* *

مذهب الإمام مالك والتقنين

د. عبد الباقي عبد الكبير •

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الإمام مالكا من أعلام الأمة الإسلامية وهو إمام دار الهجرة، قد أحببته من أعماق قلبي، وكثيرا ما تحدثت أمام الطلاب عن سيرته وكان الدمع يجري في عيني، حبا لهذه الشخصية التي تفتخر الأمة بها، بتواضعه للعلم وبمكنته ووقاره أمام الخلفاء والملوك، وبإخلاصه وصدقه، حيث من بركة هذا الإخلاص قد انتشر فقهه في المشرق والمغرب من العالم الإسلامي.

وقد فرحت عندما رأيت عنوان المؤتمر الدولي عن الإمام مالك من طرف الجامعة الأسمرية التي قضيت أشهرا في صرحها العلمي، فاغتنمت هذه الفرصة للكتابة عن إسهام المذهب المالكي في التقنين، وفي البدء وقفت مع تعريف التقنين، ثم تناولت حكم تقنين الشريعة الإسلامية عن طريق بيان حكم إلزام القاضي للحكم برأي فقيه واحد، كما تناولت الجهود التاريخية حول تقنين مذهب الإمام مالك، ثم وقفت مع المسائل التي تم استقاؤها من المذهب المالكي في القانون المدني الأفغاني في مجال أحكام الأسرة، أدعو الله عزوجل أن تكون هذه الكتابة إسهاما في توضيح قابليات المذهب المالكي لإغناء حركة التقنين المعاصرة في العالم الإسلامي والتي تسعي لتنظيم كافة الأنشطة الحياتية في إطار الشريعة الإسلامية الغراء، كما أتمنى أن تعم القناعات لدى هيئات التشريع في العالم الإسلامي بالأخذ والاستفادة من كافة الاجتهادات الفقهية المعتبرة في عمليات التقنين.

• – رئيس قسم القضاء بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة سلام. كابل

المبحث الأول: تعريف التقنين والمصطلحات ذات الصلة

المطلب الأول: حقيقة التقنين

أولاً: تعريف التقنين

التقنين لغة؛ التقنين التفعيل من قنَّن، يقال قنن يقنن تقنينا أي وضع القوانين في مادة، ومنه القانون، وهو الأصل ومقياس كل شيء وطريقه.[1]

التقنين اصطلاحا؛ عبارة عن جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون وتنظيمها في مدونة واحدة وربطها بالمقصدية القانونية ثم إصدارها في شكل قانون وفرضها بواسطة الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها.2

ثانياً: شرح التعريف وتوضيحه

1. التقنين عبارة عن جمع القواعد القانونية بغض النظر عن مصادرها التشريعية من العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك مما إذا كان التقنين مأخوذا من الشريعة الإسلامية أو من القانون الروماني أو الجرماني أو الأنجلوسكسوني أو غير ذلك.

2. التقنين يكون متعلقا بفرع من الفروع من أقسام القانون بصورة عامة، كقانون المعاملات المدنية أو قانون الجنايات، أو قانون الأسرة، أو القانون التجاري، أو القانون الدستوري.. وتلك اللوائح والقوانين التي توضع لأجل ضبط كل أنشطة المجتمع وفعالياته.

3. التقنين عبارة عن جمع القواعد القانونية وتنظيمها وترتيبها بفرع من الفروع القانونية وإزالة التعارض والغموض منها بينها وبين المقصدية القانونية التي تتوخاها المشرع بصورة عامة من وضع القوانين وإلزام الناس بها، وبيانها في عبارات واضحة وموجزة.

4. يجب الربط بين التقنين والمقصدية القانونية، حيث إن كل الضوابط والقواعد القانونية التي يضعها المشرع، يضعها لضبط السلوكيات للتناسب مع الأهداف الكلية للمجتمع، ويشحذ

---

[1]. تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، فصل القاف.

[2] انظر: تقنين الفقه الإسلامي(المبدأ والمنهج والتطبيق) ،محمد زكي عبدالبر، ص:10.

الههم تجاهها ويمنع التصرفات التي تعيق حركة المجتمع نحو التنمية والتقدم أو يؤدي إلى ضياع الحقوق، او يمنع القيام بالواجبات.

5. لا تكفي صياغة القواعد القانونية وحدها في عملية التقنين ولا يصبح قانونا واجب التنفيذ إلا بعد إصدارها في شكل قانون من قبل السلطة التشريعية في الدولة لتلتزم به الكافة من الأفراد والهيئات والسلطات في سلوكياتهم التي لها صلة بالحقوق والواجبات في كافة الأنشطة في المجتمع، والأجهزة العدلية المختلفة تقوم بتأديب وعقاب من لايلتزم بتلك الضوابط والقواعد القانونية.

المطلب الثاني: تعريف القانون

مجموعة من القواعد التي تحكم أو تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع والتي يجبر الأفراد على اتباعها وبالقوة عند الاقتضاء[1]، كما عرف أيضا: أنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع بصورة عامة ومجردةٍ، و توقع الدولة جزاء على من يخالفها، وعرفه الدكتور عبدالحي حجازي بتعريف حسن أن القانون: (مجموع ما تضعه الدولة أو تفرضه من قواعد تحكم علاقات الأفراد بعضهم ببعض وتنظم استعمال القوة لضمان احترام هذه القواعد ابتغاء المحافظة على سلامة الجماعة والسير بها في طريق التقدم)[2].

وإذا ذُكِرت كلمةُ القانون في مقابل كلمة الشريعة أو معها فإنما يراد به ما وضعه البشر من أحكام لتنظيم شؤون حياتهم وعلاقات بعضهم ببعض أفرادًا وجماعاتٍ ودولاً[3]، ولا يدل ذكرها مطلقا على القوانين الوضعية، وقد استخدم كلمة القانون العلماء السابقون في مؤلفاتهم حيث قال ابن القيم رحمه الله: (إن الناس لا يستقيم أمرهم إلا بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من الشريعة أحدثوا لهم قوانين سياسية ينتظم بها أمر العالم..)[4] قال القرطبي رحمه الله في تفسير قوله تعالى: (بما أراك الله) معناه على قوانين الشرع إما بوحي أو نص أو بنظر جار على سنن

1 المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالقادر الفار، ص: 11. والمدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي (مقارنات بين الشريعة والقانون) علي علي منصور، ص: 24.

2 المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالحي حجازي،147/1.

3 مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، ص: 23.

4 بدائع الفوائد، ابن القيم 674/3.

الوحي)[1] وقال أبو يعلى الفراء: (ففيه من حفظ القوانين الشرعية ما لا يجوز أن يترك قصدا)[2] قال ابن رشد: (لتكون كالقانون للمجتهد)[3] والأمثلة التي ذكرناها تدل على أن المسلمين قد استعملوا هذه الكلمة بمعنى القاعدة وهي ليست إلا تعبيرا يوضح معناها العام الذي أشرنا إليه.

المطلب الثالث: تعريف تقنين الشريعة الإسلامية:

وردت تعريفات عدة لتقنين الشريعة الإسلامية وهي متقاربة في ألفاظها ومعانيها، ونحن نورد هذه التعريفات بنصها ليتمكن القارئ من مقارنتها وليتضح المفهوم والحقيقة من خلال هذه المقارنة[4].. فقال الدكتور محمد أحمد سراج: (إن المقصود بتقنين الأحكام الشرعية هو وضع أحكام الشريعة في نصوص مرتبة على هيئة مواد في أبواب متجانسة مقسمة تقسيما منطقيا ييسر الرجوع إلى ما يراد منها على أن تلزم الدولة أو ولي الأمر بالاحتكام إليها في التعامل والقضاء)[5]

وهذا التعريف يرتكز إلى النقاط التالية:

- أسلوب صياغة الأحكام الشرعية: حيث يتم ترتيبها ترتيبا منطقيا على النسق الذي جرت عليه العادة في ترتيب القوانين الوضعية الحديثة، حيث إن ترتيبات الفقهاء فيه كثير من التكرار في القواعد العامة في المعاملات والجنايات.
- الغاية من وضع الأحكام الشرعية بهذه الصورة تتركز في تيسير الرجوع إليها، وكونها تكون سهلة التنفيذ عندما يراد تطبيقها، على غرار القوانين الحديثة.
- وجوب الرجوع والالتزام بالقانون الإسلامي والاحتكام إليه وإلزام الناس به، لأنه لا فائدة للتكلم بحق لا نفاذ له، ومجرد وضع مسودات أو مشروعات للتقنين لا يسمى تقنينا ويمكن تسميتها مشروعات التقنين او مسوداتها.

