بسم الله الرحمن الرحيم

تقنين الفقه الإسلامي – مجلة الأحكام العدلية نموذجاً

بحث أعده

أ.د. حسين مطاوع الترتوري

عميد كلية الشريعة

جامعة الخليل

مقدم لندوة مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون الفلسطيني

تنظمها: العيادة القانونية

جامعة الخليل

يوم الثلاثاء

2011/12/6

تضمن هذا البحث العناصر التالية:

١) تعريف التقنين لغة واصطلاحا.

٢) تاريخ تقنين الفقه الإسلامي:

أ) الموطأ للإمام مالك.

ب) الفتاوى الهندية.

ت) مجلة الأحكام العدلية.

ث) اتساع دائرة التقنين.

ج) أهم عوامل اتساع حركة التقنين.

ح) تقنين الفقه في القرن العشرين.

٣) المحاولات الفردية غير الرسمية لتقنين الفقه الإسلامي.

تعريف التقنين لغة واصطلاحا

التقنين: مأخوذ من: قنَّن يُقنِّن تقنينا، أي وضع القوانين. وهذا الاشتقاق مولد[1].

والقانون: مقياس كل شيء وطريقه، وأصل هذه الكلمة رومي، وقيل فارسي [2]. وقد ألف ابن سينا كتابا في الطب سماه: القانون.

والقانون في الاصطلاح: أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تُعرف أحكامه منه [3].

معنى تقنين الفقه الإسلامي: جمع الأحكام الفقهية الخاصة بكل مبحث من مباحثه على شكل مواد بحيث يسهل الرجوع إليها.

والفقه الإسلامي موجود قبل أن تبدأ فكرة تقنينه، فهو موجود منذ أن بعث الله ﷻ محمدا وآمن به من آمن، وكلفهم الله بتكاليف شرعية. فالفقه ملازم لأفعال المكلفين؛ لأن الحكم عند الفقهاء هو: وصف أفعال المكلفين، فالفقيه يصف أفعال المكلفين أي يعطيها أحكاما شرعية مستندا إلى الأدلة التفصيلية من الكتاب والسنة والإجماعات والأقيسة الصحيحة...إلخ. ويستعين الفقيه للوصول إلى معرفة الحكم الشرعي بالقواعد الأصولية.

عرف التاريخ حركة التقنين منذ أمد بعيد، وبيان ذلك [4]:

١) مجموعة حمورابي: صدرت في بابل في القرن الثامن عشر قبل الميلاد، وتتألف من 282 نصا تشريعاً.

٢) مجموعة اللواح الإثني عشر: التي صدرت في روما في القرن الخامس قبل الميلاد.

٣) مجموعة جوستنيان: التي صدرت في روما أيضا في القرن السادس الميلادي.

أول ما يُحتاج إليه في تقنين الفقه الإسلامي: تقنين أصول الفقه ؛ لأن تقنين أصول الفقه في الحدود المناسبة لا بد منه ليكون مقدمة لتقنين الفقه. فإننا نجد أول ما يفتتح به في تقنين القانون الوضعي باب تمهيدي يتناول بعض المباحث الأصولية من أسس وعمومات هذا العلم ؛ لتعين على توضيح وفهم المواد القانونية، ودفع ما فيها من تعارض[5].

---

[1] المعجم الوسيط أخرجه إبراهيم مصطفى ورفاقه ص 763.
[2] المعجم الوسيط أخرجه إبراهيم مصطفى ورفاقه ص 763.
[3] المعجم الوسيط أخرجه إبراهيم مصطفى ورفاقه ص 763.
[4] محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لمحمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة سنة 1994م، ص 94.
[5] تقنين أصول الفقه للدكتور محمد زكي عبد البر ص9. وقد بيَّن الدكتور محمد زكي أنه ألَّف كتابا عنوانه: تقنين الفقه الإسلامي.

تاريخ تقنين الفقه الإسلامي

الموطأ أول محاولة لتقنين الفقه الإسلامي

يُعد الموطأ للإمام مالك أول محاولة لتقنين الفقه الإسلامي. و من أوائل الذين أدركوا الحاجة إلى إلزام الناس بأحكام مقننة ابن المقفع وقد أشار على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور، أن يوحد ما يُقضىَ به بين الناس في قانون يدونه ويختاره من آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح بينها. وذكر ابن المقفع في: "رسالة الصحابة"[٦] التي كتبها للخليفة العباسي أبي جعفر المنصور وذكر فيها حال اختلاف القضاة المجتهدين، وكيف أن الأمر الواحد يَقضي فيه أحد القضاة المجتهدين برأي، ويقضي غيره في نظيره بخلافه، في الدماء والأنكحة(الفروج) والأموال. وقال في رسالته: (ومما يَنظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين، وغيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة، التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال، فيُستحل الدم والفرج بالحيرة، وهما يحرمان بالكوفة، ويكون مثل هذا الاختلاف في جوف الكعبة، فيُستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى، غير أنه على كثرة ألوانه نافذ على المسلمين في دمائهم وحرمهم، يقضي به قضاة جائز أمرهم وحكمهم... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة، فترفع إليه في كتاب، ويرفع ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابا جامعاً عزماً، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً، ورجونا أن يكون اجتماع السَير قُربة لاجتماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه) [٧].

