشرعية. ومن الواجب العمل علي تقريب الوصول إلي هذه المرحلة التي تنتهي فيها لصدور قوانين مدنية مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي واجتهادات فقهاءنا وتفسيراتهم المتنوعة لنصوص الشريعة الإسلامية بما يحقق المصالح الاجتماعية ويدعم التطور والتقدم في مجتمعاتنا التي تستحقه وتتطلع إليه وتملك الدوافع إليه وإمكانات تحقيقه.

في ليبيا :

تقدم أن إيطاليا لم تكتف بفرض القوانين التي كان يصدرها وزير المستعمرات بعد احتلالها لليبيا قبل نشوب الحرب العالمية الأولى مباشرة وإنما عينت جميع القضاة وكتبة المحاكم من الرعايا الإيطاليين، وفرضت اللغة الإيطالية في المرافعة وفي كتابة محضر الجلسات علي نحو أدي إلي حرمان الشعب من التطلع إلي الحصول علي العدالة الرسمية طبقا لما سلفت الإشارة إليه. وقد بات الطريق مهيباً لنيل ليبيا استقلالها عقب هزيمة المحور (ألمانيا وإيطاليا) وكان صدور الدستور الليبي، ونيل ليبيا استقلالها في عام

واحد، هو عام ١٩٥١. وقد تضمنت المواد ١٤١-١٥٨ تنظيم السلطة القضائية، وجاء في المادة ١٤٣ وجوب إنشاء محكمة عليا. وأراد البعض إبقاء القوانين الإيطالية وترجمتها إلي العربية، واستبقاء القضاة الإيطاليين حتى لا يتعطل مرفق القضاء. ولكن صدر قانون إنشاء المحكمة العليا في ١٠ من نوفمبر ١٩٥٣م وتم تشكيلها من ثلاثة مستشارين لبيين وثلاثة مصريين وإنجليزي واحد وأمريكي واحد، وشكلت هيئة مؤقتة من محكمة روما علي أن تنتهي من عملها خلال سنة (١٧). وصدرت بعد ثمانية عشر يوما (أي في ٢٨ من فبراير ١٩٥٣م) مجموعة القوانين الوضعية باللغة العربية، وهي قانون نظام القضاء والقانون المدني وقانون المرافعات المدنية، نقلا عن القوانين المصرية المماثلة، كما صدر قانون العقوبات، وكثير من أحكامه إيطالي، وقانون الإجراءات الجنائية. وقد بدأ العمل بهذه القوانين في ٣٠ من سبتمبر ١٩٥٤ (١٨).

ولم تكن هذه الخطوات الإصلاحية المواكبة للاستقلال والرامزة إلي التحرر من التبعية الإيطالية كافية للتعبير عن آمال الشعب الليبي في الإصلاح التشريعي. وقد أعلنت ثورة الفاتح من سبتمبر ١٩٦٩ عن توجهها إلي الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية حين أصدرت ثاني يوم من قيامها القرار بالمنع من تعاطي الخمر أو الاتجار فيها أو بيعها أو تداولها في جميع أنحاء الجمهورية. ثم صدر قرار مجلس قيادة الثورة في ٢٨ من أكتوبر ١٩٧١م باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لجميع التشريعات، كما أمر هذا المجلس في هذا التاريخ بتشكيل اللجان الفنية لمراجعة القوانين القائمة للعمل علي تنقيتها مما يخالف الأحكام الشرعية. وتعتبر الخطوات التي تم اتخاذها إلي الآن (مثل صدور قانون الزكاة) عن التوجه أكثر مما تعبر عنه الإنجازات.

التطبيق الشرعي في السودان ومنهج التقنين :

علي الرغم من سيطرة تقاليد القانون الإنجليزي العرفي Common Law في السودان فترة تقترب من ثمانين عاما، وارتكاز هذه القوانين علي مفهوم السوابق القضائية Precedents، فقد أخذ السودان بمنهجية مختلفة لإحداث التغيير القانوني المبني علي استلهام مصادر الشريعة الإسلامية، وتمثل هذا المنهج في الأخذ بمنهج التقنين. ويمكن تعريف التقنين في هذا السياق بأنه "وضع الأحكام الشرعية في هيئة مواد مرتبة في أبواب وتقسيمات تيسر الرجوع إلي ما يراد منها،

مع كونها ملزمة في التعامل والقضاء". وأساس جواز التقنين من وجهة الفلسفة التشريعية الإسلامية هو حق ولي الأمر في تقنين القضاء بمذهب أو رأي مجتهد أو زمان أو مكان (١٩). وولي الأمر في النظم السياسية الحديثة هو هذه المجالس النيابية التي يجب عليها أن تستعين بالخبراء في الفقه الإسلامي، ممن يمكنهم ممارسة الاجتهاد الجزئي، ويستجمعون شرائطه المقررة في أصول الفقه الإسلامي.

ولا يغيب عن البال أن القوانين الشرعية قد صدرت في السودان أول ما صدرت علي يد حكومة مرفوضة من الجماهير لخطب ودّها وكسب تأييدها. ومع ذلك فإنه يجب النظر إلي هذه القوانين لتقديرها والحكم عليها بعيدا عن الجهة التي أصدرتها وقصدها من إصدارها ؛ إذ الواجب ألا نتعرف علي الحق بالرجال، وإنما يكون الحكم بالحق علي الرجال. وأهم هذه القوانين الشرعية التي صدرت بالسودان هي :

أولا : القانون الجنائي الإسلامي الصادر سنة ١٩٨٣.

تناول هذا القانون في أكثر من أربعمائة مادة أحكام الحدود والقصاص والتعازير بمنهج التخير من المذاهب الفقهية، حتى ليأخذ بمذهب الظاهرية في

عدم اشتراط الحرز في السرقة الموجبة للحد، ولا يشترط خفية أخذ المال في تعريف السرقة عملاً بقول بعض الفقهاء، مما يقربها من مفهومها في القانون الإنجليزي الذي اعتبر مجرد تحريك المتاع بقصد الاستيلاء عليه من السرقة. وقد حكم هذا القانون بوجوب القصاص من المسلم في قتل غير المسلم، متابعاً لمذهب الأحناف في ذلك.

وقد أقر هذا القانون حق أولياء الدم في العفو عن القصاص وفي أخذ الدية أو التنازل عنها، تقديراً للضرر الشخصي الواقع عليهم، إلا في القتل الغيلة الذي يعتبره المالكية من جرائم الحرابة، وهذا هو القتل علي نحو لا يستطيع المجني عليه طلب العوثة وتلقي العون من الغير أو مؤسسات الدولة في دفع الخطر اللاحق به. من ذلك أن يكون الجاني قد أقنع المجني عليه بمصاحبتة إلى مكان منعزل، بعيد عن العمران لسرقته أو للاعتداء علي عرضه، فإذا قتله فيه كان هذا القتل الغيلة الذي لا حق لأولياء الدم في العفو عن الجاني فيه، تغليبا للحق العام، لخطورة هذا القتل علي الأمن الاجتماعي.

وأوجب هذا القانون الدية في القتل الخطأ، وذلك في مال الجاني، بناء علي مبدأ شخصية المسؤولية وعدم قيام العاقلة هذه الأيام. ويصعب إدراك كيفية وفاء الجاني في القتل الخطأ بواجب الدية التي تزيد علي مائة وخمسين ألف جنيه مصري بأسعار الذهب الآن، وهي ثروة لا يقدر عليها أكثر الجناة في ظل الظروف الاقتصادية السيئة. ولذا مست الحاجة إلي إنشاء نظام تأميني يبسر دفع الدية لأقارب المجني عليه، حتى لا يهدر دمه، طبقاً لما يفيدته قوله صلي الله عليه وسلم: " لا يطل دم في الإسلام".

أما التعزيزات في هذا القانون فقد اتسمت بترك الحرية للقاضي في تقدير العقوبة، مما يقربه من منهج القانون العرفي الإنجليزي المبني علي السابقة القضائية. ولكن قد وقع هذا القانون بذلك في مراحل تطبيقه الأولي في الأقل،

وقبل وضوح هذه السوابق، في مخالفة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي أثبتت أبحاث عبد القادر عودة (٢٠) وأبو زهرة (٢١) أن الفلسفة الجنائية الإسلامية تقوم عليه. ويتمثل التوسع الذي اتجه إليه القانون في التعزيزات في أنه لم يضع حداً لعقوبتي الحبس والغرامة في المادتين ٦٤، ٦٨، وترك للقاضي الحكم بما يراه مناسباً.

وتتسم العقوبات التي أتى بها هذا القانون بالشدّة في أحوال كثيرة. يتضح ذلك في فرض عقوبة الجلد في أكثر الجرائم، وجعل الحد الأدنى لهذه العقوبة خمسا وعشرين جلدة. ويلفت النظر أن الفقهاء المسلمين فكروا في الحد الأقصى للجلد خلافاً لاتجاه هذا القانون إلى إقامة حد أدنى. وقد التفتت اللجنة التي شكلت من كبار العلماء لدراسة القوانين الشرعية في السودان إلى هذه السمة، وأوصت بعدم "تقرير العقوبات البدنية - الجلد بوجه خاص - إلا في الجرائم التي ورد نص قطعي بالعقاب به عليها، أو في الجرائم المتصلة بالاعتداء على الأخلاق وإشاعة الفاحشة والجرائم المتصلة بالاتجار بقوت الشعب". وقد تمثلت هذه الشدة كذلك في فرض عقوبات حدية على جرائم تعزيرية، كاعتبار النهب والابتزاز من قبيل الحرابة، طبقاً لما جاء في المواد ٣٣٢ و٣٣٣ و٣٣٤. وقد فرض هذا القانون عقوبة الحرابة على جريمة السطو، طبقاً لما جاء في المواد ٣٩٣-٣٩٦. ويشير تقرير اللجنة المذكورة إلى إسراف هذا القانون في فرض عقوبات متعددة على الفعل الواحد، بما يخالف القواعد العامة للنظام الجنائي الإسلامي وقواعد العدالة (انظر على سبيل المثال المادة ٣٨٨ وما بعدها). وعلى الرغم من تقدير ظروف الأمن في السودان عند فرض هذا القانون وصياغته فلا يخفي أن النظام السياسي القلق السائد آنذاك قد رغب في هذه الشدة وأراد هذا القانون أداة لإحكام قبضته على ما يجري في البلاد.

وقد تأثر هذا القانون كذلك فيما يبدو لي بمفاهيم القانون العرفي الإنجليزي. من ذلك علي سبيل المثال تعريف السرقة الحدية بأخذ المال دون اشتراط وجوده في حرز مثله، ولا إخراج هذا المال من الحرز ؛ ففي المادة ٢٣٠ من هذا القانون أنه " يعد مرتكبا لجريمة السرقة الحدية كل من يأخذ بسوء قصد ما لا منقولاً متقولاً مملوكاً للغير لا تقل قيمته عن النصاب في حيازة شخص دون رضاه ". أما التعريفات الفقهية للسرقة فتدل علي اشتراط أن يكون الأخذ للمال علي سبيل الخفية، وأن يكون أخذ المال من حرزه وأن يخرج من هذا الحرز، وأن يكون المسروق مملوكاً متقولاً بالغاً قيمة النصاب. والأبلغ من ذلك في إدراك هذا التأثير أن نص المادة ٤٢٩ يجعل الزنا جريمة ترتكبها المرأة المتزوجة، مما يتفق مع القانون العرفي الإنجليزي ويخالف النصوص الشرعية. وقد أدت هذه الانتقادات إلي وقف العمل بهذا القانون.

قانون أصول الأحكام القضائية الصادر عام ١٩٨٣ :

تناول هذا القانون طرق تفسير النصوص التشريعية ومناهج القضاء عند عدم وجود النصوص التشريعية التي تضبط محل النزاع. وإنما هدف هذا القانون إلي تحديد أساليب إلحاق الوقائع والحوادث التي ترد للقاضي بالأحكام الشرعية، سواء كانت هذه الأحكام منصوصاً عليها في قانون من القوانين القائمة أو غير منصوص عليها. ولا تخفي أهمية رسم طرق التفسير ومناهجه من الوجهة الفقهية للقضاة المتقنين ثقافة قانونية إنجليزية، قصداً إلي تزويدهم بما يبسر وصل جهودهم في إقرار العدالة بالتراث الفقهي واجتهادات الفقهاء السابقين. وأهم ملامح الخطة التي أقامها هذا القانون لذلك فيما يلي :

أ- الالتزام بتفسير نصوص القوانين القائمة في ضوء الأحكام الشرعية القطعية وبالقواعد الأخلاقية الإسلامية التي اقتضتها الشريعة علي سبيل الندب أو الكراهة. والقصد من النص علي ذلك استبعاد أي تفسير لنص قانوني بالمخالفة لأحكام الشريعة القطعية أو للأخلاق التي أمرت بها.

