

ترجمات



التشريع الإسلامي:

من السياسي إلى الأنثروبولوجي

• Bernard Botiveau •

ترجمة:

سامي الرياحي



مركز نهوض

للدراستات والنشر

NOUHOUD CENTER
FOR STUDIES
AND PUBLICATIONS

التشريع الإسلامي: من السياسي إلى الأنثروبولوجي

• Bernard Botiveau^(*) •

ترجمة:

سامي الرياحي

(*) الكاتب: ولد سنة ١٩٤٦. رجل قانون وله تكوين في العربية. دكتور في العلوم السياسية. باحث في مركز الدراسات في CNRS (مركز البحوث والدراسات حول العالم العربي والإسلامي. أكس أون بروفانس)، ومدرّس في معهد الدراسات السياسية. أكس أون بروفانس. أقام ما بين ١٩٧٩ إلى ١٩٨٩ في الشرق الأوسط بشكل متتال في سوريا (المعهد الفرنسي للدراسات العربية بدمشق)، وفي مصر (مركز الدراسات والتوثيق القانوني والاقتصادي والاجتماعي/ القاهرة)؛ حيث أنجز عدّة بحوث تتعلق بالتغيرات الحالية في القانون الإسلامي وبمسارات أسلمة المؤسسات.

◀ الفهرس:

٤ الملخص
٤ مقدمة المترجم
٥ المقال
٩ التشريع الإسلامي والثقافة القانونية
١٤ ملاحظات حول نشأة القانون الإسلامي
١٩ فكرة القانون وتطبيقها في الثقافة التشريعية الإسلامية
٢٥ المنشورات الأخيرة

المُلخَص:

تقتضي أنثروبولوجيا التشريع الإسلامي فهمًا لأصول الرّؤى الأحادية للقانون السائدة في العلوم الإسلاميّة، وفي الإسلاميّات القانونية الأوربية. ومن الواجب أيضًا إعادة وضع التشريع الإسلامي في ثقافة المجتمعات التي أنتجته، وفهم عملية إضفاء المشروعيّة على المعرفة الأكاديميّة التي تشكّلت في علاقةٍ بالتاريخ السياسي لهذه المجتمعات. وعماد هذه المعرفة هو التمييز الصريح بين الشريعة (الوحي القرآني) والفقّه (فقّه القضاء). وعلى المرء البحث في أصول هذا التمييز داخل المجتمعات العربيّة الإسلاميّة، المتمثلة في التوتّر الدائم بين المثالي والواقعي، فكلاهما يندرج ضمن مفهوم الحقّ.

مقدمة المترجم:

منطلق هذه الدراسة هو الدعوة إلى مجاوزة المناهج الكلاسيكية في دراسة تاريخ التشريع الإسلامي قديمًا وحديثًا، وقوام هذه المناهج هي الرّؤية الأحادية الطاغية التي تُنكر مبدأ التعددية التشريعية في الثقافات وخصوصياتها، ويتعلق الأمر بالثقافة القانونية التي تربت عليها أجيالٌ من الباحثين الفرنسيين في الغرب، مثلما رسخت لدى علماء الإسلام؛ ممن يرفضون التمييز بين الوحي والفقّه من جهة، وينكرون ثراء الشريعة الإسلامية بمصادر غير إسلامية مثل الأعراف.

لقد أبرز الكاتب خلال هذا البحث قصورَ هذا المنهج الأحادي عند الفريقين. وبين ما اتسمت به استنتاجاتهما من تعميم وإسقاط وغياب الدقة الموضوعية، التي ينبغي أن تدرس الموضوع في إطار مخصوص وشامل معًا.

واقترح ضرورة النظر إلى التجربة القانونية والتشريعية الإسلامية، من خلال تنزيلها في واقعها وثقافتها التي أنتجتها، ومن ثمّ سعى إلى تجاوز التفسير السياسي الذي يركز على مصادر تاريخ المؤسسات، وتحليل الظواهر السياسية، نحو دراسة تمثلات القانون في نطاق تلك التجربة، وإبراز طرق تطبيقه والسياقات التي حفّت به أكثر من دراسة النصوص ذاتها.

ومن ثم يستبعد التحليل الذي يعتمد في فهم القانون على التقسيم المصطنع لمجالاته إلى فضاءات مغلقة، ويدعو إلى النظر إليه باعتباره مجالًا متقلّبًا ومجسمًا للتفاعل بين القانوني والواقعي.



ولذلك فإن المطلوب لديه هو النظر اليوم إلى المنظومة القانونية الإسلامية؛ باعتبارها خلاصةً للتفاعل بين منظومات متعددة ومتناقضة، ومن ثمّ فهي معقدة جدًّا بسبب الازدواجية والتقلب. في هذا السياق اهتم بدور الفقهاء المعترف بدورهم الاجتماعي في التشريع، أي باعتبارهم وسطاء بين الرعية والسلطة السياسية في التفاوض على محتوى القانون، فهؤلاء منخرطون مع الجهتين في الآن نفسه؛ لأنّ السلطان (الأمير) ضامن لتطبيق النظام القانوني مع الشريعة (وهي امثال الأعلى للقانون)، وهم إلى ذلك ليسوا مصادرًا لاستنباط الحكم، بل لاستنباط حكم يتطابق مع هذه المنظومة برمتها دينيًا وسياسيًا.

وفي هذا المستوى يهتم بمعنى عبارة "حكم"، التي تقدم سمةً خاصةً للتشريع القانوني الإسلامي، قائمةً على التداخل بين متطلبات العقدي (الإيمان بأحكام الإسلام) ومقتضيات الواقع الاجتماعي (إيجاد حلول للنوازل الشرعية)، وهذا هو غرض السياسة الشرعية التي يعود معناها إلى القرن الرابع الهجري/ العاشر الميلادي.

وفيما يخص مسألة تطبيق القانون ومفهومه في الواقع، فقد توسل الكاتب بالتفسير الأنثروبولوجي؛ من خلال دراسة تمثّل المسلمين لمعنى القانون (الشرع)، فوجد أنه متطابق مع مفهوم معين لمعنى الحق يتوزع إلى صنفين: حق الله، وحق العباد. ومكمن الصعوبة هو: كيف الإمكان إلى التوفيق بين المطلب العقائدي والمقتضيات الاجتماعية؟

وفضلاً عن ذلك يقدم الباحث نظرةً إنثروبولوجية، فاحصةً للتجربة القضائية الإسلامية، وأهم مميزاتها اعتبارها تطبيقاً لهذا المفهوم في القانون، واعتبارها تجربةً مختلفةً ومخصوصة. وأساس الاختلاف والخصوصية هو قيمة الطابع الشفوي للتقاضي (الشهادة، واليمين)، ومشورة رجال الإفتاء والعدول.

ومن خلال كل ذلك ربط الباحث بين الماضي والحاضر، ودعا إلى دراسة إنثروبولوجية اجتماعية للوضع القانوني والقضائي الإسلامي؛ بعيداً عن التعميم، انطلاقاً من كون هذه التجربة - رغم ما عرف عنها من خضوعها لمنطق التوتر الدائم بين القانوني والواقعي - عرفت ممارستها وجوهاً من التنوع، والتحرّر أيضاً كان فيها لما هو غير مقبول فقهيًا (شريعًا) صداه داخل المجال القضائي على وجه الخصوص، وهي الأعراف. ومن ثمّ تجسدت مظاهر التعدّد والتنوع عملياً ضمن هذه التجربة، لتخلص في آخر المطاف مظاهر التناقض القائمة فيه وفي أي تجربة قانونية في العالم.

رغم أهمية الدراسة فإننا نلاحظ دائماً وجود أحكام متسعة بين ثناياها، تجعل الكاتب الداعي إلى تجاوز الأحادية واقعاً في أسرها وفي أحكامها المتعجلة أحياناً، فمن ذلك قوله العرضي: "إن انتشار الكتاب المقدس من خلال الحركات الإسلامية المتطرفة لم يساعد على التمييز بين الوحي والفقهاء". يتضمن الكثير من التعميم والتسرع؛ خصوصاً في جزئه الأول، فظاهرة الأسلمة الحديثة أو انتشار الكتاب غير منحصرة فيما هو سياسي، بل تحمل بُعداً ثقافياً وحضارياً ونفسياً أيضاً.

المقال:

رغم أنه من اليسير الاعتراف اليوم بأن كل مجتمع ينتج تشريعات عدّة وليس تشريعاً واحداً، فإنّ الرّؤى التعدّدية في المجال القانوني لم تظهر إلا في الآونة الأخيرة بفضل الدراسات التي أُجريت داخل المجتمعات التقليديّة في الغالب.