اختار أبو جعفر المنصور الإمام مالك لتحقيق حلم ابن المقفع بتوحيد الناس على أحكام تشريعية، وقال له: (اجعل العلم يا أبا عبد الله علماً واحداً. .. وفي رواية: إن المنصور قال له: يا أبا

---

[٦] رسالة الصحابة منشورة في كتاب: آثار ابن المقفع، بعنوان: رسالة ابن المقفع في الصحابة ص309-323.

[٧] آثار ابن المقفع ص 316-317 ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1989م..

عبد الله ضم هذا العلم ودون كتباً وجنب فيها شدائد ابن عمر [٨]، ورخص ابن عباس[٩]، وشواذ ابن مسعود[١٠]، وأقصد أوسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة) .

وكان يفكر أبو جعفر المنصور ومِن بعده الرشيد أن يختار مذهب الإمام مالك وكتابه : "الموطأ"، قانوناً قضائياً للدولة العباسية فرفض الإمام مالك هذا الطلب، وعلل رفضه بقوله : (إن أصحاب رسول الله ﷺ تفرقوا في الأمصار، وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم)[١١].

وكان الإمام مالك محقاً في هذا الرأي. ولكن رأي ابن المقفع وما أشار به على الخليفة العباسي لم يكن منطلقاً من حمل الناس على مذهب معين لأي مجتهد كان . بل أراد الاستفادة من اختلاف المجتهدين لاختيار الرأي الأقوى دليلا الذي يجيب عما يحتاجه الناس في ذلك العصر . فكانت فكرة ابن المقفع تأسيساً لفكرة دولة القانون، التي يُتحدث عنها في الأدبيات السياسية والقانونية المعاصرة.

ثم طلب هارون الرشيد من أبي يوسف أن يؤلف كتابا في مالية الدولة، فألف "الخراج".

وكلَّف الخليفة القائم بأمر الله الماوردي بوضع كتاب شامل موجز في تدبير سياسة الدولة، فألَّف "الأحكام السلطانية".

---

[٨] مما يُذكر من شدائد ابن عمر: عدم جواز كراء الأرض بالنقود، عدم الترخيص للمحرم بعقد طرفي إزاره، عدم إباحة التظلل للمحرم، قوله لا إحصار غير إحصار العدو، عدم إجازته ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، نجاسة الماء بلمس الجنب، استحباب امتناع النساء عن لبس الحرير، تحريم ما خالطه الحرير على الرجال، عدم عودة الصدقة لمن تصدق بها بأي وجه من وجوه التملك، اعتباره ماء البحر طاهرا غير مطهر، تحريم نكاح الكتابيات واعتبارهن مشركات. ذكر هذه المسائل وغيرها الدكتور محمد رواس قلعه جي في كتابه: موسوعة فقه ابن عمر ص41 تحت عنوان: تشدد ابن عمر. وذكر أيضا ص42 أمثلة لتساهل ابن عمر، منها: حل شراء ما باعه قبل نقد الثمن، إباحة إظهار وجه وكفي المرأة الحرة بما عليها من الزينة والكحل والخضاب ونحوهما، جواز رفع الحدث بالماء المستعمل في رفع الحدث، جواز التطهر من النجاسة بالماء وبأي مزيل غيره، صحة عقد النكاح بغير شهود، إذا خافت الحامل أو المرضع على جنينيهما أفطرتا، وأطعمتا عن كل يوم مسكينا، من غير قضاء.

[٩] مما يُذكر من رخص ابن عباس: إباحة قراءة القرآن للجنب، إباحة ربا الفضل، جواز الصلاة قبل دخول وقتها لمن خاف فوتها. ذكر هذه المسائل وغيرها الدكتور محمد رواس قلعه جي في كتابه: موسوعة فقه ابن عباس ص26 تحت عنوان: المسائل التي انفرد بها ابن عباس أو خالف جمهور الصحابة.

[١٠] مما يُذكر من شواذ ابن مسعود: إسقاط الصلاة عن الجنب الذي لا يجد الماء، وقد ثبت أن ابن مسعود لا يجيز للجنب التطهر بالتيمم، روى البخاري برقم 334: (عَنْ شَقِيقٍ قَالَ كُنْتُ جَالِسًا مَعَ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى لَوْ أَنَّ رَجُلًا أُجْنَبَ فَلَمْ يَجِدْ الْمَاءَ شَهْرًا أَمَا كَانَ يَتَيَمَّمُ وَيُصَلِّي فَكَيْفَ تَصْنَعُونَ بِهَذِهِ الْآيَةِ فِي سُورَةِ الْمَائِدَةِ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ لَوْ رُخِّصَ لَهُمْ فِي هَذَا لَأَوْشَكُوا إِذَا بَرَدَ عَلَيْهِمْ الْمَاءُ أَنْ يَتَيَمَّمُوا الصَّعِيدَ قُلْتُ وَإِنَّمَا كَرِهْتُمْ هَذَا لِذَا قَالَ نَعَمْ ...). ذكر هذه المسألة وغيرها الدكتور محمد رواس قلعه جي في كتابه: موسوعة فقه ابن مسعود ص 16، تحت عنوان: المسائل التي تظهر تساهل ابن مسعود. وذكر ابن القيم في إعلام الموقعين 167/2 بعض المسائل التي خالف فيها ابن مسعود أمير المؤمنين عمر فقال: (وَمِنْهَا أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يُحَرِّمُ نِكَاحَ الزَّانِيَةِ عَلَى الزَّانِي أَبَدًا ، وَعُمَرُ كَانَ يُثَوِّبُهُمَا وَيَنْكِحُ أَحَدُهُمَا الْآخَرُ)، فهذه المسألة كما يلاحظ تُعد من شواذ ابن مسعود.