ب- تفسير ألفاظ القوانين القائمة ومصطلحاتها في حدود ما أقره الفقهاء المسلمون. ومقصود هذا النص فيما لا يخفي هو ربط عمل القضاة بنصوص الفقه الإسلامي ومصطلحاته، وهو أمر ذو أهمية بالغة في حفز القضاة السودانيين علي الرجوع إلي التراث الفقهي وتوظيف هذا التراث في فهم نصوص القوانين القائمة ووضعها موضع التطبيق. وتكفي هذه الآلية وحدها في رأي مفكر إسلامي بارز هو طارق البشري لإكساب القوانين القائمة المستمدة من القوانين الغربية المشروعية والحجية، باعتبار إن مرجعيتها الشرعية ستؤدي لنقل أصولها الغربية إلي الفقه الإسلامي ومصادره. ويجب لهذا العمل علي إقرار مثل هذا النص في أية محاولة أخري للتطبيق الشرعي في العالم الإسلامي.

ج- الاجتهاد عند عدم وجود نص تشريعي يحكم القضية محل النزاع، من قبل قضاة المحاكم العليا ومحاكم الاستئناف. ويقوم هذا الاجتهاد علي الرجوع إلي المصادر الشرعية والقواعد الكلية والمبادئ المجمع عليها، كاستحباب البراءة للمتهم إلي أن يثبت العكس، والإباحة في العقود، فضلا عن الاسترشاد بالسوابق القضائية وما توجبه الأدلة فيما لا يعارض مبادئ الشريعة ومذاهب جمهور الفقهاء. ومن الواضح أن القانون العرفي الإنجليزي هو الأساس الذي يرجع إليه إعمال كل من السوابق والعدالة، واعتبارهما مصدرين مستقلين إضافيين، وإن أدي تقيدهما بالأصول الشرعية إلي قبولهما من وجهة المعايير الشرعية الإسلامية.

قانون المعاملات المدنية المصادر عام ١٩٨٤ :

يمثل هذا القانون خروجاً علي النسق القانوني الإنجليزي الذي خضع له السودان فترة طويلة ؛ إذ يأخذ القانون الإنجليزي بالتقنين الجزئي لموضوعات مدنية محددة كبيع المنقول Sale of Goods والملكية والتصرف في الأموال Transfer of Property والتعامل في الأراضي، أما النظام اللاتيني فهو الذي يعالج موضوع المعاملات المدنية في إطار القانون المدني Civil Law. ولعل القائمين علي الإصلاح القانوني في السودان قد اختاروا أسلوب التقنين الشامل للمعاملات المدنية لموافقة نظام القانون المدني ما استقر عليه الفقهاء المسلمون الذي دأبوا علي تناول المعاملات جميعها في حيز واحد.

وقد جاء هذا القانون في ٨١٩ مادة موزعة علي اثنين وعشرين باباً، تضبط أحكام المعاملات المدنية التي درجت القوانين المعاصرة علي تناولها. ويعد هذا القانون مع ذلك تطويراً لمجموعات القوانين المدنية ومشروعاتها المستمدة من الشريعة الإسلامية والمطبقة في البلاد العربية، كالمصري الأردني والعراقي والسوري ومشروعات القوانين المدنية المعدة في مصر واليمن والإمارات العربية، ولذا جاءت نصوص قانون المعاملات المدنية السوداني تعبيراً عن الجهود التي بذلت في هذا كله.

٩٧- وقد تأثر هذا القانون بمجلة الأحكام العدلية في العناية بالقواعد الفقهية التي تضبط أعمال أحكام المعاملات المدنية. ولذا جاء في الفصل الثاني من هذا القانون النص علي جملة من القواعد كقاعدة لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، والضرر لا يزال بمثله، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والأصل براءة الذمه واليقين لا يزول بالشك، وعلي اليد ما أخذت حتى تؤديه. ولعل اشتغال النظام القانوني الإنجليزي علي ما يقرب من هذه

القواعد هو الذي يسر ظهور هذه القواعد في قانون المعاملات المدنية السوداني.

ويتميز القانون المدني الأردني عند المقارنة بنظيره السوداني بإعداد مذكرة توضيحية يؤخذ مأخذ القاعدة وأصولها الشرعية، مما ييسر علي القضاة والمشتغلين بالعمل القانوني فهم القاعدة القانونية والعمل بها. وقد كان إغفال القانون السوداني لمثل هذه المذكرة من المآخذ التي سجلتها اللجنة المشار إليها في تقريرها. وهذا ينبغي الحرص عليه في إعداد أي قانون لربطه بالأصول الشرعية.

قوانين أخرى :

صدرت تقنيات أخرى عديدة في السودان، لا محل للاستطراد في تحليلها، من ذلك قانون الإجراءات والإثبات لسنة ١٩٨٣، وهو قانون صدر لبيان وسائل الإثبات وأدلتها في المعاملات والجنايات اعتمادا علي الأصول الشرعية المتضمنة في الكتاب والسنة والقواعد الفقهية. ويلفت النظر ما ورد في الفصل الثاني لهذا القانون من مبادئ وقواعد منقولة بألفاظها أو معانيها من التراث الفقهي، كقاعدة الأصل براءة المتهم، وقاعدة الأصل فيما يثبت بزمان بقاؤه علي ما كان عليه لزم من معقول، والبينة علي من يدعي زواله أو تحويله. ومما يلفت النظر كذلك توسع هذا القانون في وسائل الإثبات وأنواع البينات ؛ التي اعتمدها كالإقرار وشهادة الشهود والمستندات والقرائن واليمين والمعايينة والخبرة، وهو ما يوافق ما أخذ به المالكية وما كان عليه العمل في السياسة الشرعية، طبقا لما هو محرر في الطرق الحكومية في السياسة الشرعية لابن القيم. وقد استبعد هذا القانون الإثبات بعلم القاضي، تبعا لما عليه جمهور الفقهاء المسلمين.

وقد صدرت عدة قوانين شرعية أخرى، منها قانون الزكاة والضرائب، وقانون القوات المسلحة وقانون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي نظم ولاية الحسبة، مع قصرها علي التوجيه والإرشاد وترك سماع الدعوى في الجنايات والقضاء. ومنها قوانين المرور الذي تناول التعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها حوادث المرور، وأوجب إقامة قاض للنظر فيما تثيره هذه الحوادث من النواحي المدنية والجنائية، فوفر بذلك وقت المتقاضين، ويسر لهم الحصول علي حقوقهم التي كانت تضيع بالمماطلة والتأخير وتضارب الاختصاصات.

تأثير هذه القوانين : صدرت أكثر هذه القوانين خلال عام واحد، فأحدثت تغييرا شاملا في النظام القانوني المعمول به، واستطاع القضاة من الخبراء في القانون الإنجليزي أن يطبقوا هذه القوانين دون صعوبات حقيقية. وعلي الرغم من قصد نظام الحكم بإصدارها إلي نيل الخطوة لدي الجماهير فقد عمد إلي تعطيلها وعدم تطبيقها في أحوال كثيرة، حتى نما بين الناس الإحساس بأن أحكام هذه القوانين لا تطبق إلا علي الفقراء والضعفاء الذين لا ترغب الحكومة في حمايتهم. أما كبار المفسدين في المجتمع والمتلاعبين بأقوات الشعب فلا تطبق هذه الأحكام بشأنهم. وكثيرا ما كان النائب العام يتدخل لسحب أوراق بعض القضايا من المحاكم ومنع توجيه الاتهام فيها أو للتوصية بإسقاط العقوبة فيما لو تمت المحاكمة، حتى اضطر رئيس محكمة الاستئناف الجنائية إلي توجيه منشور لكافة المحاكم بمنع تسليم أوراق أي قضية إلي النائب العام أو العمل بأي توجيه أو توصية منه.

وفي قضية " الأفران الآلية " أراد النائب العام وقف التحقيق مع المتهمين بالتلاعب بالتزوير في البيانات المقدمة عن هذه الأفران، وأخذ هذا النائب أوراق القضية فكتب له قاضي الموضوع عدة خطابات لرد الأوراق للمحكمة

حتى تنتهي من عملها. وبعد مفاوضات كثيرة كتب النائب العام إلي قاضي الموضوع يعلن عن نيته في عدم توجيه الاتهام وفقا للمادة ٢١ من قانون الإجراءات التي تعطيه الحق في تقدير المصلحة في توجيه الاتهام أو عدم توجيهه، فكتب قاضي الموضوع إلي محكمة الاستئناف الجنائية بالعاصمة يطلب الحكم ببطالان قرار النائب العام وتقديمه للمحاكمة لحمايته المفسدين، ذلك أن سلطته في تقدير المصلحة محكومة حسبما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٢١ المشار إليها بالأعلى يتعارض استخدام هذه السلطة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد أيدت محكمة الاستئناف ما طلبه قاضي الموضوع، وتم القبض علي المتهمين لاستكمال التحقيق رغم معارضة النائب العام الذي انحاز إليه رئيس الجمهورية، وطلب هو الآخر حفظ التحقيق. ولم تستجب المحكمة لطلبه كذلك. وهذا يدل علي أن هذه القوانين كانت ذات أثر بالغ في تعاون عدد كبير من القضاة في الضرب علي أيدي الفساد ومقاومته رغم شدته واحتمائه بنظام سياسي متسلط.

وكذلك أسهمت هذه القوانين في صبغ الحياة الاجتماعية بالصيغة الإسلامية. يوضحه حكم المحاكم بتحريم الرقص المختلط وممارسة القمار في الفنادق والكازينوهات وغيرها. وكتب أعضاء محكمة الاستئناف ورئيسها إلي معتمد العاصمة القومية (المحافظ) بتحريم هذه الأنشطة. وخاطب رئيس محكمة الاستئناف محافظ بنك السودان يوجب عليه الامتناع عن المعاملات الربوية، إعمالا لنصوص قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤. وحكمت هذه المحكمة ذاتها بمصادرة مليون ونصف مليون جنيه سوداني قيمة ما جمعه أحد التجار من معاملاته الربوية، وذلك في قضية رانتال شاه. ويدل هذا

النشاط علي استخدام هذه القوانين أداة لضرب الفساد وتحريك المجتمع في اتجاه أعمال القيم والقواعد الشرعية.

رغم هذا أوقف العمل بهذه القوانين، ورد الأمر إلي ما كان عليه قبلها لظروف سياسية داخلية ولضغوط عنيفة خارجية، ولكثير من السلبيات التي ظهرت في هذه القوانين ذاتها طبقا لما ظهر في تقرير اللجنة المشار إليه فيما سبق. وتدل هذه النتيجة المخيبة للآمال علي عدم توافر مقومات النجاح والمساندة لهذه التجربة من النواحي السياسية والاجتماعية والفنية المتمثلة في الصياغة والخبرات التشريعية وتوافر القضاة والمحامين القادرين علي استلهم روح التغيير وتنفيذه وإدراك طبيعة المصالح المنوطة بهذا التغيير. من جهة أخرى فإن نجاح الضغوط الداخلية والخارجية في وقف العمل بهذه القوانين يدل علي وجوب العناية بالجانب الإعلامي، وترتيب أولويات التطبيق الشرعي بمنهج علمي حذر، يتعرف علي الممكن وينفذ إلي رصد عوامل الإخفاق بعد إدراك مقومات النجاح. ومن المؤلم للنفس (عند المقارنة) أن تستمر القوانين الإيطالية في التطبيق بلغتها في ليبيا قرابة نصف قرن علي حين لا يستطيع السودان الاستمرار عشر سنوات في احتضان تجربة التطبيق الشرعي وتطويرها باستبعاد أوجه القصور واستكمال مقومات النجاح.