ففي العلم القانوني الفرنسي لا يعتبر إرث نابليون غريباً بالمرّة في ظلّ وجود قانون له مصطلحات موحّدة؛ غير أنّ اندراج العلوم الاجتماعيّة بوجه عامّ ضمن تيارات الفكر الموسوم بالتطوريّة l'évolutionnisme⁽¹⁾ كان يعزّز المقاربات الأحاديّة، ففي غياب ترابيّة كافية داخل هياكل الدولة كانت المجتمعات التقليديّة تتسم بضعف تقنين علاقاتها الداخليّة، ولذا كان من المحتّم أن تتوحد قوانينها من الجهة العليا، وهذا يعني إنتاجاً متجانساً للقانون من طرف الدّول الجديدة السائرة نحو النّمو.

ومع ذلك فقد وضّحت الأنثروبولوجيا الأمور، فأعمال مثل تلك التي قام بها موس (Mauss) ومالينوفسكي (Malinovski) قد قلّصت من قيمة هذه التفاسير، ووضع قريفيتش (Gurvitch) في الثلاثينات نظرية التعدّدية القانونية في فرنسا⁽²⁾، أمّا خارج أوروبا فلئن وقّرت المجتمعات "المكتشفة" (découvertes) من طرف الاستعمار ميداناً خصباً لتفكير علماء

(1) التطورية هو موقف فلسفي وعلمي يرى أن العالم خاضع لقانون التطور الحتمي؛ سواء من الناحية البيولوجية أم الاجتماعية، وقد عرف أوجه خلال القرن التاسع عشر بعد النتائج التي توصل إليها داروين (Darwin) في تفسير نشأة الكائنات في الأرض. وهي أيضاً نظرية اجتماعية تقر بحتمية تطور كافة المجتمعات تطوراً خطياً على منوال المجتمع الغربي، أي التطور في نفس الاتجاه، وصولاً إلى الحضارة الحديثة. [إضافة المترجم].

(2) حول تشكّل مقارنة تعدّدية في أنثروبولوجيا القانون. انظر نوربار رولان:

N. Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1989, p. 76 et s.



الأنثروبولوجيا خصوصًا في إفريقيا، فقد بدت المجتمعات العربيّة والإسلامية بالنسبة إليهم دومًا حالة استثنائية.

وهذا ما يمكن أن يفسّر العدد الضئيل نسبيًا من الدراسات التي خُصّصت لها إلى عهد قريب، من خلال فسح المجال غالبًا لعلماء الإسلاميات، ممن كانوا مؤرخين وفقهاء لغة أو رجال قانون. ومع ذلك توجد استثناءات لافتة للانتباه كثيرًا.

ويمكن الإشارة منها إلى أعمال فان هولنهوفن (Van Hollenhoven) المتعلقة بدراسة الأنظمة التشريعيّة في بداية هذا القرن حول إندونيسيا وتعريفه للقانون العربي (L'Adatrecht)، وكذلك ما يتعلق بالمغرب العربي فيما بين الحربين، وبحوث علم الأعراق القانوني (-Ethnologie juridique)⁽³⁾ لتي دشنها كتاب مثل ريني مونيي (René Maunier) وجاك بيرك (Jacques Berque)⁽⁴⁾.

وتبيّن الملاحظة الكميّة للمدونة الإسلاميّة، لاسيما دراسات التشريع الإسلامي لدى الكثير من الكتاب، أنّ المجتمعات العربيّة والإسلاميّة تُظهر الوحدة أكثر من التنوع؛ فإذا ما لاحظ هؤلاء الكتاب تنوعًا ثقافيًا في المجتمع، فإنهم لا يمنحونه سوى ميزة ديناميكيّة التوحّد (une dynamique d'unification) التي ينسبونها إلى الإسلام.

وفضلاً عن السّياق التاريخي الذي كانت الأمم الأوروبية من خلاله تحاول فرض نظام استعماري موحد، فإنّ أكثر التفاسير المقبولة لهذه الظاهرة تعود في الواقع إلى أنّ علماء الإسلاميات، حينما درسوا الميدان القانوني، وجدوا بصفة خاصة فضاء اجتماعيًا يهيمن عليه - تقريبًا ودون منازع - تشريع متأثر تأثرًا عميقًا بالوحي.

وعلى سبيل المثال: تقدّم مؤلفات التشريع الإسلامي بالفرنسيّة عادةً فرضيّة، تقول بأنّ الجذور الدينيّة لهذا التشريع تسمح بتأكيد مقدرته على الاستحواذ كليًا وحصريًا على المجال

(3) علم الأعراق القانوني أو الإثنولوجيا القانونية هو: علم من العلوم الاجتماعية الذي يدرس كيفية تمثّل القانون والحق في المجموعات البشرية المختلفة والمتنوعة، وهو يهتم بالأنظمة المعيارية التي تنظم المجتمعات وتسهم في فض النزاعات الفردية والجماعية بها، وبناء التماسك الاجتماعي. [إضافة المترجم]

(4) انظر بالخصوص ر. مونيي، وجاك بيرك:

R. Maunier, Loi française et coutume indigène en Algérie, Paris, Domat-Monchrestien, 1932 ; J. Berque, Essai sur la méthode juridique maghrébine, Rabat, M. Leforestier, 1944.

القانوني، ومع ذلك فإن تحليل مضامين "الشريعة الإسلامية" يبيّن أنّه غير متضمن لمجمل بحوث الفقه فحسب^(٥)، بل أيضًا وبشكل أشد غموضًا يتضمن مدونةً من قواعد غير إسلامية، مستوردة في الغالب من أصول عرفية محلية، تسربت عبر مصفاة الفقه وغدت إسلامية^(٦).

لقد أثرت المعرفة في أوروبا فعليًا في التصور الإجمالي للقانون في المجتمعات العربية والإسلامية بفضل كتب المستشرقين، وأهم مراجع علماء المسلمين. فبحوث الفقه تتجاهل غالبًا الإسهامات السابقة للوحي، ولا تخصص للعرف إلا أثرًا محدودًا في التشريع الإسلامي.

وقد عزز هذا التشريع تاريخيًا لدى العلماء موقف الهيمنة؛ الذي كان يستمدّه من الوحي القرآني، إلى الحد الذي غدا فيه مع تدوين القوانين في القرن التاسع عشر التعبير القانوني الأمثل للمجتمع؛ إذ لا ينبغي علينا أن نخفل في التطور التشريعي لهذه المجتمعات الدور المهم لرجال الدين، الذين استطاعوا بواسطة الاعتراف الاجتماعي بهم وموقع الوسيط بين المجتمع والسلطات المتعاقبة من فرض تصور للكون.

ومن هذا المنظور فإن فهم التشريع الإسلامي ينبغي أن يستدعي مصادر تاريخ المؤسسات، وتحليل الظواهر السياسية، كما يؤكد الجدال الحالي حول أسلمة القانون (L'islamisation du droit).^(٧) لكن هذا لا يغني عن البحث في كيفية تعبير القانون عن نفسه، من خلال تحولات الثقافة في المجتمعات التي يتقاطع معها، وعن الكيفية التي استطاع التشريع الإسلامي بها الإسهام في فرض رؤية معينة عن العلاقة بين الإنسان والقانون والحق؛ من خلال التعايش مع هذه المجتمعات.

(٥) الفقه هو مدونة القواعد التي استنبطها الفقهاء انطلاقًا من الوحي القرآني، أي التشريع الإسلامي، أو هو الفقه الإسلامي مع مراعاة اختلاف التفاسير لدى المدارس الفقهية (في معنى الفقه وفق العبارة اللاتينية jurisprudentia). (٦) كما بيّنا ذلك في أشغال ندوة: تدريس القانون الإسلامي، باريس،

CNRS. 1989 [L'enseignement du droit musulman, Paris, CNRS, 1989 (M. Flory et J. -R. Henry, ed)].

ففي هذا المعنى يعني "التشريع الإسلامي" كل التشريعات التي أثمرتها المجتمعات المسلمة، وهي التي تتضمن أولًا بشكل محدّد التشريع الإسلامي الذي أنتجته تفاسير العلماء، انطلاقًا من الوحي القرآني. إن الصيغة الإنجليزية (التشريع الإسلامي Islamic law أكثر شيوعًا من التشريع المسلم Muslim law) هي أقل غموضًا في هذا الصدد.

(٧) يعني الكاتب بأسلمة القانون إضفاء الطابع الإسلامي على القوانين الوضعية ذات المنشأ الأجنبي؛ سواء كانت قوانين وضعية أم أعرافًا، وهو بالأحرى تعزيز طابع الهوية الإسلامية على القواعد القانونية. [إضافة المترجم].