[١١] الفتاوى لابن تيمية 29/30، وانظر ترتيب المدارك للقاضي عياض 60/1 (المكتبة الشاملة).

الفتاوى الهندية

اعتلى الإمبرطور العالم الفقيه محمد أورنك زيب[١٢]، عرش دلهي سنة 1069هـ، وشكَّل 1073هـ مجلسا للفقهاء من أربعين فقيها وقاضيا حنفيا برئاسة الشيخ نظام الدين برهانبوري، وأجرى عليهم النفقات، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة، وكلفهم تدوين تشريع مستمد من الفقه الحنفي، يلتزم بها أعضاء الإدارة والفتوى والتشريع في الدولة، فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي أصح ما فيها من أحكام، وصاغوها في كتاب سُمي "الفتاوى الهندية" [١٣]، وعزوا كل حكم لمصدره، واستغرق عملهم ثماني سنوات، وأصدر الإمبرطور مرسوما لوضع ما ورد به من أحكام موضع التنفيذ.

مجلة الأحكام العدلية[١٤]

مجلة الأحكام العدلية أول تقنين رسمي في الفقه الإسلامي يُصاغ وفق القوانين الحديثة. سميت المجلة بهذا الاسم؛ لأنها كانت تُصدر أبوابا متتابعة، فأشبهت في صدورها المجلات.

كلَّف علي باشا الصدرُ الأعظمُ(رئيس الوزراء) في الدولة العثمانية بناء على إرادة سلطانية لجنةً لوضع قانون مدني، مكونة من سبعة من الفقهاء العرب والأتراك ، على رأسهم أحمد جودت ناظر ديوان الأحكام العدلية، الذي كان يجمع بين العلم الشرعي والإطلاع على القوانين الغربية. فاجتمعت اللجنة المسماة "جمعية المجلة" [١٥]، وأعدوا (مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جدا من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها، وقُسِّمت إلى كتب متعددة، وسُميت ب"الأحكام العدلية") [١٦]، وتم إعداد "مجلة الأحكام العدلية" كاملة سنة 1293هـ، باللغة التركية بعد عمل دام سبع إلى ثماني سنوات، وصدرت الإرادة السنية للعمل بالمجلة، ثم تُرجمت إلى اللغة العربية بعد ذلك.

---

[١٢] أي زينة المُلك، ويلقب ب "عالمكير"، أي قائد العالم، أصبح ملكا بعد أبيه، انظر: رجال من التاريخ للشيخ علي الطنطاوي ص 257 (الهامش)، ص 264-269، قال عنه الشيخ الطنطاوي ص 268-269: (حكم الهند خمسين سنة كوامل، وكان أعظم ملوك الدنيا في عصره، وكانت بيده مفاتيح الكنوز، وكان يمر عليه رمضان كله لا يأكل إلا أرغفة معدودة من خبز الشعير، من كسب يمينه، من كتابة المصاحف لا من أموال الدولة! هذا هو الملك الذي قلت إنه بقية الخلفاء الراشدين، توفي ...سنة 1118هـ وما رأى الناس بعده وقلما رأوا قبله مثله)، ووالده "شاهجان بن جهانكير"، أي قائد الدنيا، وهو باني "تاج محل" دفن فيها زوجته، وهي أم الإمبرطور محمد – واسمها ممتاز محل- التي كان مولعا بحبها بعد وفاتها فيها .

[١٣] وقد طبعت الفتاوى الهندية في مصر لأول مرة سنة 1282هـ في ست مجلدات ضخمة، ثم طبع في المطبعة الأميرية ببولاق سنة 1311هـ. انظر: المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 201/1.

[١٤] المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 209/1، محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لمحمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة سنة 1994م، ص 138.

[١٥] تكونت جمعية المجلة من: أحمد جودت، ناظر ديوان الأحكام العدلية، وكان عالما بالشريعة مطلعا على القوانين الغربية، والسيد خليل مفتش الأوقاف الهمايونية، وسيف الدين من أعضاء شورى الدولة، والسيد أحمد خلوصي من أعضاء ديوان الأحكام العدلية، والسيد أحمد حلمي من أعضاء ديوان الأحكام العدلية، ومحمد أمين الجندي من أعضاء شورى الدولة، وعلاء الدين بن محمد أمين عابدين من أعضاء الجمعية، كذا جاء في ذيل التقرير المقدم إلى علي باشا الصدر الأعظم من لجنة المجلة ، انظر: المجلة ص10-11.