في الباكستان :

أنشئت باكستان عام ١٩٤٧م التي كانت تضم أيضاً باكستان الشرقية (بنجلاديش) من الأقاليم ذات الأغلبية المسلمة التي اختارت الانفصال عن الهند، بهدف إقامة حياتها وفق قواعد دينها وقيم السلوك فيه. وقد كان من الطبيعي أن تعكس الوثائق الدستورية المتتابعة منذ إنشاء الدولة الباكستانية هذا التطلع ؛ فقد تضمن إقرار المبادئ والمقاصد Objectives

Resolution الذي تبناه المجلس النيابي الباكستاني في ١٩٤٩/٣/٧م وجوب التسليم برجوع السلطة التشريعية Legal Sovereignty لله وحده. وفي رأي أحد أشهر المشتغلين بالعمل القانوني في باكستان هو الأستاذ بروحي أن التسليم بهذا المبدأ هو حجر الزاوية في الصرح القانوني الباكستاني، وأن الحكومات الباكستانية العسكرية والمدنية قد توالى علي الاعتراف بهذا المبدأ دون تغيير فيه أو تبديل له، بل إنه يمثل الرابطة التي تجمع الباكستانيين وتؤلف بينهم، وهو الأساس الذي يجب علي الوثائق الدستورية أن تستلهمه، وقد جري نقاش واسع المدى حول طبيعة حجية هذا المبدأ، واستمداده حجيته من ذاته ومن العقيدة الإسلامية التي قامت باكستان علي أساسها، أو من قبول الشعب الباكستاني له. وطبقا للتحليل الأول فإن هذا المبدأ لا يمكن تغييره أو تعديله، أما علي الرأي الآخر فإن بالوسع التحول عن هذا المبدأ إذا غير الشعب الباكستاني رأيه. (أنظر قضية State V.Zia-ur-Rehman). ويعبر هذا الرأي الأخير عن أصوات لا تحظى بتأييد أحد. (٢٢)

وقد نص دستور ١٩٥٦م، ١٩٦٢م علي اعتبار جمهورية باكستان الإسلامية دولة ديمقراطية تنهض علي مبادئ الإسلام في العدالة الاجتماعية، وتمارس سياساتها وسلطاتها وفق مبادئ الحرية والعدالة والمساواة، بما يمكن الشعب الباكستاني أفرادا وجماعات من تنظيم حياتهم وفق مبادئ الشريعة الإسلامية. أما وضع هذا الأمر موضع التطبيق فقد اقتضى إنشاء مؤسستين عتيدتين في المجتمع الباكستاني، أولاهما مجلس الفكر الإسلامي Islamic Ideology Council، وتقع علي عاتقه مسئولية مراجعة القوانين القائمة من وجهة الشريعة الإسلامية لتحديد أوجه التناقض واقتراح الحلول. وقد قام هذا المجلس منذ نشأته بمراجعة مئات القوانين ذات التوجه الإسلامي، وأشرف علي رئاسته عدد من مشاهير العلماء والقضاة، من بينهم القاضي تـزـيـل

الرحمن الذي تولي رئاسة هذا المجلس في الثمانينات. ومن أهم ما قدمه هذا المجلس تقريره عن الخطوات العملية اللازمة لإلغاء الربا. أما الأخرى فهي معهد البحوث الإسلامي Islamic Research Institute، الذي يقوم بإجراء البحوث في المجالات الاقتصادية والمالية والقانونية من وجهة الشريعة الإسلامية، لتيسير تطبيق أحكامها.

أما أهم الإجراءات التي اتخذت في اتجاه مراجعة القوانين القائمة لتتقيتها مما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فهو إصدار التعديل الدستوري لعام ١٩٧٩م الذي يقضي بإنشاء الدوائر الشرعية في المحاكم العليا الموجودة في عواصم الأقاليم الأربعة التي تضمها جمهورية باكستان الإسلامية، وهي السند والبنجاب والبلوشستان والحدود. ثم أنشئت في مايو عام ١٩٨٠م المحكمة الشرعية الاتحادية Federal Sharia Court لتحل محل هذه الدوائر الشرعية وتعمل عملها لعجز المحاكم العليا عن القيام بهذا الأمر، لكثرة أعمالها وضيق وقت قضائتها عن القيام بمراجعة القوانين القائمة. ووظيفة هذه المحكمة الفيدرالية مراجعة القوانين القائمة والحكم بعدم شرعية أي نص قانوني يخالف أحكام الشريعة، إلا فيما استثنى من تشريعات وقوانين تختص بالضرائب والأموال وأحكام قانون الأحوال الشخصية الصادر عام ١٩٦١م. وقد أشارت المحكمة الشرعية في قضية محمد صديق خان ضد الحكومة إلي أن الهدف من استبعاد القانون المالي Fiscal Law من اختصاصها هو حماية النظام الربوي القائم خلال المرحلة الانتقالية المقدره بثلاث سنوات لإحداث التغيير الواجب في هذا النظام.

وتفيد الفقرة د من المادة ٢٠٣ من الدستور الباكستاني الصادر عام ١٩٧٣ عمل المحكمة الشرعية الاتحادية بالنظر في القوانين القائمة بمبادرتها Suo Moto أو بناء علي طلب الحكومة أو الأفراد، ومراجعة هذه القوانين للحكم

بمخالفة أحكام الشريعة أو موافقتها. وقد بلغ عدد الالتماسات المقدمة من الأفراد بالطعون علي القوانين القائمة في موضوعات هامة أكثر من مائة وثلاثين في السنوات الأولى من إنشاء هذه المحكمة. وقد نص التعديل الدستوري بالمرسوم رقم ٦ لعام ١٩٨٤ علي أن الواجب في أحوال الحكم بمخالفة أي نص من النصوص القانونية لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية أن ترسل المحكمة الشرعية إخطارا إلي الحكومة الاتحادية أو الإقليمية يتضمن تحديد النص المخالف والأدلة المؤيدة لرأي المحكمة ومحل التناقض بين النص القانوني والأصل الشرعي، مع تعيين التاريخ الذي قرره المحكمة لإبطال النص القانوني. ويتعين علي الحكومة أن تسن قبل هذا التاريخ قانونا أو نصا قانونيا موافقا للأصول الشرعية. ويتضح من ذلك أن اختصاص المحكمة الشرعية مقيد بإبطال النصوص القانونية ولا يتجاوز ذلك إلي اقتراح نصوص قانونية جديدة أوفق في التعبير عن القواعد الشرعية. وبعبارة أخرى فإنه لا حق للمحكمة الشرعية في الإلزام بأحكام قانونية جديدة، وإنما يتقيد اختصاصها في الحكم ببطلان بعض النصوص القانونية لعدم دستورتيتها بمخالفة أحكام الشريعة. ولا يعد حكمها بالبطلان نهائيا، وإنما ترجع سلطة استئناف أحكامها إلي الدائرة الشرعية Shariah Bench في المحكمة العظمي Supreme Court.

ويتميز هذا الجهد القضائي في تنقية القوانين القائمة عن الجهد النظري لمجلس الفكر الإسلامي الذي عهد إليه هو الآخر بهذه المهمة أيضا، من حيث غلبة الطابع العملي والاستناد إلي القواعد الشرعية الكلية في مقابل التمسك بالمذهب الحنفي وغلبة الطابع النظري في عمل مجلس الفكر الإسلامي الذي تعد مقترحاته مجرد توصيات غير ملزمة.

وعلي الرغم من البطء الذي يشوب عمل المحكمة الشرعية، مما هو محل للنقد، فإن المحكمة الشرعية الفيدرالية تقدم أسلوباً لمراجعة القوانين القائمة. وفي رأي خور شيد أحمد أن عمل المحكمة الشرعية سوف يسهم في تقديم الحلول لكثير من المشكلات في المستقبل، وهي لا تقوم بدور الحامي للدستور الأساسي للدولة وهو القرآن والسنة فحسب، وإنما تقوم بالعمل علي اكتشاف مواطن التعارض في القوانين مع الأصول الشرعية في حدود القيود المفروضة عليها.

وقد رفضت هذه المحكمة النظر في كثير من الدعاوى لعدم الاختصاص. من ذلك الطلب الذي تقدم به أحد المدعين للحكم علي كلمة جمهورية الواردة في الدستور عنواناً علي دولة باكستان، واعتبارها مناقضة لأصول الشريعة، علي أساس أن هذه الكلمة أجنبية عن النظم السياسية التي أقرها الفقه. وقد رفضت المحكمة النظر في الدعوى علي أساس عدم اختصاصها في الحكم علي نصوص الدستور ومناقشة أحكامه. ومع ذلك فقد تناولت هذه المحكمة قضايا عديدة تنوعت موضوعاتها، ومست كثيراً من الظواهر الاجتماعية. من ذلك الحكم المتعلق بحق الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية وحق الفقراء فيما زاد من أموال الأغنياء.

وقد رفع أحد المدعين علي المحكمة التماساً للنظر في التعامل المعروف باسم Benami، وصورته المعهودة أن يشتري أحد الناس عقاراً باسم زوجته لتجنب قوانين الضرائب ولمجاملة زوجته مجاملة شكلية، لأنه كان يستطيع المطالبة باسترداد العقار لنفسه إذا ساءت العلاقة بينه وبين زوجته، وأثبت أنه الطرف الذي قام بدفع ثمن الشراء. وقد أراد المدعي إبطال الحق في استرداد هذه الهبة الصورية، علي أساس لزوم عقد الهبة. غير أن المحكمة رفضت

التماسه، وقضت بالملكية للطرف الذي دفع الثمن بالفعل. غير أن اجتهاد المحكمة في هذا الأمر من الوجهة الفقهية غير نهائي.

وقد تناولت المحكمة موضوعات أخرى شغلت الرأي العام، كالممارسات الرياضية للمرأة فقد تقدم أحد الشاكين بالتماس ضد اشتراك المرأة في بعض المنافسات الرياضية علي النحو الذي تتشغل به النوادي والمؤسسات الرياضية، طبقاً للتوجيهات الحكومية ولما جاء في مرسوم رعاية الرياضة وتطويرها Sports Development and Control الصادر عام ١٩٦٢م.

وعلي الرغم من أن المحكمة قد رفضت الالتماس لعدم الاختصاص، وأكدت ما جاء في توجيهات الحكومة بشأن حق المرأة في التمتع بممارسة الرياضة شريطة لبس الملابس السابغة وأداء الرياضة في مكان لا يطلع عليه الرجال وألا يتم نقل ذلك بوسائل الإعلام المرئية فقد أدي صدور هذا الحكم ومناقشته في وسائل الإعلام المختلفة إلي تعبير أصحاب الاتجاهات المختلفة في المجتمع عن آرائهم في إطار ديمقراطي.

ويمكن أن يقارن دور المحكمة الشرعية في حراسة الأصول والقواعد الشرعية بدور المجلس الدستوري الفرنسي The Constitutional Council الذي صدر قرار بإنشائه في أكتوبر ١٩٥٨م لحماية الدستور. وقد نصت المادة ٦١ من قانون إنشاء هذا المجلس علي وجوب عرض أي مشروع قانون علي هذا المجلس للنظر في دستوريته قبل إقراره. وتنص المادة ٦٢ من هذا القانون علي أن حكم المجلس بعدم دستوريته أي قانون يمنع من نفاذه أو تطبيقه. ويمكن أن يقارن دور المحكمة الشرعية الاتحادية بدور المحكمة الدستورية المصرية التي تحمي الدستور وتقضي علي النصوص القانونية المعارضة له للبطلان، مما يمنع من نفاذ هذه النصوص وتطبيقها.

-منهج مراجعة القوانين القائمة في باكستان.