تروم الصفحات التالية الإسهامَ في إثبات عدم قبول تركيبة المجال التشريعي للمجتمعات العربية والإسلامية، بتفضيل مقارنة واحدة بعينها، بل تطلب خلاف ذلك؛ أن توظف في تكاملها.

◀ التشريع الإسلامي والثقافة القانونية:

من المؤكد أن فقهاء التشريع الإسلامي الفرنسيين كانوا ذوي رؤى أحادية (Monistes) ^(٨)، فالعديد منهم كان كذلك بفضل تكوينه الأصلي. لكن من المفارقات أن اتصال هذا القانون المحلي الذي اكتشفه بالقانون المستورد، الذي تكونوا فيه، سيمثل في نظرهم أصل الشرح الذي سمح لهم فيما بعد بوصف المجال التشريعي للمجتمعات العربية والإسلامية من حيث كونه تعدديًا.

ومع ذلك فهذا المفهوم الخاص بالتعددية الذي يُطبَّق على سياق هذه المجتمعات يستحق التأمل. ورغم مخاطر التبسيط الأكيدة فإنه يمكن أن نلاحظ أنه كان ولا زال يستخدم عمومًا بطريقتين رئيسيتين، لا تتعارضان فيما بينهما، ولا تستبعدان المقاربات الأخرى؛ لأن كل شيء مرتبط بمستوى التفكير الذي سيحظى به، فالمقاربة الأولى ستأخذ بعين الاعتبار السمة الثنائية لهذه التعددية، وستعارض نظامًا تشريعيًا "إسلاميًا" بنظام خارجي المنشأ، ينعت في العموم بالأوروبي أو الغربي.

ويتقاسم وجهة النظر هذه العلماء المسلمون؛ إضافة إلى الفقهاء الأوروبيين ممن انضموا إلى الدراسات الإسلامية؛ فهي تتضمن كافة المجال القانوني من وجهة نظر أصحابها المنشغلين بالنظامين كليهما منذ بداية القرن التاسع عشر، وهما دومًا في حالة تنافس لا إمكان للتوفيق بينهما بسبب أجهزتهما في التشريع (حكم الله المتعارض مع أشكال أخرى من الحكم: الشعب، الأمة...)، ونزعة الهيمنة لدى أحدهما أو الآخر، التي تعني في نهاية المطاف استبعاد أحدهما.

(٨) الأحادية (Monisme): هو موقف فلسفي يؤكد على وحدة الوجود الذي لا يقبل التجزئة، وفي معناه الحديث يؤيد فكرة وحدة المادة المشكلة للكون، والأهم أن الأحادية تعارض المفاهيم الثنائية التي تميز العالم المادي عن سائر العوالم الروحية والنفسية، وتعارض المفاهيم الفلسفية التي تنظر إلى الكون من وجهات نظر متعددة يكون فيها لكل منظور طبيعته الخاصة. وعلى المستوى المعرفي تمنع الأحادية انفصال العلوم الطبيعية عن العلوم الروحية، ويتم تمثيل مجمل العلوم باعتبارها بناء متضامنًا وتؤسس صلاتٍ وثيقةً بين الفلسفة والعلوم. [إضافة المترجم].

إنّ هذه الطريقة في النّظر تفسّر لنا كثرة التناقضات في ما يتعلّق بالقانون الإسلامي/ القانون الوضعي^(٩)، والقانون الإسلامي/ القانون الأوروبي، والقانون الديني/ القانون اللاتيني. وبالنسبة إلى العلماء المسلمين كانت المجتمعات العربية محكومة بالفقه بشكل مطلق، وقد خلق تلقّي التشريع الأوروبي وضعًا جديدًا وازدواجيّة مؤلّدة لاضطرابات كان ينبغي صدّها من أجل العودة إلى النّظام السابق، أو بالأحرى العودة إلى ما يوجد في النّظام السابق حتّى يمكن بناء النّظام الحالي^(١٠).

وعند رجال القانون الأوروبيين العاملين في بلد عربيّ؛ فإنّه كان يقح استدعاء القانون الأوروبي والفرنسي عادة ليحلّ محلّ المنظومة القديمة، فلا يمكنه "الإبقاء" سوى على جزر صغيرة من التشريع الإسلامي. ^(١١) وفي الواقع فإنّ التثاقف القانوني (l'acculturation juridique)^(١٢) النابع من التقاء هذين النّظامين، لم يفوت فرصة رفع مستوى الوعي عند المشرّعين؛ بوجود تناقض معين في القانون المحدد يمثل هذه الشروط المضبوطة.

فمن ناحية كان يتم إعداد القانون الوطني في المحاكم الوطنية الجديدة، ومن ناحية أخرى كان من الجائز التساؤل: إلى أي مدى لا يتقوّض التشريع الإسلامي إذا ما التقى بتقنيات تدوين القانون الوضعي، كما أشار إليه رينيه مونيي فيما يتعلق بالجزائر^(١٣).

(٩) تعني عبارة القانون الوضعي في العربية كلّ ما كان خارجًا عن معايير القانون الإسلامي، الذي شرعه العلماء، خصوصًا القوانين الوافدة من أوروبا بداية من القرن التاسع عشر، وكذلك التشريع الذي ظهر زمن الإمبراطورية العثمانية على يد السلطان العثماني، والذي يُشار إليه عادةً باسم القانون.

(١٠) نجد هذا الموقف بانتظام في مصر في سنة ١٨٧٠ خلال الإصلاح القضائي الذي فرضه الخديوي (تبني القوانين الفرنسية ومحاكمها)؛ إذ رفض العلماء المشاركة في تقنين التشريع الإسلامي، وما بين سنتي ١٩٣٦ و١٩٤٨ أثناء إعادة صياغة القانون المدني على يد السنهوري؛ حين عارض تياران المكانة المخصصة للتشريع الإسلامي في هذا القانون. ويشيد اليوم العديد من المحلّلين بإعادة التشريع الإسلامي في النّظام القانوني الحديث، الذي كان قد شكّل لديهم نظامًا شاملًا قبل القوانين الحديثة.

(١١) وتتعلّق هذه الجزر بقانون الأسرة والقانون المدني والميراث ونظام الملكية والوقف. وتستعمل عادة عبارة "مخلفات" في القانون الجنائي فيما يخصّ الثأر أو بعض الأحكام الأخرى. انظر:

J. Grandmoulin, Le droit pénal égyptien indigène, vol. 1, Le Caire, Imp. nationale, 1908.

(١٢) التثاقف القانوني (l'acculturation juridique): مصطلح أنثروبولوجي يعني ما تحتمه التغيرات الاجتماعية والاقتصادية من ضرورة تغيير التشريعات القانونية بالأخذ من الآخر، وما يفضي إليه من تفاعل يقوم على الأخذ والعطاء بين المجموعات البشرية في مجال القانون وأحكامه وتصوراته وقيمه وطرق تطبيقه وبدائله وصيغته. [إضافة المترجم].

(١٣) "التقنين هو التغيير" كما كتب مونيي في خصوص التشريع الإسلامي: "إنّ التشريع الإسلامي هو تشريع شفوي في أصله، وليس مكتوبًا، فهو تقليدي وفقهي، وتحويله إلى تشريع مكتوب من خلال الصياغة والتثبيت هو تغيير له". انظر: ر. مونيي. المرجع السابق، ص ٦٨.



وتظلّ هذه المقاربة الازدواجية مقارنة القانونيين؛ سواء من كانوا من المتكويين في علم اللاهوت أو من خبراء العلوم القانونيّة الفرنسيّة، وهي ليست بمعزل عن تأثير دراسات المحلّين السياسيين، حينما تركّز أبحاثهم على برامج أسلمة المجتمع، من خلال الاستيلاء على جهاز الدولة.

وبطبيعة الحال، فإنّه ينبغي علينا التساؤل عن الطريقة التي اندمجت بها المعايير الاجتماعية المنفلتة بشكل علني، من أيّ تصنيف في هذا التصوّر الاستثنائي للقانون منذ أمد بعيد. وأعني هنا ما يُعرف عادة بأنّه جزء من العرف؛ فالعرف المحليّ (أو العادات حسب الأقاليم) عند العلماء المسلمين معترف به على هذا النحو، غير أنّ التشريع الإسلاميّ يملكها من خلال إقصاء الأعراف التي تعتبر متعارضة مع التفسير الطاغي وقبول الأعراف الأخرى، التي يتلاءم معها.

ومن خلال وظيفة الفرز وقدرته على إدماج العرف المتطابق معه، فإنّ التشريع الإسلاميّ لم يقدّم إلاّ بتأكيد هيمنته. ومع ذلك فإذا كانت طريقة التفكير هذه قد أغرت المستشرقين ردحاً طويلاً من الزمن (وقد نوقشت كذلك عبر منح الأهميّة لصلات التشريع الإسلاميّ الخارجيّة، وبصفة أخصّ التشريع البيزنطيّ والتشريع الفارسي)، فإنّها لم تكن سوى تأييد، ربّما لقناعة لديهم ألاّ وهي ضعف القدرة الإبداعية للتشريع الإسلاميّ، بل "جموده"^(١٤) في عصر الازدهار الباهر.

