

الفقه الإسلامي والنظم القانونية في واقعا العربي

المستشار/ طارق البشري (★★)

إن الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على نبيه وعبد. وبعد.

يظهر المشكل القانوني في بلادنا في مطالع القرن التاسع عشر، أو بالأبعد مع خواتيم القرن الثامن عشر. وأقصد بالمشكل القانوني عدم قدرة النظام التشريعي على الإفصاح للحركة الواقعية التي يتطلبها المجتمع، وعدم قدرته على تنظيمها، وعدم تهيئته وجوه التعامل المطراً رد التي تكفل حركة المجتمع الاستجابة للتحديات السياسية والاجتماعية التي تطراً في

(★) أصل هذا المقال محاضرة قدمت في الأسبوع الثقافي الذي نظّمته جامعة إفريقيا العالمية، بالمشاركة مع بعض المنظمات الإسلامية في شهر ديسمبر 2009م، بالخرطوم، وتحت رعاية الأستاذ على عثمان محمد طه نائب رئيس الجمهورية ألقاها فضيلة المستشار/ طارق البشري، بدار القضاء بالسودان في إطار أسبوع الثقافة والفكر الإسلامي.

(★★) المستشار/ طارق البشري من موليد نوفمبر 1933م، من قمم الفكر الإسلامي المصري والعربي والإسلامي، تخرج من كلية الحقوق بجامعة القاهرة 1953م، وبعين بعد تخرجه مباشرة نائب أول بمجلس الدولة، ورئيساً للجمعية العمومية للفتوى والتشريع، واستمر في العمل بمجلس الدولة حتى أحيل للمعاش 1998م، له عدة إسهامات ومؤلفات في مجالات الفكر المختلفة شارك في مئات من المؤتمرات والندوات العلمية والقانونية والإسلامية والتربوية في مختلف أنحاء العالم وعادةً ما يرأس هذه الجلسات، وتكون الأبحاث التي يقدمها متميزة وتحظى بالاهتمام الأول، كما كتب مقدمات لعشرات من الكتب المهمة، يصفه الأستاذ/ فهمي هويدي بأنه مرجع في مسألة العلاقة بين المسلمين والأقباط في مصر.

مرحلة تاريخية جديدة، أو التي تكفل نوعاً من النظم يستوجبه النهوض بالجماعة، وينسق جهودها في التصدي لما تواجهه من مخاطر.

يطرأ رد القول بأن الفكر القانوني (نظماً ومعاملات) الآخذ عن الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، كان في ذلك الوقت يتصف بالجمود والتقليد، وهذا صحيح قد لا يقوم خلافاً بشأنه، إنما الخلاف يقوم بالنظر إلى ما إذا كان هذا الجمود هو سبب تعثر الحركة الاجتماعية السياسية أم أنه كان أثراً لها.

والظاهر لي أن مشكلتنا في ذلك الوقت لم تكن مشكلة الفكر القانوني فقط، إنما كانت تتعلق بمجمل المعارف العلمية والثقافية اللازمة لتحقيق متطلبات طفرة مرجوة، للذود عن أمن الجماعة تجاه ما يهددها من مخاطر الخارج، والنهوض بالأوضاع الاقتصادية والتنظيمية سواء في بناء الاقتصاد أو بناء أجهزة الإدارة. لذلك نحن لا نجد حكومات بداية القرن التاسع عشر تهتم بحركة تجديد التشريعات، إنما كان اهتمامها مركزاً في حركة نقل المعارف العلمية، وفنون الصنائع الحديثة، وتنظيمات الإدارة المناسبة سواء لبناء القوة العسكرية أو التنظيمات المدنية، وذلك يظهر من وقائع محمود الثاني في استانبول، ومحمد علي بالقاهرة.

ومن جهة ثانية فالجمود التشريعي والفقهية يكون في ظني أثراً من آثار الركود السياسي والاجتماعي الذي كان منحدرًا من قرون سابقة، وإن حركة التجديد في الفكر والفقه الإسلامي بدأت فعلاً طلائعها مع نهايات القرن الثامن عشر في مثل دعوات ابن عبد الوهاب، والشوكاني، وغيرهم.

تحدد المشكل في ظني، في أنه تعاصرت الرغبة في النهوض والإحياء مع ازدياد مخاطر النفوذ الأجنبي. وكانت علاقة السببية جلية بين هذين الأمرين، ولسنا بصدد التفصيل في ذكر أحداث التاريخ السياسي، وتكفي الإشارة إلى أن مخاطر النفوذ الأجنبي كانت سبب إيقاظ وصحوة، وهذه المخاطر ذاتها أظهرت ضغوطاً بالتسرب وبالاقتحام، وأن من موجبات اليقظة والصحوة أن نأخذ من الآخرين ما يفيدنا مما لا نكون قادرين على إنتاجه، وموجبات قوة الغير علينا أن يعطينا ما ينفعه هو وما يقوى به لا ما نقوى نحن به عليه.

نحن كنا نحتاج إلى علوم الصنائع وفنونها، كما كنا نحتاج إلى أساليب إدارة تتناسب مع وجوه التخصص وأساليب العمل الحادثة، سواء في الجيش أو في مشروعات الإنتاج، وفي بداية القرن التاسع عشر استطعنا أن نفرض خياراتنا وأن نطلب من علوم الغرب فنونه وسلعه ما رأينا فيه نفعاً لنا في إطار خطط النهوض العسكري والاقتصادي، ويبدو ذلك من متابعة أنواع بعثات محمد علي إلى أوروبا، كانت في غالبيتها الغالبة تتعلق بالطب والهندسة والطب البيطري وعلوم الصنائع. ولم يكن منها شيء يتعلق بالتشريعات أو بالقانون أو بالفلسفة ونحو ذلك.