[١٦] كذا جاء في التقرير المقدم إلى علي باشا الصدر الأعظم من لجنة المجلة ، انظر: المجلة ص10-11.

اشتملت المجلة على مقدمة احتوت على مقالتين: الأولى: في تعريف علم الفقه وتقسيمه، والأخرى في بيان القواعد الفقهية من المادة الثانية إلى المادة المائة. وغطّت أبواب المعاملات المختلفة [١٧] في ستة عشر كتابا، مقسمة إلى أبواب، والأبواب إلى فصول. أولها كتاب البيع، وآخرها كتاب القضاء. وكانت تذكر المجلة في أول كل باب المصطلحات الفقهية المتعلقة به. وعدد مواد المجلة 1851 مادة.

رُتبت الأبواب في المجلة على أساس المناسبات الفردية بين عقد وعقد، أو بين زمرة وزمرة من العقود، فقد ابتدئ بالبيع؛ لأنه أهم العقود وأعمها، ثم الإجارة؛ لأنها أقرب العقود إلى البيع إذ هي بيع المنافع، ثم الكفالة لحاجة الناس إلى توثيق ثمن المبيع المؤجل، والأجرة المؤجلة. وهذه الطريقة مخالفة لما اتجه إليه النظر الحقوقي الحديث الذي يقوم على صياغة القوانين المدنية على أساس موضوعي[١٨].

تُعدُّ المجلة من (المراجع القضائية من حيث الترتيب والترقيم وتسهيل العبارة والاقتصار على قول واحد يُعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه، وهذا من مقتضى الصياغة القانونية)[١٩].

تمثل المجلة قانونا مدنيا عاما مستقى من الفقه الحنفي. ولم تتقيد بالراجح في المذهب الحنفي، وإن كانت لا تخرج عنه، وبيان ذلك كما جاء في تقرير اللجنة المكلفة بوضعها:

أ) رجحت المجلة في مادتها السابعة بعد المائتين قول محمد بن الحسن الذي أجاز استحسانا بيع الورد والخضروات والفواكه التي يتلاحق ظهور محصولاتها، إذا كان بعض محصولاتها ظهر، وبعضها لم يظهر. بناء على أنه جعل الموجود أصلا والمعدوم تبعا له.

ب) رجحت المجلة قول محمد بن الحسن في مادتها الثالثة عشر بعد الثلاثمائة فأجازت أن تكون المدة في خيار النقد على قدر ما اتفق عليه العاقدان، خلافا لأبي حنيفة فإن مدة خيار النقد كخيار الشرط لا تزيد عنده على ثلاثة أيام[٢٠].

---

[١٧] ورد في التقرير المرفوع من لجنة المجلة إلى علي باشا الصدر الأعظم، أنهم استثنوا بعض أحكام المعاملات المتعلقة بالتجارة ليكون لها قانون مخصوص يسمى قانون التجارة، كما ورد في أول التقرير: (لا يخفى على حضرة الصدر العالي أن الجهة التي تتعلق بأمر الدنيا من علم الفقه تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات...ويُسمى قسم المعاملات منها القانون المدني.، لكنه لما زاد اتساع المعاملات التجارية في هذه الأعصار مست الحاجة إلى استثناء كثير من المعاملات كالسُفتجة التي يُسمونها حوالة، وكأحكام الإفلاس، وغيرها من القانون الأصلي، ووُضع لهذه المستثنيات قانون مخصوص يُسمى قانون التجارة، وصار معمولا به في الخصوصات التجارية فقط...). انظر مجلة الأحكام العدلية ص 7.

[١٨] تصنف العقود بحسب النظرة الموضوعية لها إلى ست زمر وترتب على النحو التالي: الزمرة الأولى: العقود التي تقع على ملكية العين وهي سبعة: البيع وتفاريعه (كالربا والصرف والتولية والمرابحة والوضيعة...)، والهبة، والقرض، والشركة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة. الزمرة الثانية: العقود الواردة على منافع الأشياء وهي عقدان: إجارة الأشياء والحيوان، والإعارة. الزمرة الثالثة: العقود الواردة على العمل وهي ثلاثة: عقد العمل أو الخدمة(إجارة الإنسان)، والوكالة، والإيداع، ويمكن اعتبار عقد الاستصناع من هذه الزمرة؛ لأن فيه مبيعا وعملا، ولكن الأفضل إدخاله في البيع. عقود المصالحة وهي عقدان: الصلح، والمخارجة. الزمرة الخامسة: العقود الاحتمالية وهي أربعة: العمرى والرقبى، وعقد الموالاة، وعقد التأمين، وعقد الجعالة. الزمرة السادسة: عقود التوثيق وهي ثلاثة: الرهن، والكفالة، والحوالة. ولم يذكر الحوالة من عقود التوثيق، حيث عد الحوالة، والإقالة من المباحث والأحوال للالتزام، واعتبر محلهما في نظرية الالتزام. انظر: عقد البيع للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا ص10.

[١٩] المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 212/1.

[٢٠] انظر رد المحتار لابن عابدين 571/4.