إنّ السمة الموجزة جدّاً لهذا التفسير التي أدركها كتاب مثل موراند (Morand) وشاخت (Schacht) أو ميو (Milliot)^(١٥)، قد أفسحت المجال لرؤية في التشريع - واسعة الانتشار ولكننا سنرى أنّه ينبغي مناقشتها - مؤسّسة على بناء ثلاثي: تشريع إسلامي، وتشريع وضعي، وتشريع عرفي.

وتنبثق هذه الأخيرة بشكل ما من التصور السابق في نطاق التصوّر الثنائي: التشريع الإسلاميّ / التشريع الوضعي. وتحلّ بدورها محلّ تصوّر آخر هو في الواقع ثنائي؛ ذلك الذي يجعل العرف الذي يعبر عن المجتمع المدني متعارضاً مع نظامين مؤسّسين للسلطة السياسيّة عبر أجهزة الدولة، هما التشريع الإسلاميّ والتشريع الوضعي.

(١٤) حول هذه القضية، انظر:

Y. Linant de Bellefonds, "Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte", R. I. D. C. , 1955, pp. 5-34.

(١٥) انظر: L. Milliot, Introduction au droit Musulman, Paris, 1953. والصفحات المخصصة للعلم الأوروبي حول التشريع الإسلاميّ (ص ٢٣ وما يليها).

يلجّ ميو بالخصوص على الاعتراف المتأخّر والحاسم لإدوارد لامبار (Édouard Lambert) بدور العرف؛ باعتباره مجالاً تشريعيّاً مستقلاً عن التشريع الإسلاميّ.

فإذا ما كانت هذه الانقسامات تبدو أقلّ عندما يتعلّق الأمر اليوم ببلدان دولها شديدة المركزية (très centralisés) ^(١٦) مثل مصر (أين تسود لدى رجال القانون نزعة إخفاء العادات الناجعة، بل إنكار إمكانية وجودها)؛ فإنها توظف على العكس في أوضاع أخرى.

ومثال ذلك اليمن، حينما تسعى الدولة التي هي بصدد التشكّل إلى القيام بالجمع بين النتاج الإسلامي الأكاديمي ذي التقاليد الزيدية (شيعة)، والنتاج "العربي" المعترف بصفته تلك (مثل قانون أسواق صنعاء غير الإسلامي)، والقوانين المحلية التي وقعت أسلمتها بشكل أو بآخر، ومعايير حكومية جديدة (قانون عام وقانون جنائي بشكل خاص) ^(١٧).

وكذلك الشأن في البلدان الإفريقية؛ حيث يلتقي التشريع الإسلامي ذو الأصول المالكية بتشريعات أخرى مثل تشريعات البدو الرّحل، كما هو الحال في موريتانيا.

وتشترك هذه المقاربات في التقسيم المصطنع للمجال القانوني إلى مجالات مغلقة؛ فلا تتدخل إلا أطراف معيّنة. وتجد تفسيراً لها في هذا الموضوع أو ذاك من مواضع التحليل التي تناولناها بالدرس، غير أنها لا تكفي بمفردها إذا ما اقتصرنا عليها بتقديم صورة كاملة عن التقلبات الكبرى للمجال القانوني، الذي يقتضي فهمه تجديداً مداخلنا المنهجية وتعديدها. ^(١٨)

(١٦) شديدة المركزية (très centralisés): هي الدولة التي تتركز فيها السلطات في مستوى واحد وفي جهاز واحد، وتكون فيها القوانين موحدةً ومتطابقة على جميع الأقاليم والجهات دون اعتبار وجود الاختلافات العرقية والدينية والاجتماعية. [إضافة المترجم].

(١٧) الكثير من الدراسات الجديدة المنسوبة إلى رجال قانون يمينين ركّزت على القانون العربي (العرف)؛ وذلك من خلال مقابلته بالتشريع الإسلامي والقانون الوضعي الحكومي المنشأ.

انظر بالخصوص كتابين لرشاد العليمي: "القضاء القبلي في المجتمع اليمني" (بالعربية)، صنعاء، ١٩٨٩. د. ت. و"التقليد والحداثة في النظام القانوني اليمني"، صنعاء، ١٩٨٩.

(١٨) في كتاب "الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في الشرق الأوسط المعاصر" (أطروحة دكتوراه أكس أون بروفنس ١٩٨٩)، [Shari'a islamique et droit positif dans le Moyen-Orient contemporain (Thèse de doctorat, Aix-en-Provence, 1989),]

سعت إلى معالجة الانفصال بين هذين التشريعين باعتبارها قضيةً من جملة قضايا أخرى تهمّ المجال القانوني. والغاية منها هو الطريقة التي تُناقش بها هذه القضية في البلدان المدروسة (سوريا ومصر)؛ وفقاً لمختلف المعارف المنقولة حول القانون، ومن خلال تاريخ المجتمعات المعنية والتغيّرات السياسية الجديدة، ووفقاً أيضاً وربما - بشكل خاص - وهو الهدف من إنجاز البحث حالياً؛ لإستراتيجيات الجهات الفاعلة وسييرهم الشخصية التي تتدخّل في المجال المدروس.



لقد أبرز اليوم كليفورد غيرتز (Clifford Geertz) ولورانس روزن (Lawrence Rosen) ذلك بوضوح، حينما حلّلا كيف ينبغي أن يُعد التشريع الإسلامي - مثل أي تشريع - نظامًا لتمثيل الواقع.

ويفسر غيرتز انطلاقًا من مجتمعات مختلفة^(١٩) مثل المجتمع المغربي والمجتمع اللبناني، ما تصنعه معيشة الفرد القانونيّة، ومجمل التجارب الفرديّة والجماعيّة التي تحدد نوعًا معيّنًا من العلاقة بالقانون والوعي القانوني⁽²⁰⁾.

ويوضّح مثال مأخوذ من المشرق العربي هذه الملاحظة بدقّة، فكيف يمكن لأحد الإداريين الفرنسيين استيعابُ الوضع القانوني لسوريا في السنوات الفاصلة ما بين الحربين، وهي الفترة التي طبق فيها الانتداب الفرنسي على هذا البلد؟

ولفهم شامل للتفاعلات داخل المجال القانوني ينبغي على المرء أن ينظر - علاوةً على تشريعات ما قبل الإسلام وما بعده (في المذاهب السنيّة، وخصوصًا الحنفيّة والشافعيّة، وفي النسخ الشيعيّة والقوانين العثمانية، خلال القرن ١٩ م) - إلى ما تبقى من الأنظمة القانونيّة المملوكيّة، والقانون التركي، وقانون الامتيازات، والقوانين الخاصة بالدروز والعلويين والإسماعيليين والأكراد والشركس واليزيديين... ونحو ١٧ طائفة مسيحيّة، والطوائف اليهوديّة، والقوانين الخاصة بالسكان البدو، والقوانين المتصلة بالرّي، وقانون المحاكم المختلطة، وقانون الحماية الفرنسي، وقانون الانتداب الدّولي.

ولتوسيع هذا الجرد في السنوات اللاحقة لنهاية الانتداب، فإنّه ينبغي أن يشمل القانون المدني المصري الذي وقع تقبّله سنة ١٩٤٩ (بإضافاته الأوروبيّة المتعددة)، والقانون الوطني الذي وُضع خلال سنوات ١٩٤٩-١٩٥٤ (ديكتاتوريات من النوع الكمالي) والقانون المستوحى من البعث.

(١٩) المجتمعات المختلفة:

مفهوم أنثروبولوجي ويقصد به الكاتب المجتمعات التي يعمّها الاختلاف والتنوع العرقي والديني والاجتماعي.

(20) Clifford Geertz, *Savoir local, savoir global*, Paris, PUF, 1986 ; Lawrence Rosen, *The Anthropology of Justice. Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge University Press, 1989.

إنّ التاريخ الحديث للدول العربيّة في الشرق الأوسط يُخبرنا أن مثل هذا الإحصاء ليس عبثاً^(٢١)؛ لذلك يبدو أنّ مواطني هذه الدول قد عرفوا كيفية العزف على وتر الوضع الطائفي تارةً (مثلاً في حالة تغيير الديانة وفي مسائل الأحوال الشخصية عادة)، وعلى المواطنة تارةً أخرى (من خلال اكتساب المعرفة على استخدام مختلف التشريعات المعترف بها من الدولة، والمحاكم المختلطة الوطنيّة والإسلاميّة، والتشريعات العرفيّة التي لم تكن معترفاً بها رسمياً).