ولكن بعد منتصف القرن التاسع عشر، ومع ازدياد النفوذ الغربي في بلادنا ومع زيادة الوهن في قوانا المحلية اختلفت الصورة. وأتت القوانين الغربية مع الجاليات الأجنبية وزيادتها ومع التجارة الأجنبية نموها، دائماً كانت قوانين التجارة ومجالس التجار هي الطلائع، سواء بالنسبة للتشريعات أو بالنسبة للمحاكم. بدأ ما عرف باسم مرحلة "التنظيمات" في الدولة العثمانية من

الأربعينيات، ورغم انفصال مصر إدارياً عن الدولة العثمانية بموجب معاهدة 1840م فإن موجة الأخذ بالتشريعات الغربية بدأت في التاريخ ذاته بموجب سياسة الباب المفتوح.

ومنذ أعلن السلطان الشاب عبد المجيد "كلخانة"⁽¹⁾، في 1839م الذي بدأت به مرحلة التنظيمات اطّرد صدور التشريعات والتنظيمات الآخذة من القوانين الغربية والفرنسية منها على وجه الخصوص. وفي 1847م أنشئت محاكم مدنية و جنائية من قضاة مختلطين وطنيين وأجانب. وفي 1850م صدر قانون تجاري مأخوذ من القانون الفرنسي، وأنشئت محاكم تجارية مختلطة. وفي 1858م صدرت مجموعة لقوانين الأراضي، ومجموعة للقوانين الجنائية آخذة عن التشريع الفرنسي، وفي 1861م صدر قانون للإجراءات التجارية. وفي 1863م صدرت مجموعة قوانين التجارة البحرية، وفي 1867م منح الأجانب حق تملك الأراضي والعقارات، وفي 1879م فصلت دعاوى الأراضي عن المحاكم الشرعية، وفي مصر صدرت قوانين المحاكم المختلطة في 1875م، ثم أخذ النظام القضائي والقانون الغربي (والفرنسي بصفة خاصة) في المحاكم الأهلية التي أنشئت في 1883م، وصدرت معها مجموعات للقوانين المدني، والتجاري، والبحري، والمرافعات المدنية، والعقوبات، والإجراءات الجنائية.

(1) خط كلخانة: هو عبارة مرسوم سلطاني أصدره السلطان عبد المجيد، 1930م عرف بمرسوم خط شريف كلخانة، نسبة إلى قصر كلخانة، وكان من بنوده وضع نظام ثابت للضرائب بدلاً من نظام الالتزام الذي كان يتم غالباً عن طريق المزايعة العلنية، يقوم بموجبه أحد الأغنياء بدفع مبالغ مالية إلى الدولة مقابل الإنز له بتحصيلها عن طريق جباية الضرائب من المواطنين، وكان غالباً ما يبتز الناس ويأخذ منهم مبالغ تفوق قيمة الضريبة الأصلية.

وفي المقابل، بدأت تظهر حركة التقنين المستدّحة من الشريعة الإسلامية، وتركز ذلك في "مجلة الأحكام العدلية" التي أعدتها لجنة من سبعة علماء برئاسة أحمد جودت باشا في الفترة من 1869م إلى 1876م، وعمل بها بعد تمامها في الدولة العثمانية والبلاد العربية التي كانت تابعه لها. وفي تونس صدرت مجلة للجنايات والأحكام العرفية في 1861م مستمدة من المذهب المالكي السائد في المغرب العربي، ثم صدرت فيها مجلة أخرى عن الالتزامات والعقود في 1906م. ولكن كانت المجلة العثمانية الآخذة عن المذهب الحنفي هي الأكثر شيوعاً وأثراً في الثقافة القانونية الإسلامية والعربية.

أردت لمحةٍ سريعٍ أن أشير إلى سياق تاريخي يمتد نحو قرن ونصف أو قرنين من الزمان، ونتج من أوضاعه تضارب بين عناصر عدة: أولها متطلبات النهوض والتجدد والتحصن عندنا، وكيف نشد مجتمعاتنا إلى النهوض الاجتماعي والمنعة السياسية، وثانيها ما نحتاجه لذلك من علوم الغرب وفنون صنائعه ونماذج نظمه، ثالثها ما يقتضيه هذا الأخذ من تعديل في أوضاع البيئة الاجتماعية، رابعها ما فرضه الغرب الطامع علينا بموجب تفوقه وانتصاراته وأطماعه لاستبقاء فرض الهيمنة والسيطرة. وخامسها ما التبس علينا اختيارنا لما يفيد، وما التبس علينا مما يتعين حفظه وصونه من أصول وثوابت.

وقد آل الأمر بنا من ذلك كله إلى أن خضعنا لثلاثة من الأنظمة التشريعية والقضائية، نظام تشريعي آخذ من الشريعة الإسلامية وراثه من أسلافنا، وارتبط بتاريخنا الثقافي والعقدي قروناً بعد قرون، وكنا نختر في

إطاره من مذاهبه المتعددة ونجدد في إطار مرجعياته الحاكمة الصادرة من القرآن الكريم والسنة الشريفة.