---

[1] تفسير آي القرآن الكريم، القرطبي، 376/5.

[2] الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء،، ص: 37.

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ابن رشد، 131/2.

[4] وقد أورد كثير من هذه التعريفات الباحث محمد بن إبراهيم بوزغيبة في كتابه تاريخ تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية بين أعوام (1857-1965م)، ص: 29-32.

[5] الفقه الإسلامي بين النظر والتطبيق، محمد أحمد سراج، ص: 258.

ويؤخذ على هذا التعريف بأنه عام لصياغة كل الأحكام الشرعية، وواقع الأمر أن الأحكام المتعلقة بالعبادات لا يمكن تقنينها وهو مجال خارج عن إطار التقنين المراد للأحكام الشرعية التي اصطلح عليه العلماء في العصر الحاضر، اللهم إلا إذا قصدنا بالتقنين في مجال العبادات هو إلزام الناس باحترامها وعدم هتك حرمتها (كمنع الناس ومعاقبة من يفطر في نهار رمضان على مرأى من الناس في السوق) أو (منع البيع والشراء بعد النداء الثاني يوم الجمعة)، حيث يصبح ذلك من النظام العام الذي يجب على الناس مراعاته ويتم التنصيص عليها وعلى عقوباتها في قانون العقوبات، وأما ما وراء ذلك فإن مجال العبادات خارج عن إطار التقنين، كما أنه يؤخذ على هذا التعريف بأنه يحصر التقنين فيما تعارف عليه الناس من المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية، دون أن يشير إلى ضرورة التنظير في ضبط الشأن العام ووضع القواعد القانونية لتنظيمه وتوجيهه.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: (إن التقنين هو صياغة أحكام الشريعة في معاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها)[1] وعرف تقنين الفقه الإسلامي في موضع آخر: (صياغته في مواد مبسطة تيسيرا لرجوع القضاة إليه توحيدا لأحكام القضاة وتسهيلا لأمر المتقاضين بمعرفة الحكم الذي يتقاضى على أساسه)[2]، وعرفه المستشار طارق البشرى بأن التقنين (هو تجميع الأحكام وتصنيفها وترتيبها بتبويب منطقي علمي على هيئة مواد متتابعة)[3].

وقد عرفه الدكتور يوسف القرضاوي: (صياغة الشريعة الإسلامية في مواد قانونية مرتبة ومرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية.. وذلك لتكون مرجعاً سهلاً محدداً يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أساسه المواطنون)[4]، وقد عرفه الدكتور سليمان الأشقر: (تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، وذلك بعد مراجعة هذه القواعد وتنسيقها، ورفع التناقض

[1] جهود تقنين الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص:26.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 27/1.

[3] الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طارق البشرى، ص: 15.

[4] مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، ص: 297.

منها وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها، حتى يظهر في شكل مواد)[1]، وعرفة الدكتور يحيى محمد عوض الخلايلة: (صياغة أحكام الشريعة الإسلامية القابلة للتقنين من قبل أهل الخبرة والاختصاص في صورة مواد متجانسة قابلة للتطبيق والتنفيذ بصورة ملزمة من الحاكم يسهل الرجوع إليها)[2]

وهذه التعريفات كلها متقاربة كما رأينا ويمكن أن نستخلص منها تعريفا جامعا مانعا في ألفاظ موجزة بأن تقنين الشريعة الإسلامية عبارة عن (صياغة الأحكام الشرعية الراجحة لضبط حركة المجتمع القابلة للتقنين وتصنيفها موضوعيا مع الإلزام بها من طرف السلطة التشريعية).

شرح التعريف

1. **صياغة الأحكام الشرعية**: المراد بها إعادة صياغة عبارات الفقه الإسلامي فيما يخص الموضوعات التي بحثها الفقه الإسلامي، حيث إن الأحكام الشرعية التي وردت في كتب التراث طويلة في عباراتها ويذكر معها أدلة الحكم وفي كثير من الأحيان طريق استنباط الحكم وخلاف العلماء فيه، فإن مشروعات التقنين يجرد الحكم الشرعي في المسألة من ذكر الأدلة والخلاف الفقهي، وتختار اللجنة العلمية (التي لابد وأن تتشكل من الفقهاء وأهل الخبرة) رأيا راجحا في المسألة وفق ضوابط، ما يكون أقوى دليلا وأنسب حالا لتحقيق المصلحة الشرعية الزمنية، ويتم صياغتها في ألفاظ مختصرة وواضحة في دلالتها على المراد بدون لبس أو غموض، على غرار القوانين الحديثة، والمجالات التي لم يبحثها الفقهاء في كتبهم أو كانت تناولاتهم لها معالجة لتلك الظروف والملابسات التي عايشوها، وبالأخص في المجالات التي يتغير بتغير الأزمان مثل كثير من أحكام السياسة الشرعية، والضوابط العملية لتنظيم وتوجيه التجارة، وقضايا التأمين، وضوابط الصناعة.. وغيرها من الأمور المستجدة فإن لجنة العلماء وأهل العلم يقومون باستنباط الحكم الشرعي من الأدلة الشرعية ويجعلونه في شكل مواد قانونية.

2. **الراجحة**: حيث تختار اللجنة التشريعية التي تتكون من علماء الشريعة وأهل الخبرة، الأقوال الراجحة من المذاهب الفقهية ولا تقتصر اللجنة في النظر إلى المذاهب الفقهية الأربعة

[1] تاريخ الفقه الإسلامي، عمر سليمان الأشقر، ص: 187.

[2] تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، محمد عوض الخلايلة، ، ص 25.

فقط، بل تنظر في فتاوى الصحابة والتابعين ومن تبعهم وأصحاب المذاهب الذين لم تدون مذاهبهم كالثوري والطبري والأوزاعي والليث بن سعد.. وغير ذلك من العلماء والأئمة، وفتاوى العلماء المتأخرين الذين لم يلتزموا التقيد بالمذهب المعين، وتقوم اللجنة بالاجتهاد الانتقائي بما يكون أقوى دليلا والأنسب حالا لحل المشكلات المعاصرة، كما تقوم بالاجتهاد الإنشائي في نفس الوقت في المسائل النازلة والمستجدة وليس للعلماء فيه قول، أو لهم قول ولكن تغير العرف بصورة تلزم الاجتهاد الإنشائي لاستخراج حكم فقهي جديد يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية.

3. **لضبط حركة المجتمع**: وهذا لأجل ربط القانون بمقاصده التشريعية "المقصدية القانونية"، حيث إن الفهم القاصر عن القانون هو أن الحاكم يضع القانون لأجل الفصل في النزاعات ومعاقبة المجرمين، والحقيقة ليست كذلك، وهذا الفهم هو من بصمات السلطة الاستبدادية وأبجدياته، حيث يضعون القانون لسوط المترد من الرعية وجباية المال منه، وأما القانون لدى الشعوب المتمدنة هو لضبط حركة المجتمع بأكمله، ووضع القواعد القانونية لتوجيه إمكانيات المجتمع البشرية والمادية لأهداف تأمين العدالة، والتنمية والاستقرار[1]، ومنع السلوك الإجرامي الضار لمصالح المجتمع أيا كان فاعله، وتحقيق هذا الأمر يحتاج إلى فعالية المعرفة بواقع حركة المجتمع ومعرفة نقاط الخلل والضعف، لوضع القواعد القانونية الضابطة لإعادته إلى مجراه الصحيح، ومن هنا تظهر ضرورة بث الحيوية في الدراسات القانونية وربطها بحركة المجتمع وعطائه، ومن هنا يمكن فهم أسباب وعوامل الانحطاط في واقعنا، حيث لم نتمكن من وضع القواعد القانونية الناجحة، أو لم نتمكن من تنفيذ القواعد القانونية في سلوكيات أفراد المجتمع ومؤسساته.