إنّ هذا الثقل الكبير في المجال القانوني الناجم عن الظواهر التي فرضها التغيير الاجتماعي والسياسي، هي عنصر من عناصر التعقيد في المجتمعات، يميزها التشريع الإسلامي.

◀ ملاحظات حول نشأة القانون الإسلامي:

الأثر السياسي:

ومع ذلك فإنّ التشريع الإسلامي ذو صبغة كونية؛ فإذا كانت فترة تطوره قد استمرت لعدّة قرون برزت أثناءها تأثيرات خارجية قوية في الميدان التشريعي، فإنّ العلماء المسلمين قد توصلوا رغم ذلك إلى فرض تصوّر لعالم تتقاسمه مجتمعات متنوعة في العالم العربي وخارجه، وجعل الشريعة التي فسرها الفقه "قوة متجانسة لخلق عدالة شرعية"^(٢٢)، إلى درجة سيكون

(٢١) نعود هنا إلى التصرّح الغربي لـ "التشريع الإسلامي" الغامض بما فيه الكفاية، كّي يشمل الكثير من هذه القوانين، ففي المثال المذكور - لسوريا تحت الحماية - وفترة الإنتاج القانوني تجعل المسؤول الفرنسي في حيرة عميقة إلى حدّ جمع التشريعات "المحليّة" تحت تسمية "القانون العثماني"؛ فالقانون العثماني موزع إلى ثلاثة أصناف: التشريع القانوني الإسلامي المسمّى شريعة، والقانون العرفي والمدني، والقانون المجمع.

الأول هو التشريع الديني المشترك في كافة أنحاء المشرق الإسلامي. والثاني هو القانون العرفي والمدني الأقل ارتكازاً على التشريع الديني؛ إلاّ إنّ حكمه ومصادره قد كانت في الغالب علمانيّة ونطاقها مقتصر على الإمبراطورية العثمانيّة. أما القانون المجمعي فله خاصيّة دوليّة ولا يهمّ عامّة سوى الأجانب المقيمين في تركيا.

وفي نهاية المطاف، ينبغي إضافة تشريع قانوني غير إسلامي ومحكم طائفية خاضعة لزعماء الطوائف المسيحية واليهودية... إلخ. وفقاً للامتيازات الممنوحة للطائفة في مسألة الأحوال الشخصية، وهذه إحدى تجلّيات انعدام القدرة الأكيدة لدى المسلمين لعلمنة قانون الأحوال الشخصية".

Haut- Commissariat de la République Française en Syrie et au Liban, La Syrie et le Liban en 1922, Paris, E. Larose, 1922, pp. 73-74.

(٢٢) على حدّ عبارة غيرتز Geertz. مرجع سابق، المرجع نفسه، ص ٢٤٢.



من الصعب القول بأن رحالة مغربيًا لن يشعر بالرّاحة في كافة أرجاء العالم الإسلامي؛ وذلك انطلاقًا من مثال كبار الرّحالة العرب كابن بطوطة وابن خلدون، وإلى الحد الذي أصبحت فيه الهيئات الدّوليّة قادرةً على اقتراح تولىات تشريعيّة مقبولة من عديد الدّول.

إنّ استخدام اللّغة العربيّة في نّظم تعليم الدّول الإسلاميّة له أثرٌ - كما نعلم - في هذا التوجّه نحو الاتحاد، الذي يميز تاريخ هذه المجتمعات. ولذلك علينا التذكير أوّلًا كيف يفرض هذا التّصوّر نفسه على العالم، وكيف ينتظم وينتشر نموذجًا معياريًا مهميّنًا ومقبولًا اليوم عند مجتمعات شديدة الاختلاف، إلى درجة أنّ التشريع الإسلامي الذي لم يعد مقسمًا إلى خمس كليات كبرى، هو في نهاية المطاف قريب جدًّا، ويثير اهتمام كل من السنة والشيعة على حدّ سواء^(٢٣).

يقتضي هذا التفسير أوّلًا تحديد مفهوميّ الشريعة والفقّه وتمييزهما، ومن المؤكّد أنّ الكتاب المقدّس الإسلامي الذي ينتشر عبر حركات سياسيّة متطرفة يجعل هذا التمييز صعبًا، وبقدر ما يبدو التشريع الإسلامي متضمّنًا في مفهوم الشريعة، فإنّ أسلمة القانون تعني "تطبيق الشريعة الإسلاميّة".

لكن التمييز لا يزال أقلّ فاعليّة؛ لأن المفهومين لا يشملان الحقول الدلالية المختلفة فحسب، بل علاوة على ذلك فإنّ رفض الخلط بينهما هو إحدى الحجج الرئيّسة للمعارضين؛ سواء لدى الإصلاحيين أم العلمانيين، وهو تصور شامل للتشريع الإسلامي الذي تسعى الحركات الإسلاميّة المتطرفة لفرضه^(٢٤)؛ إذ يمكن وصف الوضع المخصوص

(٢٣) ويتعلّق الأمر بأربع مدارس سنيّة: الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة والحنبليّة، والجغرفيّة بالنسبة إلى الشيعة، وتعدّ الأخيرة عند السنّة مدرسة خامسة. أما الشيعة فتتضمّن مدارس أخرى هي أكثر "محلّيّة" شأن الزيديّة في اليمن. هناك ملاحظتان تفرضان نفسيهما في هذا الموضوع: إنّ تأثير المدرسة اليوم يتعلّق بمصادر التشريع أكثر من أوضاع النّاس الذين ينتسبون إلى السنّة أو الشيعة، ولكن ليس في أيّ مدرسة. ثمّ إنّ هذا التوجّه الأحادي يتصل أوّلًا بالتشريع وبشكل أقلّ بالتنظيم السياسي للسلطة والبعد الرّوحي للإسلام.

وحول الخلافات القائمة اليوم بين السنّة والشيعة انظر إيمانويل سيفان:

Emmanuel Sivan "Sunni Radicalism in the Middle-East and the Iranian Revolution", Int. Journ. of Middle-East Studies, 21 (1989), pp. 1-30.

(٢٤) في معنى التفسير اللائكي للتمييز بين الشريعة والفقّه، انظر م. س. العشماوي: الإسلام السياسي (بالعربيّة)، القاهرة، ١٩٨٧، وقد قمنا بتقديم الكتاب في نشريّة مركز الدراسات والتوثيق والقانوني والاقتصادي والاجتماعي، CEDEJ، القاهرة، ١٩٨٧. والنسخة الفرنسيّة لكتاب:

L'islamisme contre l'Islam, Paris, La Découverte, 1989.

بالشريعة والفقهاء من خلال استخدام المفهوم الرئيس لـ "حكم" المتطابق مع أكثر جوانب "موضوعاتية" (objectivistes) ^(٢٥) في الشريعة الإسلامية.

وفي الحقيقة فإن التشريع الإسلامي يشتغل إلى حد ما بطريقة شبه ميكانيكية، فدور المشرعين الأساسي هو المساعدة على إضفاء المشروعية على الأعمال الإنسانية، ضمن شبكة تمتد ما بين الحلال والحرام، وإضفاء القانونية على الفعل ووضعيته ضمن هذا المجال. هذا هو الذي يسمى بالحكم.

وهذا الوضع يمكن أن يفرض نفسه على معارف الناس؛ خصوصًا إذا كان نابغًا من النص القرآني الصريح و/أو من السنة النبوية الثابتة، أي ثابتة مثلما هو معلوم بواسطة سلسلة، لا تنقطع من الرواة؛ فالقرآن والسنة يشكّلان الشريعة، ولكننا نعلم أيضًا أن القرآن ليس له من المعيارية سوى القليل (peunormatif) ^(٢٦)، وأن السنة مشكوك فيها غالبًا. وحينئذ ينبغي على العقل البشري التدخل لتفسير الشريعة لقول الحق، وهذا هو موضوع الفقه.

وهذا المصطلح يشير في أصله إلى النشاط الفكري، وتشكّل المعرفة، أي إلى الذكاء والعقل. إنه حينئذٍ دور الناس، وتحديدًا خطر الذاتية الكامن في عملهم الذي بواسطته تطور عبر تاريخ المجتمعات الإسلامية التوتّر الدائم بين الانغلاق العقائدي والزندقة.

(٢٥) موضوعاتية (Objectivisme) هي موقف من المعطيات الذاتية ويأخذ في الحسبان المعطيات التي يمكن السيطرة عليها من خلال الحواس، هي تيار فلسفي صاغته آين راند، (Ayn Rand)، وتشمل مجالات متعددة، وتقوم على جملة المبادئ التالية:

الواقع موجود بشكل مستقل عن ذهن العاقل، والناس في تواصل معه من خلال مدركات الحواس التي تسمح لهم بتكوين مفاهيم نابغة من مسار منطقي استنتاجي واستقرائي.