ونظام ثان يطبق حيث يوجد العنصر الأجنبي الأوروبي، ويطبق القوانين الأوروبية، أو يأخذ منها نظاماً للمعاملات نستمد شرعيتها من موافقة الدول الغربية صاحبة الامتيازات. والنظام الأول تطبقه المحاكم الشرعية، والنظام الثاني تطبقه ما سمي بالمحاكم المختلطة، وأسمايت قوانينه القوانين المختلطة.

أما النظام الثالث، فهو نظام "أهلي" يطبق على المواطنين من رعايا دولنا بموجب المشيئة التشريعية لمن يتولى الحكم في أي من بلادنا، وهذا النظام ولد بين النظامين السابقين ونما بينهما على مدى قرن من الزمان لقد نما في البداية على حساب الشرعية الإسلامية، التي كانت لها السيادة والحاكمة العامة والمرجعية الشاملة، وهو ذاته الذي ورث النظام المختلط، تشريعات ومحاكم، على عهد الاستقلال الوطني لبلادنا، ولكن كانت مصادره التشريعية مصادر غربية في الأساس، وقد اختلفت مصادر هذا النظام في بلادنا حسب اختلاف الدول الغربية التي خضعت لها هذه البلاد، فالمصدر الفرنسي اللاتيني انتشر في مصر وتونس والمغرب والجزائر، ثم انتشر في سوريا و لبنان. والنظام الأنجلو سكسوني انتشر في السودان وتأثرت به فلسطين والأردن والعراق، وشدت مصر في هذا السياق لأنها أخذت بالتشريعات الفرنسية رغم أنها احتلت من الانجليز. وكان ذلك لأسباب ترجع إلى التنازع الفرنسي الانجليزي على مصر، وإلى موازين علاقات القوى بينهما، فلم تنفرد إنجلترا بمصر رغم احتلالها العسكري لها، ولم تسلم فرنسا لها بذلك إلا في عام

1904م. وبقيت الجزيرة العربية بعيدة عن هذا التأثير بقوانين الغرب؛ لأنها لم تحتل عسكرياً، ولم تحكم من الغرب حكماً مباشراً.

كانت المرحلة من 1775م إلى 1875م هي - في ظني - مرحلة التغلغل الأوروبي في الأفكار العربية والإسلامية، وكان تغلغلاً اقتصادياً وسياسياً، ينتج بعضه عن هزائم عسكرية في معارك تجري بين بعض دول أوروبا و الدول العثمانية، ثم كانت المرحلة من 1875م إلى 1925م هي مرحلة اكتمال السيطرة الأوروبية على هذه الأقطار، وذلك بما نتج عنها من احتلال عسكري وسيطرة مباشرة أو شبه مباشرة على شئون الحكم، ثم كانت المرحلة من 1925م إلى منتصف القرن العشرين هي مرحلة انحسار هذه السيطرة العسكرية الأجنبية، وهي مرحلة الظهور التدريجي لحكومات الاستقلال الوطني.

ولهذه التواريخ انعكاسها المباشر على الأوضاع التشريعية، وقد سبقت الإشارة إلى المرحلتين الأوليين من حيث الخصائص التشريعية التي ظهرت خلالهما. وبعد هاتين المرحلتين، بدأت الدعوة للاستقلال التشريعي، وبدأت في تقديري مع بداية الثلاثينيات، فظهرت الدعوة للعودة للتشريعة الإسلامية، وظهرت الدعوة التي قادها الدكتور عبد الرازق أحمد السنهوري رحمه الله. في 1933م جرت احتفالات رسمية في مصر بمناسبة مرور خمسين سنة على نشأة المحاكم الأهلية، وعلى جوانب هذا الحفل تسمعت الأذان لأصوات علماء ورجال قانون بشأن مطلب الاستقلال التشريعي. وفي العام التالي أصدر الدكتور السنهوري كتاباً ضخماً عن "نظرية العقد" كان يزعم أن يكون فاتحة لمؤلف مطول يسميه "المبسوط" يصدر أجزاءً وتباعاً في القانون المدني

المصري الذي صدر في 1883م مترجماً عن أصل مختصر من القانون الفرنسي. ولكن السنهوري في مقدمة هذا الكتاب دعا إلى "تمصير" الفقه والقانون والتخلص من الاحتلال الفرنسي له، وطالب بالعناية "بشريعة الشرق" وهو يقصد الفقه الإسلامي.

دارت الدوائر، وعقدت مصر في 1937م "اتفاقية منترو" التي ألغيت فيها الامتيازات الأجنبية، وتحددت بها فترة انتقال اثنتي عشر سنة تلغى في نهايتها المحاكم المختلطة، ويسترد القضاء المصري سيادته القضائية. ومن هذه اللحظة بدأت حركة نهوض تشريعي وإعداد لتقنيات جديدة. وكان على رأس هذه الحركة، تقنين القانون المدني الجديد. ورغم الجهود الكبيرة للمشاركين في إعداد القانون ودراسة مسائله ومناقشة أحكامه، فإن الأستاذ السنهوري يبقى هو الأب الشرعي الذي يمكن أن ينسب إليه هذا القانون.