ت) رجحت المجلة قول أبي يوسف في مادتها الثانية والتسعين بعد الثلاثمائة فلم تجز للمستصنِع الرجوع عن عقد الاستصناع إذا وُجد المصنوع موافقا للصفات التي بُيِّنت وقت العقد، استنادا إلى العرف وقياسا على عقد السلم، خلافا لأبي حنيفة ومحمد اللذين أجازا للمستصنِع الرجوع.

ث) رجحت المجلة قول الصاحبين في المادة العشرين بعد المائتين، فصححت بيع كل الصبرة إذا قال البائع للمشتري أبيعك كل مدٍّ بكذا. مع أن مذهب أبي حنيفة صحة البيع في مدٍّ واحد فقط.

ج) رجحت المجلة قول الصاحبين فأجازت أن تكون المدة في خيار الشرط على قدر ما اتفق عليه العاقدان، خلافا لأبي حنيفة فإن مدة خيار الشرط لا تزيد عنده على ثلاثة أيام. فأجازت المجلة في المادة الثلاثمائة خيار الشرط بدون تقييده بالأيام الثلاثة.

أظهر تقرير اللجنة المكلفة بوضع المجلة مزاياها بأنه: (لم يزل الأمل معلقا بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية، يكون مضبوطا سهل المأخذ، عاريا من الاختلافات، حاويا للأقوال المختارة، سهل المطالعة على كل أحد...)، فتمت صياغة الأحكام الفقهية في المجلة على صيغة مواد قانونية، وفق الصياغة الحديثة من حيث الترتيب، والترقيم، وطريقة التعبير الآمر، وسهولة العبارة، والاقتصار على الراجح بعيدا عن الاختلافات الفقهية، من غير ذكر للأدلة والمناقشة والترجيح .

المآخذ على المجلة:

١) خرجت المجلة عن موضوعها، فشملت بعض مواد أصول المحاكمات، وقد جاء هذا في الفصل الرابع، من الباب الأول، من الكتاب السادس عشر في القضاء، وفي الباب الثاني والثالث والرابع من الكتاب السادس عشر، ومن هذه المواد:

أ) الْمَادَّةُ (1815) - (يُجْرِي الْقَاضِي الْمُحَاكَمَةَ عَلَنًا وَلَكِنْ لَا يُفْشِي الْوَجْهَ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ) .

ب) الْمَادَّةُ (1816) - (إذَا أَتَى الطَّرَفَانِ إلَى حُضُورِ الْقَاضِي لِأَجْلِ الْمُحَاكَمَةِ ، يُكَلَّفُ الْمُدَّعِي أَوَّلًا بِتَقْرِيرِ دَعْوَاهُ وَإِنْ كَانَتْ دَعْوَاهُ قَدْ ضُبِطَتْ تَحْرِيرًا قَبْلَ الْحُضُورِ تُقْرَأُ فَيُصَدَّقُ مَضْمُونُهَا مِنْ الْمُدَّعِي . ثَانِيًا يَسْتَجْوِبُ الْقَاضِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ أَنْ يَسْأَلَهُ بِقَوْلِهِ : إنَّ الْمُدَّعِيَ يَدَّعِي عَلَيْك بِهَذَا الْوَجْهِ فَمَاذَا تَقُولُ) .

ت) الْمَادَّةُ (1830) - (يُشْتَرَطُ حُضُورُ الطَّرَفَيْنِ حِينَ الْحُكْمِ...).

ث) الْمَادَّةُ (1833) - (يُدْعَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِنَاءً عَلَى طَلَبِ وَاسْتِدْعَاءِ الْمُدَّعِي إلَى الْمَحْكَمَةِ مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي فَإِذَا امْتَنَعَ عَنْ الْحُضُورِ إلَى الْمَحْكَمَةِ وَعَنْ إرْسَالِ وَكِيلٍ مِنْ دُونِ أَنْ يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ شَرْعِيٌّ يَحْضُرُ إلَى الْمُحَاكَمَةِ جَبْرًا)[٢١].

ج) الْمَادَّةُ (1834) - (إذَا امْتَنَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ الْحُضُورِ وَمِنْ إرْسَالِ وَكِيلٍ إلَى الْمَحْكَمَةِ وَلَمْ يُمْكِنْ جَلْبُهُ وَإِحْضَارُهُ يُدْعَى إلَى الْمُحَاكَمَةِ بِطَلَبِ الْمُدَّعِي بِأَنْ يُرْسِلَ إلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَرَقَةَ الدَّعْوَى الْمَخْصُوصَةِ بِالْمَحْكَمَةِ فِي أَيَّامٍ مُخْتَلِفَةٍ فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ أَيْضًا يُفْهِمُهُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ سَيُنَصِّبُ لَهُ وَكِيلًا وَسَيَسْمَعُ دَعْوَى الْمُدَّعِي وَبَيِّنَتَهُ فَإِذَا لَمْ يَحْضُرْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ إلَى الْمُحَاكَمَةِ وَلَمْ يُرْسِلْ وَكِيلًا نَصَّبَ الْقَاضِي لَهُ وَكِيلًا يُحَافِظُ عَلَى حُقُوقِهِ وَسَمِعَ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةَ فِي مُوَاجَهَةِ الْوَكِيلِ الْمَذْكُورِ وَدَقَّقَهَا فَإِذَا تَحَقَّقَ أَنَّهَا مُقَارَنَةٌ لِلصِّحَّةِ حَكَمَ بِالدَّعْوَى بَعْدَ الثُّبُوتِ)[٢٢].