والمقصد الأخلاقي من الوجود هو سعي وراء السعادة والأناية العقلانية، والمنظومة الاجتماعية الوحيدة التي تتفق مع هذا المقصد الأخلاقي هي: "دعه يعمل" الرأسمالي.

ودور الفن في الحياة الإنسانية هو تحويل الفكرة الميتافيزيقية إلى استنساخ انتقائي للواقع، في شكل مادي قابل للفهم وتوليد الاستجابة العاطفية.

وينظر هذا التصور إلى القانون باعتباره منتجًا ومقررًا بشريًا صرفًا، منكرًا بذلك نظرية الحق الطبيعي المثالية القديمة. [إضافة المترجم].

(٢٦) ما يقرب عن ٢٠٠ آية على ما يربو ٦٠٠٠، تتحدّث عن المعايير التشريعية.

(٢٧) المقصود بقلة المعيارية في القرآن، هي أن الآيات المتعلقة بالقواعد القانونية والتشريعية (الفقهية) في القرآن قليلة جدًا، مقارنة بسائر الآيات التي تتعلق بمسائل العقيدة والأخلاق والإيمان.



ورجال الدين يعبرون عن هذا التوتر من خلال جعل معاني الإيمان والعقل متعارضةً، ويختلف الفقهاء بين الاستعمال الحرفي للنصوص المؤسسة للتشريع وأولئك الذين يفسرونها تفسيراً متحرراً بل لنقل: تحريراً، للتمييز بين العقيدة ومصلحة الأمة،^(٢٨) وبفضل هذا التوتر يعبر السياسي عن نفسه، أي عن مسار إضفاء المشروعية على القاعدة.

ومن الضروري حقاً أن نقرّ من هو المؤهل للتصريح بالحكم وما مضمونه، والعرف هنا هو المصدر الأول للصعوبات، ففي المجتمعات الإسلامية يوجد تأثير متبادل بين العادات والقواعد القانونية، وخلافاً لتصور سائد بكثرة فإنّ العرف لا يظهر بمثابة عالم من القواعد المغلقة والمكتفية بذاتها.

إنّ العرف هو المعروف (المعروف عبارة من الجذر الدلالي نفسه) كمعيار في مجتمع ما، غير أنّ هذا المعيار المعروف يتخذ بُعداً آخر عندما يندرج في الفقه، ويُعترف به من قبل هذا العلم. وهذا هو معنى العبارة القرآنية "الأمر بالمعروف...".

المعروف ليس ما يعرف بالخير عند مختلف الجماعات البشرية، بل إضافة إلى ذلك هو المعترف به على هذا النحو، من طرف رجال الدين الذين يحق لهم التصريح بما يطابق منه العقيدة، التي هي عقيدة أرثوذكسية^(٢٩) (Orthodoxe)^(٣٠). في هذا المعنى فإنّ التشريع الإسلامي شامل ويمتلك عدداً من القواعد غير الإسلامية.

ومن المهم توضيح دور هؤلاء المفسرين الذين سمح لهم الشرع بذلك. ولنتذكّر - دون إلحاح لأنّه سيؤدّي إلى كثرة الاستطراد - أنّ المجتمعات التي ظهرت فيها الديانات التوحيدية قام رجال الدين خلالها بدور محوري، من أجل وضع مدونة عقديّة فرضت ذاتها مرجعاً لتقييم الأعمال القانونية، حتى وإن كان الانتقال من الديني إلى القانوني يُفضي إلى سبل مختلفة أحياناً.

ولا يقتصر الفقه على ما وقع الإعلان عنه على يد العلماء المؤسسين للمذاهب الكبرى - حوالي القرن الثالث الهجري - فحسب، بل ما وقع تناقله فيما بعد بواسطة أجيال من العلماء الذين تلقوا تكويناً كافياً، وتم الاعتراف بقدرتهم على القيام بذلك.

(٢٨) إنّ المفهوم القديم للمصلحة العامة للمجتمع الإسلامي التي أكدها الفقه، قد أفاد الأساس النظري للتفسير الحديثة للتشريع الإسلامي، تحت تأثير الحركة الإصلاحية في بدايات هذا القرن.

(٢٩) حول مفهوم الأرثوذكسية في التصور المقارني، انظر:

S. Eisenstadt, "Hétérodoxie, sectarisme et dynamique des civilisations," *Diogenes*, 120, 1982, pp. 3-25.

(٣٠) يعني الكاتب بعقيدة أرثوذكسية العقيدة المغلقة الجامدة التي لا تقبل التطور ولا التغيير. [إضافة المترجم].

إنَّ مهارتهم في المبادرة كانت محدودة جدًا، وتأويلهم الحرّ يكاد يكون ممنوعًا. كان قرشوم شولام (Gershom Scholem) قد وصف بدقة هذه الآلية عند اليهودية، عندما تحدّث عن التلقين في العلوم التلمودية: "لم يكن يتم تشجيع التلميذ على إضافة أيّ شيء إلى مجموع الآراء التي تعلّمها عن شيوخه.

وكما ذكرنا فالأصالة ليست لها قيمة في مجتمع ديني تقليدي. فلا يمكن المغالاة في الأمر، فالأصالة لا تتدخّل إلاّ بطريق غير مباشرة في الشروح، ولكن في رأيي: من المستبعد تمامًا أن يقع تشجيع التلميذ مباشرة على إبداء الرأي كي يظهر الأصالة.."⁽³¹⁾. لقد كانت تطغى على مثل هذا التقلّب الاجتماعي الحاجةُ إلى التذكير المستمر بعدم الخروج عن الأرثوذكسية.

إنّ اعتراف المجتمع بمجموعة - رجال الدين - مخوّل لها وحدها قول القانون، يعكس الصلة المتينة جدًا القائمة بين القانوني والسياسي؛ ذلك أنّ التفاوض في محتوى القانون يتمّ ما بين هؤلاء الرجال العلماء والسلطة السياسية، ولكن في هذه النقطة بالضبط يمكن توضيح العلاقة ما بين السياسي والأنثروبولوجي. فموقع الوسطاء العلماء ما بين المجتمع والسلطة السياسية يدلُّ على أنّهم منخرطون في الوقت ذاته في كلا الجهتين.

فمن جهة الأمير، وهو الضامن لتطابق النظام القانوني مع الشريعة، ومهمّته ليست الحكم فحسب، بل الحكم بما يتطابق مع هذا النّظام، وهذا هو غرض "السياسة الشرعية" التي يعود معناها إلى القرن الرابع عشر ميلاديًا، مع ابن تيمية⁽³²⁾، ومن واجب العلماء التذكير بهذه المهمة عند الانحراف عن مبادئ القرآن والسنة.

(31) G. Scholem, in "L'identité juive. Entretiens avec G. Scholem", Actes de la Recherche en Sciences sociales, 35-1980, pp. 3-19 (cf. p. 7).

Pierre Legendre, L'amour du censeur, Paris, 1982, p. 12: انظر: كان البناء الدوغمائي القانوني الغربي "يهدف إلى ردع الجهود التأسيسية التي تُعد غير مشروعة أي هادمة تتجاوز حدودًا لا يمكن تخطيها".

وهذا التأويل موجود في النظام التشريعي الإسلامي وهو الاجتهاد. لكنّه يخضع لدى العلماء إلى قواعد صارمة، ولا تهدف إلاّ إلى صقل تفاسير مذهبية.

إنّ العودة إلى تفسير واضح لهذه لقواعد هي أساس إعادة التفسير الإصلاحي المعاصر للعقيدة.

(32) انظر:

H. Laoust, Le traité de droit public d'Ibn Taymiya. Traduction annotée de la Siyasa shar'iya, Damas, Bull, d'études orientales, 1948.



ومع ذلك لا ينبغي الاعتقاد بأن العلماء كيان متجانس، فأولئك الذين يضعون "قانونًا للتنبيه" ليسوا سوى كبار العلماء المفتين وشيوخ المساجد الكبرى. وفي مقابل ذلك فإن الغالبية الساحقة منهم تمثل بصورة أوسع المجتمع الحامل لثقافات تُترجم إلى مستوى معياري، عبر كل ما ينتج هذا التنوع المؤسسي الذي كان محل جدل.

وكما لاحظ ذلك جيلبار دي لا نوي (Gilbert Delanoue) فيما يخص مصر في القرن التاسع عشر: "إن الوسطاء المتعلمين عن (النظام الأزهري) يجدون أنفسهم في مواجهة سكان يتناقلون معتقدات وتصورات وممارسات غير مدروسة بما فيه الكفاية؛ لكنها موجودة في الواقع.