جاء القانون المدني المصري الذي طبق منذ 1949م نصاً وضعياً مستقلاً، هو نص وضعي لأنه غير أخذ من الشريعة الإسلامية وإن كان أشار إليها باعتبارها ما يمكن أن يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نص تشريعي ولا عرف، ورغم استفادته من بعض توجهاتها، إلا أنه لم يعتبرها مصدراً ولا ارتبط بها، وهو مستقل بمعنى أنه لم يتقيد بأي مصدر تشريعي أو فقهي عربي أو أجنبي. وأن وضعيته تتفق مع المصدر الفلسفي للقوانين الغربية في عصرنا الحاضر، وهو اتخذ الفقه الغربي ومدارسه المختلطة، لاتيانية وفرنسيه وانجلوسكسونية، اتخذها مجال بحث مقارنة يمكن أن ينتقي منها الأصلح بمعايير مراعاة البيئة الاجتماعية في بلادنا وعادات الناس وأعرافهم.

لم تكن الظروف السياسية قد تهيأت وقتها لاتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للقانون، ورغم أن الفقه الإسلامي قد اعترف به الفقه العالمي في الثلاثينات بوصفه مدرسة من مدارس الفقه العالمية. فإن ذلك لم يكن كافياً لدى أهل ذلك الزمان – وهم يرون "اتفاقية منترو" التي ألغيت بها الامتيازات الأجنبية تشمل تعهداً مصرياً بالألا تخرج عن أوضاع التشريعات العالمية، وهم يدركون بتجاربهم التاريخية أن الأمر هنا ليس أمر جدل فكري، وأن الجدل لا تترجح نتائجه بالصواب والخطأ، وإنما للمصالح ولإرادة النفوذ أثرها في كل ذلك.

وإذا كان الإمام الشاطبي رحمه الله قد وضع على رأس المقاصد الشرعية مصلحة الدين، ففي تصوري أن الغرب وفكره وسياسته أيضاً تقرر واحداً من أهم مقاصده هو سيادة الفكر الغربي والأطر المرجعية الآخذة عن فلسفاته ومفاهيمه. وأن سيادة المفاهيم لا تكاد تنفصل عن الهيمنة والسيطرة.

والدكتور السنهوري وصف القانون المدني المصري بقوله "إن القانون المصري الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية أصدق تمثيل، يمثلها في أحدث صورها" والوصف بهذا التعبير بالغ الدقة، لأنه لا يشير إلى أحكام القانون وإنما إلى الوعاء الثقافي، ويشير إلى الأطر الفكرية والمرجعيات، فهو قانون يعبر عن الثقافة المدنية الغربية، ولكنه مستقل عن أي من فروعها ومدارسها الثقافية وعن أي من تشكيلاتها العينية والمؤسسية. هو مستقل على صورة الاستقلال السياسي الذي عرفته بلادنا في المراحل المحيطة بهذا الأمر.

كانت مجلة الأحكام العدلية هي دعامة البناء التشريعي الآخذ عن الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي منذ 1876م. وعمل بها في الكثير من بلادنا العربية، وبخاصة في المشرق العربي، وبقيت آثارها تصبغ جانبا من البنيان التشريعي في هذه البلاد، وتصبغ حركة الفقه الإسلامي في بلادنا جميعا، وذلك رغم ما تآكل من مجالات تطبيقها بفعل التشريعات الغربية التي طبقت في جوانب مختلفة بعد الاحتلال العسكري، وبفعل التغيير الثقافي الذي جرى وتوجه إلى فلسفات الغرب ومرجعياته الفكرية. ولذلك كان قد تآكل من نطاق تطبيقها ما صدر من تشريعات تنظم ملكية الأراضي وبعض العقود والمعاملات التجارية ونظم المحاكم. ثم صدر القانون المدني المصري في ظروف ما بعد الحرب العالمية الثانية، وحركات التحرر الوطني في الأقطار العربية كانت في أوجها، وتحقق فعلا الاستقلال السياسي لهذه البلاد تباعا. كانت مصر والعراق مستقلتين ثم استقلت سوريا ولبنان بعد الحرب مباشرة، ثم بلاد المغرب العربي والسودان، ومع الاستقلال ارتفع شعار الوحدة العربية على درجات متباينة، وبدأ التبادل الثقافي والشعبي ينمو. وفي هذا الإطار صار القانون المدني المصري الجديد هو الوريث لمجلة الأحكام العدلية من حيث الأثر الإشعاعي. وهو وإن كان قانوناً يصدر عن الوعاء الثقافي الغربي الحديث، إلا أنه كان مستقلا من الناحية التشريعية عن أي قانون غربي بذاته، لأنه أتى اختياراً من القانون المقارن، ولأنه روعي في الاختيار سوابق العمل في بلادنا وعوائدها وسوابق ما استقرت عليه أحكام القضاء، ولأنه جرى قطع أي صلة تشريعية بين الأصل التاريخي الغربي المأخوذ منه وبين الحكم الذي جرى اختياره ليجيا هذا الحكم بعد ذلك في بيئته الوطنية حياة محلية خاصة. وكل ذلك ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون باعتباره من مناهج التشريع.

وعلى الجملة فقد ظهر أثر هذا القانون في عديد من الأقطار العربية المستقلة، وقد تبنته سوريا بعملية جرت أقرب إلى أسلوب الانقلابات العسكرية في عهد حسني الزعيم الذي قاد انقلابا عسكريا في سوريا 1949م ولم يدم حكمه أكثر من شهور قليلة، وبعدها أوفدت العراق بعض علمائها إلى مصر لدراسة كيفية تطبيق هذا القانون، ثم عهدت إلى الدكتور السنهوري أن يعد تشريعاَ مدنياً للعراق يكون مصدره هما مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري الجديد، وتبنت ليبيا بعضاً من التقنيات المصرية، وظهر أثر ذلك أيضاً في تشريعات الخليج.

لا أريد أن ننتقل بتفاصيل هذه المسألة، ولكن أريد أن أجمل الأمر لتتضح الخطوط العريضة للصورة، على نطاق البلاد العربية في عمومها، ومدى ما نواجهه من عوامل التوحد والتفكك في المسألة التشريعية:-

أولاً: ثمة تعدد في المرجعيات التشريعية، فالفقه الإسلامي تعتمد مرجعيته وشرعية أحكامه على الشريعة الإسلامية بمصدرها القرآن الكريم والسنة الشريفة، ووجه إلزام أي حكم قانوني، ووجه القضاء به، ووجه إبطال أي تصرف أو ترتيب أي أثر على فعل أو امتناع عن فعل أو واقعة مادية. ووجه ذلك وشرعيته ترد من مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية.

أما القانون الوضعي، فإن وجه الإلزام أو الإبطال أو ترتيب الأثر أو الجبر أو الأجازة أو المنع، إنما يرد مما يقرره البشر بموجب ما يترأى لهم من وجوه النفع المدرك منهم في أي زمان ومكان.

طبعاً هناك تداخل بين الشرعية الدينية وبين شرعية المصالح والمنافع. الشرعية الدينية تستوعب المصالح وتعتبر عنها، حسبما قام منهجها النظري من قبل الشافعي وإلى ما بعد الشاطبي، كما أن المصالح الوضعية مردود بعضها إلى عدد من المعنويات التي تحفظ تماسك الجماعة المعنية. ولكن يبقى ثمة فروق جوهرية على مستوى التحليل والتنظير، وهي فروق تفضي أحياناً إلى عدد من الخلافات الحادة مثل حكم الربا والذي تقوم عليه المصارف ونظامها كله، ومثل مسائل تتعلق بالأحوال الشخصية، ثم هناك فرق أساسي يتعلق بمدى صلة الأحكام القانونية بالأوضاع الاجتماعية والثقافية لدى الجماعة ومدى التقبل العام للمحكومين لأحكام القانون ومدى انصياعهم الطوعي له. ومدى أهمية ارتباط القانون بالتشكل الثقافي والتماسك الحضاري للشعب وبما استقر في وجدان الجماعة من قيم يتحاكمون إليها.

ثانياً: أثر التعدد في المرجعيات الشرعية في إضعاف النسق التشريعي والاضطراب في معايير الشرعية والاحتكام. فالأحوال الشخصية جلها، ومنها أحكام الوصية والوقف، ترتبط أحكامها وقوانينها بالشرعية الإسلامية (والشرعية الدينية بعامة). لم يشذ من ذلك إلا النزر اليسير من الأقطار العربية.

ومن جهة أخرى فإن أحكام المعاملات المدنية والتجارية وتشريعات العقوبات، غالب ذلك ذو مرجعية وضعية تعود إلى الفكر الغربي وأنساقه الفكرية، وتستمد من نظريات الدولة والقانون الطبيعي في الصياغة الفكرية الوضعية الحديثة في الغرب.

المشكل في ذلك، أنه لا يقوم في مجتمع واحد مجالات قانونية منفصل بعضها عن بعض، لأن الواقع تتداخل علاقاته ومعاملاته، والمراكز القانونية تتلاقى فيها كل التشريعات، فالجنسية مثلاً تحكمها القوانين الوضعية، لكنها تعتمد كثيراً على علاقات النسب التي تحكمها قوانين شرعية، والميراث مسألة شرعية، ولكنها تتعلق بمل وبملك وهذا تحكمها القوانين الوضعية، وفي مجال الأحوال الشخصية ما تحكمه قوانين وضعية أو يتصل بها، وكذلك مسائل الذمة المالية والوصاية والولاية.

ازدواج المرجعيات التشريعية رتب تضارباً في الأحكام، وبه تنهافت فكرة الشرعية التي تستند إليها المراكز القانونية، وسيادة مفهوم واضح ومحدد عن الشرعية يشكل الأساس القوي للتقبل العام بالقانون والرضاء الجماعي عنه، وأما التنافي بين الشرعيات فهو يقوّض أساس التقبل العام والتراضي في المجتمع.

ثالثاً: تختلف المرجعية السائدة، - شرعية كانت أو وضعية غريبة - في كل من أقطارنا العربية، فالمملكة العربية وغالب دول الخليج لا تزال تسود فيها مرجعية الشريعة الإسلامية، ومصر وسوريا ولبنان تسود فيها المرجعية الغربية، وثمة أقطار تتراوح بين المرجعيتين قدراً ومنهجاً .

وفي مجال المرجعية الشرعية الإسلامية، نلاحظ سيادة المذهب السلفي في المملكة السعودية وبعض الإمارات. وفي اليمن يسود المذهب الزيدي ثم الشافعي، وفي مصر والمشرق العربي يسود المذهب الحنفي، وفي بلاد المغرب العربي وفي السودان يسود المذهب المالكي. وفي مجال المرجعية

الوضعية الغربية، نجد خلافات بين الأقطار العربية حسب الأثر الثقافي الذي ولده احتلال عسكري سابق، أو نفوذ سياسي لأي من الدول الغربية في المرحلة الاستعمارية. فمثلا مصر وسوريا ولبنان وبلاد المغرب العربي ساد فيها النظام اللاتيني من القوانين الفرنسية، وكذلك ليبيا من القوانين الإيطالية. وتأثرت السودان والعراق والأردن وفلسطين بالنظام الأنجلو سكسوني من القوانين الانجليزية، لكن في ظني أن الفروق بين المذاهب الإسلامية هي أقرب إلى التنوع منها إلى التضارب. وكذلك الأمر بالنسبة للفروق بين المذاهب أو المدارس الفقهية الغربية، إلا فارق أساسي يميز النظام الأنجلو سكسوني عن النظام اللاتيني بالنسبة لمدى الاعتماد على السوابق القضائية، أو على التقنيات المكتوبة. وهذا خلاف يكون له أثره في السياسات التشريعية.

من هذا العرض التاريخي السريع يظهر أن مطلب تطبيق الشريعة الإسلامية هو مطلب يتداخل مع أهداف الاستقلال الوطني والثقافي، كما عبر عنه الدكتور السنهوري عند أول طرح له، وهو مطلب يتداخل مع استهداف توحيد الإطار المرجعي الثقافي للجماعة، فلا تتعامل مع أحكام قانونية تتوزع بين أكثر من إطار مرجعي أو أكثر من شرعية أساسية واحدة، وإن ذلك لا يفيد الشرعية الإسلامية فقط بإعادتها للتطبيق، ولكنه يفيد القانون أيضا لأن يصل بين أحكام القانون وبين الأصول المرجعية الثابتة التي تؤمن بها الجماعة وتتحاكم بها بقيمها في تصرفاتها وتعاملاتها وسلوكها، وهذا أكفل لاحترام الناس للقانون، وأحرى بأن يرضاه المحكومون وينزلون عليه بقدر أسس من الطوعية وأنجع في تقليل المنازعات.

ولكن يبقى السؤال المطروح كيف يمكن تطبيق هذا الأمر وتنفيذه، وهل يتصور أن تعد مشروعات قوانين بديلة من القوانين القائمة في كافة مجالات التنظيم والتشريع والضبط، ثم تجرى عملية الإحلال، وما أثر ذلك بالنسبة لمعاملات الناس وتصرفاتهم وتنظيماتهم ومؤسساتهم القائمة، والحال أن تعديل النافذة، قد يثير من المشاكل أكثر مما يحل من مشاكل النصوص القديمة، والحال أيضا أن هذه المطالب تتخذ بالضرورة وضعها سياسيا في مواجهة للدولة والعناصر التي يعينها الاستقرار والمحافظة على الوضع القائم وهذا ما أريد أن أطرح فيه التصور الآتي:

إلى أي مدى يمكن التوجه بطلب العودة إلى الشريعة الإسلامية، التوجه به إلى الأمة لممارسته، وهو يتعلق بتطبيق القانون النافذ في المجتمع مما تملكه الدولة، ومما يعدّ جوهر سيادتها، وهل يمكن ممارسة الأهلين للتحاكم بالشريعة الإسلامية في ظل سيادة الدولة القائمة والنظام القانوني والوضع السائد؟.. إنني أحاول أن أضع السؤال بهذا الأسلوب الملتبس حتى يمكننا تحريره واستخلاص حقيقة المقصود منه فليس المقصود تحدي سلطة الدولة وليس المقصود إيجاد قانون بطريقة تأبأها نظم الدولة السائدة، إنما المقصود الذي أريد أن أوضحه هو كيفية تخلل الشريعة الإسلامية للنظام القانوني السائد، وهذا ما يجعلنا نحدد في البداية ما هو المقصود من "الشريعة الإسلامية".

عندما عدلت تشريعاتنا من الأخذ من الشريعة الإسلامية إلى الأخذ عن القوانين الأوروبية، فرنسية أو انجليزية أو غيرها، لم يكن قصد النفوذ الغربي من ذلك - في ظني - استبدال أحكام محددة في القانون المدني أو التجاري

بأخرى. فقد كان ذلك ممكناً في إطار حاكمية الشريعة الإسلامية بما تسع من تعدد وتنوع في الاجتهادات والمذاهب والآراء، ولم يظهر أن المسعى من ذلك جرت محاولته قبل إدخال القوانين الأجنبية، ولا أن هذه القوانين الغربية أدخلت بعد اليأس من محاولات تجديد الشريعة الإسلامية.. لم يظهر أي من ذلك، إنما كان القصد في ظني هو العدول عن الإطار المرجعي الشرعي إلى إطار مرجعي أخذ عن الغرب وقوانينه، بما يقضي على استقلالنا التشريعي ويكرس التبعية للغرب في نظمنا التشريعية واجتهادات قضائنا ومفتينا وشرح القوانين عندنا، وهذا ما حدث، فقد صرنا بعد أن كنا نقول قال الله وقال الرسول، صرنا نقول قال قانون نابليون وقال القانون الروماني من قبله، وبدلاً من الاستدلال بمالك والشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل، صرنا نستدل بـ "بلانيول" "دوجي" "إيسمان" "كابيتان" الخ. وبدل أن نلجأ للفتاوى الهندية ومبسوط السرخسي، صرنا نلجأ "الدالوز" و أحكام النقض الفرنسية . لا تثريب علينا أن نطلب العلم من كل مكان، ولو كان من الصين ولكن التثريب أننا لم نضف علماً إلى علم، إنما استبدلنا بعلمنا علم الآخرين. والأثم الأعظم أننا فصلنا تنظيماتنا عن عقيدتنا كأصل للشرعية ومعياري للاحتكام، وأخذنا من عقائد الآخرين أصل شريعتهم ومعايير احتكامهم. لم يكن المقصود إذن استبدال حكم فرعي في واقعة أو نازلة محل حكم آخر، إنما كان المقصود العدول عن أصل الشريعة الإسلامية إلى أصول وضعية غربية وافدة. ويقال إن القانون المدني الذي أعد لمصر من القانون الفرنسي و صدر في 1883م كانت نصوصه قد عرضت على بعض علماء الشريعة، فتحدث بعضهم عما وجده من وجوه الشبه بين أحكام هذا القانون وبين اجتهادات الفقه المالكي في عديد من المسائل، وهذا يؤكد أنه لم يكن المقصود العدول عن الأحكام، إنما هو

العدول عن المصدر الشرعي للحكم، وهذا ما تحقق فعلاً فيما تلا ذلك من عقود حتى ظهرت الدعوة لاستقلال القانون المصري عن القانون الفرنسي بمجموعة التقنيات التي صدرت في الأربعينيات، وكان أساس حركة الاستقلال هذه هي الفصل بين أحكام هذه التقنيات، وبين الأصل المرجعي لها سواء كان قانوناً فرنسياً أو قانوناً ألمانياً أو غير ذلك.

وبهذا يظهر أن حركة العودة للشرعية الإسلامية إنما تجد أساسها وحقيقتها مقصودها في العودة للإطار المرجعي والمصدر التشريعي للأحكام الشرعية التي ولّدها الفقه الإسلامي بأساليب الاجتهاد المعروفة من الأصوليين الثابتين للشرعية الإسلامية وهما القرآن الكريم وسنة سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم، لذلك أخال أننا أخطأنا أحياناً عندما استدرجنا للحديث عن الأحكام التفصيلية. كان طبيعياً ومطلوباً أن نثبت بالحديث عن الأحكام الفرعية قدرة الشرعية الإسلامية على البقاء والتجدد وتنظيم حياتنا المعاصرة ووجوه النفع الاجتماعي من تطبيقها، ولكن هذا المسعى للإثبات غلا أحياناً وجعل البعض يظن أن المطلوب أحكام فرعية محددة بموجب كونها كذلك، مع أن المطلوب هو إعادة أصل الشرعية الإسلامية لكون حاكمة ومعيار احتكام ومصدراً تشريعياً للمعاملات والنظم فضلاً عن قيم السلوك الضابط للأخلاق، والمطلوب هو المرجعية، هو المورد والمشرع وعين الماء، والمطلوب ليس الموزون مجرداً بل الميزان في الأصل والأساس، ونحن نطلبها كإطار فسيح يسع - كما وسع دائماً على مدى تاريخي طويل، وفي مجال جغرافي عريض- العديد من الاجتهادات وتنوعات الأحكام واختلافاتها وتغيرها، فطلبناها ونعلم أنها تسع

اجتهادات وتنوعات بقدر ما تسع مناهج التفسير وأصوله المعروفة و المعترف بها.

المقصود هنا بالتوجه إلى الأمة بالمطالبة بعودة الشريعة الإسلامية، لا يبغى تحدي سلطة الدولة، ولا يصل إلى إيجاد قانون وتنظيم بديل على غير ما سنت الدولة ولا يبلغ الخروج على قوانينها.

وفي الوقت ذاته ليس المقصود فقط هو عموم الدعوة إلى الشريعة الإسلامية وتزكية أطرها المرجعية ومعاييرها في الاحتكام بين الناس، إنما المقصود هو منزلة بين هاتين المنزلتين، وهذا ما أحاول عرضه في هذه الورقة حول منهج دراسة القانون مقارناً بالشريعة الإسلامية". المقصود ليس فقط الدعوة للمطالبة، إنما هي دعوة تفيد الحث على الممارسة، ولكنها ممارسة مقصوداً أن تجري، لا لتغيير الأحكام القائمة، فهذا أمر تبقى بالنسبة له الدعوة إلى "المطالبة" بتغيير ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وتشريع ما توصيه فيما لا يزال غير نافذ بسلطان الدولة، ولكنها ممارسة تجري لتغيير الأطر المرجعية، أي تعديل قواعد الاحتكام للنصوص والأحكام السارية الآن ليصير مصدر الشرعية لها هو اتفاقها مع الشريعة.

المطلوب هنا هو النظر فيما تسعه الشريعة الإسلامية من أحكام تقوم بها القوانين والتشريعات السارية والنافذة في المجتمع الآن، ورد هذه الأحكام إلى أطرها المرجعية من الشريعة الإسلامية وإسنادها إلى ما يمكن أن تستند إليه من مصادر التشريع الإسلامي، وفقاً لما تفتق عنه اجتهاد الفقهاء المسلمين قديماً وحديثاً، وهذه المسألة هي ما أحاول عرضه، أن يتجه رجال القانون

والفقه والعاملون بالقانون من المحامين والقضاة والشارحين والدارسين والأساتذة المعلمين، أن يتجه كل هؤلاء إلى بيان الإسناد الشرعي، لأحكام القوانين القائمة في حدود ما تطبق الشريعة الإسلامية وفقهها إسناده من أحكام تلك القوانين.

وأبادر فأذكر أن الأمر هنا لا يعني إضفاء بُردة الدين والشرع الحنيف على نظام قانوني وضعي علماني، ولكنه هو أمر تخلل للنظام القانوني القائم الذي لا أستطيع إبداله، تخلله بالتدريج لرد أصول مرجعيته لمصادر التشريع الإسلامي، والفرق بين العمليتين يتأتى من وجوه ثلاثة هي:-

أولاً: إن إضفاء بردة الإسلام على ما ليس منه، مقصود بها تثبيت الوضع القائم، وإبقاء المصدرية الوضعية العلمانية للتشريعات القائمة، وهي تبغي إذابة الفروق بين الصبغة العلمانية الوضعية والصبغة الشرعية الإسلامية، وهي تتكرر مبرر قيام دعوة إسلامية تهدف إلى تطبيق الشريعة وإقرار حاكميتها في المجتمع باعتبار أن الشريعة قائمة ونافذة فعلاً، بينما التخلل المطلوب للنظام القانوني يستبقي وضوح الفروق لديه بين أحكام ونظم وقوانين ذات مصدر علماني وضعي حسب أصل نشأتها وتقريرها، وبين أحكام و نظم وقوانين ذات مصدر شرعي إسلامي، وهو بدعوته إلى تخلل النظام القانوني لا ينكر وجوب قيام الدعوة العامة بإقرار مرجعية الشريعة الإسلامية، فهو يضيف وسيلة إلى وسائل ولا يستعيض بوسيلة مقترحة عن الوسائل القائمة الآن فعلاً فهو يضيف ولا ينقص.

ثانياً: إن إضفاء بردة الإسلام على ما ليس منه، إنما تصطنع فقهاً واجتهادات لا تجري وفق أصول التفسير والفقه التي يجريها علماء الشريعة، إنما يؤولون الأحكام الشرعية لما يخرجها عن وجوه القياس الصحيحة إلى ما ليس مقصوداً به إلا إضفاء الصبغة الشرعية على أحكام تتعارض معها، فهو باجتهاده يصل في الحقيقة إلى "التعطيل" وليس إلى "الإعمال" بينما القائل بالتدخل للنظام القانوني لا يبغي أن يصطنع فقهاً يخرج عن مألوف ما تجري به مناهج الفقه الإسلامي وسوابق اجتهادات المجتهدين من داخل الفقه الإسلامي وعاداته، وهو بذلك يخضع نصوص الأحكام الوضعية لهيمنة الشريعة الإسلامية مصادر وفقهاً، ولا يخضع أحكام الشريعة لهيمنة النظر الوضعي العلماني.

ثالثاً: إن من يضفي بردة الإسلام على الأحكام الوضعية العلمانية، إنما يبذل الطاقة ليخفي الفارق بينه وبين دعاة الشريعة الإسلامية وهو ينشط لإثبات أن المطالبين بالشريعة الإسلامية إنما يطلبون أحكاماً فرعية مما يتعلق بوقائع الحياة الجارية ونوازلهما، ويجادل أن يثبت أن لا فرق في تلك الأحكام إلا في النزر اليسير.

بينما القائل بالتدخل يحاول بما يبذل من طاقة رد الأحكام السارية إلى إسنادها الشرعي، أن يكشف عن أمرين جد مهمين، أحدهما أن الفارق بين الموقفين هو فارق يتعلق بمصدرية الحكم وليس بالحكم ذاته، وإنه إذ يوافق على الحكم الفرعي فهو يؤكد اختلافه فيما يتعلق بمصدرية هذا الحكم ذاته، ويصر على التمسك بالمصدرية الإسلامية لأصل شرعية الحكم الفرعي، وهو

لا يتبناه إلا مشروطاً بارتباطه بهذه المصدرية الشرعية، فهو موقف يكشف عن جوهر المسألة المختلف عليها ولا يذوب في الجزئيات.

والأمر الآخر أنه بصرامة التزامه بالحدود الشرعية والضوابط المنهجية، إنما يقوم بعملية فرز تشريعي بين ما يتفق من القوانين الوضعية السارية مع أحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتفق، وكل ذلك يفضي من بعد إلى فرز الأحكام المخالفة للإسلام فرزاً دقيقاً، وتنجلي للناس بذلك مجالات المخالفة واضحة بيّنة، وكما أن السيدة الحاسرة ازداد مع الوقت انكشاف محاسرها لغلبة المحجبات من حولها، كذلك سيزداد الحكم المخالف للشريعة انحساراً بغلبة انكشاف ما يتفق مع الشريعة من الأحكام الأخرى.

والأمر كله هنا هو التوسل إلى استرداد الشريعة الإسلامية للشرعية في المجتمع بهذا التخلل للنظام القانوني، كوسيلة تمكن من الاستفادة بالمتاح وبأقل جهد صدامي، وفي إطار السعي للحركة الإسلامية بعامة لاستكمال استرداد كل الشرعية الإسلامية وسيادتها الكاملة، فهو مجال لا ينفي غيره ولا يستبعده ولا يستعيز عنه، ولكنه يكمل ويتم ويقومّ مساعداً وميسراً.