- يتألف المنهج الذي استندت إليه كل من المحكمة الشرعية الاتحادية والدائرة الشرعية بالمحكمة العظمى Supreme Court من الأبعاد التالية :
- (١) اعتبار القوانين القائمة أعرافا سائدة في المجتمع حقق تطبيقها المصالح التي ينبغي التمسك بها مع بعض المفاصد التي يجب العمل علي إزالتها بالرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية. ولا يصح العمل علي إبطال هذه القوانين كلها ما دام أكثرها يحقق المصالح الاجتماعية ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.
- (٢) لا يقع التعارض في هذه القوانين مع الأحكام الشرعية إلا إذا ناقضت أصلا مقطوعا به من جهتي الثبوت والدلالة. أما التناقض مع الاجتهادات المذهبية التي وقع الخلاف فيها فلا يوجب الحكم علي النص القانوني بالتعارض.
- (٣) الأخذ بأراء الفقهاء السابقين في تفسيراتهم لنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، ولا يعدل عن هذه التفسيرات إلا للضرورة، شريطة عدم مخالفة المبادئ المقطوع بها.
- (٤) التخير من الآراء الفقهية علي ضوء مناهج النظر القانوني المعاصر Modernist Approach. ويذكر أفتاب حسين رئيس المحكمة الشرعية لأكثر من ثلاث سنوات في محاضرة له بأكاديمية الشريعة شتاء عام ١٩٨٩م أنه لم يصادف فيما واجهه من قضايا أية حالة سكت عنها الفقه الإسلامي، ولم يجد فيها رأيا أو أكثر مما يتفق مع التناول القانوني المعاصر. ويبدو لي أن التخير بالإفادة من التناول القانوني المعاصر في تعبير أفتاب حسين ودكتور نسيم حسن شاه (قاضي المحكمة العظمى) هو ما عبر عنه الفقهاء المسلمون بالمصلحة.

(٥) الاستناد إلى القواعد الفقهية والأصولية فيما تأخذ به المحكمة. ويذكر أفتاب حسين في هذا الصدد أن أهم إنجازات المحكمة الشرعية الاتحادية هو تطبيق القواعد الفقهية الخاصة بحقوق الإنسان التي أعلي القرآن الكريم والسنة النبوية من شأنها. يوضح ذلك حكم المحكمة الشرعية بحق أفراد القوات المسلحة في استئناف الأحكام التي تصدرها المحاكم العسكرية بشأنهم. ومن هذا القبيل حكم المحكمة الشرعية ببطلان الإحالة الجبرية للتقاعد دون مسوغ.

نتائج المراجعة للقوانين القائمة:

جاوزت القوانين التي راجعتها المحكمة الشرعية في عشر سنوات منذ إنشائها مائة قانون، أصدرت حكمها ضد بعض نصوصها، وقبلت بعضها، وقامت الحكومة باستئناف بعض هذه الأحكام أمام الدائرة الشرعية بالمحكمة العظمي، فنشأت من ذلك ثروة فقهية وتشريعية تستحوذ علي الإعجاب والتقدير، وتبرهن علي قدرة الفقه الإسلامي في التعامل مع الواقع العملي والمشكلات التي يثيرها هذا الواقع. وفي رأي د. نسيم حسن شاه الرئيس السابق للمحكمة العظمي Supreme Court أن الفقه الإسلامي لم يثبت مجرد صلاحيته للتطبيق في العصر الحديث، وإنما أثبت فضلا عن ذلك قدرته علي تنوير النظام القانوني المعمول به وتطويره. ويضرب د. نسيم حسن شاه مثلا لذلك بالرجوع إلي قوانين الملكية والمواريث. ذلك أن القانون الباكستاني كان يطبق القاعدة العرفية القاضية بأن النساء عموما لا يملكن الأرض الزراعية التي تؤول إليهن بالميراث ملكية مطلقة، حتى لا يحق لهن التصرف في هذه الأرض تصرفا ناقلا للملكية وإنما يملكن ما يرثه منها ملكية مقيدة بمدة حياتهن، حتى تؤول هذه الأرض بعد وفاتهن إلي الذكور من أقارب المورث. ولذا لا يجوز للمرأة التي ترث هذه الأرض أن تتصرف فيها

بالببيع أو الرهن، ولا يقضي بنقل ملكية هذه الأرض إلا لضرورة قانونية. وقد حكمت المحكمة الشرعية بإبطال هذه الملكية المقيدة في حق ميراث النساء للأرض الزراعية فأنتهت العمل بهذه القاعدة العرفية، وهو ما أيدته الدائرة الشرعية بالمحكمة العظمى. ولا يخفي أثر مثل هذا الحكم في المجتمع كله، لتعلقه بالأرض الزراعية التي يعيش عليها أكثر من ٨٠% من مجموع الباكستانيين، كما لا يخفي كذلك مستند هذا الحكم واتفاقه مع ما قرره الفقه الإسلامي بشأن ميراث المرأة.

ومن الأمثلة الأخرى التي توضح نتائج هذه المراجعة وتأثيرها ما يذكره د. نسيم حسن شاه فيما يتعلق بمراجعة قانون الموظفين المدنيين Civil Servants Act الصادر عام ١٩٧٣م و ١٩٧٤م. ذلك أن المادة ١٣ من هذا القانون كانت تقضي بأن من حق السلطات المختصة أن تحيل للتقاعد الموظف الذي أمضى خمسا وعشرين سنة إذا رأت أن أداءه لم يعد في المستوى المطلوب، دون أن تضطر إلي إبداء أي سبب خاص لاتخاذ القرار بالإحالة إلي التقاعد المبكر قبل السن المقرر للتقاعد، وهو ستون عاما.

وقد بدا الأمر محيراً، حينما بدأت المحكمة الشرعية نظر هذه القضية، نظراً لأنه لا يوجد نص شرعي واضح الدلالة في هذا الموضوع، لكنها وجدت أمامها حادثة عزل عمر بن الخطاب لخالد بن الوليد من منصبه الكبير دون إبداء سبب ولا توجيه اتهام، كما وجدت أمامها حالات أخرى اقترن فيها العزل بتوجيه الاتهام وإبداء أسبابه. ومن تحليل هذا كله انتهت المحكمة الشرعية إلي أن عزل موظف رسمي وإحالته إلي التقاعد المبكر دون إعطائه فرصة للدفاع عن نفسه أمر ينافي ما توجبه الشريعة من الالتزام بالعدل والقسط والإحسان في المعاملة. ولا يعني العدل مجرد المساواة بين الفرد وغيره، وإنما يستوجب حماية الفرد من المعاملة الجائرة. وقد أدي هذا الحكم

إلى إنقاذ الموظفين المدنيين من تعسف السلطات المختصة ورفعت من مكانتهم.

وهناك أمثلة أخرى عديدة تدل على إسهام منهج مراجعة القوانين القائمة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية في تطوير النظام القانوني وترقية إدارة العدالة في البلاد.

التقنين للأحكام :

لم تغفل تجربة التطبيق الشرعي الباكستانية منهج التقنين وإصدار قوانين شرعية تستند إلى التفسير الفقهي للنصوص الشرعية. وتنقسم التقنينات الصادرة في الثمانينات إلى قسمين، أولهما التقنينات الجزئية الواردة على موضوعات خاصة في مجال قانوني معين كالمجال الجنائي. ولعل المراسيم Ordinances الخاصة بحدود الشرب والسرقه والزنا والحراية والقذف من أبرز أمثلة هذا النوع من التقنين. ذلك أن القانون الجنائي الباكستاني الذي صدر عام ١٨٦٠م بعنوان Indian Penal Code الذي جري تغيير عنوانه بعد الاستقلال إلى Pakistani Penal Code لم يجر تغييره وإحلال قانون جنائي آخر محله وإنما جري تقنين أحكام الحدود وإضافتها إلى هذا القانون مع تغيير طفيف فيه بما يناسب هذه الإضافة الجديدة. ومن أهم هذا التغيير إبطال الأحكام الخاصة بالزنا الذي كان يجري النظر إليه باعتباره جريمة خاصة يملك الزوج العفو عنها، ولا تكون محلاً للعقوبة إذا توفر عنصر الرضا لو كانت المرأة غير متزوجة.

أما القسم الآخر من التقنينات فهو هذه التقنينات الشاملة لمجالات قانونية معينة. من ذلك مرسوم الزكاة والعشر الصادر عام ١٩٧٩م وقانون الإثبات الصادر عام ١٩٨٥م.

ويجد المرء نفسه مدفوعاً إلي الاعتقاد بأن الجهد القضائي في تجربة التطبيق الشرعي في باكستان متمثلة فيما قام به قضاة المحكمة الشرعية الاتحادية والدائرة الشرعية في المحكمة العظمى يفوق بكثير الجهد التشريعي المتجسد في هذه التقنيات ؛ إذ تخلو هذه التقنيات التي أعد بعضها علي عجل فيما يظهر عند المقارنة من وجود المذكرات التوضيحية التي تيسر الكشف عن مصادر القاعدة القانونية، مما عساه أن يربطها بأصلها الفقهي ويوجه القضاة والمشتغلين بالعمل القانوني وجهة جديدة في المرجعية والحجية. والذي يجدر الالتفات إليه أن إعداد المذكرات التوضيحية في مشروعات القوانين الفقهية الأصل أمر لا غني عنه، وبخاصة في مراحل التطبيق الشرعي الأولي، وذلك لربط العمل القضائي بالتراث الفقهي ولإذكاء الحيوية في هذا التراث وربطه هو الآخر بالواقع الحديث ومشكلاته.

ولا يجد المرء عناء كبير في الكشف عن الموقف العام من هذه التجربة الباكستانية في التطبيق الشرعي، بمنهج المراجعة أو بمنهج التقنين ؛ لقد رفضها أكثر العلماء من خريجي المدارس الدينية التقليدية غير المهيين بحكم طبيعة دراستهم للحكم علي تجربة اجتماعية وقانونية بهذا التعقيد المنهجي واتساع التأثير وتنوع الإجراءات القانونية اللازمة. والمثير للدهشة أن يطالب البعض برفض هذه الإجراءات القانونية جميعها، وتطبيق الأحكام الفقهية المدونة في المؤلفات المعروفة بدلا من ذلك مرة واحدة. والأكثر مدعاة للعجب والدهشة أن يطالب بعض هؤلاء العلماء بوجوب التقيد بالمذاهب الفقهية الخاصة عند التطبيق. وقد عبر الشيعة الإمامية في باكستان عن هذا المعني في مناسبات متعددة، وخاصة عند مناقشة البرلمان الباكستاني مشروع Shariah Bill التي أريد منها تحقيق الالتقاء والاتفاق علي الأسس العامة للتطبيق الشرعي. وقد استمر نقاش هذا المشروع فترة طويلة تجاوزت ثلاث

سنوات. وقد نجح هؤلاء في منع تطبيق مرسوم الزكاة والعشور الصادر عام ١٩٧٩م علي أفراد الشيعة ومؤسساتها بناء علي تكليفهم بدفع الخمس إلي فقهاءهم لصفه في المصارف المحددة في المذهب الشيعي. ولذا اقتصر تطبيق هذا المرسوم علي أهل السنة الباكستانيين، ويكفي إعلان صاحب الحساب المصرفي أنه شيعي وغير سني لإعفائه مما يوجب هذا المرسوم علي أصحاب الودائع في البنوك علي سبيل المثال، وهو أمر ذو أثر بالغ في إضعاف تطبيق هذا المرسوم.

وتحارب هذه التجربة الباكستانية حرب حياة أو موت طوائف داخلية أخرى لأسباب أخرى غير فنية، ولا صلة لها بالنظر القانوني وتيسير العدالة في المجتمع، وإنما تتبع من فلسفتها الخاصة في النظر إلي الكون والحياة. لقد عبر اليساريون في كتابات قوية لهم عن رفضهم لهذه التقنيات بكل قوة، ولم يجدوا ما يغريهم بتعديل مواقفهم حتى في أحكام الزكاة والعشور التي انطوي عليها مرسوم ١٩٧٩م والتي يسرت جمع أكثر من ثلاثة مليارات من الروبيات في السنة للإنفاق علي الضعفاء والمحرومين وأصحاب المآسي الاجتماعية الذين تنتصر لهم الفلسفات الاشتراكية. وقد جاء كتاب رشيدة باتل Islamisation of Laws أوضح تعبير عن الموقف اليساري من هذه التجربة.