ح) الْمَادَّةُ (1835) - (يُبَلَّغُ الْحُكْمُ الْغِيَابِيُّ الْوَاقِعُ عَلَى الْمِنْوَالِ الْمَشْرُوحِ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ)[٢٣].

خ) الْمَادَّةُ (1836) - (إذَا حَضَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ غِيَابًا إلَى الْمَحْكَمَةِ وَتَشَبَّثَ بِدَعْوَى صَالِحَةٍ لِدَفْعِ دَعْوَى الْمُدَّعِي تُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَتُفْصَلُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُوجِبِ وَإِذَا لَمْ يَتَشَبَّثْ بِدَفْعِ الدَّعْوَى أَوْ تَشَبَّثَ وَلَمْ يَكُنْ تَشَبُّثُهُ صَالِحًا لِلدَّفْعِ يَنْفُذُ وَيَجْرِي الْحُكْمُ الْوَاقِعُ)[٢٤].

٢) اشتملت مواد المجلة على إيضاح للمبادئ والأحكام بضرب الأمثلة التطبيقية الطويلة، وتعريف بعض الأشياء الواضحة التي لا تحتاج إلى تعريف، كتعريف البائع بأنه الذي يبيع، وتعريف المشتري بأنه الذي يشتري..إلخ، وهذا لا ينسجم مع الطريقة التقنينية التي تتسم بالأسلوب الآمر، لا المعلِّم، إلا أنه قد يُتذر عن ذلك، ويُلتمس العذر لواضعي المجلة، أنها وُضعت لسد حاجة موظفين وقضاة نظاميين معظمهم من الأتراك، غير متبحرين بالأسلوب الفقهي والعلم الشرعي.

٣) التزمت المجلة بالمذهب الحنفي و لم تخرج عنه. ومهما اتسع مذهب اجتهادي واحد فإنه يبقى قاصرا عن تغطية حاجة المجتمع، فاجتهادات المذاهب المختلفة تتيح مجالا رحبا للترجيح والاختيار، سيما إذا علمنا اتساع عمل المالكية والحنابلة بالمصلحة المرسلة. واتساع المذهب الحنبلي في مشروعية عقود المعاوضات المقترنة بشرط يحقق مصلحة أحد العاقدين. لذا لم يمض على المجلة زمن طويل حتى لجأت الدولة العثمانية إلى تعديل أحكام بطلان العقود وفسادها والشروط المفسدة، وأعطت كلا من العاقدين الحرية في اشتراط ما يحقق مصلحته

---

[٢١] درر الحكام لعلي حيدر 656/4.
[٢٢] درر الحكام لعلي حيدر 677/4.
[٢٣] درر الحكام لعلي حيدر 681/4.
[٢٤] درر الحكام لعلي حيدر 681/4.

من شروط وإن لم تكن واردة بنص شرعي موافقة للمذهبين الحنبلي والظاهري في ذلك [٢٥].
واتساع المذهبين الشافعي والحنبلي القائلين بمالية المنافع، وتقومها في ذاتها، وضمان منافع المغصوب،...إلخ.

اتساع دائرة التقنين وعوامله[٢٦]

اتسعت دائرة التقنين بعد تقنين المجلة، وصدرت في العالم الإسلامي قوانين تنظم حياة الناس وتعاملهم. وحصل تقنين للأحكام المدنية، والجنائية، والإدارية.

وشمل تقنين الأحكام المدنية ثلاثة محاور ظهرت في:

أ) القوانين التجارية: كأحكام السُفتجة، وأحكام الإفلاس[٢٧].

ب) القوانين العقارية: كأحكام بيع العقار، وإصدار رخص البناء، واشتراط الدولة على الباني البناء وفق مواصفات معينة، كأن يبعد الباني عن جاره مسافة معينة.

ت) القوانين الأصولية: كقانون الإجراء، وقانون المرافعات المدنية المسمى "أصول المحاكمات الحقوقية" .

وأي قانون سواء القوانين الثلاثة السابقة، أو غيرها من القوانين لا تتعدى نوعين:

أ) قوانين الأحكام: مثل تنظيم أحكام العقود، كقولنا بيع المعدوم باطل، وقولنا بيع الفضولي موقوف، وقولنا يصح الشرط في عقد البيع إذا لم يتعارض مع مقتضى العقد وكان ملائما له. وهذه القوانين يجب أن يكون مصدرها أحكام الشريعة الإسلامية فقط، ولا يصح أن يكون من مصادرها غير الشريعة.

والشريعة الإسلامية كفيلة وقادرة على وضع الأحكام بشكل متكامل، إذا عرفنا اتساع دائرة مصادر التشريع من كتاب وسنة وإجماع وقياس واستحسان ومصلحة وعرف...إلخ. فكل هذه الأدلة غير القرآن والسنة معتبرة بشروطها، ويستطيع أهل الفقهاء وضع قوانين تغطي كافة نواحي الأحكام بما فيها المدنية مستمدة من الشريعة الإسلامية فحسب.