[1] يقول الدكتور عبدالحي حجازي فيما يتعلق بهذا الأمر: (القانون هو الذي يراقب حياته "الإنسان" ويوجه إرادته نحو الخير العام). كما يقول كذلك في مكان آخر عند مكونات تعريف القانون: (ذكر الغاية من القانون في تعريف القانون فلا يخلو من الفائدة، إذ أن القانون ليس غاية في حد ذاته بل وسيلة إلى غاية هي سلامة الجماعة والسير بها في طريق التقدم والرقي). انظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالحي حجازي، ص: 146.

4. **القابلة للتقنين:** حيث إن أحكام الشريعة الإسلامية بعضها متعلق بالعبادات المحضة كالصلاة والحج، التي الأساس فيها إرضاء الله عز وجل وتتعلق صحتها بإخلاص المكلف، وبعضها متعلق باحترام القيم الأخلاقية كالصدق والكرم والبعد عن البخل والرياء والغيبة والنميمة وغير ذلك من الإرشادات الأخلاقية، التي لا تدخل تحت التقاضي لخفاء هذه الأمور وصعوبة فعالية وسائل الإثبات فيها، لذلك فإن أمر العبادات والأخلاق موكول إلى ضمير الإنسان في أغلب الأحوال.

5. **وتصنيفها موضوعيا:** وذلك لأن الأحكام الشرعية دونت في المصادر الفقهية من التراث بصورة متناثرة تحت أبواب مختلفة، وقد يجد الباحث صعوبة في الوصول إليها، كما أن الكتب الفقهية غالبا تذكر الأدلة والخلاف الفقهي في المسائل، ومشروعات التقنين تجرد الحكم من الدليل والمستند كما يجرده عن الخلاف الفقهي، كما أن الأحكام الجامعة التي تنتظم تحت إطار النظريات الفقهية كنظرية العقد ونظرية المال والملكية مذكورة في أماكن متفرقة من كتب التراث، فإن مشروعات التقنين تصنف تلك موضوعات، حيث تذكر أحكام العقود التي تنطبق على كل العقود من البيع والإجارة والإعارة.. تحت عنوان نظرية العقد وتلم شتات الموضوعات المتناثرة من كتب الفقهاء.

6. **الإلزام بها من طرف السلطة التشريعية:** فمشروعات التقنين لا تكون مفيدة إذا لم تجد طريقا للتنفيذ، والداعون إلى تقنين الأحكام الشرعية يستندون في بيان ضرورتها إلى تسهيل تطبيق الأحكام الشرعية عن هذا الطريق، ولكن المشروعات التقنينية للشريعة الإسلامية يمكن أن توضع بوساطة أهل الفكر والرأي كمسودات للتقنين، ثم يتم السعي لأجل التطبيق والتنفيذ وتبنيها من طرف السلطة التشريعية، فيكون الإلزام بالمشروعات التقنينية بالقوة عند وضعها لا بالفعل، وهذا لا يمنع أن نطلق اصطلاح تقنين الشريعة الإسلامية على المشروعات قبل التنفيذ.

المبحث الثاني: حكم تقنين الشريعة الإسلامية والمحاولات التاريخية في هذا المجال

إن العلماء قد اختلفوا في حكم تقنين الشـريعة الإسـلامية والخلاف في حكم التقنين بين العلماء يشـبه الخلاف في جواز إلزام القاضـي بمذهب معين فقط بفارق أن التقنين هو الإلزام بالراجح من أقوال العلماء تختاره مجموعة من العلماء وأهل الخبرة، والآخر هو الإلزام بمذهب واحد دون النظر في رجحانه، فنناقش هنا في المطلب الأول خلاف العلماء في جواز إلزام القاضـي بالحكم على مذهب معين لنتعرف من ذلك إلى حكم تقنين الشـريعة الإسـلامية وفي المطلب الثاني أقف مع المحاولات التاريخية لتقنين الشـريعة الإسـلامية بناء على مذهب الإمام مالك.

المطلب الأول: إلزام القاضي بمذهب معين

العلماء مختلفون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يجوز إلزام القاضـي بالحكم بمذهب معين، واشـتراطه على القاضـي باطل غير ملزم، قال به ابن فرحون من المالكية[1]،و قد نص الفقيه الماوردي كذلك على بطلان تقييد القاضـي بالحكم بمذهب معين وعلل البطلان، بأن هذا الشـرط يمنعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد،[2] وهو الراجح عند الشافعية[3]، وبه قال الحنابلة، قال ابن قدامة: (ولا يجوز أن يقلد القضـاء لأحد على أن يحكم بمذهب بعينه وهذا مذهب الشـافعي ولا أعلم فيه خلافا)[4]، كما

[1] قال ابن فرحون في القاضـي يوليه الإمام القضـاء ويشـترط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب إمام معين مثل أن يكون مالكيا أو شافعيا أو حنفيا أو حنبليا فيقول له: قد وليتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلا، قال ابن فرحون: فهذا على ضـربين: أحدهما أن يشـترط ذلك عموما في جميع الأحكام فالعقد باطل والشـرط باطل سـواء قارن الشـرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد، ثم قال: دليلنا أن هذا شـرط ينافي مقتضـي العقد فإن العقد يقتضـي أن يحكم بالحق عنده، وهذا الشـرط قد حجره عليه، واقتضـى أن يحكم بمذهب إمامه وإن بان له الحق في سـواه). انظر: تبصـرة الحكام في أصـول الأقضـية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي،20/1.

[2] انظر: تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، محمد زكي عبدالبر، ص: 32.

[3] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، 502/4.

[4] المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي،106/9.

ذكر هذا البهوتي في كشاف القناع[1]، وقد رجح هذا القول من المعاصرين الفقيه والقانوني عبد الكريم زيدان فقال: (إن تقييد القاضـــي بمذهب معين وإلزامه بوجوب الحكم بهذا المذهب الفقهي دون ســـواه يعني جعل قانونه الواجب التطبيق هو أحكام هذا المذهب وليس أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا لا يجوز، لأن الشريعة الإسلامية أوسع من أي مذهب فقهي، وليس أي مذهب فقهي أكبر وأوسع من الشريعة الإسلامية أو مساويا لها، وإن المذاهب الفقهية هي وجوه لتفسير نصوص القرآن والسنة واجتهادات معينة لاستنباط الأحكام من مصادرها المعتبرة ولا يمكن أن يكون وجه معين من وجوه التفســـير أو اجتهاد معين من اجتهادات الفقهاء لاستنباط الأحكام هو الوجه الوحيد لتفسير نصوص الشريعة الإسلامية أو الاجتهاد الوحيد لاستنباط أحكامها).[2]

أدلة هذا القول

1. قول الله عز وجل: (فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب، وإذا ظهر له الحق وجب عليه العمل به، ولذلك فإن التقيد بالمذهب في القضاء مخالفة للآية القرآنية.

2. الإجماع على عدم جواز إلزام الناس بقول واحد وحملهم عليه[3]: حيث صـــرح به غير واحد من السلف ومنهم شيخ الإسلام ابن تيمية.[4] كما ذكر ابن قدامة أنه لا خلاف في أنه لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب معين[5]

---

[1] قال البهوتي: (ولا يجوز أن يقلد القضـــاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه). انظر: كشـــاف القناع، البهوتي، 292/6-293.

[2] نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبدالكريم زيدان، ص:247.

[3] هذا الإجماع غير مسلم به لما يوجد من خلاف في هذه المسألة كما سنرى عند أصحاب القول الثاني، ثم إن القول بالمنع من الإلزام بقول واحد قول صحيح لو كان جميع القضاة من المجتهدين، أما إن كان العدد المطلوب تعينه من القضاة للفصل بين خصومات الناس يلزم تعيين من لم يصل إلى مرتبة الاجتهاد فيصبح تعينهم جائز للضرورة أو الحاجة، وبالتالي فإن إلزامهم بقول واحد في هذه الحالة أمر سائغ.

[4] في مواضـــع كما في مجموع الفتاوى 35/ 357، 360، 365، 372، 373، والمجلد 27/ 296-298 والمجلد 30/ 079.

[5] المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، 106/9.

3. أنه ليس لمن ولي أمرا من أمور المسلمين منع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد، ولهذا لما استشار الرشيد مالكا أن يحمل الناس على موطئه في مثل هذه المسائل منعه .

4. قال الإمام الشافعي رحمه الله: (أجمع الناس على أنه من استبانت له سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فليس له أن يدعها لقول غيره) [1] وفي الإلزام برأي فقيه واحد ينتقض تجريد توحيد الاتباع ويخدش حماه، إذ أن حكم القاضي على خلاف ما يعتقده، تقديم لقول غير المعصوم على ما يعتقده من المعصوم[2]، والله تعالى يقول: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ).[3]

القول الثاني: يجوز الإلزام بالحكم بمذهب معين ويصح اشتراط الحاكم على القاضي أن يقضي به وحده، وإلى هذا القول ذهب الحنفية[4]، وهو قول عند المالكية[5]، وبه قال السبكي وغيره من الشافعية[6].. وقد حكى هذا الخلاف الماوردي وأبو يعلى الفراء[7].

---

[1] أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية شمس الدين، 282/2.

[2] تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، يحيى محمد عوض الخلايلة، ص: 199.

[3] الحجرات:1.

[4] قال ابن عابدين في رد المحتار: (القاضي لو قضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه ما لم يقيده السلطان بمذهب خاص) حاشية ابن عابدين692/3. وقال أيضا: (لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف، وإنه متى حكم بغير ما قيد به فحكمه عند الشرنبلالي غير صحيح لكونه معزولا عنه) حاشية ابن عابدين 408/5 كما ذكر هذا القول صاحب الهداية وشارحها، انظر: الهداية مع الشرح (فتح القدير) 490/4-491. كما ورد في مجلة الأحكام العدلية تحت مادة 1801 : (وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص، ولما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل فلا ينفذ حكمه).

[5] انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، محمد بن فرحون اليعمري المالكي، 57/1.

[6] د. عبدالرحمن بن أحمد الجرعي، 29/08/2005 وهو منشور على الرابط:
http://www.islamonline.net/Arabic/contemporary/2005/08/article04.shtml#**

[7] انظر: الأحكام السلطانية، علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، ص: 87، و الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، ص: 47.

أدلة هذا القول

1. إلزام القاضي بمذهب معين لا يتجاوز حدود المصلحة، فإذا رأى الحاكم وجود هذه المصلحة جاز له الإلزام، ولكن هذا الاستدلال هو استدلال بمحل النزاع، والمخالفين لا يسلمون أن هذا الأمر يدخل في إطار المصلحة الشرعية.[1]

2. إن القاضي مفوض إليه القضاء على مذهب معين فليس له أن يتجاوزه إلى غيره حتى إن خالفه اجتهاده، لأن التولية لم تشمله، فكأن القاضي هنا بمثابة الوكيل أو النائب عن الحاكم.[2]

والذي يظهر أن الذين يمنعون تقييد القاضي بمذهب معين هم يقصدون بذلك القاضي المجتهد، وأما القاضي الذي لا يتوفر فيه القدرة على الاجتهاد واستنباط الحكم من النص فإنهم يتوقفون عن الحكم بالمنع، ويقولون بجوازها، وهذا ما يظهر من تعليق ابن فرحون بعد قوله ببطلان تولية القاضي إذا شرط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب معين، حيث قال رحمه الله: (كلام الشيخ أبي بكر في القاضي المجتهد ولم يتعرض للقاضي المقلد وسيأتي الكلام على ذلك في الركن الثاني من أركان القضاء)، ثم ذكر في الركن الثاني من أركان القضاء وقال: (وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي: أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، قال الشيخ أبو بكر: وهذا جهل عظيم منهم ، يريد ؛ لأن الحق ليس في شيء معين) قال ابن فرحون: (وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا ؛ لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصرا للإمام أبي عمر بن عبد البر والقاضي أبي الوليد الباجي والقاضي أبي الوليد بن رشد والقاضي أبي بكر بن العربي والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب)[3].

وهذا الخلاف الفقهي الذي ذكرناه ورد نظريا بين الفقهاء، ولكن في الواقع فإن القضاء وفقا للأقوال الراجحة في المذهب قد ساد في التجربة التاريخية الإسلامية، وكان القاضي في العراق

[1] تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ، والمنهج، والتطبيق)، محمد زكي عبدالبر، ص: 38.

[2] تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ، والمنهج، والتطبيق)، محمد زكي عبدالبر، ص: 38.

[3] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ص 56- 57.

يحكم بمذهب الإمام أبي حنيفة، وفي الشـام والمغرب بمذهب الإمام مالك، وفي مصـر وفق مذهب الإمام الشافعي، وقد أدى ظهور المذاهب الأربعة أن وجد قضاة يمثلون هذه المذاهب، للفصل في منازعات أهل مذاهبهم كما سبق القول، كما وجد أيضا قضاة من مذاهب أربعة في كل ولاية من الولايات الإسلامية.[1]

المطلب الثاني: المحاولات التاريخية حول تقنين الشريعة الإسلامية

أولا: الجهود في الخلافة الأموية

إن اختلاف أحكام القضـاء في المدن المختلفة كان هاجس الخلفاء في العهد الأموي والعباسـي وكانوا يحاولون توحيد القضـاء، وكانت أول هذه المحاولات فيما يذكر أن الوليد بن عبد الملك "86-96هـ"ـ أراد إلزام الناس بقول فقيه واحد، وأنه كتب بحمل القضاة على قول خالد بن معدان الكلاعي[2]، ولكنها لم تنجح أمام الأعراف الفقهية السـائدة في ذلك الزمان، حيث إن الناس تعودوا الأخذ من العلماء والمجتهدين بين ظهرانيهم، والمحاولة الثانية كانت للخليفة عمر بن العزيز ﷺ الذي بدأ بتدوين السنة ولكن تدوينه للسنة كان لشيء أكثر من خوفه من ذهاب العلم، كما يُفهَمُ ذلك من حديث أبي زرعة حيث ورد فيه: "أراد عمر بن عبد العزيز أن يجعل أحكام الناس والاجتهاد حكما واحدا، ثم قال: إنه قد كان في كل مصـر من أمصـار المسلمين وجند من أجناده ناس من أصحاب رسول الله، وكان فيهم قضاة قضوا بأقضية أجازها أصحاب رسول الله ورضوا بها وأمضاها أهل المصر كالصلح بينهم – فهم على ما كانوا عليه من ذلك"[3]، وهذا النص يوضـح أن عمر بن عبد العزيز كان يريد من وراء التدوين، أن يتحول ذلك إلى قانون يحمل الناس عليه أو يلزمهم به، وقد همَّ بذلك رغم قصر زمن خلافته التي لم تستمر سوى عامين وثلاثة أشهر، وفي رواية أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالمدينة المنورة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم: أن انظر ما كان من حديث رسـول الله صـلي الله عليه وسـلم أو

[1] قضاء المظالم في الدولة العباسية، سامي أحمد عبدالحليم إمام، ص:13.

[2] تاريخ أبي زرعة الدمشقي، أبو زرعة عبد الرحمن بن عمرو بن عبد الله بن صفوان بن عمرو النصري الدمشقي، باب في ذكر القضاة،60/1 نقل عنه، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، يحيى محمد عوض الخلايلة، ، ص: 132.

[3] تاريخ أبي زرعة الدمشـقي، أبو زرعة عبد الرحمن بن عمرو بن عبد الله بن صـفوان بن عمرو النصـري الدمشقي، باب في ذكر القضاة،9/1.

سنته فاكتبه، فإني خفت دروس العلم وذهاب العلماء[1]، إلا أن عمر بن عبد العزيز مات قبل أن يتم ابن حزم ما أمر به عمر[2].

ثانيا: رسالة عبد الله بن المقفع

ومن المحاولات التاريخية التي جرت لقنين الشـــريعة ما ورد في رســـالة عبدالله بن المقفع الموجهة إلى أمير المؤمنين في عصره (أبي جعفر المنصور) والتي يشير فيها إلى دواعي التقنين وضروراته والتي سميت برسالة الصحابة[3]، وقد جاء فيها:(.. ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصـــرين – الكوفة والبصـــرة– وغيرهما من الأمصـــار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضـــة التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال، فيســـتحل الدم والفرج بالحيرة، وهما يحرمان بالكوفة، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة فيســـتحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى.. فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضـــية والســـير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم سـنةً أو قياسـاً، ثم نظر في ذلك أمير المؤمنين، وأمضـى في كل قضـية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم عليه عزما وينهي عن القضـاء بخلافه وكتب بذلك كتابا جامعا.. ثم يكون ذلك من إمام آخر الدهر إن شاء الله)[4]، ولعل هذه المحاولة قد أقنعت أبا جعفر المنصـور بضـرورة هذا الأمر، ولكن قناعته الشـخصـية كانت تميل نحو علم المدينة المنورة ولذلك كان طلبه من الإمام مالك فيما سنقرأ في السطور الآتية.

ثالثا: محاولات أبي جعفر المنصور مع الإمام مالك

ثم كان ذلك الحدث الأكثر شيوعا وأوضح دلالة ما رُوِيَ عن الإمام مالك بن أنس مع أبي جعفر المنصور لما حج سنة 148هـــ، وطلب من الإمام مالك أن يحمل الناس على مذهبه، فأبى الإمام مالك ذلك، ولكن الخليفة العباسي لما حج سنة 163هـ مرة أخرى أعاد عرض ما

---

[1] أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب كيف يقبض العلم، حديث رقم 97.

2المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ص: 140.

[3] التقنين والإلزام (فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة) بكر بن عبدالله أبوزيد، ص: 17.

[4] قد ذكر الزركلي في الأعلام140/4، عند ترجمة عبدالله بن المقفع أن له رسالة الصحابة، كما ذكر الرسالة بنصـها سـليمان فياض، أئمة الإسـلام الأربعة، القاهرة، مركز الأهرام للترجمة والنشـر، 1996م، ص 99، وكما ذكرها كذلك بكر بن عبدالله أبوزيد، التقنين والإلزام (فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة) ص: 17.

كان قد طلبه من الإمام مالك سابقا وقال له: يا أبا عبدالله ضع العلم ودوّن منه كتبا وتجنب شدائد عبدالله بن عمر، ورخص عبدالله بن عباس، وشوارد عبدالله بن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور، وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة لنحمل الناس إن شاء الله على عملك وكتبك، ونبثها في الأمصار، ونعهد إليهم ألا يخالفوها، ولكن مالكا رفض أن يحمل الناس على مذهبه[1]. وقد روى الإمام مالك نفسه لقاءه مع أبي جعفر، فقال: لما حج أبو جعفر المنصور دعاني فدخلت عليه فحادثته وسألني فأجبته، فقال إني عزمت أن آمر بكتبك هذه التي قد وضعت فتنسخ نسخا ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة وآمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدوها إلى غيرها ويدعوا ما سوى ذلك من هذا العلم المحدث، فإني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة وعلمهم. فقلت: يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعلموا به ودانوا به من اختلاف أصحاب رسول الله وغيرهم، وإنَّ ردّهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم، فقال لعمري لو طاوعتني على ذلك لأمرت به[2]، كما أن الطلب نفسه قد أعاده المهدي بعد أبي جعفر المنصور على الإمام مالك[3].

وفي عهد هارون الرشيد تكررت هذه الفكرة فقد رغب إلى الإمام مالك أن يوزع كتابه الموطأ على الأمصار ليكون مرجعا للقضاء والفتيا، وقال له: يا أبا عبد الله تكتب هذه الكتب، وتفرقها في آفاق الإسلام فتحمل عليها الأمة قال: يا أمير المؤمنين، إن اختلاف العلماء رحمة من الله تعالى على هذه الأمة، كل يتبع ما صح عنده، وكل على هدى.[4]

---

[1] ترتيب المدارك وتقريب المسالك، القاضي عياض، باب ذكر الموطأ وتأليف مالك إياه 60/1، وتجديد الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي، ص 126.

[2] المصدر نفسه، و أئمة الإسلام الأربعة، سليمان فياض، ص 99.

[3] ترتيب المدارك 60/1.

[4] سبل الهدى والرشاد في سيرة خير العباد، محمد بن يوسف الصالحي الشامي ت 942هـ،364/10. تجديد الفقه الإسلامي، ص: 126. وقد ناقش روايات علاقة تأليف الموطأ بالخلفاء العباسيين نجم الدين الهنتاتي بصورة جيدة في كتابه(المذهب المالكي بالغرب الإسلامي إلى منتصف القرن الخامس الهجري) ص 43-44.

رابعا: تجربة القضاء على المذهب الواحد

قد عرضـــنا هذه المحاولات التقنينية التي لم يكتب لها النجاح، لكن التجربة التاريخية الإسلامية تحمل معها نجاحات في تدوين الرأي الفقهي والراجح من تلك الآراء داخل المذهب الواحد وإلزام القاضي بالحكم بقول المذهب، وهذا بعينه بمثابة التقنين في هذا العصر، وقد تم ذلك في عهد الخلافة العباسية حيث إن الإمام أبا يوسف كان قاضيا للقضاة ولم يكن يعين إلا من يعرفه والذي كان يعرفه هو من تتلمذ عليه، وهذا كان من أهم عوامل انتشار المذاهب الفقهية وانتشـار المذهب الحنفي بصـورة خاصـة، ولكن هذه التجربة تختلف عن التقنين في العصـر الحاضر في أنها لم تصاغ في شكل مواد قانونية، كما أنها تترك مساحة الاختيار للقاضي في إطار الأقوال الفقهية الواردة داخل المذهب الواحد، وهي مساحة الاجتهاد أو الترجيح لقول على قول أو التخريج على قول فقهي في المسائل التي لم ينص المذهب على حكمها.

وشـــبيه بالتجربة في المذهب الحنفي كانت التجربة في المذهب المالكي، حيث ورد عن القاضي أبي الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسـم ما وجده[1]، وقد اسـتوثق المذهب المالكي في الأندلس في عهد الحكم بن هشـــام، وذلك أن يحيى بن يحيى[2] كان مكينا عند الملك ومقبول القول، فكان لا يولي القضاء إلا من أشار به، فانتشر المذهب بالقضاء كما كان الشأن في أبي يوسف بالنسبة لمذهب أبي حنيفة[3]، وقد ذكر أبو زهرة عن الإمام ابن حزم الأندلسي قوله: (مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرياسـة والسـلطان، مذهب أبي حنيفة، فإنه لما ولي القضـاء أبو يوسـف كانت القضاة من قبله من أقصى الشرق إلى أقصى عمل إفريقية، فكان لا يولي إلا أصحابه والمنتسبين لمذهبه، ومذهب مالك عندنا بالأندلس، فإن يحيى بن يحيى كان مكينا عند السـلطان مقبول القول في القضاة، وكان لا يلي قاض في أقطار بلاد الأندلس إلا بمشورته واختياره، ولا يشير إلا

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ص 56- 57.

[2] هو أخذ الموطأ عن زياد بن عبدالرحمن المتوفي 193هـ الذي ذهب في رحلة إلى الحج في عهد هشام بن عبدالرحمن والتقوا بمالك فلما عادوا وصـــفوا مكانته بالحجاز فذاع خبره في الأندلس، فأخذ يحي بن يحيى الموطأ عنه. وقد بلغ الامويين في الأندلس ثناء مالك على حكمهم في وقت لم يكن على ارتياح تام بالعباسيين، فحمل الأمويون الناس على علمه. انظر: مالك (حياته وعصره وآراؤه الفقهية)، أبو زهرة، ص 461-462.

[3] مالك (حياته وعصره وآراؤه الفقهية)، محمد أبو زهرة، ص 462.

بأصحابه ومن كان على مذهبه، والناس سراع إلى الدنيا، فأقبلوا على ما يرجون بلوغ أغراضهم به)[1] ولما قامت دولة بني تاشفين بالمغرب الأقصى في القرن الخامس زاد نفوذ المذهب به وكان له من السلطان مثل سلطانه بالأندلس.[2]

خامسا: محاولة الشيخ محمد محمّد عامر الليبي للتقنين على مذهب مالك

قام الشيخ محمد محمّد عامر سنة1937م في ليبيا بوضع بعض القواعد من الفقه المالكي في صورة مواد قانونية تحت عنوان" ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك" والكتاب مقسم إلى أربعة أقسام في القضاء الشرعي ومتعلقاته، وفي الحقوق العائلية والأحوال الشخصية، وفي المعاملات، وفي المواريث، وتقع جميعها في 928 مادة[3].

سادسا: المستشرقون والتقنين على مذهب مالك

في الجزائر نشر (ميسوناس مستشرق فرنسي) في سنة 1898م تقنيا مدنيا إسلاميا على نمط التقنين المدني الفرنسي، ووفقا للمذهب المالكي، كما وضع (مارتينو المترجم العسكري في العريشة بالجزائر) مجموعة نصوص مأخوذة من مختصر خليل وشروحه في شكل مواد مرتبة بصورة منهجية، وقد وضع هذا العمل تحت تصرف لجنة تم تشكيلها في سنة 1905م لدراسة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية المطبقة على المواطنين المسلمين بالجزائر.[4]

[1] انظر: المذهب المالكي بالغرب الإسلامي إلى منتصف القرن الخامس الهجري، نجم الدين الهنتاتي، ص: 93، و مالك (حياته وعصره وآراؤه الفقهية)، محمد أبو زهرة، ص: 462.

[2] مالك (حياته وعصره وآراؤه الفقهية)، محمد أبو زهرة، ص: 462

[3] تاريخ تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية بين أعوام (1857-1965م)، محمد بن إبراهيم بوزغيبة، ص: 54-55.

[4] انظر: تاريخ تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية بين أعوام (1857-1965م)، محمد بن إبراهيم بوزغيبة، ص: 54-56.

تحليل المحاولات التاريخية حول التقنين

المحاولات التقنينية في التجربة الإسلامية تحمل أربع سمات أساسية، نبينها ونحلل مدى نجاح وصواب هذه المحاولات وتوجهاتها.

أولاً: هذه التوجهات كانت بعيدة كل البعد عن الضبط القانوني الشامل لحركة المجتمع في ضوء الأحكام الشرعية ومقاصدها، والطموح التشريعي كان قاصرا على تنظيم الفقه الخاص بضبط سلوك الأفراد وفض النزاع المالي بينهم.. وهذه السمة أصيبت بها العقلية المسلمة في أكثر فترات التاريخ الإسلامي وتركت بصماته شاخصة أمام أعيننا على العقل الفقهي، حيث كلما يذكر كلمة تقنين الشريعة يكون البادر إلى الذهن تطبيق نظام العقوبات من الجرائم الحدية وقانون المعاملات والأحوال الشخصية، وأما وضع الخطط التنفيذية لضبط السلوكيات في المجتمع وربط هذه الخطط بمقاصد المجتمع وأهدافه ووظائفه، ثم ربط هذه التشريعات بعضها ببعض لتتكامل وتؤدي دورها تجاه الهدف العام، فهذا الفهم كان غائبا عن هذه المحاولات التقنينية.

ثانياً: في مجال الفقه الخاص فإن التوجه الأول كان باتجاه (الإلزام برأي فقيه واحد) وجميع المحاولات في هذا الإطار لم يكتب لها النجاح وذلك لما يلي:

1. إن المبادرات والمحاولات في هذا التوجه جاءت من الحكام أو أعوانهم، الأمر الذي دفع العلماء إلى رفض هذه المحاولات، تحسبا منهم أن ذلك يضع زمام الأمور في أيدي الحكام ويمنحهم مزيدا من السلطة، ويضفي على هذه السلطة ثوب الشرعية، وهذا الأمر لم يكن يريده العلماء، وكثير من العلماء اعتزلوا التنظير الفقهي العام فيما يتعلق بالأحكام الشرعية التي تنظم الشأن العام وتحمي المصلحة العمومية، لأجل أن لا يكون التنظير خادما لإرادة السلطان في هذا الجانب، ولم يكن بمقدورهم التنظير الفقهي الحر في هذا المجال، فاهتموا بالفقه الخاص، ومادام الوضع كذلك فإنهم لم يكونوا يريدون أن يجعل الفقه الخاص كذلك في قبضة السلطان، ولهذا الغرض ما كانوا يوافقون البتة على تدخل السلطان في هذا المجال.

2. إن مبدأ إلزام الناس برأي واحد مرفوض ويتناقض مع إعمال العقل بالشريعة الإسلامية التي تأمر بالاجتهاد والفهم الحر واستنباط الأدلة في إطار الأسس والضوابط الموجودة في واقع الناس العملي، وكان الشعور المستقر في أذهان المجتمع الإسلامي وقتئذ – جماهير وفقهاء–

أن الأمر الطبيعي أن يترك ما بين الفقهاء ومحابرهم، وما بين الجماهير ومشاعرهم، فهذا الوضع يدفع لازدهار الفقه، وبالتالي الشريعة، وتفتح آفاقها وفنونها، كما يسمح للجماهير بحرية الأخذ برأي هذا الفقيه أو ذاك، والانتماء إلى هذا المذهب أو غيره ويربط الجميع ويوحد بينهم إطار أدلة الشريعة وثوابتها.

3. الدعوة إلى التقنين في هذا النهج كان لأجل الأخذ برأي فقيه دون سائر الفقهاء، وكان طبيعيا أن لا يظفر مثل هذا التوجه بتأييد سائر الفقهاء في المذاهب المتروكة.

ثالثاً: إن التوجه التقنيني الآخر كان من طرف ابن المقفع وكان اقتراحه على الخليفة اقتراحا متطورا من ناحية المضمون ويشبه التصور التقنيني المعاصر، من حيث المقارنة بين الأقوال وأدلتها مع اختيار الرأي الراجح منها، إلا أن ابن المقفع جعل للخليفة أن يختار الأصوب من تلك الأقوال، بينما التصور التقنيني المعاصر يجعل ذلك لمجموعة من خيرة العلماء بعيدا عن الميولات الشخصية للحاكم أو توجهاته، ولكن هذه المحاولة رغم معقوليتها وتجاوزها كثير من المحاذير العلمية والتحقيقية لم يكتب لها النجاح بصورة واضحة، مع أن بعض الباحثين يرون أن هذه المحاولة قد ترك أثرها في توجهات أبي جعفر المنصور وكانت محاولة ابن المقفع قد دفعت الخليفة أبا جعفر لأن يطلب من الإمام مالك أن يكتب كتابا يلزم الناس به كما أشرنا أعلاه.

رابعاً: التوجه الثالث هو تدوين المذهب والحكم بما دوّن في المذهب، أو بالقول الراجح، مع إعطاء الحرية للقاضي في الاختيار للترجيح بين الأقوال أو التخريج على الأقوال التي لم ينص عليها المذهب، وهذه التجربة كتب لها النجاح إلى حد كبير، إلا أنها تختلف عن التصور التقنيني المعاصر، حيث أتاحت هذه التجربة الفرصة والمساحة للاجتهاد الفردي في اختيار الأقوال بدل الاختيار الجماعي من طرف العلماء للقول الراجح، الأمر الذي يبين الفارق بصورة كاملة، كما أنه يضيق على القاضي في هذا الاختيار ويقيده داخل المذهب الواحد.

خامساً: إن المحاولات الفردية لجهود التقنين تعتبر جهدا طيبا ساهم في إثراء مشروعات التقنين وإتاحة المقارنة بين بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ولو كان في إطار المذهب الفقهي

الواحد، ولكن كما ذكرنا فإنه هذه المحاولات ورؤيتها التقنينية كانت منحصرة في تقنين جزئي لبعض الظواهر القانونية في المجتمع من المعاملات المدنية وأحكام الأسرة.

سادساً: إن محاولات المستشرقين لوضع قوانين المعاملات المدنية تبين لنا كنه النظرة الضيقة للتقنين الشريعة الإسلامية التي يحملها بعض البسطاء من المسلمين، حيث يحصرون تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا الجزء الصغير من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الرؤية تدعمها الاستعمار، ولا ضير للاستعمار أن يطبق الشريعة الإسلامية وفق هذا المفهوم، إذا كان مقدرات الأمة وتوجيه وضبط الشأن العام في خدمة الاستعمار، ولذلك فإن هؤلاء ثلة من المستشرقين قاموا بوضع قوانين للمعاملات المدنية لأجل الحل في النزاعات المالية بين الناس. وأما موارد الدولة وكيفية التصرف في المال العام والمقدرات العامة فهذا لا يمكن أن تناله ضبط القوانين الإسلامية.

المبحث الثالث: استفادة القانون المدني الأفغاني من المذهب المالكي

وضع القانون المدني الأفغاني بالأساس بناء على الراجح من المذهب الحنفي مع الاستفادة من المذاهب الفقهية الأخرى اذا اقتضى الأمر، وهذا القانون قد أجيز في عام 1975م ويضم أبواب الأحكام العامة للعقود، وأحكام المعاملات المدنية، وأحكام الأسرة، والميراث والوصية، ونحن نورد هنا المواد التي استقاها من مذهب الإمام مالك في قضايا أحكام الأسرة من المذهب المالكي، وإننا نورد تلك المسائل التي استقاها المشرع من المالكي بغض النظر عن موقف المذهب الشافعي والحنبلي، ولكن إذا كان الرأي الذي أخذ به القانون المدني الأفغاني مأخوذا من المذهب المالكي والمذهب الشافعي نبهت عليه، وإذا كان المذهب الشافعي والحنبلي بجانب المذهب الحنفي فكذلك نبهت عليه.. وإلى بيان المسائل التي أخذ بها القانون المدني الأفغاني من المذهب المالكي.

المسألة الأولى: قضية رد الهدايا بين الخاطبين عند فسخ الخطوبة

جاء في المادة 65 من القانون المدني الأفغاني: (إذا أهدى أحد الخطيبين للآخر هدية، يستطيع المهدي أن يسترد عين الهدية أو قيمتها يوم الشراء، إذا كان الرجوع في الخطبة من الجانب الآخر وكانت الهدية موجودة) والمشرع الأفغاني هنا قد جمع بين المذهب المالكي والمذهب الحنفي، حيث إن المذهب المالكي يعطي حق استرداد الهدية للخاطب إذا كان الرجوع من المخطوبة، والحنفية يشترطون في الاسترداد بقاء الهدية وعدم هلاكها أو استهلاكها[1].

المسألة الثانية: وقوع الطلاق حالة السكر

جاء في المادة 138 من القانون المدني الأفغاني: (أن الطلاق لا يقع في حالة السكر) والمشرع الأفغاني هنا لم يأخذ بالمذهب الحنفي حيث إنه يقول بوقوع الطلاق في حالة السكر إذا كان السكر بسبب المعصية، ويقول بعدم وقوع الطلاق في حالة

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد4/ 383.

السكر إذا كان السكر بسبب مباح، وذلك إذا شرب الخمر وهو لا يعلم أنه خمر فسكر فطلق زوجته، ولكن المشرع قد أخذ بمذهب المالكية حيث أنهم يقولون بعدم وقوع الطلاق من المسكر سواء أسكر بسبب مباح أو بسبب معصية، ويوافق المالكية في هذا الرأي الشافعية والحنابلة. [1]

المسألة الثالثة: وقوع الطلاق من المكرَه

تنص المادة 141 من القانون المدني الأفغاني على أن طلاق المكره باطل ولا اعتبار له، وهذا الحكم مخالف لما عليه مذهب الحنفية، حيث إنهم يقولون بصحة وقوع طلاق المكرَه، 2 والمشرع الأفغاني هنا قد أخذ من المذهب المالكي حيث يقولون بعدم وقوع طلاق المكره، ويوافق المالكية في هذا الرأي الشافعية والحنابلة وقد ذهب إلى هذا الرأي واختاره الكرخي والطحاوي من الحنفية. 3

المسألة الرابعة: التفريق بحكم القاضي بسبب سوء العشرة

تنص المادة183 من القانون المدني الأفغاني على أن الزوجة إذا ادعت أنها متضررة من سوء عشرة الزوج بحيث لا يمكن معها دوام العشرة لأمثال الزوجين، فيمكنها طلب التفريق من المحكمة. وتنص المادة 184 على أنه إذا ثبتت الادعاء، ولم يتم التمكن من الإصلاح بين الزوجين فللمحكمة أن تحكم بالتفريق، وهذا التفريق يعتد طلاقا بائنا. فهذا الحكم القانوني يستند إلى المذهب المالكي حيث إن المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي لا يجيزون التفرقة بين الزوجين بسبب سوء العشرة، وذلك

[1] رد المحتار على الدر المختار، محمد امين ابن عابدين، 444/4-445.

[2] رد المحتار على الدر المختار، محمد امين ابن عابدين، 238/4.

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، 382/4، ورد المحتار على الدر المختار، محمد امين ابن عابدين، 238/4.

لأن دفع الضـرر يمكن أن يتم من غير التفريق بين الزوجين، كإجبار الزوج على حسـن المعاملة بعد تأديبه، وأما المالكية فيجيزون ذلك إذا أثبتت المرأة الضرر.[1]

المسألة الخامسة: التفريق بحكم القاضي بسبب العجز عن النفقة

تنص المادة 191 من القانون المدني الأفغاني على ما يلي: يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة. وتنص المادة 192: وإن ثبت عجزه أمهلته المحكمة مدة مناسـبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم يتمكن من النفقة، فرقت المحكمة بينهما.

فما ذهب إليه القانون المدني الأفغاني لا يتوافق مع المذهب الحنفي، حيث إنهم يقولون بعدم التفريق بين الزوجين بسـبب العجز عن النفقة2 والمشـرع الأفغاني هنا قد أخذ عن المذهب المالكي حيث يجيز المالكيون التفريق بين الزوجين بسـبب العجز عن النفقة كما أن الشافعية والحنابلة يوافقون المالكية فيما ذهبوا إليه.[3]

والمادة 193 من القانون المدني تنص على أن الطلاق بحكم القاضـي بسـبب العجز عن النفقة يكون رجعيا ويحق للزوج الرجوع لزوجته خلال العدة إن أثبت الزوج قدرته وعزمه على الإنفاق، وهذا موافق لمذهب المالكية وحده دون الشـافعية والحنابلة حيث إن هذا التفريق فسخ عندهما ولا يحق للزوج الرجعة لزوجته.4

المسألة السادسة: التفريق بحكم القاضي بسبب غياب الزوج

تنص المـادة 194 من القـانون المـدني الأفغـاني على أن الزوج إذا غـاب ثلاث سـنوات أو أكثر من غير عذر مقبول، وتضـررت المرأة بسـبب هذا الغياب، فللمرأة أن تطلب التفريق من المحكمة، حتى لوكان للزوج أموال ويمكن للمرأة الإنفاق منها على نفسـها. وتنص المادة 195: في حالة غياب الزوج، المحكمة بعد اسـتماع طلب

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 7/**527**.

[2] رد المحتار على الدر المختار، محمد امين ابن عابدين903/2.

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، 51/2.

[4] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، 51/2 والفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 512/7.

التفريق من جانب المرأة، تخبر الزوج، وتحدد مدة زمنية لأجل يرجع الزوج إلى السكن الأســـري، أو تطلب زوجته إلى محل إقامته، والزوج الغائب بعد إعلان المحكمة إذا اســـتمر في غيابه دون عذر معقول، أو تعذر وصـــول إعلان المحكمة إليه، تحكم بالتفريق بينهما.

والمشـــرّع الأفغاني هنا كذلك خالف المذهب الحنفي حيث يقول بعدم التفريق بسـبب غياب الزوج، وهذا القول ذهب إليه الشـافعية كذلك، ولكن المشـرع قد أخذ بمذهب الإمام مالك حيث يقول المالكية بتفريق الزوج عن زوجته بســـبب الغياب إذا طال هذا الغياب، والغياب الطويل عندهم سنة فأكثر وفي قول ثلاث سنوات، والمشرع الأفغاني قد أخذ بهذا القول في المذهب المالكي، ومذهب الحنابلة توافق المالكية في جواز تفريق الزوجة إذا طالبت بالتفريق بسبب غياب الزوج، ولكن الحنابلة يختلفون عن المالكية في تحديد معنى الغياب الطويل حيث إنهم يقول أنه ستة أشهر فأكثر.[1]

المسألة السابعة: التفريق بحكم القاضي بسبب حبس الزوج

تنص المادة 196 من القانون المدني الأفغاني: إذا حُكم الزوجُ قطعيا بالســـجن لمدة عشر سنوات، فللزوجة أن تطلب التفريق بعد مضي خمس سنوات، حتى لوكان الزوج قادرا على الإنفاق عليها.

والمشـــرع الأفغاني هنا قد خالف المذهب الحنفي الذي لا يجيز التفريق بســـبب حبس الزوج، والمـالكية يقولون بجواز التفريق إذا طـال حبس الزوج أكثر من ســـنـة، والمشـرع الأفغاني قد أخذ بالمذهب المالكي في جواز التفريق بسـبب الحبس ولكن قيد المدة بخمس سنوات.[2]

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 532/7.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 535/7.

الخاتمة

من خلال معايشتي هذا البحث توصلت إلى ما يلي:

- إن الخلفاء الأمويين والعباسيين كانوا ساعين لأجل توحيد القضاء، وإزالة التضارب في الأحكام في المحاكم.
- إن القناعات لدى الأوساط الفقهية في عهد الإمام مالك لم تكن جاهزة لقبول إلزام القاضي برأي إمام معين، ولهذا الغرض فإن الإمام مالك لم يوافق على مقترح الخلفاء العباسيين لإلزام القضاة على رأيه في القضاء.
- إن السبب الأهم في عدم نجاح محاولات توحيد القضاء والإلزام برأي فقهي واحد، يكمن في عدم رغبة العلماء أن يكون بيد الخليفة اختيار هذا الأمر، واختيار رأي إمام وتهميش آراء الأئمة الآخرين.
- إن مذهب الإمام مالك قد ساد القضاء في المغرب العربي من العالم الإسلامي، وتم توحيد القضاء بصورة عملية في تلك الديار لقرون عديدة، وتلك التجربة العملية الناجحة تشبه التصور التقنيني المعاصر، بفارق صغير ألا وهو وجود ساحة للاجتهادات الفردية من القضاة، وعدم الاستفادة من الاجتهادات الفقهية في سائر الاجتهادات الفقهية.
- بناء على التغييرات على الساحة التشريعية في العالم الإسلامي، وبعد عهد الاستعمار وورود القوانين الوضعية إلى العالم الإسلامي، نادى المفكرون والعلماء في العالم الإسلامي بضرورة تقنين الشريعة الإسلامية على غرار القوانين الغربية في شكل مواد.
- كثير من المفكرين والعلماء أكدوا الاستفادة من كافة الاجتهادات الفقهية المعتبرة في مشروع تقنين الشريعة الإسلامية، وعدم الحصر على المذهب الفقهي الواحد، وذلك اقتناعا بأن قابليات الفقه الإسلامي التشريعية تكمن في كافة المذاهب الفقهية، والمذهب الفقهي الواحد قد لا يفي بالاحتياجات التشريعية الزمنية.
- وبناء على الدراسات القانونية وتطور مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية، فإن الغالب في المنهجية التقنينية في العالم الإسلامي هو الاستفادة من كافة الاجتهادات الفقهية في صياغة القوانين، ومن هذا القبيل هو القوانين في دولة أفغانستان، حيث إن الأساس في المصدرية التقنينية هو المذهب الحنفي، مع الاستفادة من سائر المذاهب الفقهية، وفي هذا المجال قد

استفاد القانون المدني الأفغاني من القابليات التقنينية في المذهب المالكي، بالخصوص فيما يتعلق بحقوق المرأة في التفريق في حالة الضرر بسبب الغياب، أو سوء العشرة أو العجز عن النفقة.

- أوصي بإدخال مادة تقنين الشريعة الإسلامية في المناهج الدراسية لكليات الشريعة والقانون، حتى يتسنى للطلاب التعرف على صياغة القوانين، وكيفية المساهمة في إصلاح القوانين، والوقوف على أهمية الاستفادة من كافة الاجتهادات الفقهية في صياغة القوانين، لأن تكون القوانين في كافة أوجه الحياة ضمانا لتأمين العدالة، والتوجيه نحو التنمية والاستقرار.

قائمة المراجع

1. أئمة الإسلام الأربعة، سليمان فياض، ، القاهرة، مركز الأهرام للترجمة والنشر، 1996م.

2. أصول القانون مقارنة بأصول الشريعة، محمد عبدالجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991م.

3. أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية شمس الدين، دار الفكر ، بيروت لبنان ، 1997م.

4. الأحكام السلطانية، علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت.

5. الأحكام السلطانية، أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي، الحنبلي، ابن الفراء، مكتبة المعارف، الرياض.

6. بدائع الفوائد، ابن القيم، مكتبة نزار مصطفى، مكة المكرمة،ط1، 1996م.

7. تاريخ تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية بين أعوام (1857-1965م)، محمد بن إبراهيم بوزغيبة، ط مركز النشر الجامعي 2003م.

8. تاريخ الفقه الإسلامي، عمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى سنة 1982م.

9. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، (تحقيق جمال مرعشلي).-بيروت: دار الكتب العلمية،1995م.

10. تجديد الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي،.- بيروت، لبنان، دار المدار الإسلامي، ط1، 2006م.

11. تقنين الفقه الإسلامي، محمد زكي عبدالبر، (المبدأ والمنهج والتطبيق).

12. تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، محمد عوض الخلايلة.

13. التقنين والإلزام (فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة) بكر بن عبدالله أبوزيد، الطبعة الأولى 1996م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

14. جهود تقنين الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1987م، ص26.

15. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر.

16. سبل الهدى والرشاد في سيرة خير العباد، محمد بن يوسف الصالحي الشامي ت 942هـ، تحقيق وتعليق الشيخ أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1 1993م.

17. الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، يوسف القرضاوي، القاهرة، مكتبة وهبة، الطبعة الثالثة، 2003م

18. قضاء المظالم في الدولة العباسية، سامي أحمد عبدالحليم إمام، المنصورة، دار الوفاء.

19. مالك (حياته وعصره وآراؤه الفقهية)، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي 1964م.

20. المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالقادر الفار، مكتبة دار الثقافة، ط1، 1994م.

21. المدخل لدراسة القانون، يس محمد يحيى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط6، 1990م.

22. المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، علي علي منصور (مقارنات بين الشريعة والقانون) دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، والسيد محمد الرماح، ليبيا، الطبعة الأولى 1966م.

23. المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالحي حجازي، جامعة الكويت(رقم 10) 1972م.

24. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ،،مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس، الطبعة العاشرة، بيروت لبنان، وبغداد العراق، 1988م.

25. مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي.

26. المذهب المالكي بالغرب الإسلامي إلى منتصف القرن الخامس الهجري، نجم الدين الهنتاتي، منشورات تبر الزمان، تونس 2004م

27. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، الطبعة الأولى، 1997م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

28. المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت:_ 1405هـ، ط1.

29. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبدالكريم زيدان، بغداد، 1984م.

30. الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طارق البشرى، دار الشروق، الطبعة الأولى 1966م.