أما علي المستوي الخارجي فلا تجد التجربة الباكستانية تأييداً لها، ولم يصدر كتاب واحد عنها باللغة العربية، ولم تتحرك مؤسسات البحث العلمي والجامعات العربية والإسلامية لبحث هذه التجربة وتقويمها وإصلاحها والإفادة منها في حل المشكلة القانونية والتشريعية. ومن اللافت للنظر علي سبيل المقارنة أن يتوافد الدارسون الغربيون ممن لقيتهم في إسلام آباد لدراسة التجربة الفريدة للمحكمة الشرعية ومعاينة تأثيرها في التغيير

القانوني. ومن غير المتوقع ألا تنطلق هذه الأبحاث من موقف مؤيد أو محايد، ولذا فإن ما صدر من أبحاث غربية عن التجربة الباكستانية ليست إلا مجرد دراسات نقدية تكشف المثالب وتفضح السلبيات، وتضخمها أحياناً (٢٣).

في إيران :

استمر حكم الصفوية أكثر من مائتي سنة فيما بين ١٥٠١-١٧٢٢م، واستمرت الدولة القاجارية Qajar من سنة ١٧٧٩م حتى عام ١٩٢٥م، حيث قامت الدولة البهلوية التي استمرت حتى قيام الثورة عام ١٩٧٩م بقيادة الخميني. ولم تكن إيران بعيدة عن التطورات القانونية والسياسية التي شاهدها بلاد العالم الإسلامي الأخرى السنية المذهب. وأدى التدخل الأوربي والضغط الاقتصادي والتأثير الثقافي الغربي إلي التغيير الدستوري في بداية القرن العشرين وذلك عام ١٩٠٥، حين اجتمع العلماء والتجار ومختلف الطوائف علي إنشاء نظام برلماني. وأعلن النظام البهلوي بعد قيامه عام ١٩٢٥م عن سياسته في تحديث الاقتصاد والمجتمع الإيراني علي أسس لم يقبلها علماء المذهب الشيعي الذين شكل توتر علاقتهم بالسلطة ملمحاً ثابتاً في المجتمع الإيراني. وينسب الفضل في هذه المكانة التي تبوأها علماء الشيعة الإيرانيين إلي التسليم بحقهم في الاجتهاد والنيابة عن الإمام الغائب فترة غيبته، وهو المبدأ المعروف بولاية الفقيهية. ولم ينس هؤلاء العلماء العمل علي تأكيد صلتهم بأفراد الشعب، والتدخل لدي السلطة لحل مشكلاتهم مما أضاف إلي تأثيرهم في المجتمع الإيراني.

وقد كان هذا كله كفيلاً بالتمكن لسلطة العلماء في المجتمع، وموازنتها بسلطة الدولة لولا التدخل الأجنبي الذي اتخذ أشكالاً متنوعة، من بينها الاحتلال العسكري وضم الأراضي الإيرانية، وقضم الكثير منها قطعة قطعة،

وهو ما بدأ بمعاهدة جولستان ١٨١٣م التي أجبرت إيران بمقتضاها علي التسليم لروسيا بضم جو رجيا ودرباند وأجزاء أخرى من أرمينيا. وقد استولت روسيا علي تبريز عام ١٨٢٦م. وواصل الزحف الروسي توسعه في إيران حتى تم الاستيلاء علي الأقاليم الإيرانية في آسيا الوسطى، وذلك في الفترة من ١٨٦٤م حتى ١٨٨٥م. أما المواجهة بين بريطانيا وإيران فكانت في أفغانستان التي استدرجت إيران لمهاجمتها، فهزمتها بريطانيا هناك في عام ١٨٥٦م. وقد فتحت هذه الهزائم البوابة الإيرانية للنفوذ الاقتصادي الروسي والبريطاني، وسيطر البارون دي رويتر علي امتياز الجمارك واحتكار السكك الحديدية والمناجم والمعادن وإنشاء أعمال الري والطرق والبنوك والتلغرافات والطواحين Mills ومنحت شركة بريطانية امتياز صناعة التبغ. وفي أوائل القرن العشرين تم توزيع النفوذ الاقتصادي بين الشركات الروسية والبريطانية وذلك بمقتضى معاهدة ١٩٠٧م.

وقد دفعت هذه الهزائم التي أضعفت الحكام والعلماء علي السواء إلي البحث عن سبيل للخروج، وسارت الطبقة الحاكمة الإيرانية سير حكام الدولة العثمانية، و رفعت شعار تحديث مؤسسات الدولة و إصلاح الجيش و نظام التعليم و الاقتصاد و التشريع. و انضم إلي الطبقة الحاكمة في المناداة بالإصلاح بالمنهج الغربي المثقفون ثقافة غربية و التجار و أصحاب المصالح من السماسرة و الوسطاء. أما العلماء فقد رفضوا هذا الحل الذي أرادته الحكومة، و سعوا إلي استعادة حرية الشعب من التدخل الأجنبي، و إنهاء الامتيازات و الاحتكارات التي أرهقت كاهل المواطنين، وقضت علي صناعاتهم وتجاراتهم وحولتهم إلي وسطاء وسماسرة، حتى تحقق النجاح للعلماء في جهودهم هذه علي نحو جزئي، وانتهت احتكارات التبغ والبارون

دي رويتر بعد إصدار ميرزا حسين شيرازي فتواه بوجوب المقاطعة وحرمة التعامل في أي من السلع التي تنتجها هذه الاحتكارات.

وتحولت إيران بعد الحرب العالمية الأولى إلي محمية لبريطانيا التي رأت عجز النظام القاجاري في مواجهة العلماء وقدرتهم علي تأليب الجهود ضد المصالح الغربية، فيسرت السبيل بمباركة العلماء لاستيلاء رضا بهلوي علي الحكم الذي لم يدخر وسعا في تقوية سلطته وإضعاف مركز العلماء ومؤسساتهم التعليمية وإبعادهم عن المناصب المؤثرة وإنشاء محاكم نظامية وإصدار تشريعات جديدة تتنوع مصادرها ولا تعتمد علي الفقه الشيعي وحده، مع إنشاء مؤسسات تعليمية جديدة تحتضن هذا الاتجاه الجديد (٢٤).

ولم يكن بوسع رضا بهلوي تجاهل سلطة العلماء فيما بدأ إصداره من تقنيات علي النمط الذي احتذته البلاد العربية والإسلامية الأخرى. ذلك أن القانون المدني الإيراني الذي صدر

جزؤه الأول عام ١٩٢٨م في أحكام المعاملات، وجزؤه الثاني عام ١٩٣٤م في أحكام الأسرة، وجزؤه الثالث عام ١٩٣٧م في الإجراءات قد استمد أكثر أحكامه من فقه الإمامية الاثني عشرية، بل وأخضعت الأجزاء المستمدة من القانون المدني الفرنسي (كالأحكام الخاصة بالالتزامات Obligations) لقواعد هذا الفقه (٢٥). وقد جاء في المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الإيراني النص علي وجوب موافقة الأحكام المقضي بها للعوائد والأعراف المرعية. ويؤكد أتدرسون أن القانون المدني الإيراني أقرب إلي الشريعة من نظيره المصري أو العراقي (٢٦).

وقد خفت صوت العلماء بعد هزيمة مصدق في مسعاه إلي إلغاء معاهدة النفط الإيرانية البريطانية عام ١٩٥٣م فاشتدت حكومة رضا بهلوي في التحديث وإصدار التشريعات المؤكدة لنمط الحياة الغربي، دون الالتفات إلي

ردود الفعل الشعبية. من ذلك إصدار الشاه عام ١٩٦٢م قانونا يسقط اشتراط الذكورة والإسلام في المرشحين لخوض الانتخابات، وهو ما أدى إلي توحيد العلماء صفوفهم وقيادتهم السخط الشعبي حتى أجبرت الحكومة علي إلغاء هذا القانون.

واستمر هذا الشد والجذب بين الحكومة والعلماء الذين صاغوا خططهم في الإصلاح الاجتماعي والسياسي بلغة واضحة جذبت انتباه المثقفين والبسطاء علي النحو الذي ظهر في المراحل النهائية للثورة. وقد تمثلت أهم خطط الإصلاح في رفض سياسة الحكومة الموالية للتدخل الأجنبي الأمريكي وإسرائيل، كما تمثلت كذلك فيما عبر عنه مهدي بزرجان عام ١٩٦٢م من وجوب الاعتماد علي القرآن الكريم وسنة أئمة الشيعة في صياغة الدور السياسي للعلماء وتحديد واجبهم في تنمية المجتمع، بدلا من هذا الانتظار السلبي لعودة الإمام الغائب. وقام د.علي شريعتي بتأسيس جامعة " الإرشاد الحسينية" التي كان القصد من إنشائها هو العمل علي التوفيق بين القيم الإسلامية ومفاهيم الحياة المعاصرة الأوربية، وذلك للقضاء علي الحكومة الرجعية (٢٧).

وقد نجحت الثورة عام ١٩٧٩م في طرد الشاه وإقامة نظام قانوني يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وآراء علماء المذهب الشيعي (٢٨)، وهو ما ينعكس في الدستور الإيراني الصادر عام ١٩٧٩م (٢٩) والذي نص علي اشتراط موافقة الأحكام القانونية لنصوص الشريعة الإسلامية وأحكام المذهب الشيعي. وقد بينت المادة الثانية من هذا الدستور أن أساس نظام الحكم هو الإيمان بالله الأحد وتفرده بالحاكمية والتشريع، كما بينت المادة الرابعة وجوب الالتزام بالمعايير الشرعية في جميع القوانين واللوائح والتشريعات المدنية والجنائية والمالية والاقتصادية والإدارية والثقافية

والعسكرية والسياسية وغيرها. ولا مجال لتفصيل الجهود التشريعية التي صدرت في إيران بعد الثورة في هذا الحيز المحدود وإن أمكن القول بوجه العموم بأن الشاه أراد تحقيق الإصلاح وحاربه التخلف باتباع النموذج الغربي، دون أن يعبأ بالثمن الفادح الذي كان عليه أن يدفعه وهو الانجذاب إلى شرك التبعية الغربية، مما أدى في النهاية إلى فشل مشروعه، علي حين أراد معارضو الشاه إقامة مشروعاتهم الإصلاحية بالرجوع إلى القيم الخاصة بمجتمعهم مع إعادة تفسيرها للتوفيق بينها وبين ما دلت التجربة علي ضرورته للإصلاح من قيم الحياة الغربية. واعتقد هؤلاء أن التبعية أس البلاء. وقد تمكن هؤلاء العلماء من إعادة تفسير تراثهم الفكري والانتقاء من القيم الغربية بفضل ثقتهم بأنفسهم في ممارسة الاجتهاد وتصديهم له، وهو ما ظهر في كثير من فتاويهم وتشريعاتهم ودستورهم الذي تناول قضايا عديدة معاصرة، كوضع المرأة في المجتمع، ودور الاقتصاد ووسائل الإعلام وأسلوب الحكم. ومع ذلك فإن الثمن الذي دفعته إيران وشعبها في القرنين التاسع عشر والعشرين ثمن فادح.

إجمال :

لقد بان مما سبق أن الغارة الغربية علي العالم الإسلامي في القرنين التاسع عشر والعشرين قد أسفرت عن حصر التطبيق الشرعي في مجال الأحوال الشخصية، باستثناء أكثر بلاد الجزيرة العربية التي لم تقع في قبضة الاحتلال. أما بعد الاستقلال وإنهاء هذا الاحتلال فقد عادت البلاد العربية والإسلامية تتلمس الأشكال الملائمة والصيغ المناسبة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد الفقهية. وقد استبعدت صيغة التمدب في الغالب الأعم، وصدرت القوانين المدنية القائمة علي التخير من المذاهب الفقهية علي ضوء

المفاهيم القانونية المعاصرة. ولعل القانون المدني الأردني من أهم ما يعبر عن هذا المنهج التوفيقي. وقد سعت باكستان إلي العمل بمنهج تنقية القوانين القائمة من المخالفات المناقضة لأصول الشريعة الإسلامية. وقد أثمرت هذه المناهج والصيغ في خلق أرضية مشتركة بين المتخصصين في الفقه الإسلامي والقانون مما عساه أن يؤدي إلي تكثيف الجهود لحل " المشكلة القانونية " حلا ينبع من ذاكرتنا الخاصة وتراثنا الخاص.

المبحث الثالث: الأسرة

تقديم:

انحصر تطبيق الأحكام الشرعية في مطلع هذا القرن في أكثر البلاد الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، واستمر القضاة علي عادتهم في الرجوع إلي الكتب الفقهية لاستقاء الأحكام منها. ولكن بدأ الإحساس بالحاجة إلي التغيير، وقد بدأ الإحساس بها والتعبير عنها في مصر علي يد الإمام محمد عبده عقب توليه منصب الإفتاء في آخر القرن التاسع عشر؛ فقد عكف علي دراسة أوضاع المحاكم الشرعية، وقدم تقريرا مطولا لإصلاحها عام ١٨٩٩م. وكان من أهم ما طالب به الأستاذ الإمام في تقريره هذا وجوب العمل علي صياغة قانون الأسرة علي هيئة مجلة الأحكام العدلية دون تقييد بأحكام المذهب الحنفي. وعلي الرغم من استقرار النظر للمذاهب الفقهية المختلفة علي أنها تفسيرات متنوعة للنص الشرعي طبقا لما عبر عنه الشعراني في كتابه الميزان الكبرى وأن اختلافهم رحمة وأن كلا منهم من رسول الله ملتصق فإن تقنين الأحوال الشخصية بالإفادة من هذه المذاهب جميعها لم ير النور في حياة الإمام محمد عبده، واستمرت المعارضة للتطوير في هذا الاتجاه علي أشدها، حتى نجحت في وأد مشروع تقنين

الأحوال الشخصية الذي أعدته اللجنة المشكلة من كبار علماء المذاهب الأربعة في عام ١٩١٥م.

وفي هذه الأثناء نجحت دولة الخلافة العثمانية في تجميع الجهود لإصدار قانون حقوق العائلة عام ١٩١٧م. وقد وضع هذا القانون المثال الذي احتذته العديد من البلاد العربية فيما بعد. وإنما ذلك لأنه أول قانون في أحكام الأسرة مستمد من الاجتهادات المتنوعة للمذاهب الفقهية. وكان الاستناد في إصدار هذا القانون من الناحية الفقهية إلي حق الحاكم في تطبيق رأي معين من بين الآراء الفقهية العديدة المعتمدة، طبقاً لما توجهه القاعدة الفقهية القاضية بأن اجتهاد الحاكم يرفع الخلاف. ويستند حق الحاكم في الاجتهاد لرفع الخلاف إلي المصلحة، وهي أصل من الأصول المعتمدة شرعاً. ولذا فإن اجتهاد الحاكم مقيد بالمصلحة طبقاً لما تفيدته قاعدة فقهية أخرى.

وقد تضمن هذا القانون عدداً من الأحكام التي جرت القوانين العربية علي الأخذ بها فيما بعد. من ذلك إثبات حق الزوجة في المطالبة بفسخ عقد الزواج ورفع الأمر إلي القاضي إذا كان بالزوج عيب مستحکم لا براء منه أو إذا غاب عنها دون أن يقوم بالإفراق عليها. وأخذ القانون بالمذهب المالكي في التفريق بالعيب وبالمذهب الحنبلي في التفريق بالغيبية مع عدم الإفراق. وكذلك تضمن هذا القانون تصحيح اشتراط الزوجة علي زوجها في العقد ألا يتزوج عليها. وتبدو قوة النزوع في هذا القانون إلي الإصلاح والتطوير فيما تضمنه من الحكم بعدم انعقاد زواج الصغير والصغيرة قبل وصولهما إلي سن البلوغ ، وهو لا يكون قبل تسع سنوات للبنات واثنى عشرة سنة للولد.

في مصر:

وكان صدور هذا القانون إيذاناً بفتح باب الاجتهاد في أحكام الأسرة وإنهاء لمقاومة الإصلاح والتجديد في كثير من البلاد الإسلامية ؛ إذ لم تمر سوي

سنوات قليلة في مصر حتى صدر مرسوم ١٩٢٠ ورسوم ١٩٢٩. وقطع هذان المرسومان شوطاً أبعد في الإصلاح، حيث أجازا للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها، حتى ولو كان حاضراً، وأجاز لها التفريق بالعيوب المختلفة وللشقاق والضرر وللغيبة وللحبس ثلاث سنوات إذا كان الحكم نهائياً ومضت سنة علي بدء تنفيذها. والقانون المصري في هذا مالكي الاتجاه. أما فيما يتعلق بالمنع من زواج الصغار فقد اتجه القانون المصري إلى الأخذ بالإجراء الشكلي الذي يمنع القاضي من النظر في الدعوة المقامة من أي من الزوجين إذا قلت سن الزوجة عن ست عشرة سنة والزوج عن ثماني عشرة سنة أو إذا لم توجد وثيقة الزواج الرسمية. وفي الوقت نفسه فقد منع المأذونين من توثيق مثل هذا العقد. وبهذا فإن أسلوب المنع من الحماية القانونية هو الأسلوب الذي لجأ إليه التجديد في مصر إليه في الحد من زواج الصغار. ويختلف هذا الإجراء الشكلي عن الحل الموضوعي الذي أخذ به القانون العثماني في ذلك، وهو الحكم ببطلان مثل هذا الزواج علي النحو المشار إليه قبل قليل.

ومن جهة أخرى فقد اتجه مرسوم ١٩٢٩ إلى تقييد الطلاق وتقليل حالات وقوعه بالمنع من وقوع طلاق المكره والسكران والطلاق المعلق علي فعل شئ أو تركه ما لم يقصد الزوج إيقاع الطلاق به، وبالحكم بأن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا طلاقاً واحدة.

ولا يخفي أن أحد أهم الأهداف من هذين المرسومين وما تلاهما من تشريعات هو العمل علي رفع المعاناة أو تخفيفها عن المرأة. ويتضح هذا المقصد في الحكم بإدخال نفقة تطيبب الزوجة وعلاجها ضمن بنود النفقة الواجبة لها علي الزوج طبقاً لما تقرر في مرسوم ١٩٧٩ المعدل بمرسوم ١٩٨٥. وجاء في الاتجاه نفسه الحكم برفع سن حضانة النساء للصغيرة إلي

سن العاشرة مع إقرار حقها في البقاء في يد الحاضنة فوق ذلك إلي أن تتزوج والصغير إلي سن الخامسة عشر.

وقد سعت هذه الإصلاحات التشريعية إلي حفظ حقوق الزوجين والأولاد بما رسمته من إيجاب توثيق كل من الزواج والطلاق وفرض الجزاءات المناسبة بمخالفة هذا الواجب، حيث رتبت المنع من سماع الدعوى والعقوبة بالحبس إلي ست أشهر أو الغرامة إلي مائتي جنيه أو الحبس والغرامة معا. وإنما رتب التشريع هذه الجزاءات لضمان حقوق أطراف الزواج وثمرته عند أي نزاع. وإذا كان مرسوم ١٩٢٠ و ١٩٢٩ ليسا إلا تقنيناً جزئياً لبعض موضوعات الزواج والطلاق فقد صدر في مصر بعد فترة وجيزة عدد من القوانين الشاملة التي تتناول موضوعاً قانونياً بكامله ؛ إذ شهد عام ١٩٤٣ صدور قانون الميراث وعام ١٩٤٦ صدور كل من قانون الوقف والوصية. ولعل أهم المزايا التي انطوت عليها قوانين الميراث والوصية والوقف هو عموم تطبيقها علي جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين علي الرغم من استمدادها من أصولها الشرعية. فضلاً عن ذلك تضمن قانون الوصية عدداً من الأحكام الجديدة التالية :

١- جواز الوصية للوارث ؛ فقد جاء في المادة رقم ٣٧ من قانون الوصية النص علي أنه تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتتفد من غير إجازة الورثة. وقد أستند القانون في هذا إلي حاجة الناس لمعاونة بعض ورثتهم لصغر أو عجز أو بتعطل أو مرض أو ما إلي ذلك من ظروف تدعو إلي مثل هذه الوصية. وأشارت المذكرة الإيضاحية إلي استناد القانون في هذا الذي أخذ به إلي مذاهب بعض علماء السلف وفقهاء الشيعة وبعض المفسرين، ويختلف القانون في هذا الذي أخذ به مع الحديث المرفوع (لا

وصية لوارث) ومع إجماع فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية والزيدية والأباضية .

٢-أجاز القانون الوصية بقسمة أعيان التركة بين الورثة بحيث يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة. وقد أريد بهذا الحكم تمكين الموروث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة علي الوجه الذي يراه صالحا. ولو زادت قيمة نصيب أحدهم عن حقه في التركة كانت الزيادة وصية جائزة للوارث. وإنما أخذ القانون هذا الحكم من مذاهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة (م ١٣٠ من قانون الوصية).

٣-أخذ القانون بمفهوم الوصية الواجبة للأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آبائهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت، وقد يكونون في عياله ينفق عليهم قبل موته، ويحب أن يوصي إليهم، ولم يمنعه إلا أن المنية عاجلته فلم يفعل. وبهذا افترض القانون أن الميت، قد أوصي لهم وصية تعادل نصيب أصلهم الذي مات في حياة هذا الميت وإنما اعتبر هذا التصرف الذي يوجبه القانون وصية لخروجه من ثلث التركة، ولكن تطبق فيه قواعد الميراث من حيث تضعيف نصيب الذكر بالنسبة للإناث عند توزيع نصيب الأصل علي الأحفاد. وبهذا فإن الحكم بالوصية الواجبة اجتهاد يقوم علي المزج بين قواعد الوصية والميراث لمعالجة وضع اجتماعي كثرت منه الشكوى ورئي التصدي له بالعلاج.

أما مجال الوقف فقد تضمن عددا كبيرا من التجديدات الفقهية، لعل من أهمها :

١- إلغاء الأوقاف الأهلية. وهذا هو ما جاء به قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢م الخاص بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات. وكانت الأهداف المعلنة من هذا الإلغاء هي مواجهة هؤلاء الذين يتذرعون بهذا النظام لحرمان بعض وراثتهم ومحاباة بعضهم الآخر والقضاء علي مساوي الإدارة في الانتفاع بأموال الأوقاف. وقد هاجم بعض الاقتصاديين الأوقاف الأهلية من جهة أخرى هي أن هذا النظام قد أدى إلي تجميد نسبة كبيرة من الثروة العقارية ومنعها من التداول مما يؤدي إلي الإضرار بالثروة العامة (٣٠). ولعله غير خاف أن المجلس السامي Privy Council كان قد حكم في الهند بإلغاء الوقف الأهلي لخروجه علي معني البر والتبرع الذي هو المقصود الأول من نظام الوقف في التفكير القانوني الإنجليزي والحقيقة أن هذا الإلغاء كان لتناقص هذا النظام مع مفهوم الوقف في القوانين الغربية. ويبدو من هذا أن قوي التجديد في مصر قد اتجهت إلي التضحية بنظام الوقف الأهلي انتصارا للمفاهيم القانونية الغربية. وكان هذا ما حدث في سوريا قبل ثلاث سنوات، أي في عام ١٩٤٩.

٢- جواز رجوع الواقف عن وقفه وحقه في تغيير مصارف الوقف وشروطه في غير وقف المسجد والوقف عليه (م ١١ من قانون الوقف المصري الصادر عام ١٩٤٦). وبهذا لم يعد الوقف لازما بمجرد إنشائه كما كان الحال من قبل. وإنما كان الهدف هو فتح الباب للرجوع عن الوقف.

٣- نظم القانون إدارة الأوقاف ومحاسبة النظار علي الأوقاف وعزلهم وحدد مسئولياتهم (الماد ٥٠ إلي ٥٤ من قانون الوقف ١٩٤٦). ولا يخفي وجه الإصلاح في ذلك.

٤- حمي القانون ذرية الواقف وورثته بتقييد حقه في التصرف بالوقف فيما لا يجاوز ثلث تركته (م ٢٣ من قانون الوقف ١٩٤٦)، وأخذ بفكرة

الاستحقاق الواجب لورثة الواقف فيما زاد عن الثلث، بمعنى أنه إذا وقف من ماله أكثر من الثلث فإن لكل وارث استحقاقا واجبا في هذا القدر الزائد عن الثلث يعادل نصيبه في الميراث (المادة ٢٤ من القانون المذكور). ولعله قد اتضح من هذا أن موضوعات التجديد قد أملت أهداف عديدة، من بينها التأثير بالمفاهيم القانونية الغربية والاستجابة لبعض المصالح الاجتماعية في ظروف الحياة الحديثة.

في بلاد الشام والعراق والجزيرة العربية :

فعلت الأسباب الداعية إلي التجديد في مجال الأحوال الشخصية فعلها في بلاد الشام والعراق كذلك. وقد وضعت أحكام قانون حقوق العائلة العثماني الصادر عام ١٩١٧ موضع التطبيق بهذه البلاد لتبعيتها لدولة الخلافة، واستمر ذلك حتى صدور قانون حقوق الأسرة الأردني عام ١٩٥١ والسوري عام ١٩٥٣ والعراقي عام ١٩٥٩.

ويعبر قانون الأحوال الشخصية السوري عن ميسرة التجديد في هذه الدول الثلاث. ولعل أهم أوجه التجديد التي أتت بها فيما يلي :

١- جاء هذا القانون شاملا لأحكام الزواج والخطبة والطلاق والتفريق بطلب الزوجة والنسب والأهلية والولاية والوصية والمواريث ووقع في ثلاثمائة وثمانية من المواد. ويختلف منهج هذا

القانون عن منهج التقنين الجزئي لموضوعات بعينها فيما أخذت به مصر.

٢- أخذ القانون بالمذهب الحنبلي في الحكم بتصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج كاشتراط إسكان الزوجة في مكان معين أو عدم التزوج عليها ؛ فكل شرط فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة يكون صحيحا ملزما. أما إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو

يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس ملزما بالنسبة للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة فسخ النكاح (م ١٤). ويؤدي تصحيح الشروط علي هذا النحو والتفريق بين الشروط اللازمة وغير اللازمة إلي الحفاظ علي مصالح الزوجة ورفع مركزها في الزواج. ويتفق القانون العراقي والأردني في هذا (م ١٩ أردني).

٣- رفع القانون من أهلية الزواج للفتي إلي ١٨ عاما وللفتاه إلي ١٧ عاما (م ١٦) وإن كان للقاضي أن يأذن بزواج الفتى البالغ خمسة عشر عاما (م ١٨).

٤- أعطي القانون الحق للقاضي في ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج علي امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا علي نفقتها (م ١٧).

٥- للقاضي ألا يأذن بالزواج كذلك لعدم المناسبة بين الزوجين في السن (م ١٩).

٦- حق القاضي في أمر الزوج بإسلاف زوجته شيئا من نفقتها قبل الانتهاء إلي تقديرها، حفظا لمصلحة الزوجة ومنعا للأزواج من التهرب. ولهذا الحكم قيمة كبيرة في حماية المطلقات والزوجات من المماثلة وتعمد التأخير. ويقدر القانون حق القاضي في الحكم بإسلاف الزوج زوجته بنفقة شهر يمكن تجديد الإسلاف بعد مضيهِ (م ٨٢)، وكان من الأفضل أن يستمر الإسلاف إلي حين الحكم بتقدير النفقة.

٧- اتفق القانون السوري مع مرسومي ١٩٢٠، ١٩٢٩ المصريين في إيقاع الطلاق المتعدد واحدا (م ٩٢) وعدم وقوع طلاق السكران والمكره (م ٨٩) والطلاق غير المنجز إذا لم تكن النية فيه التفريق (م ٩٠) وفي حق التفريق للزوجة بالعيوب (م ١٠٥) وبالغيبه دون عذر (م ١٠٩)

وبعدم إنفاق الزوج (م ١١٠) وللشقاق (١١٢ وما بعدها)، وأجاز فوق ذلك للقاضي أن يحكم بتعويض المطلقة إذا كان الزوج متعسفا في طلاقه علي ألا يتجاوز هذا التعويض قيمة نفقتها في ثلاث سنوات (م ١١٧). وقد أخذ في الميراث والوصية بما أخذ به القانون المصري من أحكام. أما السعودية وعمان والإمارات وقطر فقد ابتعدت عن هذه التطورات ولم تشارك فيها إلي حد كبير.

غير أن اليمن الجنوبية الديموقراطية الشعبية كانت قد أصدرت عام ١٩٧٤ قانون الأسرة في أواخر العهد بنظامها الاشتراكي. وجاء في مقدمة هذا القانون التعبير عن أهدافه في " دعم نضال المرأة اليمنية ضد التفرقة ودعم مساواتها بالرجل والعمل علي تأكيد دور الأسرة في بناء المجتمع، وهدم التقاليد البالية التي استلزمت إعطاء المرأة لمن يدفع لها أكثر ". أما مضمون هذا القانون الذي تناول أحكام الخطبة والزواج والطلاق والنسب وحضانة الأولاد فيشتمل علي كثير من الأحكام التي لا تشهد لها الأصول الشرعية ؛ إذ يوجب هذا القانون ألا يزيد المهر عن مائة دينار، كما أنه لا يجيز التعدد إلا في ظروف خاصة، ولا الطلاق إلا بحكم القاضي بناء علي أسباب معينة، ويحق لأي من الطرفين رفع الأمر للقاضي للحصول علي الطلاق عند توافر هذه الأسباب. ويلزم هذا القانون أن يتقاسم الزوج والزوجة نفقات الزواج وتأسيس منزل الزوجية وتكاليف الحياة الزوجية والإنفاق علي الأولاد.

وقد فرضت الحكومة الصومالية في عهد محمد سياد بري التي كان لها هذا التوجه الاشتراكي في ١١ من يناير ١٩٧٥ قانونا مماثلا للأسرة ويتضمن ذات الأحكام المغايرة للتقاليد والتي لا تشهد لها الأصول الشرعية كذلك. ومن الواضح أن مثل هذه الصيغ القانونية لا مستقبل لها ولا سبيل

لاستمرارها ولا تمثل المنهج الرصين القويم للإصلاح والتجديد في مجال الأسرة، وهي ليست قوانين للتطوير بل للتغيير.

في الشمال الأفريقي:

هبت رياح التطوير والتغيير في قوانين الأسرة المطبقة في الشمال الإفريقي ؛ ففي عام ١٩٤٧ شكلت وزارة العدل في تونس لجنة للنظر في قوانين الأسرة بالإفادة من المذهبين المالكي والحنفي والأخذ منهما ما يحقق المصالح الاجتماعية في ضوء الظروف الحديثة. وقدمت اللجنة مشروعها الذي لم يتجاوز ما هو مدون في مؤلفات الفقه المألوفة، فلم يؤخذ بشيء من هذا المشروع. وفي عام ١٩٥٦ صدر قانون قضي بإلغاء المحاكم الشرعية وبأيلولة ملكية الأوقاف العامة إلى الدولة. كما قضي هذا القانون بتحريم التعدد في الزواج واعتباره جريمة معاقبا عليها، وهو ما يخالف نص القرآن القاضي بإباحته. وانتهى هذا القانون كذلك إلى جعل الطلاق بيد القاضي الذي يحكم به إذا اتفق عليه الطرفان أو إذا أراده أحدهما بناء علي وجود سبب من الأسباب التي يحددها القانون. أما إذا أراده أحدهما دون موافقة الآخر، عليه ولم يوجد سبب يبرره من بين الأسباب التي حددها القانون فإن علي القاضي أن يحكم بالتعويض علي الطرف الذي أصر عليه، سواء كان هو الزوج أو الزوجة (م ٣١). ويكشف هذا القانون بذلك عن هدفه في تحسين مركز المرأة في المجتمع التونسي العربي. غير أنه يوجب علي الزوجة في المادة رقم ٢٣ أن تشارك في تحمل تكاليف أعباء الحياة الزوجية إذا ما قدرت علي ذلك. وبإدراك هذا علي أن الأهداف الإصلاحية في التشريع الأسري لا تنهض بها الوسائل المختارة لتحقيقه في كثير من الأحوال. إن الظروف الاقتصادية للمرأة في مجتمعاتنا في الأعم الأغلب من الأحوال ظروف صعبة. ولذا كان فرض التعويض المالي لها في الطلاق نوعا من الإصلاح الذي تقبلته

التشريعات العربية بالاستناد إلى النصوص الشرعية. أما تكليفها بالأعباء المالية فلا يتناسب مع هذا الهدف في تقديري. ويثير تقييده بشرط القدرة من المشاكل في إثباته وفي الاتفاق علي نسبة المشاركة أكثر مما يقدم من حلول، وسيتذرع به بعض الأزواج في الإفلات من واجب الإنفاق علي الزوجة والأولاد، وهو تدمير لقدرة الأسرة علي القيام بوظائفها.

ويتناقض مع النصوص الشرعية تناقضا واضحا لا لبس فيه الحكم الذي جاء في المادة الثلاثين منه، والذي يقضي ببطان أي أثر للطلاق الذي يوقعه الرجل بنفسه بعيدا عن المحكمة. وبدلا من ذلك فقد أخذ القانون المغربي الصادر عام ١٩٥٨ بوقوع مثل هذا الطلاق مع إيجاب التعويض للزوجة. ولا خروج في الحكم بذلك علي مجموع أقوال الفقهاء المسلمين. وكذا فإن هذا القانون يحرم التعدد إن خيف الوقوع في الجور، لكن لا حق للمحكمة في لتدخل لمنعه، ويأتي دورها بعد وقوعه لإعطاء الزوجة الحق في التفريق إن ثبت الإضرار بها.

ويتضمن قانون الميراث التونسي الصادر عام ١٩٥٩ نوعا من التجديد الذي استمده من الفقه الشيعي ؛ إذ قضى هذا القانون بحجب الإخوة والأخوات بوجود الفرع الوارث مطلقا سواء كان مذكرا أو مؤنثا. وطبقا لهذا فإن وجود البنت أو بنت الابن يمنع إخوة الميت وأخواته من الميراث. ويتجه القانون بهذا إلي إحلال الأسرة الضيقة للصيقة محل الأسرة الواسعة الممتدة.

خصائص التجديد في مجال الأحوال الشخصية وطبيعته :

لعله قد اتضح لنا من متابعة نماذج التجديد السابقة في عدد من البلاد الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية أن هذا التجديد يتميز بعدد من الملامح التي يمكن إجمال أهمها فيما يلي:

١-تتنوع مناهج التجديد من حيث اقترابها من المصادر الشرعية بتفسيراتها المألوفة أو اتجاهها إلي تكريس المفاهيم القانونية الغربية، أسوة بما تحقق في المجالات التشريعية الأخرى. ويمكن التمييز في هذا بين ثلاثة اتجاهات، ونقسم التشريعات الإسلامية والعربية وفق ذلك إلي ثلاث مجموعات، أولها: هذه المجموعة المحافظة علي تقاليد التطبيق الشرعي بصورته المألوفة دون أن تشارك في التطور الحديث بإصدار قوانين موضوعية مستمدة من المذاهب الفقهية المتنوعة. ولا نلمح في بلاد هذه المجموعة من التغيير سوي ما طرأ علي نظام التقاضي ودرجاته الابتدائية والاستئنافية. وتضم هذه المجموعة كلا من المملكة العربية السعودية وجاراتها الأخرى ولعل السبب في ذلك هو عدم وجود الحاجة الاجتماعية إلي التجديد أو الرغبة فيه.

وتضم المجموعة الثانية كلا من مصر وسوريا والعراق والأردن والمغرب والسودان وعدد آخر من البلاد الإسلامية التي التزمت في تجديدها بمناهج الفقه الإسلامي في أكثر الأحوال ولم تخرج علي هذه المناهج والأحكام الفقهية إلا إلي نوع من الاجتهاد الذي يقوم علي الالتزام بالمصادر الشرعية المعتمدة.

أما المجموعة الثالثة والأخيرة فقد أخذت بمنهج لا يتقيد في بعض الأحوال بمناهج التفكير الفقهي المألوفة وخاصة في التصدي لبعض القضايا المثيرة للجدل والخلاف مثل قضية تحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي. من ذلك القانون الصومالي واليمن الجنوبي المشار إليهما قبل قليل، وكذا القانون التونسي الذي انطوي علي كثير من أوجه التناقض مع الاجتهادات الفقهية المقبولة ومع الأسس العامة لهذه الاجتهادات. ولا يظفر هذا المنهج بأي نوع

من القبول الشعبي، كما أن تحقيقه لأي نوع من الإصلاح أمر مشكوك فيه. وهو بهذا يتناقض مع مقصوده ولا يؤدي إليه.

وينبغي أن يفتح باب الاجتهاد للإصلاح بالمناهج الفقهية إن أردنا التأثير والفعالية والإسهام الحقيقي في التغيير الاجتماعي عن طريق التشريع. ومن الواضح لهذا أن المجموعة الثانية التي تعمدت الإصلاح باتباع المناهج الفقهية المقبولة هي التي تضم العدد الأكبر من البلاد العربية والإسلامية. وفي ظني أن البلاد التي لم تنخرط في هذا الإصلاح التشريعي بسبيلها إليه، والأقرب إلي الاحتمال أن تنضم للمجموعة الثانية وأن تقبل مناهجها ولو بقدر من التحفظ والتحوط وتوقي مظان الشبه.

٢- يلاحظ أن هذه التجديدات لا تتبع من الإرادة الشعبية في كل الأحوال، بل قد تلجأ الدولة بأجهزتها التشريعية والقضائية إلي فرض هذه التجديدات. ومن القوانين التي ارتبطت برأي الناس وعبرت عن مطالبهم قوانين الميراث والوصية والوقف ١٩٤٦ في مصر، حيث صيغت المقترحات ونشرت علي الجمهور لطلب الرأي في هذه المقترحات، ثم أعيدت صياغة الأحكام المقترحة علي الناس وقام العلماء في التعبير عن رأيهم فيها بعقد المحاضرات والندوات وفي وسائل الإعلام ثم نوقشت في المجالس النيابية. وقد ضمن هذا الأسلوب تلقي الناس لهذه المشروعات بالقبول واستعدادهم لتطبيقها وحسن تحقيقها لأهدافها الإصلاحية. ويقيني أن هذا الأسلوب لا معدي عنه ولا يجوز اللجوء لغيره لفرض رأي فئة أو حكومة، لأن شرط تحقيق الإصلاح بأي قانون هو تقبل الناس له ورضاهم به. أما أمثلة القوانين التي فرضت علي الناس دون أخذ رأيهم فكثيرة، من أحدثها المشروع رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩، وقد انتهى به الأمر إلي عدم إقراره لتعجل الرئيس السابق في إصداره دون عرضه علي مجلس الشعب. ويرتبط أسلوب فرض

القوانين بتدبير الحكومة مع فشل مثل هذه القوانين في تحقيق الأهداف المنوطة بها. ويدل علي ذلك المصير الذي انتهى إليه قانون الميراث العراقي الصادر عام ١٩٥٩ والمستمد من التقنين العثماني الخاص بميراث الأراضي الأميرية والمأخوذ بدوره من القانون الألماني. وقد كان الهدف من إصدار القانون العراقي هو توحيد الأحكام المعمول بها علي أساس قومي حيث رأت الحكومة آنذاك أن التباعد بين أحكام المذهبين الحنفي والشيوعي في الميراث يشكل مانعا من إيجاد صيغة تحقق هذا التوحيد، فقررت وضع نظام أجنبي محايد موضع التطبيق معتقدة أن هذا النظام هو الذي يجب أن يحظى بقبول أهل السنة والشيعة معا، ولم يتحقق شيء من هذا فتم إلغاء هذا القانون في فبراير ١٩٦٣ وحل محله قانون مستمد من الفقه الإسلامي.

ويلاحظ أندرسون أن أحكام الأسرة في القانون المدني التركي المأخوذة من القانون السويسري عام ١٩٢٦ ظلت نصا ميتا لا يلجأ لتطبيقه أحد، وظل الناس يطبقون الأحكام الفقهية في زواجهم إلي أن جاءت الحرب الكورية، وانخرط الأتراك في صفوف الجيش ووجدوا أنهم لا يستطيعون أخذ رواتب المتزوجين، كما لا تستطيع الأراامل أخذ معاش أزواجهم في إطار أحكام القانون المدني، فاضطر الأتراك عند ذلك إلي توثيق زواجهم وفق أحكام هذا القانون.

٣- تعدد الاجتهادات وتنوعها في التصدي للمشكلات المطروحة، مما ينبئ بعدم الاستقرار علي مناهج ثابتة ومنضبطة في النظر الفقهي الحديث. ويفتح هذا الباب لكثير من عواصف التبديل والتغيير. يكشف عنه صدور مرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٩ في مصر ثم الحكم بإبطاله ووقفه بحكم قضائي ليصدر المرسوم نفسه عام ١٩٨٥ متضمنا بعض التعديلات. وكذا صدر في مصر أيضا قانون الوقف عام ١٩٤٦ متضمنا إقرار الأوقاف

الأهلية مع الحكم بتأقيتها لمدة ستين عاما أو جيلين من المنتفعين، ثم صدر بعد ذلك بقليل عام ١٩٥٢ قانون يقضي بإلغاء الأوقاف الأهلية. ولا يمر عام حتى يصدر قانون آخر بشأن النظر علي الأوقاف الخيرية وإدارتها. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، فقد صدر في مصر عدد كبير من القوانين المتعلقة بالوقف في مدة تقل عن عشر سنوات منذ قيام الثورة. وتقديري أنه يجب الاتفاق علي الاستماع لرأي الخبراء وقادة الرأي والمتخصصين والبعث عن التحايل في فرض مالا يريده الناس. ويجب الحرص علي استخلاص المناهج الفقهية المقبولة والاهتمام بدراسة الاجتهادات الفقهية الحديثة وأسبابها ومدى النجاح أو الفشل الذي صادفته في تحقيق الأهداف المرجوة منها.

كلمة أخيرة :

بعد هذا التطواف الذي لمسنا فيه بإيجاز بالغ ظاهرة إقصاء التشريعات الإسلامية عن التطبيق في ظروف الاحتلال العسكري للقوي الأوربية والنفوذ الثقافي الغربي، اللهم إلا في مجال القوانين المتعلقة بالأسرة، كما لمسنا كذلك الظاهرة الأخرى المعاكسة لسابقتها في القصد والاتجاه، وهي ظاهرة الاستمداد من الأصول الشرعية في المجالات القانونية المختلفة. بمناهج متنوعة، تتمثل في المنهج القضائي علي النحو السائد في باكستان، وهو الدور الذي يفترض أن تقوم به المحكمة الدستورية العليا في مصر، أو بمنهج التقنين والتشريع الذي تمثله القوانين المدنية العديدة كما في الأردن والعراق وسوريا والكويت وإن تباينت درجات القرب أو البعد من مركز الدائرة، وهي النصوص الشرعية الإسلامية وتفسيراتها الفقهية علي مر العصور.

ولعله قد اتضح من هذا التناول الموجز هذا التشابه والتوافق في المسيرة التشريعية للدول الإسلامية، سواء في اتجاهاتها إلي استرداد ذاكرتها القانونية أو في فقدانها، ممل يستوجب التعمق في دراسة هذه المسيرة، وخاصة في

العصر الحديث، لاكتشاف التشابه والتناظر والإفادة من الفروق والاختلافات، ولعل هذه الدراسة الموجزة تدل على أهمية تناول عموم تجارب البلاد الإسلامية في المجال التشريعي، لتعميق الوحدة بين هذه البلاد، وإفادة كل منها من تجربة غيرها.

أما عن المستقبل فإن قراءة ظاهرة العودة إلى التطبيق الشرعي تدل على إسناد دور بالغ الأهمية للعمل القضائي في هذا التطبيق. وفي اعتقادي أن هذا الدور سيتعاضد وستتراكم آثاره بالتدريج، ولن يثير من النقص ما قد تثيره الوسائل القانونية الأخرى. ويمكن أن يقارن دور القضاة المحدثين في تطبيق القواعد الشرعية في عدد من البلاد الإسلامية بالدور الذي قام به القضاة المسلمون في القرن الأول الهجري وما بعده. إذا كانت تجارب التقنين والاعتماد على التشريع في العودة إلى التطبيق الشرعي قد تباطأت في ظروف الضغوط الغربية المتزايدة والعولمة وتزايد النفوذ الغربي فإن الأمل كبير في قدرة الشعوب الإسلامية على إدارة الصراع لصالحهم، للرجوع لقوانينها وذاتها دون أن التخلي عما توجبه الحداثة والمعاصرة.

الهوامش

(١) -راجع شرح هذه القاعدة الفقهية في اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١١/١ وما بعدها و المادة من مجلة الأحكام العدلية

(٢) Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law, P.92 and Uriel Heyd, Studies in Old Ohoman Criminal Law, Oxford University Press, 1973, P.313.

(٣) وانظر : سلام محمد أبريش، " ما جري عليه العمل في فاس أثره في القضاء والفتوى"، رسالة

ماجستير مقدمة إلى قسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة بإشراف كاتب هذا البحث.

(٤) راجع ما جاء في الهداية للمرغيناني والمبسوط للسرخس مع مقارنة ذلك بما جاء في البحر الرائق

لأبن نجيم

(٥) رشيد رضا، تاريخ الأستاذ الإمام، بدون تاريخ ١/٢٦٠.

(٦) تناول عدد من الباحثين بعض سمات هذا النظام وخصائصه من بينهم :

- J.N.Coulson, A History of Islamic Law, Section II

وهو الكتاب الذي قمت بترجمته

- J.Schacht, An Introduction to Islamic Law, P.
-William Macanghton, Principles and Presidents of Mohammedan Law,
1825 وهذا الكتاب تجميع لإجابات المفتين عن أسئلة القضاة الإنجليز.
(٧) أنظر جهود ترجمة هذه المؤلفات في : مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي للباحث، دون بيانات
نشر، صفحة ٢٣٧ وما بعدها.
(٨) الوسيط للسنيهوري
(٩) محمد أحمد سراج، مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي طبعة ١٩٩٥، ص ١٨٠.
(١٠) السابق ص ١٨٢.
(١١) المستشار علي علي منصور رائدة نحو تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الجمهورية العربية
الليبية ص ٤٧
(١٢) محمد أحمد سراج، مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.
(١٣) د. لطيفة محمد سالم، النظام القضائي المصري الحديث ٨٧٥ - ١٩١٤، الهيئة المصرية العامة
للكتاب ٢٠٠٠، الجزء الأول صفحة ٦٢ وما بعدها ١٩٥ وما بعدها.
(١٤) ن. ج. كولسون، في تاريخ التشريع الإسلام، الترجمة العربية، محمد أحمد سراج، د. حسين
عبداللطيف الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٩٢، ص ٢٠٢.
(١٥) السابق.
(١٦) انظر مقدمة القانون المدني السوري.
(١٧) المستشار علي علي منصور، خطوة رائدة نحو تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الجمهورية
العربية الليبية ص ٤٧.
(١٨) السابق.
(١٩) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٢ ولأبي يعلي ص ٥٢.
(٢٠) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي
(٢١) أبي زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي
(٢٢) راجع التطور التشريعي في باكستان في : محمد أحمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظر
والتطبيق، ص ٢٧٠ وما بعدها
(٢٣) رجعت فيما أوردت من معلومات وبيانات عن التطبيق الشرعي في باكستان إلي:
- Rubya Mehdi, The Islamisation of Laws in Pakistan, Curzon presses Ltd.
1994.
- Zulfikar Khalid maluka, The Myth of the Constitution in Pakistan, Oxford
University presses 1995.
(٢٤) راجع المعلومات التاريخية المشار إليها في كتاب:
IRA M.Lapidus, A History of Islamic Societies, Cambridge University press,
pp.571-586.

- (٢٥) راجع المعلومات التاريخية المشار إليها في كتاب:
Sayyed Ali Reza Naqvi, Family Laws Of Iran, Islamic Research Institute, 1971.
P.1-6.
- Norman Anderson, Law Reform in the Muslim world, the Athlon press, (٢٦)
1971,p.99.
- IRA M.Lapidus, op. Ct, p.186 (٢٧)
- (٢٨) محمد سليم العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية، الطبعة السادسة، الكتاب المصري الحديث،
القاهرة ١٩٨٣م.
- Constitution of the Islamic Republic of Iran, translated by Hamid Algar, (٢٩)
Berkeley, Mizan press, 1980.
- (٣٠) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير
الخيرات.