وتطبيق أحكام الشريعة واجب ديني، قال الله ﷻ: {وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴿٤٩﴾}[٢٨]. وعدم التحاكم إلى الشرع كفر وفسق وظلم كما هو صريح في سورة المائدة[٢٩].

---

[٢٥] فاستثنى قانون أصول المحاكمات بمادته "64" ذلك.

[٢٦] المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 212/1.

[٢٧] ورد في التقرير المرفوع من لجنة المجلة إلى علي باشا الصدر الأعظم، أنهم استثنوا بعض أحكام المعاملات المتعلقة بالتجارة ليكون لها قانون مخصوص يسمى قانون التجارة، كالسُفتجة ، وكأحكام الإفلاس. انظر مجلة الأحكام العدلية ص 7.

[٢٨] سورة المائدة.

[٢٩] انظر الآيات 44-47 من سورة المائدة.

ب) قوانين المراسم أو الأصول: وهي التي تبين الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب العمل على وفقها، لممارسة التصرفات، أو تحصيل الحقوق. وتسمى "القوانين الشكلية"، ويدخل في القوانين الشكلية: "قانون أصول المحاكمات".

والغرض من القوانين الشكلية حفظ حقوق الناس وتنظيم إجراءات المطالبة بالحقوق، لذا فإن هذه القوانين تتغير وتتبدل بحسب المصلحة ومستجدات العرف، ويمكن فيها الاستفادة مما عند غير المسلمين. وبمجرد صدور قرار الحاكم بالعمل بهذه القوانين تصبح واجبة ونافذة في الدولة الإسلامية؛ لأن طاعة ولي الأمر واجبة لقول الله ﷻ: { يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴿٥٩﴾ }[30].

أهم عوامل اتساع حركة التقنين[31]

١) تطور العلائق الاقتصادية في جميع أنحاء العالم، حيث استجدت صيغ عقود ليست من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، فهي ليست معروفة ولا توجد لها أحكام في أمهات كتب الفقه؛ لأنها استجدت بعد أن كمل التأليف في فقه المذاهب. ومن هذه العلائق الاقتصادية: الشركات المساهمة، والإجارة المنتهية بالتمليك، والتأمين، والتعهدات، والمقاولات.

٢) وجود بعض الأحكام في المذهب الحنفي مرجوحة من حيث الدليل، وهي لا تلبي حاجات العصر أيضا، فكان لا بد من اتساع دائرة التقنين، بحيث يكون مرجعها الفقه الإسلامي المستمدة أحكامه من الكتاب والسنة، ومن بقية مصادر التشريع. فأصبحت الحاجة ماسة لتجاوز المذهب الحنفي كما هو الحال في مجلة الأحكام العدلية. فالمذهب الحنفي يرى أن اشتراط العاقدين أو أحدهما شرطا يحقق مصلحته يُفسد العقد، وإن كان هذا الشرط ملائما للعقد ولا يُنافي مقتضاه. مع أن الراجح في هذه المسألة مذهب الحنابلة القائلين بجواز مثل هذا الشرط لما ثبت في الأحاديث الصحيحة.

٣) اتجاه الحكومات إلى ربط بعض العقود بنظم شكلية كاشتراط الدول أن يسجل بيع العقار في دائرة خاصة لأغراض مالية كفرض ضريبة على تلك العقود، ولأغراض حقوقية كمنع تلاعب أصحاب العقارات حتى لا يبيع المالك عقاره لأكثر من مشتري، ولأغراض سياسية كمنع ملكية الأجانب للعقارات.

---

[30] سورة النساء.

[31] المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 213/1.

٤) الحاجة إلى وضع قانون ينظم المراسم الشكلية عند المطالبة بالحقوق، والطرق والإجراءات الواجب اتباعها عند المنازعات، والمطالبة بالحقوق، فوُضع قانون أصول المحاكمات، وقانون تنفيذ الأحكام، وقانون كتابة العدل.

٥) عدم وجود الفقهاء والمجتهدين القادرين على استنباط الأحكام من الأدلة للمسائل المستجدة، أو تخريجها على أقوال الفقهاء.

تقنين الفقه في القرن العشرين

بعد تقنين مجلة الأحكام العدلية من المذهب الحنفي خاصة، شعر بعض الحكام والعلماء بضرورة الاستفادة من التراث الفقهي الإسلامي الغزير وعدم الاقتصار على مذهب معين. وحصلت عدة محاولات رسمية وغير رسمية، لتقنين الفقه الإسلامي في القرن العشرين كتب لبعضها النجاح، ولم يُكتب لبعضها الآخر. على النحو الآتي[٣٢]:

١) تم تقنين أحكام الالتزامات والعقود في ظل الاستعمار الفرنسي سنة 1906م، في: مجلة الالتزامات والعقود التونسية. وكانت هذه المجلة مستقاة من الفقه المالكي ومن بعض الأحكام الفقهية في المذاهب الأخرى.

- محاولة الملك عبد العزيز آل سعود تقنين الأحكام الشرعية في المملكة العربية السعودية في مجلة الأحكام الشرعية[٣٣]. ولم يُكتب لهذه الفكرة النجاح بسبب التعصب المذهبي، ومعاداة فكرة التقنين من جهة أخرى.