إن الإنسان الذي شكّله المساجد والزوايا الصوفيّة مصاب بدوره بعدوى هذه الأشياء، ومن الصعب على الحدود التي كانت لديه أن تعترف فيما بين الحرام والحلال بأن المذهب - الذي ينقل نقاشات قديمة حول هذه القضايا - يمكن أن يقيم بشتى الطرق كل حالة بمفردها.⁽³³⁾

◀ فكرة القانون وتطبيقها في الثقافة التشريعية الإسلامية:

العودة إلى الأنثروبولوجي:

ينبغي أن نضع في صلب اهتمامنا هذا الترتيب الخاص للجماعة، الذي شكّله رجال الدين في المجتمعات الإسلاميّة، فهذا التنوع لا يتم التأكيد عليه دوماً في دراسات التاريخ السياسي لقياس المدى والطريقة، التي استطاع من خلالها تصور قانوني شامل في الغالب اختراق المجتمع.

ومن وجهة النظر هذه فإنّه من الجائز التفكير في أنّ تحليلاً "نصيّاً" مبالغاً فيه (trop textuelle) للقانون يخفي في جزء منه ما يمكن أن يُظهر هذا التحليل ذاته على أنّه "سياقيّ" (contextuelle) أيضاً.

إنّ القانون - كما هو معلوم - هو رؤية للواقعي، (une vision du réel) مثل سائر النظم المعرفية كالدين والفنّ والعلم. ويمكن أن ندرك معناه انطلاقاً من الكلمات التي تعبّر عنه. ولتقل من البداية: إنّ أفضل عبارة تعبّر عن معنى القانون في العربيّة هي "حق" (جمع

(33) G. Delanoue, "Intermédiaires culturels dans l'Égypte au XIXème siècle : soufis, ulama' obscurs, étudiants des mosquées", in Les intermédiaires culturels, Actes du colloque du centre méridional d'Histoire sociale, des mentalités et des cultures, Aix-en-Provence, 1978, pp. 96-107, cf. p. 107.

حقوق) ويحتوي القانون على قسم من الذاتي (حقوق الإنسان) وقسم من الموضوعي (حقوق الله)، وموضوعي هنا لأنه مقروء بشكل موحد عبر استخدام المدونة النصية التي أنشأها العلماء، وحينئذ يمكن أن نتوقع ما يحمله هذا المصطلح اليوم من تناقض وسوء فهم^(٣٤)، ثم إن مفهوم الحق يتناسب مع الثقافة العقلانية، فما هي المعاني التي تتضمنها هذه العبارة؟

إن الحق في الآن ذاته هو الواقعي والعاقل والمعقول، ومن الناحية المثالية فإن ما هو واقعي لا يمكن إلا أن يكون صحيحًا وخصوصًا معقولًا أيضًا، وهذا التوافق أو الوحدة بين الواقعي وتصوراتهِ يؤكد نفسه باستمرار؛ ففي المستوى الديني يدل الحق على أن الله فيض كل شيء، وعلى المستوى الأخلاقي فهو يعبر عن الترتيب الجيد للأشياء وعن التوازن والعدالة (التمن العادل للشيء، وأن يكون عادلاً، وأن يكون على حق أو على العكس، أن يكون على ضلالة أي لا يكون الحق في جانبه).

أما على المستوى القانوني فإن العبارة قاطعة لما هو عادل ومعقول... إلخ. ولكن هنا يبرز ما كان يبدو صعوبة كبرى لدى القانونيين: وهي أن ضمان تلاقي النص والسياق معًا هو أفضل تعريف للقانون، الذي يمكنه التوفيق بين المتطلبات المنصوص عليها في العقيدة، وتلك التي يطالب بها الناس اجتماعيًا حتى يتمكنوا من إثبات وجودهم.

وفي الحياة القضائية يقع تطبيق هذا المفهوم للقانون من خلال توزيع مخصوص للأدوار؛ حيث يساهم الفاعلون الأساسيون - قضاة وشهودًا محترفين - كل من موقعه في إنارة الحقيقة، أي في إيجاد هذه الصلة الضرورية بين القانون والواقع: البحث في القانون عن تفسير ينبغي له أن يفسح المجال للحقيقة بالوجود، وفي المقابل البحث عما يطابق الحقيقة مما هو مذكور في القاعدة.

وقد يكون هذا هو السبب في أن الأدوات المميزة للإثبات في التشريع الإسلامي القديم (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، ومبادئ التقاضي الشفوية الأساس، قد عرفت تطورًا

(٣٤) حقوق جمع حق، وتعني اليوم القانون الذي يُدرّس في كليات الحقوق؛ ذلك أن "حقوق الإنسان" لدى مشرعي القانون الوضعي هي ذاتية في جوهرها، وتهدف إلى الحريات الأساسية للإنسان في المجتمع. وتعني العبارة ذاتها عند مشرعي التشريع الإسلامي تقاسم الحقوق والواجبات، وهذا الأخير هو عبارة عن محتوى من محتويات حقوق الله.

وقد أدى هذا التقبل المزدوج إلى مستويات مختلفة من قراءة الإعلانات الإسلامية لحقوق الإنسان، وهي تفسر العقوبات التي تتجلى في الاجتماعات المعقودة بين رجال قانون الدول العربية، وهي تحول دون صياغة توصيات يُجمع عليها بصيغ غير الصيغ العامة.



هأمًا ودقيقًا في تاريخ القضاء الإسلامي^(٣٥)؛ فالهمم عند القاضي هو احترام الشروط الموضوعية المحيطة بوسائل الإثبات في التشريع الإسلامي.

وفي النهاية إثبات حقيقة الواقعة القائمة وفقًا لهذه القواعد، مع الأخذ بعين الاعتبار بعض شهادات الزور التي يدينها القرآن صراحةً في الكثير من آياته^(٣٦).

إنّ محاكم الأحوال الشخصية تقدّم اليوم صورةً لهذا البحث من أجل الوصول إلى حلّ توافقيٍّ للمنازعات؛ فأحكامها تبين في مصر على سبيل المثال أن الحجج المقدّمة لدعم مطالب الطلاق، والتي تعتمد على الشهادات اللازمة شرعًا، لا تتطابق بالضرورة مع الحقائق في حدّ ذاتها، وإمّا مع الحقائق "المتوقعة" التي تؤكّد الحقيقة المقبولة توافقيًا؛ ففي الغالب تتطابق هذه الحجج مع دوافع نعلم بالطبع أنّها للتأثير على حكم القاضي^(٣٧).

وقد لا يكون للتقاضي المتبع أمام محاكم القاضي المكانة التي يستحقها في دراسات التشريع الإسلامي، والتي من شأنها - إذا كانت على هذه الحال - السّماح بفهم أفضل لبعض الممارسات القضائية المعاصرة. فعلى سبيل المثال كيف يتحدّد موقع الواحد مقارنة بالآخر، أي القاضي مقارنة بالمحامي؟

فالأوّل وإن غيرت القوانين الحديثة من دوره جذريًا فهو جزء من استمرارية تاريخية؛ ففي القضايا التي يتدخّل فيها التشريع الإسلامي - مثل قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين - يتصرّف بوصفه ممثلًا للدولة، ومكلّفًا بفضّ النزاعات وفقًا للقانون الوضعي.

(٣٥) انظر في هذا الصدد:

R. Brunschvig, "Le système de la preuve en droit musulman", in Etudes d'islamologie, T. 2, Paris, Maisonneuve et Larose, 1976, pp. 201-218.

(٣٦) القرآن الكريم: سورة النساء الآية ١٣٥: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانُ مِمَّا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا".

وسورة المائدة الآية ٨: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ مِمَّا تَعْمَلُونَ".

(٣٧) على سبيل المثال النساء الرّاغبات في الطلاق يتوسّلن في غالب الأحيان بخيانة الزوج أو زواجه بثنائية، وهي حالة يعترف بها القانون، وبعدم دفع النفقة وسوء المعاملة، وهي أسباب يقبلها القاضي بيسر. هذه الملاحظات استنتجتها من أحكام المحاكم المصرية الأخيرة.

B. Botiveau, "1979-1985, le droit de la famille en question", Maghreb- Machrek, 127, 1990, pp. 51-64.

ولكن أمام عدم الوضوح المتكرر للقانون؛ لاسيما إذا ما نظرنا إلى الشكوك المتعلقة بالمستوى السياسي، حول شرعية هذه القوانين من منظور الشريعة الإسلامية (وهي حال مصر)، فإنه يعيد تأكيد حرصه أحيانا على الاحترام الكامل للمبادئ؛ خصوصا أثناء سير التقاضي.

وهذا الموقف موجود في مختلف البلدان العربية اليوم، وهو لا يتعلّق بالقانون الوضعي فحسب، ففي حالات أخرى ولمناهضة الأعراف المحليّة يسعى إلى فرض إجراءات المحكمة المتطابقة مع التشريع الإسلامي، مثلما تظهره مختلف البحوث الحديثة^(٣٨).

أما وضعية المحامي فهي أمر آخر، وبما أنه ثمرة الحداثة القانونيّة (وقع تنصيب المحامين في الآن ذاته مع نشأة القضاء المدني، وانطلاقاً من نهاية القرن التاسع عشر) فقد ساهم المحامي في تسليط الضوء على التغييرات الهامة في الميدان القانوني، بفعل السياسات الحكوميّة الطوعية التي يتم التشكيك في شرعيتها اليوم، فضلاً عن دورها الحالي المرفوض أحيانا من قبل دعاة تطبيق الشريعة الإسلامية^(٣٩).

وبغض النظر عن التحليل الذي يمكن القيام به من الناحية السياسيّة حول هذه المؤسسة، فإنّ السؤال الذي يطرح نفسه في ضوء ما قيل الآن هو: أيّ المؤسسات التي كان يتم خلالها تأمين وظيفة الدفاع في قضاء الشريعة الإسلامية إلى حدود القرن الأخير؟

(٣٨) حول العلاقة بين التشريع الإسلامي والقانون العرفي في أحكام القضاء انظر فيما يخص المغرب:

L. Rosen, "Judicial Discretion and Légal Culture in an Island Law Court in Morocco", in Islam. Société et communauté. Anthropologies du Maghreb, Paris, CNRS, les Cahiers du CRESM, ١٢, ١٩٨١, pp. ٧١-٨٢.

وفيما يخص الأردن انظر:

R. T. Antoun, "The Islamic Court, the Islamic Judge, and the Accommodation of Traditions : a Jordanian Case Studies", Int. Journ. of Middle-East Studies, ١٢, ١٩٨٠, pp. ٤٥٥-٤٦٧.

وحول التداخل بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي في المحاكم المصرية انظر:

E. Hill, Mahkama ! Studies in the Egyptian Legal System, Londres, Ithaca Press, ١٩٧٩.

(٣٩) على سبيل المثال في السودان، انظر الصادق المهدي، العقوبات الشرعيّة في نظام إسلامي (بالعربيّة)، القاهرة،

دار الزهرالي. العالم العربي ١٩٨٩، وهـ. بلوشو، H. Bleuchot, "Islam, droit pénal et politique", in Soudan, histoire, identités, idéologies, ouvr. coll. , H. Bleuchot, C. Delmet, D. Hopwood ed

وقد نشرت سنة ١٩٩٠ في مطبعة إيثاكا (Ithaca Press).



هذا ما ينبغي أن يجيز فهمًا أفضل لمعنى الانتقادات الموجهة للدور الحديث للمحامي، والردّ الشائع جدًّا هو أنّ هذه الوظيفة كانت تؤمّن من طرف الوكلاء^(٤٠)، الذين يشير إليهم القانون العثماني المدوّن خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر.

وفي واقع الأمر فإنّه حريٌّ بنا البحث عن الجواب داخل فلسفة القانون المنظم للمجتمعات؛ حيث يكون الناس أكثر التزامًا بتطبيق الشريعة الإسلامية. ومعنى آخر: فإن طابع المنازعة في المحاكمة مكفول من القاضي نفسه، ومن خلال الحرص على تطبيق محاكمة عادلة فإنّه يسمح للمدعى عليه بالتوقّي من تطبيق صارم جدًّا للقانون، عبر التماس مشورة الفقهاء.

غير أنّ الدّور الأساسي يعود إلى الشهود؛ فباختيارهم مثلما يقع عادة اختيار المحلّفين اليوم، أي استنادًا إلى مؤهلاتهم المعترف بها من النزاهة والصدق والحكمة، فضلًا عن ميزة اطلاعهم على كل ما يقع في المجتمع الذي يعيشون فيه، يكون ترشيحهم لا وفق معرفتهم الحصرية بالشريعة الإسلاميّة، وإنما على قدر القبول الذي يحضون به بين الناس في ذلك المجتمع.

لقد كانت المحاكمة تحيل في أجزاء متوازنة تقريبًا على شريعة إسلامية مثالية وعدالة مثلى، تجعلان أحكام القاضي مقبولةً.

إن ترشيد التنظيم القضائي هو مصدر "احترافية" الشهود الذين يشار إليهم بعبارتي "الشهود" و"العدول"؛ ذلك أن الأمر لا يتعلّق بإثبات الوقائع فحسب مثلما نتصور، بل لا بدّ من حدّ أدنى من الموضوعية لضمان العدالة على الصعيد الاجتماعي، منذ أن اضمحلّت طقوس المجتمعات جزئيًّا تحت تأثير ضغوطات الواقع.

وبصورة أدق فإنّ الشاهد يتغير، وعلى هذا الأساس فإنه من المسلّم قبوله في وظائف جديدة ذات طابع توثيقي، متصلة بالتدوين وتسجيل وقائع المحاكمة. ونراه اليوم في وظيفة هامّة جدًّا في مصر والأردن خصوصًا، وهي وظيفة "المأذون" أي الموثّق الفعلي/ والمحامي، وهو ضروري في أحكام الأحوال الشخصية. وقد نجد في هذه الوظيفة بدايات المحامي الحديث أكثر من هؤلاء الوسطاء المشكوك في أمرهم ممن كانوا "وكلاء".

(٤٠) في نهاية القرن ١٩ بمصر لُقّب أوائل المحامين الذين تمّ قبولهم للمرافعة في المحاكم المختلطة والوطنية بعبارة الوكيل. ولم يكن لهؤلاء الوكلاء سوى سمعة سيئة لدى السلطة القضائية، وكانوا يعاملون باعتبارهم وسطاء أكثر من الاعتراف بهم مدافعين فعليين.

لقد وقع إصلاح قانون الأحوال الشخصية الإسلامي في المجتمعات العربية المعاصرة رسميًا في القرن العشرين، من قبل الحكومات التي ذلت في أكثر الأحيان عقبات نظرية كان يفرضها العلماء، ولهذا فإن إصلاحاتهم لم تكن تحظى بالإجماع، ومهما يكن من أمر فإن الجزء الذي كان غير مقبول استطاع أن يجد صده في قاعات المحاكم؛ حيث أمكن لوجهة نظر مختلفة أن تعبر عن نفسها.

وفي ظل هذا الصراع الدائم الذي نجم عن صعوبة اجتماع القانون والواقعي، يمكن أن نكتشف تناقضات التشريع الإسلامي، وهذا هو المنطق الذي يدعو - من أجل إمكانية إيجاد المعنى - إلى عدم رؤية ما في القانون؛ نظامًا مفروضًا بصرامة وفق المراجع العقائدية التي يبحث الناس دومًا على التوافق معها فحسب، بل نظامًا يتفاوض فيه الناس والمؤسسات الوسيطة التي تمثلهم بشأنه، وعليه فهو يمنح التشريع الإسلامي ألوانًا شديدة التنوع حسب الأزمنة طبعًا والأمكنة أيضًا.

وهو ما يسمح، إذا تجاهلنا بعض لحظات الضغوط المعهودة في السياسة، بترك فجوات قائمة، أو بالأحرى مساحات كبيرة من الاستقلالية. وهذا ما ينبغي أن تدركها الأنثروبولوجيا الاجتماعية للمجتمعات العربية والإسلامية من جملة المسائل الأخرى.

برنار بوتيفو.

مجلة "القانون والمجتمع" عدد ١٥ / ١٩٩٠.

Droit et société. n:15/1990.



المنشورات الأخيرة: ◀

- Shari'a islamique et droit positif dans le Moyen-Orient contemporain. Egypte et Syrie, Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, 1989.
- "Faits de vengeance et concurrence de systèmes de droit en Egypte", Peuples méditerranéens, 41-42, 1988, pp. 153-166.
- "L'adaptation d'un modèle français d'enseignement du droit au Machreq", in M. Flory et J.R. Henry (eds.), L'enseignement du droit musulman, Paris, CNRS, 1989, pp.229-252.
- "Islamiser le droit? L'exemple égyptien", Maghreb-Machreq, 126, 1989, pp. 5-24.
- "1979-1985 : le droit de la famille en question(Egypte)", Maghreb-Machreq, 127, 1990, pp.51-64.



مركز نهوض

للداسات والنشر

NOUHOUD CENTER
FOR STUDIES
AND PUBLICATIONS