٢) قانون حقوق العائلة الذي أصدرته الدولة العثمانية سنة 1333هـ، وفق 1917م، ولم يُتقيد فيه بالمذهب الحنفي. فأخذ القانون من المذهب المالكي حكم تفريق القاضي بين الزوجين، وطلاق زوجة المفقود بعد أربع سنين بناء على طلبها، بينما يقتضي المذهب الحنفي انتظار وفاة جميع أقران الزوج. ولا يخفى مدى الضرر اللاحق بزوجة المفقود لو طُبق المذهب الحنفي.

٣) صدرت في مصر عدة قوانين من سنة 1920-1929م، تنظم أحكام الزواج والطلاق. ولم تتقيد هذه القوانين بمذهب معين فأخذ القانون من المذهب المالكي حكم تفريق القاضي بين الزوجين، وطلاق زوجة المفقود بعد أربع سنين بناء على طلبها. وأخذ القانون بمذهب ابن تيمية بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة

---

[٣٢] المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا 219/1، محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لمحمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة سنة 1994م، ص 138.

[٣٣] التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية لمحمد عبد الجواد ص 80-81، محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لمحمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة سنة 1994م، ص 139.

واحدة. وفي سنة 1929م صدر في مصر قانون برقم 25 ألغى تعليق الطلاق بالشرط في معظم حالاته.

٤) وصدر في سوريا سنة 1953م قانون عام للأحوال الشخصية جامع لأحكام الأسرة في أبوابها الأربعة: الزواج، وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة. والأهلية، وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى صورها كالولاية، والوصاية، والقوامة. والوصية، وما يتعلق بها من شرائط وأحكام. والميراث. و لم يتقيد القانون السوري بمذهب معين أيضا.

٥) وصدرت في المغرب مدونة الأحوال الشخصية، سنة 1957م.

٦) وصدر في تونس سنة 1958م، قانون شمل أحكام: الهبة، والزواج، والطلاق، والميراث، والوصية.

٧) وصدر في العراق سنة 1959م قانون الأحوال الشخصية، وتم تعديله مرتين في سنة 1963م، وفي سنة 1987م.

٨) وصدر في الأردن سنة 1976م قانون الأحوال الشخصية، ليحل محل قانون حقوق العائلة الذي أصدرته الدولة العثمانية. وتلاه قانون سنة 2000، ثم قانون سنة 2010م.

٩) وصدر في الكويت سنة 1984م قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

أما في غير الأحوال الشخصية، فلا يوجد قانون مستمد من الشريعة الإسلامية فحسب. وإن كانت القوانين المدنية في الأردن والسودان والإمارات استمدت أكثر نصوصها من أحكام الشريعة الإسلامية.

المحاولات الفردية غير الرسمية لتقنين الفقه الإسلامي[٣٤]

١) جهود الأستاذ محمد قدري باشا لتقنين الفقه الإسلامي بناء على تفويض الحكومة المصرية له ذلك. فقام بوضع ثلاثة مشاريع قوانين، على النحو الآتي:

أ) وضع في المعاملات المدنية كتابا سماه: "مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائما لعُرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية". تضمن: 1045 مادة [٣٥].

[٣٤] محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لمحمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال نحو ثقافة شرعية قانونية موحدة سنة 1994م، ص 148.

[٣٥] طبعت وزارة المعارف المصرية الكتاب طبعة أولى سنة 1890م.

ب) وضع في الأحوال الشخصية كتابا سماه: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان" . وشرحه محمد زيد الأبياري في ثلاثة مجلدات. ومع أن هذا المشروع لم يُعتمد رسميا، إلا أنه كان مرجع القضاة في المحاكم الشرعية بمصر، وغيرها.

ت) وضع في أحكام الأوقاف: "قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف". جمع فيه أحكام الأوقاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

٢) جهود القاضي أحمد بن عبد الله بن محمد بن بشير خان القاري ت1359هـ: وضع سنة 1350هـ: "مجلة الأحكام الشرعية" استمد موادها من كتابي: "شرح منتهى الإرادات"، و"كشاف القناع"، اللذين اعتمدهما الهيئة القضائية سنة 1347هـ من بين كتب المذهب الحنبلي. وصاغ المؤلف المجلة على وفق مجلة الأحكام العدلية التي كان يطبقها في الحجاز وقت الحكم الهاشمي عندما كان أمين الفتوى بمكة المكرمة سنة 1336هـ، وعضوا بهيئة التدقيقات الشرعية سنة 1339هـ. ورأت المجلة النور عندما حققها ونشرها سنة 1401هـ، الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي.

٣) جهود الأستاذ عبد القادر عودة. ألَّف انطلاقا من عمله في القضاء كتابا عنوانه: "التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي"، يقع في جزئين، الأول: في القسم العام، والثاني: في القسم الخاص. وصاغ الكتاب في "689" مادة اشتملت على: الجنايات، والحدود، والتعزيرات.

٤) جهود الدكتور محمد محمد عامر، حيث وضع قانونا في المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية استمده من الفقه المالكي، وسماه: "ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك".