

تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية

د. عبد المجيد بوكركب

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

جامعة الحاج لخضر باتنة

ملخص:

يتلخص موضوع المقال في أنه يحاول التعريف بضمّ تقنين الأحكام الشرعية العملية وبيان تطوره منذ العهد العثماني إلى يومنا هذا حيث وجدنا أنّ أول عمل رسمي لتقنين الفقه الإسلامي تمثل في المجلة العدلية التي أنجزتها الدولة العثمانية سنة 1276هـ، ثم تتالت الجهود بعد ذلك وخاصة في مصر والسعودية والجزائر، وبعد هذا قمنا بتوضيح منهجه وموضوعه وضوابطه ومشروعيته ثم في الأخير بيّنا بالأمثلة مدى استفادة المنظومة القانونية الجزائرية . القانون المدني وقانون الأسرة . من تقنين الأحكام الشرعية العملية .

The essay is about defining the way of the religions Laures and its development since the Othmans era till thell days.

We found that the first official religious lows consist in "EL ADlia" magasine superused by the "Othmans» in 1868.

Then; there was a continuous effort especially in Egypt; Saoudi Arabia and Algiria.After that we started to mak clear its chronology; subjet and legality. Finally; we gave examples low the Algerian laws benefited fromit civil and family laws.

الكلمات المفتاحية: التقنين، الأحكام، الشرع، الفقه، الدور، الإثراء، المنظومة، القانون، الجزائري.

توطئة:

الدارس للأدوار التي مرّ بها تطور الفقه الإسلامي يجد بأنّ مسألة التقنين - جمع أحكامه على صيغة القوانين الوضعية الحديثة - لم تعرف إلاّ في أواخر القرن الماضي 13هـ/19م، وذلك عندما لجأت الدولة العثمانية سنة 1276هـ/1868م إلى تقنين الأحكام المتعلقة بالمعاملات المدنية، والتجارية، ورغبة منها في التسهيل على القضاة والمتقاضين في التعرف على الحكم الشرعي للنوازل المستجدة، خاصة وأنّ الاختلافات الفقهية في هذا العهد قد استشرت بسبب انعدام الاجتهاد واستفحال ظاهرة التقليد، فكان هذا العمل بمثابة فتح عظيم على الفقه الإسلامي، ممّا دفع بدول العالم

الإسلامي والعربي إلى استحسان هذه الفكرة، وجعل الشريعة الإسلامية أهم مصادر قوانينها، وخاصة فيما يتعلق بأحكام الأسرة.

ولبيان هذه المسألة سأجتهد أولاً في تحديد مفهومها -عملية التقنين - و جذورها التاريخية، وموقف العلماء منها، والضوابط التي تحكمها لأنتهي في الأخير إلى بسط الكلام حول دور الأحكام الشرعية العملية في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، وفيما يلي التفصيل:

مفهوم تقنين الأحكام الشرعية العملية: سبق وأن أشرت إلى أن هذا المركب الإضافي لم يظهر إلا في أواخر القرن الماضي، وعليه فإنه لم يُعرف لدى علماء اللغة، والفقهاء المتقدمين، وإنما ظهر عند المتأخرين الذين عملوا على تحديد مفهومه، وضبط عباراته، كما يلي:

أ - **تعريف التقنين لغة:** عرفه المعجم العربي الأساسي بأنه: "من قنن يقنن تقنيناً، بمعنى: الوضعُ والسُنُّ، لذلك نقول: وضعُ المشرع القوانين أو سنّها. فالتقنين مشتق من كلمة "قانون" الذي هو مقياس كل شيء، وطريقه، وأصله، قال صاحب المحكم: "وأراها دخيلة، وجاء في تاج العروس: " قيل هي: فارسية، وقيل هي: رومية

يظهر من التعريف أن كلمة "قانون" ليست عربية، بل هي دخيلة عليها، ومنها اشتقت كلمة التقنين التي تجد لها أساساً في القواميس الغربية والتي عرفت بها بأنها: حصر، وجمع نصوص تشريعية أو تنظيمية لموضوع واحد في كتاب معين⁽¹⁾

ب - **تعريف التقنين في الاصطلاح الفقهي:** عرف الفقهاء المعاصرون هذا المصطلح بتعريفات عدة جميعها تفيد بأنه التدوين، والجمع، والترتيب، فنجد مثلاً "المحمصاني" يعرفه بأنه: "اصطلاح حقوقي جديد، وهو تدوين القوانين"⁽²⁾، بينما نجد العلامة "مصطفى الزرقاء" يفيض في تعريفه ويقدم لنا تعريفاً وافياً فيقول: " يقصد بالتقنين جمع الأحكام، والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها، وترتيبها وصياغتها بعبارة أمر موجزة، واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس".⁽³⁾

وقريباً من هذا التعريف ذهب "جمال الدين عطية" فقال بأن التقنين هو: "تجميع الأحكام القانونية المبعثرة بين مختلف القوانين والأحكام القضائية، والعرف، وإصدارها

في مجموعة واحدة لكل فرع من فروع القانون كالمدني، والتجاري والجزائي، وهكذا ترتب الأحكام في كل مجموعة ترتيباً موضوعياً، وفق تصنيف واضح تقسم فيه الأبواب والفصول، وتوضع المواد القانونية في مكانها من هذا التصنيف بعد صياغتها صياغة محكمة...»⁽⁴⁾

هذا وقد أجمل سماحة الشيخ "صالح بن فوزان الفوزان" ما ذهب إليه "الزرقاء"، و"عطية" فقال بأن المراد بالتقنين هو: "وضع مواد تشريعية يحكم بها القاضي، ولا يتجاوزها"⁽⁵⁾، يستفاد من هذه التعريف أن المراد بالتقنين هو: السنن، والوضع للأحكام الشرعية على شكل مواد مختصرة ذات أرقام متسلسلة يحكم وفقها القاضي في المسائل التي تُعرض عليه، ولا يتجاوزها بحال.

ج - التعريف بتقنين الأحكام الشرعية العملية: بناءً على التعريف السابق لمصطلح التقنين نجد جمهرة الفقهاء المعاصرين قد عرفوا هذا المركب الإضافي على النحو الآتي:

قال محمد زكي عبد البر هو: "صياغة الأحكام الفقهية في مواد موجزة على هيئة القوانين بعد اختيار أصحابها، وأقواها دليلاً، على أن لا يُبدل فيها شرع الله، ولا يُشرع فيها من الدين ما لم يأذن به الله"⁽⁶⁾.

وعرفه "وهبة الزحيلي" بقوله: «هو صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها»⁽⁷⁾

ثم زاد "الزرقاء" هذا التعريف وضوحاً حين قال: "ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي تطبيق طريقة التقنين الأنف الذكر على الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد"⁽⁸⁾ أي تبويب، وترتيب، وصياغة الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد - إن أرادت الدولة ذلك - في شكل بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم يتم استصدارها بعد ذلك في كتاب مستقل يسمى التشريع الجنائي أو المدني أو التجاري بحسب الموضوع... الخ.

وقد أتى الدكتور "محمد الزحيلي" بتعريف أراه حسناً؛ لأنه يدعو إلى أن لا يقف المقتن عند قول واحد لمذهب واحد فقط، وإنما له أن يختار أحد أقوال المذاهب الأخرى الذي يعتمد على الدليل القوي، ويتم بعد ذلك جمع هذه الاختيارات في قانون مدون مسطور مرتب كي يسهل التعرف على الحكم من قبل المسلمين⁽⁹⁾.

يظهر من هذه التعريفات:

أولاً: أنّ عملية تقنين الفقه الإسلامي أو الأحكام الشرعية العملية لا بد لها من توفر ركنين وهما: أ: وهو الركن الشكلي، ويتمثل في الطريقة التي تكتب وفقها الأحكام الشرعية. ب: وهو الركن الموضوعي، ويقصد به تلك القواعد، والمبادئ التي تزخر بها الأحكام الفقهية المنظمة للعلاقات المختلفة.

ثانياً: أن مجال التقنين هو المعاملات فقط؛ ذلك لأنّه كما مرّ معنا يقصد به مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم فقط، وعليه فهو لا ينظم علاقاتهم مع ربهم؛ لأنّ هذه العلاقة ليست اجتماعية؛ وإنما هي علاقة تعبدية محضة لا يصح تقنينها على اعتبار أن أحكامها ثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيها .

الجدور التاريخية لعملية تقنين الأحكام الشرعية العملية: يرى الكثير من الباحثين أن البداية الرسمية لتقنين الأحكام الشرعية العملية كانت عندما اتجهت الحكومة العثمانية في أواخر القرن الثالث عشر الهجري إلى تأليف مجلة الأحكام العدلية على شكل القانون المدني الفرنسي.

وعليه فما كان قبلها ما هو إلا مجرد محاولة لجمع الناس على مذهب واحد كما حدث "لأبي جعفر المنصور" مع "عبد الله ابن المقفع"⁽¹⁰⁾ ومع الإمام "مالك"⁽¹¹⁾ - رضي الله عنه -، ثم بعد تأليف هذه المجلة ظهرت محاولات رسمية أخرى ترنو إلى تقنين الفقه الإسلامي، وذلك في مختلف الدول العربية، والإسلامية، وفيما يلي إطلالة سريعة على محتوى هذه المجلة العظيمة، ثم ألمح بعد ذلك إلى التعريف ببعض المجهودات التي بذلت بعدها.

أولاً - مجلة الأحكام العدلية أول تقنين للأحكام الشرعية العملية:

تعد هذه المجلة أول تقنين رسمي للأحكام الشرعية العملية، ولوقوف على أهميتها يحسن بنا التعرض بالشرح للعناصر التالية:

أ - سبب تأليف المجلة: بالنظر إلى الظروف التي أنشئت فيها هذه المجلة يظهر بأن ثمة أسباب دعت إلى سنّها، لخصها بعضهم في:

- تنامي الدعوة إلى الإصلاح في أوروبا: ⁽¹²⁾ لقد تميز القرن التاسع في بداياته بالدعوة إلى تدوين القوانين في أوروبا، وخاصة بعد تدوين القانون المدني الفرنسي، الذي

تأثر به العثمانيون، فكان ذلك دافعا للمطالبة بالإصلاح⁽¹³⁾ مما ترتب عليه ظهور تغير في المنظومة القضائية العثمانية حيث برز في القضاء الشرعي ازدواجية المحاكم والقضاء، وتأسس القضاء النظامي إلى جانب القضاء الشرعي، فصدرت بذلك إرادات سلطانية في بعض المسائل الفقهية كمنع سماع الدعوى مع مرور الزمن، وعدم نفاذ وقف المدين بالقدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله⁽¹⁴⁾.

-إنشاء المحاكم النظامية: تعمّدت السلطة العثمانية إنشاء محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية، فوّضت لها بعد ذلك النظر في مختلف الدعاوي التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية⁽¹⁵⁾، ولأجل التسهيل على قضاة هذه المحاكم الذين لم يكن باستطاعتهم أخذ الحكم الفقهي من الكتب الفقهية دعت الحاجة إلى تجميع الأحكام الشرعية المدعّمة بالأقوال القوية المعمول بها، فصدرت إرادة سلطانية بتكوين لجنة من مشاهير العلماء لتقنين هذه الأحكام على شكل قانون عام، وكان ذلك في عهد السلطان الغازي "عبد العزيز خان العثماني" حيث ابتدأ عملها رسمياً عام 1286هـ/1989م وانتهى أواسط عام 1293هـ/1876م، وكتبت أولاً باللغة التركية ثم ترجمت إلى العربية⁽¹⁶⁾.

ب - التعريف بالمجلة: هي مجموعة الأحكام الشرعية المتعلقة بقسم المعاملات دون العبادات، ألفها أصحابها من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي غير ملتزمين بالقول الراجح في المذهب، وإنما بالقول الذي يوافق حاجات العصر تيسيراً، وتخفيفاً على الناس، والدليل على ذلك أنك تجدهم في بعض الأحيان لا يلتزمون بالمذهب الحنفي وإنما يأخذون بقول أحد أئمة الإسلام سواء كان من أئمة المذاهب الأربعة أو من غيرهم، ومن ذلك تجدهم في أحكام البيع بالشرط يأخذون بقول عبد الله بن شبرمة⁽¹⁷⁾.

هذا وقد رُتبت مباحثها وفق منهج الكتب والأبواب الفقهية التي درج عليها الفقهاء المتقدمين إلا أنها ميّزت - فصلت - بينها بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها فجاء مجموعها في ألف وثمان مائة وإحدى وخمسين مادة (1851 مادة)⁽¹⁸⁾.

ت - محتواها: الناظر في مضمون هذه المجلة يجد بأن أصحابها اتبعوا في تبويب، وتنظيم أحكامها نفس المنهج الذي اتبعته القوانين الوضعية الحديثة، حيث قسمت إلى

أبواب، وفصول، وأقسام، لكنها تختلف عنها بذكر بعض الأمثلة والتفسيرات في متن المواد ليسهل فهمها وتطبيقها⁽¹⁹⁾.

كما احتوت أيضا على تسع وتسعين قاعدة فقهية⁽²⁰⁾ وستة عشر كتابا⁽²¹⁾ تعالج جميعها المعاملات المدنية والتجارية وأحكامها القضائية⁽²²⁾.

لكن رغم هذا المجهود فإنه يلاحظ على المجلة أنها لم تشر إلى الأحكام القضائية الخاصة بالأسرة من زواج وطلاق، وأحكام الأولاد، من نسب وولاية، وميراث ووصية وكذا أحكام الوقف، وأحكام العقوبات؛ بحجة أن هذه الأحكام كان يطبقها قضاة شرعيون بينما الأحكام المدنية والتجارية كان يطبقها حكام غير شرعيين⁽²³⁾.

ث - مزايا المجلة: لقد كان صدور المجلة على شكل مواد قانونية فتحا جديدا في تاريخ الفقه الإسلامي، ذلك لأنها ملأت فراغا كبيرا في عالم القضاء، والمعاملات الشرعية خاصة وأنها كانت مبعثرة، ومتناثرة في بطون كتب الفقه فأصبحت منظمة مقننة أحسن تقنين ملزمة للأفراد، وللقضاة، بحيث لا يجوز لهم أن يحكموا بغير ما نصت عليه إلا إذا لم يجدوا فيها ما يحكمون به، وبهذا تحقق حلم "ابن المقفع - رحمه الله - منذ عهد الخليفة "أبي جعفر المنصور".

هذا وقد تميزت هذه المجلة عن المجلة الفرنسية، وغيرها من المجالات بوضع مقدمة عامة بمائة مادة، وتصدير كل فصل وكل كتاب بتمهيد، مع تقديم أمثلة لمزيد شرح المادة، والإسهاب في ذكر التعريفات، ورد المباحث، والفروع إلى مناسباتها، ومطابقتها. كما قسمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية، وفرعية كالتعريفات، والشروط والأحكام، وميزتها بفصول مضبوطة محددة، وألحقت كل مسألة بموضوعها، وبهذا يمكن القول بأن هذه المجلة هي بحق أول تقنين في العالم الإسلامي بالمعنى القانوني؛ لأنها اكتسبت صفة الإلزام بصدورها من قبل الدولة وعليه يكون ما سبقها مجرد تأليف علمي حر.

هذا ويؤخذ عليها أنها لم تتطرق بشيء من التفصيل إلى نظرية الالتزامات باستثناء بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي تضمنها كتاب الإلتلاف والغصب. وقد ترتب على هذا النقص تأليف الكثير من القوانين المكمل لها وذلك مثل قانون الأراضي وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة، ونظام إيجار العقار، وغير ذلك من القوانين الجزائرية⁽²⁴⁾.

ج - شرح المجلة: نظرا لأهميتها العلمية، ولكونها عملا فريدا في تاريخ الفقه الإسلامي، فإن هذا المجهود النفيس قد اهتم بشرحه جمهرة من العلماء الأفاضل الذين تركوا أعمالا جلييلة أذكر منها:

- شرح "مسعود أفندي" الموسوم بـ: "مرآة مجلة الأحكام العدلية"، وهو من أقدم الشروح باللغة العربية طبع بالاستانة سنة 1299هـ/1881م يحتوي على بيان صحيح للمأخذ، مع شرح وجيز واضح⁽²⁵⁾.

- شرح "سليم رستم باز اللبباني" الموسوم بـ: "شرح المجلة" طبع سنة 1888 وهو شرح يتميز بالوضوح والبعد عن التوسع⁽²⁶⁾.

- شرح "محمد سعيد المراد الغزي" الموسوم بـ: "كتاب الأدلة الأصلية شرح مجلة الأحكام العدلية" وهو شرح وجيز يقع في ثلاثة أجزاء صغيرة يحتوي على المواد الكلية وعلى مقابلات مفيدة^{(27) (28)}.

ثانيا - التقنين فيما بعد المجلة: استحسن الغالب من علماء الأمة العمل الذي قامت به اللجنة التي ألغت المجلة العثمانية، ولذلك تجدهم في مختلف عواصم البلاد العربية والإسلامية قد اهتموا بهذا العمل.

غير أن الناظر في مجوداتهم يجد بأن منهم من مال إلى الأخذ من مذهب واحد من المذاهب الأربعة كما قال "محمد مخلوف": « ولا مانع من اتخاذ المذهب الفقهي في البلاد أسا في فروعه، وأصوله في العمل، ويضم إليه من باقي المذاهب ما تدعو الضرورة للأخذ به بدلا من بعض أحكامه تيسيرا على الناس، وأخذا بالأصلح والأعدل في هذا الزمان⁽²⁹⁾ ». لكن البعض منهم رجح الأخذ من جميع المذاهب الأربعة، ومن غيرها شريطة أن تتفق مع روح العصر، وتحقق مصالح الناس، وتنشر العدل والأمن بينهم⁽³⁰⁾، وفيما يلي لمحة موجزة عن بعض هذه الجهود الجادة التي قننت الفقه الإسلامي:

أ - جهود التقنين في مصر: تعود الجذور التاريخية لمحاولات تقنين الفقه الإسلامي في مصر إلى عهد "محمد علي" حيث عمل هذا الأخير على توحيد القضاء، واعتماد المذهب الحنفي المذهب الرسمي للدولة⁽³¹⁾ ثم بعده قام الشيخ "محمد الجزائري" بوضع قانون مدني على شكل قانون "نابليون" غير متقيد بمذهب معين إلا أن الظروف الدولية آنذاك أجهضت عمله⁽³²⁾. ثم في عهد "الخديوي إسماعيل" طلب هذا الأخير من علماء الأزهر تأليف كتاب في الحقوق والعقوبات لكنهم تمنعوا بحجة أن فيه

خروجاً على ما ألفوه⁽³³⁾، وكذلك فعلوا مع "الخدوي توفيق" حيث رفضوا طلبه المتمثل في وضع تقنين مدني مستمد من الشريعة الإسلامية⁽³⁴⁾.

لكن بعد "الخدوي توفيق" تصدى "محمد قدري باشا" (1306هـ/1888م) لهذا العمل النفيس وقام بمجهودات فردية تكلفت بوضع مشروعات قوانين قننت فيها الأحكام الشرعية العملية على مقتضى المذهب الحنفي ومنها: كتاب "في المعاملات المدنية" الموسوم بـ: «كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان»، وهو كتاب نفيس اشتمل على ألف وتسعة وأربعين مادة تناول فيها أحكام الأموال، والحقوق المتعلقة بها، وأسباب الملك، والمدائبات والضمانات والحقوق عموماً⁽³⁵⁾ وكتاب: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" على مذهب "أبي حنيفة النعمان" يتكون هذا الكتاب من 647 مادة تناول في مجموعها الأحكام الخاصة بالزواج، والطلاق، والنسب، والوصية، والهجر والهبه، والمواريث⁽³⁶⁾، وكتاب: "العدل والإنصاف في حل مشكلات الأوقاف" ويتكون من 646 مادة يشمل الوقف وأحكامه، ولم يكن لهذا الكتاب موضع في المجلة وطبع سنة 1893⁽³⁷⁾.

ت - التقنين في ليبيا: قام الشيخ "محمد عامر" سنة 1937 بوضع بعض القواعد من الفقه المالكي في مجال المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية موسومة بـ "ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك"

وقد قسم هذا الكتاب إلى أربعة أقسام في القضاء الشرعي ومتعلقاته، وفي الأحوال الشخصية، وفي المعاملات، والتبرعات، وفي المواريث، وتقع جميعاً في 928 مادة.

كما صدر في: 1971/10/28 قرار: "يقضي بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات، وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية خاصة في الزكاة والربا، والغرر، والوقف، والحدود" ⁽³⁸⁾.

ث - التقنين في تونس: لقد عرفت البلاد التونسية مجهودات كثيرة في مجال تقنين الأحكام الشرعية العملية، وذلك منذ عهد الأمان وإلى سنة 1965م. ولعل أهم هذه المجهودات تتمثل في "قانون عهد الأمان" الذي وضع بأمر المشير الثاني "محمد باشا باي" سنة 1857م، والذي احتوى على إحدى عشرة قاعدة فقهية رسمت جميعها

منهجاً إصلاحياً للسياسة التونسية وأرست نظاماً قضائياً منظماً وفق القواعد والأسس الحديثة.

ثم تتالت التقنينات الفقهية في هذه البلاد بعد عهد الأمان، والتي أخذت من مذهب الإمام "مالك" ومذهب "أبي حنيفة" فقط، ولعل أهمها يتمثل في: تقنين مجلة "الالتزامات والعقود"، وتقنين "مجلة الأحوال الشخصية"، ومجلة الحقوق العينية، وكلها موضوعة بشكل كلي من أحكام الفقه الإسلامي.⁽³⁹⁾

ج - التقنين في السعودية: لقد عرفت البلاد السعودية رغم نفور أغلبية علمائها من كلمة «تقنين» محاولة

جادة لتقنين الأحكام الشرعية العملية، وتتمثل في العمل القيم الذي قام به الشيخ "أحمد عبد الله القاري المكي" ⁽⁴⁰⁾، والموسوم بـ: «مجلة الأحكام الشرعية على فقه المذهب الحنبلي»، حيث وضعت على منوال مجلة الأحكام العدلية العثمانية، وتضمنت إحدى عشر كتاباً موزعة على ألفين وثلاثمائة واثنين وثمانين مادة (2382) تناولت أحكام المعاملات ومسائل القضاء ⁽⁴¹⁾ (42).

ح - التقنين في الجزائر: إن المستقرى لتاريخ تطور الفقه الإسلامي بالبلاد الجزائرية يجد بأن أهلها لم يعرفوا قبل الاستعمار الفرنسي مسألة تقنين الأحكام الشرعية العملية، وإنما كانوا يأخذون هذه الأحكام من كتب المذهب المالكي والحنفي على اعتبار أنهم كانوا يتمذهبون بهذين المذهبين وخاصة أيام الحكم العثماني للجزائر ⁽⁴³⁾.

لكن بعد دخول فرنسا الاستعمارية إلى التراب الجزائري عملت هذه الدولة على بسط نفوذها، وجعل أهل الجزائر يخضعون لأحكام قانون فرنسا، وذلك في جميع التصرفات، والمعاملات ما عدا ما يتصل بأحكام الزواج والطلاق.

هكذا، وبعد مرور نصف قرن من تجريد القضاء الإسلامي من اختصاصاته، وبعد أن قرروا فصل الدين عن الدولة أصدر في 22 مارس 1905 الحاكم العام للجزائر "دومنيك لوسيان" قراراً يقضي بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية لتطبق بعد ذلك على المسلمين الجزائريين ⁽⁴⁴⁾.

وبناء على هذا القرار عين "دومنيك" الأستاذ "مارسيل موران M. Morand" ⁽⁴⁵⁾ بإعداد المشروع الموسوم بـ: "تدوين الحثيات والخصوصيات في الشريعة الإسلامية

المطبقة على المسلمين في الجزائر" (46)، وأسس هذا الأخير سنة 1906 لجنة تكونت من ستة عشر عضوا فرنسيا، وستة علماء جزائريين لتقنين الأحكام الشرعية الخاصة بالأسرة، والوقف، والعقارات، والبيئات وفق المذهب الحنفي، والمالكي والشافعي والاباضي (47).

هذا وقد اجتمعت اللجنة لأول مرة في: 27 ماي 1905م وانتهت من عملها في 146 ماي 1914م بعد أن ألفت سبعمائة وواحد وثمانين مادة (781م)، تتضمن أربعة كتب في الأحوال الشخصية والوقف والعقارات والبيئات (48).

لكن رغم دور "لوسيان" و"موران" فإن هذه المجلة قد صدرت باسم عالمين جزائريين هما: "مصطفى بن أحمد الشرشالي"، و"عبد الرزاق بن محمد الأشرف" وقد دامت فترة قصيرة، ولم تكن ملزمة، وإنما كانت للاستشارة فقط، ولذلك لم تعترف بها المحاكم العليا، حيث كانت ترى فيها مجرد مشروع ليست له أي أولوية على قواعد الفقه الإسلامي (49).

كما لم تعترف بها غالبية الجزائريين؛ لأن نية فرنسا مكشوفة، وهي محاولة دمج الشريعة الإسلامية في القانون الفرنسي، وفتح أبواب التجنس، والزواج المختلط، وما يترتب على ذلك من عواقب تؤدي إلى ذوبان الجزائريين في غيرهم، وقد حاول "موريس فيوليت" خلال العشرينيات عندما كان حاكما عاما إحياء المشروع عشية الاحتفال المئوي بالاحتلال لكنه فشل أيضا، ومنذ ذلك الحين دفن المشروع إلى أن استقلت الجزائر سنة 1962م، حيث قام المشرع الجزائري في سنة 1984م بتقنين أحكام الأسرة (50)، والميراث والأوقاف وفق المذهب المالكي، وأصبح منذ هذا العام قانونا رسميا للدولة الجزائرية (51).

يظهر مما تقدم بيانه أن الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسرة والأوقاف لم تقنن في الجزائر بصفة رسمية إلا بعد الاستقلال حيث أصبحت ملزمة بمجرد صدورها في الجريدة الرسمية، وعليه يمكن القول أن ما قامت به لجنة "موران" ليس تقنيننا وإنما محاولة لتنظيم الأحكام الشرعية في كتاب مستقل كما فعل المتقدمون.

منهج التقنين: الحق أن عملية تقنين الأحكام الشرعية تتطلب منا الوقوف على المنهج الأمثل لتقنينها، وعلى الضوابط التي تحكم هذا المنهج، وفيما يلي كلمة مختصرة حول هاتين المسألتين:

أ - منهج التقنين: يقصد به كما قال السنهوري: " أفضل السبل التي تتبع في عملية التقنين"⁽⁵²⁾

يستفاد من هذا التعريف أن المنهج الأمثل لتقنين الأحكام الشرعية العملية يجب أن يركز أساسا على معرفة الجهة المتصدرة له، ثم الخطوات المنهجية لهذه العملية ثم موضوع التقنين:

1 - الجهة المتصدرة للتقنين: استقر العمل منذ المجلة العثمانية، وإلى يومنا هذا على أن يقوم بهذا العمل الجليل علماء الشريعة، وعلماء القانون الذين لهم دراية، بالمنهج العلمية المختلفة، وهذا ما أبانه الشيخ "أحمد محمد شاكر" بقوله: "يسند ذلك إلى لجنة قوية من أساطين رجال القانون، وعلماء الشريعة، ويجب أن تكون موفورة العدد، يُكوّن منها لجنة عليا تضع الأسس، وترسم المناهج، وتقسم العمل بين لجان فرعية، ثم تعيد النظر فيما صنعوا ووضعوا لتنسيقه، وتهذيبه...حتى إذا ما استقر الرأي عليه عرض على السلطات التشريعية لإقراره، وإصدار القانون للعمل به"⁽⁵³⁾.

وهذا ما طبقته جميع الدول العربية، وخاصة منها الجزائر التي أسندت جهة تقنين قانون الأسرة في سنة 1984م إلى أعضاء المجلس الأعلى الإسلامي، وإلى ثلثة من القضاة، وعلماء القانون، وعليه يمكن القول بأن هذه المهمة النفيسة لا يجوز أن يتصدر لها فرد واحد، وأن يتوفر في الأعضاء شرط الاجتهاد، والإلمام بالمنهج القانونية المعاصرة، والمجالات العلمية الحديثة.

2 - الخطوات المنهجية لعملية التقنين: لا يمكن لأي لجنة أن تفلح في عملها ما لم تتبع هذه الخطوات المنهجية، والتي من أهمها:

- التبويب: يقصد به تصنيف الأحكام المستخرجة من بطون الكتب الفقهية إلى أبواب، وفصول، ومباحث وهكذا.⁽⁵⁴⁾ حيث يشترط أن يكون العمل علميا يوافق ما اتفق عليه علماء المنهجية، ونرى بأن ذلك لا يتحقق إلا بـ:

أن يكون التبويب متماسكا ومنطقيا، ويتم هذا إذا ما روعي فيه تبيان الأهمية العلمية لهذه الأحكام، واجتناب إظهار الجانب النظري للأحكام، وتنظيم الأبواب والفصول بحسب ورودها في المؤلفات الفقهية الأصلية، لأن التبويب الحسن يُعين على الفهم والاستيعاب، ومن الأحسن أن يتقدم - يتصدر - جميع الأبواب باب يتضمن القواعد

العامة، وذلك مثل ما قامت به اللجنة المؤلفة للمجلة العثمانية، وفي ذلك تسهيل على القضاة، وربط لأحكام بالأصول الفقهية⁽⁵⁵⁾.

هذا ولا شك أن حسن التبويب يترتب عليه كما قال "السنهوري" عدة محاسن والتي منها غلبة الروح العلمية على الروح العملية، والفقهية، ويتحقق هذا بتجنب ذكر الأمثلة، والأسباب والتعليل والتعريفات، والتقسيمات الفقهية وتجنب الإحاطة بكل الجزئيات؛ لأن ذلك من مهمة الفقهاء والقضاة⁽⁵⁶⁾.

-**الأسلوب:** يقصد به تقنين الأحكام بألفاظ سهلة لا تعلقو على إدراك المثقفين، ولا تنبو عنها أذواق المتخصصين بحيث يمكن فهمها دون اللجوء إلى التأويل، وهذا لتفادي ما وقعت فيه المجلة العثمانية⁽⁵⁷⁾.

-**المصطلحات:** اتفق جمهور الباحثين على وجوب اعتماد المصطلحات الفقهية التي درج عليها المتقدمين في كتبهم⁽⁵⁸⁾.

-**موضوع التقنين:** يقصد به مجاله، ومحتواه، حيث ذهب أغلب الباحثين إلى أن مجاله ليس جميع الأحكام الشرعية من عقائد وأخلاق، وعبادات، وإنما هي الأحكام المتعلقة بقسم المعاملات⁽⁵⁹⁾ فقط، وهي عادة تثبت إما بنصوص قطعية الدلالة والثبوت، وإما بنصوص ظنية الدلالة، والثبوت وإما لم يرد بشأنها نص لا قطعي، ولا ظني وهو مجال خصب للتقنين.

-**مصدره:** يقصد به العلماء المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية المقننة وهي القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة وإجماع الصحابة، وفتاويهم، والقياس الجلي الصحيح على كتاب الله وسنة نبيه "ص"، مع جواز الرجوع إلى المصادر الفقهية التي ألفها المتقدمين لاختيار الرأي الراجح وذلك بعد دراسة مقارنة بين أقوالهم.

-**ضوابط التقنين:** أقصد بالضوابط تلك الأسس التي تجعل الأحكام الشرعية المقننة ملزمة للمسلمين؛ لأن الصياغة لا تكفي وحدها لتحقيق هذا المقصد النبيل، وعليه يمكن تلخيص هذه الضوابط في النقاط التالية: — أن تكون الشريعة مصدرا للتقنين: ⁽⁶⁰⁾ بمعنى أنه لا يجوز أن يخرج المقنن عن المصادر المعروفة للشريعة الإسلامية، والأبطل عمله، ويترتب على هذا الضابط وجوب احترام المسلمين لجميع التقنينات التي تصدر عن اللجنة المكلفة بذلك، وهو ما يعرف في القوانين الوضعية بمبدأ المشروعية .

-مراعاة مقاصد الشارع من التشريع⁽⁶¹⁾: المعروف أن ديننا الحنيف قد انبنى على رعاية المقاصد بأنواعها الثلاثة، من ضروريات (حفظ الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل)، ومن حاجيات وتحسينيات.

لهذا يجب على المقتن أن يحترم هذه المقاصد جميعها ويحرص دائما على جلب المصلحة، ودفع المفسدة.

-مراعاة العرف: يقصد بالعرف هنا ما سار عليه الناس من قول أو فعل، أو ترك ما لم يخالف دليلا شرعيا ولم يحل حراما، ولم يبطل واجبا، وهذا ما نصت عليه المادة 21 من مشروع قانون إنشاء هيئة تقنين الأحكام الشرعية في الجمهورية اليمنية⁽⁶²⁾.

مما تقدم يتبين بأن عملية تقنين الأحكام الشرعية العملية لا يمكنها أن تكتسب الصفة الإلزامية إلا إذا تقيدت بمنهج واضح ومحدد، والتزمت بضوابط معينة، وبهذا تتميز عن غيرها من التقنيات الوضعية حيث نجد مثلا الجهة المصدرة للأحكام تتمثل في العلماء المجتهدين، بينما في غيرها تقوم بها السلطة التشريعية وكذلك مسألة توظيف القواعد الفقهية، ومراعاة المصطلحات الفقهية الأصلية، والمصالح، والعرف واعتبار مصادر الشريعة المصدر الوحيد للتشريع، وفي هذا اختلاف كبير بين العمليتين.

-مشروعية تقنين الأحكام الشرعية العلمية: الحق إن المتتبع لأراء العلماء المتقدمين منهم، والمتأخرين يجد بأنهم قد اختلفوا حول هذه المسألة إلى مذهبين: مذهب يرى بأنه لا يجوز تقنين الأحكام الشرعية على اعتبار أن ولي الأمر لا يحق له إلزام الرعية برأي أو مذهب واحد.

ومذهب آخر يرى بأنه لا مانع شرعاً، من أن يقوم ولي الأمر بإلزام الناس برأي واحد، وفي ما يلي بيان لحجج كل رأي على حده، مع محاولة التوفيق بينهما:

أ - المذهب الأول: يرى أصحابه وهم من المتقدمين وبعض المتأخرين أنه ليس لولي الأمر أن يلزم الناس مذهب واحد للأسباب التالية: لا يعلم من هدي الصحابة - رضي الله عنهم - إلزام واحد منهم للأخر بقوله، بل المعهود بالنقل خلافه⁽⁶³⁾، وهو ما أكدّه الإمام "الشافعي" بقوله: "أجمع الناس على أن من استبانته له سنة رسول الله «ص» لم يدعها لقول أحد"⁽⁶⁴⁾

-التقنين مَدخل لتغيير الشريعة بزيادة أو نقص، أو تبديل أو تعديل، وهو بذلك طريق إلى الحكم بغير ما أنزل الله⁽⁶⁵⁾ قال "ابن تيمية" معضداً هذا السبب: " وولي الأمر إن عَرَفَ ما جاء به الكتاب والسنة حكم بين الناس به، وإن لم يعرفه، وأمكنه أن يعلم ما يقول هذا، وما يقول هذا حتى يعرف الحق حكم به، وإن لم يمكنه لا هذا، ولا هذا، ترك المسلمین على ما هُم عليه، كل يعبد الله على حسب اجتهاده، وليس له أن يُلزم أحداً بقبول قول غيره وإن كان حاكماً ...»

-التقنين حجرٌ على الأحكام الشرعية؛ لأنه يمنع من تغيير الفتوى رغم تغيّر الزمان، وفي هذا تعارض مع القاعدة الفقهية التي تنص على أن: "الفتوى تتغير بتغير الأزمنة والأحوال"⁽⁶⁵⁾

-التقنين سبب رئيسي للقضاء على التراث الإسلامي قضاءً نهائياً في مجال البيان لأحكام المعاملات لأنه يكتفى به⁽⁶⁶⁾ -التقنين فيه تضيق على المسلمين بحملهم على قول واحد بصفة مستديمة، والحال أنهم غير مقيدین وليس ثمة نص يأمرهم بذلك⁽⁶⁷⁾

-التقنين سبيلٌ لهجر الفقه الشرعي كُله، بحيث يصير لا يرجع إلا للمواد المقتنة، لأنها أضحت ملزمة من قبل ولي الأمر⁽⁶⁸⁾.

هذا وقد استدلووا على صحة ما ذهبوا إليه بمجموعة من الآيات القرآنية أذكر منها: - قوله تعالى لنبیہ صلی الله علیه وسلم: « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً» المائدة 42.

معنى هذه الآية بحسب رأيهم أن المولى عز وجل قد أمر نبیہ «ص» بأن يحكم بين الناس بالعدل ومن ثم يجب على القضاة من بعده «ص» أن يحكموا بما يدينون به من الحق لا بما ألزموا من تقنين قد يرى الحق بخلافه⁽⁶⁹⁾.

وقوله تعالى مبيناً المرجع عند التنازع: « إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِآيَاتِنَا سَوْفَ نُصَلِّيهِمْ نَارًا كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا لِيَذُوقُوا الْعَذَابَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَزِيزًا حَكِيمًا» النساء 56: يستفاد من هذه الآية أن الرد إلى الله معناه: تحكيم كتاب الله وسنة رسوله "ص" عند التخاصم، والتجاجج، وبذلك يبطل الرجوع إلى غيرهما⁽⁷⁰⁾.
وقوله تعالى: « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا» الأحزاب 36 .

قال ابن القيم معقباً على هذه الآية: "فقطع سبحانه وتعالى التخيير بعد أمره وأمر رسوله «صلى الله عليه وسلم»، فليس لمؤمن أن يختار شيئاً بعد أمره «صلى الله عليه وسلم» بل إذا أمر فأمره حتم، وإنما الخيرة في قول غيره إذا خفي أمره، وكان ذلك الغير من أهل العلم به وبسنته، فهذه الشروط يكون قول غيره سائغ الاتباع لا واجب الاتباع، فلا يجب عليّ إتباع قول أحد سواه»⁽⁷¹⁾.

ب - المذهب الثاني: ويمثله العلماء المتأخرون الذين ذهبوا إلى أن لولي الأمر الحق في إلزام الناس بمذهب واحد لأن ذلك يندرج ضمن الأعمال السياسية التي يحق لهم القيام بها، وقد احتجوا على وجهة ما ذهبوا إليه بما يلي:
- استدلوا بقوله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ... » النساء 59.

قالوا يستفاد من هذه الآية أن ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية، ولا تعارض مع المبادئ العامة للشريعة وجبت طاعته لهذه الآية، وعليه فإن الإلزام بالتقنين ليس فيه معصية لا ظاهراً، ولا ضمناً، ولا يتعارض مع الشريعة بوجه، بل فيه مصلحة كبرى تعود على جهاز القضاء وعلى الناس جميعاً، وتندفع به أيضاً مفسدات كثيرة، ومادام يتضمن أحكام الشريعة فقط فإن ذلك ليس إلا تطبيقاً لأحكامها وليس زائداً عليها⁽⁷²⁾.

يظهر من هذا التعليل أن التقنين تترتب عليه جملة من المصالح أخصها في الآتي:
سهولة مراجعة الأحكام الشرعية⁽⁷³⁾ والحد من كثرة الأهواء والحيل⁽⁷⁴⁾ وإبعاد الشبهة عن القضاة⁽⁷⁵⁾ وتنظيم المسائل والأحكام⁽⁷⁶⁾ وتوحيد القضاء⁽⁷⁷⁾.

- كما استدلوا أيضاً بما فعله السلف رضي الله عنهم حيث جمع عثمان رضي الله عنه الناس على مصحف واحد، وقراءة واحدة، وأحرق ما عداه من المصاحف، وذلك سداً منه لباب الخلاف⁽⁷⁸⁾.

إذا فهذا العمل الجليل يمكن القياس عليه في هذه المسألة، وعليه يمكن القول بأنه يجوز حمل الناس على مذهب واحد دفعا للاختلاف والتشتت المقيت الذي لا يرجى منه الخير.

- كذلك قالوا: إن التقنين قد تمّ باختيار جماعة من العلماء المتخصصين، خاصة وإن الإجماع ينعقد بقول الأكثر من أهل العصر في قول الجمهور⁽⁷⁹⁾ وهو ما أشار

إليه البوطي بقوله: "إن الذين يتحملون مهام تقنين الأحكام الفقهية، وتحضيرها بين يدي القضاة للتنفيذ ليسوا جماعة من دهماء الناس، ولا فئة من المحامين، والقانونيين الذين لم تتح لهم دراساتهم أن يطلعوا من الشريعة الإسلامية إلا أشكالها، ورسومها، ولا ثلة من الأدباء الذين يتفنون رصف الكلام، وفن التعبير، ولكن الذين يتحملون هذه الأمانة هم الفقهاء الذين تبصروا بأحكام الشريعة الإسلامية، وتم لهم الاتصال الوثيق بأمهات الكتب الفقهية القديمة بل الأصلية، مع دراسات قانونية فتحت أمامهم آفاق المقارنة في المضمون والشكل، وهؤلاء الفقهاء تفيض بهم بحمد الله بلادنا العربية والإسلامية"⁽⁸⁰⁾.

-وقالوا أيضا: إنه ليس ثمة دليل يقضي بالمنع، وعليه فهو من المصالح المرسله، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن⁽⁸¹⁾.

التوفيق بين الرأيين: يظهر مما تقدم بيانه أن الحجج التي قدمها المجيزين للتقنين أقوى، وأظهر للاعتبارات التالية:

-الملاحظ أن جميع دول العالم الإسلامي قد قامت بتقنين الأحكام الشرعية المتعلقة بقسم المعاملات، وذلك استجابة لرأي الجمهور من العلماء الذين لا يمانعون من ذلك، وهو ما ترجمته المادة الخامسة من النظام الأساسي لمجمع الفقه الإسلامي حيث نصت على أنه: "يسعى المجمع لتحقيق أهدافه بكل الوسائل الممكنة ومنها: تقنين الفقه الإسلامي عن طريق لجان متخصصة"⁽⁸²⁾

-عدم تمتع قضاة العصر بخاصية الاجتهاد⁽⁸³⁾ في مقابل كثرة عدد القضايا، والنوازل التي استجدت في هذا العصر، وبذلك أصبح تقنين الأحكام ضرورة يفرضها الواقع تيسيرا على القضاة، وتحقيقا لمصالح الناس، ودفعاً للمفاسد التي يمكن أن تترتب عن التأخير في إيجاد الحكم الشرعي لهذه القضايا المستعجلة.

-إن التقنين الذي ننشده هو ذلك التقنين الذي يهتم بتقنين الأحكام المتعلقة بالمعاملات دون العبادات.

-وكذلك فإننا لا نقول بتقنين واحد يطبق في كل دول العالم الإسلامي لاستحالة ذلك عمليا، وإنما المتصور أن تتعدد التقنينات، بحيث يصير لكل دولة تقنينها الخاص بها، وهذا جائز قياسا على جواز أن يتمذهب كل إقليم بالمذهب -الفقهي الذي يختاره.

- كذلك إن التقنين الجائز في نظرنا هو ذلك النوع الذي يُتخير فيه الرأي الراجح في المذاهب الفقهية المختلفة مع الإشارة إلى الآراء الموازية ليسهل حينئذ على الناس التعرف على الحكم الشرعي.

- ليس في التقنين حجر على اجتهاد القاضي، وعمله؛ لأن الفضل يعود إليه في تحقيق الملاءمة بين النص والواقعة، وفي تفسير النصوص المجملة.

- ثم إنه في كثير من الأحيان يترك مجال للقاضي ليحكم فيه بين حدين أحدهما أقصى وآخر أدنى.

إن وجود نظام درجات التقاضي يؤمّن حالة الخطأ عند القاضي فيكون الاستئناف علاجاً لما وقع من الخطأ أمام محاكم الدرجة الأولى ثم يكون المرجع الأعلى أمام محكمة النقض التي تختص في معالجة الخطأ في تطبيق القانون والتي تكون أحكامها هادية للمحاكم الدنيا، وبذلك يكون للقضاة الحرية في الاجتهاد، وهذا هو المعمول به الآن مع وجود تقنين مكتوب.

- النصوص القرآنية التي احتج بها المانعون لا يفيد ظاهرها المنع من التقنين، بل هي في مجملها تدعو إلى تحكيم كتاب الله، وسنة نبيه "ص"، وإلى وجوب طاعته، وطاعة أولي الأمر⁽⁸⁴⁾

وعليه نرى بأن تأويلهم لمعنى هذه النصوص هو من باب التعسف المقيت، ولي أعناق النصوص، وتحميلها ما لا تحتل وفي ذلك اعتداء باطل.

كما نرى أيضاً بأن التقنين لا يخرجنا من دائرة الحكم بما أنزل الله، ولا يبعدنا عن طاعته وطاعة نبيه "ص" وأولي الأمر بل العكس هو الصحيح، لأننا اجتهدنا في استخراج الأحكام الشرعية المبتوتة في بطون الكتب، ورتبناها أحسن ترتيب لكي يسهل على القاضي، وعلى المتقاضى الانتفاع منها كما نكون بهذا العمل قد وافقنا روح المبادئ التي انبنت عليها الشريعة، والتي من أهمها: اليسر، ورفع الحرج، ودفع الضرر، ومواكبة النوازل، والمستجدات، وفي ذلك خير كبير.

كما أننا إذا قمنا بتقنين أحكام الفقه الإسلامي ونشرناها في مختلف عواصم الدول غير الإسلامية نكون بذلك قد قمنا بعمل جليل، وفتح جديد، وهو تعريف الغير بترائنا النفيس، وبذلك ندفع الكثير من الشبه التي تثار تجاه ديننا الحنيف، وخاصة

في هذه الأيام التي استشرى فيها الحقد ضد الإسلام إلى أن وصل إلى حد الاستهزاء بالنبي "ص".

- دور الأحكام الشرعية في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية: الناظر في محتوى المنظومة القانونية الجزائرية بقسميها العام والخاص، يجد بأن المشرع الجزائري قد اعتمد بالأساس على المدونة الفرنسية وعلى الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه المختلفة وخاصة فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأسرة التي استنبط أحكامها من المذهب المالكي بشكل أساسي مع أخذه ببقية المذاهب في بعض المناسبات. وللقوف على هذه الحقيقة يكون من الواجب تقديم نماذج لدور الأحكام الشرعية في إثراء هذه المنظومة لأن المساحة المسموح بها في مثل هذا المقال لا تمكننا من التطرق لجميع فروعها، وفيما يلي عرض لدور هذه الأحكام في إثراء القانون المدني وقانون الأسرة.

أولاً - دور الأحكام الشرعية في إثراء القانون المدني⁽⁸⁵⁾:

الدارس لهذا القانون يجد بأن المشرع الجزائري قد أثرى أحكام هذا القانون من أحكام الشريعة الإسلامية وذلك في الكثير من الحالات أذكر منها على سبيل التمثيل ما يلي: أخذه بنظرية التعسف في استعمال الحق⁽⁸⁶⁾ لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية وخصص لها المادة 41 م⁽⁸⁷⁾ وجعل لها تطبيقات في العديد من المواد والتي من أهمها: المادة 343 م⁽⁸⁸⁾، وم 534⁽⁸⁹⁾، وغيرهما من النصوص التي تشرح هذه النظرية⁽⁹⁰⁾.

الحق أن المشرع الجزائري قد أخذ أحكام هذه النظرية من نصوص القرآن⁽⁹¹⁾ والسنة⁽⁹²⁾ في حين نجد أن القانون الفرنسي، وغيره من القوانين لم يعرفوها إلا في أواخر القرن الماضي⁽⁹³⁾.

هذا ويقصد بها في الشرع: « استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا، أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصد الشارع من تشريع الحق»⁽⁹⁴⁾. إذا بناء على هذا التعريف نجد الفقهاء قد بحثوا في أبواب فقهية كثيرة، وخاصة منها: - باب الضمان وغيره، ووضعوا لها قواعد فقهية والتي منها: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "المشقة تجلب التيسير" والقواعد الجزئية المدرجة تحتها وهي جميعها مبحوثة في كتب القواعد الفقهية.

ثانيا - الأخذ بالإرادة الظاهرة⁽⁹⁵⁾ : بالنظر في نصوص القانون المدني وخاصة منها المادة⁽⁶²⁾ نجد المشرع الجزائري قد اعتمد إلى جانب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة في إبرام العقود⁽⁹⁶⁾، وهو بهذا يكون قد وافق المذهب الحنفي والشافعي⁽⁹⁷⁾ وخالف المذهب المالكي والحنبلي⁽⁹⁸⁾ وكذا المشرع الفرنسي لأنهم لا يعتدون بها. وتتجلى لنا مظاهر الأخذ بهذه النظرية في القانون المدني الجزائري من خلال هذه الأمثلة:

- نص المشرع الجزائري في المادة (61م) على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بمجرد وصول الإيجاب لمن وجه إليه، وعليه لا يمكن لهذا الأخير العدول عن إبرام العقد ما لم يقيم الدليل على مخالفة ذلك⁽⁹⁹⁾.

- كما ذهب المشرع في المادة (62م) إلى أن الموت أو فقد الأهلية لا يمنعان من ترتب الأثر على العقد إذا وصل الإيجاب إلى من وجه إليه قبل حدوث هذين الأمرين، وهذا لا يستقيم مع الإرادة الباطنة لأنها تنتفي بانتفائهما⁽¹⁰⁰⁾.

- كما أكد في المواد: 57 و58، و59 على أن التدليس، والغلط، والإكراه أسباب لا تؤدي إلى إلغاء العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلمها⁽¹⁰¹⁾.

- وأخذ أيضا بهذه النظرية في العقود غير الواضحة⁽¹⁰²⁾، وهذا ما يستشف من نص الفقرة الثانية من المادة 112م حيث نصت على أنه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة الواردة في بعض العقود في غير مصلحة أحد أطرافها وهذا يستدعي العمل بالإرادة الظاهرة⁽¹⁰³⁾.

ثالثا - الأخذ بنظرية الظروف الطارئة: استفاد المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في الأخذ بهذه النظرية التي تقضي بأن التزام المدين لا ينته عند وقوع حادث طارئ لم يكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، والذي يترتب عليه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد حيث لا يجعل تنفيذ المدين مستحيلا، وإنما مرهقا له، فيتدخل القاضي لتعديل العقد، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽¹⁰⁴⁾.

هذا وقد أثبتت هذه النظرية في الشريعة الإسلامية على قول النبي (ص): «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁰⁵⁾، وعلى قواعد فقهية كثيرة كقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، و"قاعدة" الضرر يزال" وقاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة».

إذا فبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية، وخالف المشرع الفرنسي الذي مايزال يقول بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز تغييره مهما تغيرت الظروف⁽¹⁰⁶⁾

رابعا -الأخذ بنظرية "الإرادة المنفردة"⁽¹⁰⁷⁾: إضافة إلى النظريات السابقة نجد المشرع الجزائري يأخذ أيضا بنظرية الإرادة المنفردة التي تبنتها الشريعة الإسلامية كمصدر للالتزام، والمستنبطة من قوله تعالى: " قَالُوا نَفَقِدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " يوسف 72. هذا وقد أورد لها المشرع أمثلة عديدة أذكر منها: الإيجاب الملزم م63 والوعد من جانب واحد م71، والوعد بجائزة الموجه للجماهور م115، وإبراء الدائن المدين م305... الخ.

خامسا -تبنى المشرع الجزائري في المادة 352م خيار الرؤية: متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية، ومخالفا للقانون الفرنسي الذي لم يأخذ بهذا المبدأ⁽¹⁰⁸⁾

سادسا -اعتبر في المادة 408م أن بيع مريض مرض الموت يدخل في حكم الوصية، وهو بهذا يوافق الشريعة الإسلامية ويخالف القانون الفرنسي.

سابعا -رتب للجانر، ومالك الحائط في المادتين 691 و704 التزامات كثيرة آخذا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية فقط⁽¹⁰⁹⁾.

ثامنا -جعل الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية: كما دلت على ذلك المادة 794، وهو بهذا يكون قد أخذ بالنظام الإسلامي الذي لا تعرفه المنظومة الغربية⁽¹¹⁰⁾.

تاسعا -ذهب المشرع الجزائري في المادة 510م إلى أن الإيجار لا ينقضي بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه: وهذا الحكم مستمد في أحكام الشريعة الإسلامية ولا يأخذ به المشرع الفرنسي⁽¹¹¹⁾.

عاشرا -انفرد المشرع الجزائري عن غيره من المشرعين في مسألة تحريم الفوائد بين الأفراد في حالة القرض مستجيبا لحكم الشريعة: وهو ما أكدته المادة 454م⁽¹¹²⁾

حادي عشر -استمد المشرع أيضا حوالة الدين⁽¹¹³⁾ (م251) من أحكام الشريعة التي تعتبر الدين جزءا من ذمة المدين المالية، بينما التشريعات الغربية لا تقول بهذا. هذه إذا عينة من بعض الأحكام التي استمدها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية، وثمة أحكام أخرى لم أذكرها خشية التناول.

ثانيا -إثراء الأحكام الشرعية لقانون الأسرة:

الناظر في محتوى قانون الأسرة الجزائري الذي صدر في 9 رمضان 1404هـ الموافق، لـ 9 يونيو 1984 يجد بأن أغلب أحكامه قد قننت بالاعتماد على الأحكام الشرعية التي تضمنتها المذاهب الفقهية الأربعة، وخاصة منها المذهب المالكي الذي كان سائدا في البلاد الجزائرية قبل صدوره⁽¹¹⁴⁾.

هذا وقد بوب المشرع الجزائري هذه الأحكام في أربعة كتب⁽¹¹⁵⁾ موزعة على مائتين وأربع وعشرين مادة⁽¹¹⁶⁾، وفيما يلي ملخص لمضامينها:

مضمون الكتاب الأول: جعله للكلام عن أحكام الزواج والطلاق، ولذلك قسمه إلى بابين، حيث عالج في الأول الأحكام المتعلقة بالخطبة، وبأركان الزواج، وموانعه، وحقوق وواجبات الزوجين، ثم ختمه بالكلام عن النسب، وأما الثاني فجعله لتوضيح مسألة انحلال عقدة الزواج أو ما يعرف بالطلاق، فتكلم عن تعريفه وعن إثباته وعن آثاره. أما مضمون الكتاب الثاني فقد جعله للكلام عن الولاية الشرعية التي تضمنت العديد من المباحث مثل: الولاية والوصاية، والتقديم، والحجر، والمفقود والغائب، والكفالة.

وأما مضمون الكتاب الثالث: فقد تناول فيه الميراث حيث بيّن فيه أسبابه وشروطه، ومن يستحقه، ومن لا يستحقه وأصناف الورثة ومسألة التنزيل، والمسائل الخاصة كالأكدرية، والمشاركة، والباهلة ثم ختمه بالكلام عن قسمة التركات. وأما مضمون الكتاب الأخير: فقد أبان فيه التبرعات، ولخصها في الهبة والوصية، والوقف.

ثم في آخر هذه الكتب الأربعة ختم المشرع هذا القانون بأحكام عامة أشار فيها إلى أن هذا القانون يطبق على جميع المواطنين الجزائريين، وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني⁽¹¹⁷⁾. كما نبه أيضا إلى وجوب اللجوء إلى أحكام الشريعة فقط في حالة انعدام النص في هذا القانون⁽¹¹⁸⁾.

هذا وقد سجلت بعض الملاحظات على هذا القانون أجملها في الآتي:

لقد اتخذ المشرع كما ألمحت سابقا المذهب المالكي مصدرا لاستخراج أحكامه مع الأخذ ببقيّة المذاهب الأخرى بحسب ما يراه محققا للمصلحة⁽¹¹⁹⁾.

كثيرا ما يحيل على القانون المدني كما في "كتاب النيابة" الذي احتوى على سبعة فصول.

وُفق في إيراد الحكم الخاص بكل مسألة مبتعدا في ذلك عن إيراد الاختلافات الفقهية التي تضمنتها الكتب الفقهية، فوفر بذلك عن القاضي عناء البحث عن الحكم في بطون هذه الكتب.

أحسن عندما وضع أحكاما⁽¹²⁰⁾ عامة لعلم الميراث قبل بيان مسأله الكثيرة. جاءت أحكامه مرنة، سهلة، ترك فيها مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي⁽¹²¹⁾ مع إحالته الجيدة في المادة 222 المتضمنة وجوب أن يلجأ القاضي إلى الشريعة الإسلامية عندما يعوزه النص في هذا القانون.

كثيرا ما استقى المشرع عباراته من القرآن الكريم ومن السنة ومن القواعد والضوابط الفقهية، وفيما يلي أمثلة على ذلك:

فأما ما استقاه من القرآن الكريم فمثاله ما جاء في المادة الرابعة التي نصت على أن "الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، والرحمة، والتعاون، وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب" فهذه المادة إذن مأخوذة من قوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً" الروم 20، وأيضا نجده في المادة 14 يقول: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها..." ومثله في قوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" النساء 4. وكذلك الأمر في المواد 58 و59 و61 فجميعها مأخوذة من القرآن الكريم.

وأما ما استقاه من الحديث النبوي فهو كثير أذكر منه ما جاء في المادة 189 التي نصت على أن: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"، فهذا الحكم مأخوذ من قوله " صلى الله عليه وسلم " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"⁽¹²²⁾

التناقض والغموض: المستقرى لأحكامه يجد بأنها امتازت في الكثير من المناسبات بالتناقض، والغموض مما أثار على حسن تطبيقه ومن ذلك أذكر على سبيل التمثيل⁽¹²³⁾:

الولاية في الزواج: نص عليها في المادة 11 بقوله: « يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأخذ أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له »

ثم في المادة 12 حيث قال أنه: « لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر إذا كان في المنع مصلحة للبنت »

ثم في المادة 13 رجع وأكد على أنه: « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها. »

يظهر من هذه المواد أن عبارات المشرع قد تضمنت شيئا من الغموض والتناقض، فهو في المادة 11 ذهب إلى جعل ولاية التزويج بيد الأب، والقريب والقاضي سواء كانت هذه المرأة بكرا أو ثيبا لأن النص جاء عاما وفي هذا أخذ بالمشهور من المذهب المالكي.

لكنه في الفقرة الأولى من المادة 12 نجده يناقض ما ذهب إليه في المادة 11 بحيث جعل الولاية بيد المرأة إذا كان الرجل مناسبا لها، وفي هذا أخذ بالمذهبين الحنفي والشيوعي.

ثم في الفقرة الثانية من المادة 12 يستدرك ويقول بأن الولاية للولي مع البكر فقط، في حالة ما إذا كان الرجل غير مناسب لها، ويختم هذا المبحث بمنع الولي من إجبار من في ولايته على الزواج بدون موافقتها وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري في هذه المسألة وقع في تناقض فظيع، وكان عليه أن يأخذ برأي الجمهور ليدفع هذا الذي وقع فيه.

النقص والصياغة الركيكة: يلاحظ على بعض مواد هذا القانون النقص والصياغة الركيكة:

فأما النقص فهو ملاحظ مثلا في نص المادة 175 التي تنص على أن: « لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأكدرية وهي: زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب وجد... » لكن الذي عليه الفقه الإسلامي في مسائل الميراث أنه يفرض للأخت مع الجد الأكدرية كما نصت المادة 175، وفي مسألة أخرى تعرف بالخرقاء، وفي مسائل المعادة. ومن النقص أيضا ما جاء في موضوع موانع الإرث حيث نص في المادة 138 على أنها تتلخص في اللعان والردة، ونسي بذلك اختلاف الدين، والقتل العمد، والمساهمة فيه.

وأما الصياغة الركيكة فمثالها ما جاء في نص المادة 140: "ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا " فكلمة " حددت " غير بليغة، ومبهمة، وغير دقيقة بحيث لا تمكننا من فهم النص جيدا ولذلك كان على المشرع أن يعتمد لفظة أخرى وهي "نصيب" فتصير المادة كالآتي: ذوو الفروض هم الذين لهم نصيب محدد...»
يلاحظ عليه أيضا كثرة الإحالات على مواده⁽¹²⁴⁾ وعلى مواد القانون المدني⁽¹²⁵⁾، وهذا العمل من شأنه أن يعيب التقنين ويضفي عليه الإبهام والغموض.

كما يلاحظ عليه أيضا تكرار المواضيع، فنجده يعالج مسألة ثم يعود إليها مرة أخرى في موضع آخر بالتفصيل، وذلك مثل ما حدث مع أركان الزواج في المادة 09 حيث رجع إلى شرحها في المواد 10 و11 و12 و33 و34 و35.

هذه إذا بعض الملاحظات التي يمكن تسجيلها في هذا المقام، وأشير في الختام إلى أن هذا القانون هو محاولة جادة ورسمية لتقنين أحكام الأسرة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو كما رأينا تشوبه بعض النقائص التي تدعونا إلى مراجعته ليتم تنقيحه بناء على المنهج السالف الذكر.

خاتمة:

في ختام هذه المداخلة - المتواضعة - يطيب لي أن أخلص ما ذهبت إليه في النقاط التالية: - التقنين فنّ نفيص، به تنضبط الأحكام الشرعية العملية، وتندفع شبهة جمود الشريعة، وعدم مواكبتها - مسايرتها - للنوازل والمستجدات، وبه يسهل أيضا على القاضي والمتقاضي الرجوع إلى الحكم الشرعي للقضية موضوع التقاضي والفصل.

ثم إن التقنين الذي ننشده هو الذي قال به أغلب علماء الأمة، المأخوذ من مختلف المذاهب الفقهية، المراعي للرأي الراجح المتسم باليسر والسهولة، والتخفيف لأن شريعتنا انبنت على هذه المبادئ مصداقا لقوله تعالى: « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ » الحج 78. وقوله تعالى: « ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ » البقرة 178، وقوله تعالى أيضا: « يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا » النساء 28.

-من الأفيد والأحسن أن تختص كل دولة من دول العالم الإسلامي بتقنين مستقل مراعاة للأعراف والعادات والتقاليد

-تعد مجلة الأحكام العدلية العثمانية أول عمل حقيقي، ورسمي لتقنين الأحكام العملية، ثم تلتها أعمال كثيرة في مختلف الدول العربية والإسلامية، وخاصة فيما يتعلق بأحكام الأسرة.

-كانت البلاد الجزائرية قبل احتلالها من قبل فرنسا سنة 1830 تطبق الأحكام الشرعية، ولم تعرف محاولة واحدة لتقنين هذه الأحكام إلا في سنة 1905 عندما أمر حاكمها العام "موران". بتقنين أحكام الأسرة، غير أنها لم تعتمد بصفة رسمية، مما أدى إلى التخلي عنها، وعدم العمل بها.

-لقد جنح المشرع الجزائري بعد الاستقلال إلى تقنين منظومة قانونية تضمنت فروع القانون العام والخاص، وقد اعتمد في وضعها -إذا ما استثنينا قانون الأسرة - على المدونة الفرنسية والمصرية، وفي بعض الأحيان على الشريعة الإسلامية، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى تأثيره بآراء المشرع الفرنسي الذي إستعمرت بلاده البلاد الجزائرية من سنة 1830 إلى 1962م.

-لقد اعتمد المشرع الجزائري سنة 1984 في تقنينه لأحكام الأحوال الشخصية على المذهب المالكي مع استئناسه وأخذه ببعض المذاهب الفقهية الأخرى، وأحكام القانون المدني.

-في الختام أقول بأذنا مطالبون بالاعتناء بذخيرتنا الفقهية من حيث التحقيق، والضبط والتمحيص ثم التقنين لكي نقيم الدليل للأخر على أنها المصدر لكل القوانين الوضعية وأنها قادرة على مسايرة النوازل والمستجدات، وأحسب أن هذا الأمر النفيس لا يتأتى إلا بتكاتف الجهود بين المجامع الفقهية والعلماء، والباحثين في مختلف دول العالم الإسلامي .

الهوامش:

- (1) -ألفه جماعة من كبار اللغويين العرب 1010.
- (2) -على ابن إسماعيل ابن سيده: المحكم المحيط الأعظم في اللغة 6/86.
- (3) -الزبيدي المرتضى: 315/9.
- (4) - Petit la Rousse P, 217
- (5) -الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها 149.
- (6) -المدخل الفقهي العام: 1/313. القرضاوي: مدخل لدراسة الشريعة 297.

- (7) -تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية: مجلة المسلم المعاصر، عدد 37/11.
- (8) -تقنين الشريعة الإسلامية بين التحليل والتحريم 11.
- (9) -محمد زكي عبد البر تقنين الفقه الإسلامي 21.
- (10) -جهود تقنين الفقه الإسلامي 26.
- (11) -المدخل الفقهي 313/1.
- (12) -التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية 110.
- (13) -حيث بعث له برسالة يدعوها فيها إلى إصلاح القضاء، ومؤسسات الدولة، وذلك بجمع، وتدوين أفضية الصحابة وفتاويهم. (أحمد زكي، حمزة: رسائل العرب في العصور العربية الزاهرة/30-48).
- (14) -حيث استجاب الإمام مالك لطلب الخليفة فألف كتابه الموطأ الذي يعد تقنيناً لأحكام الفقه، إلا أنه رفض حمل الناس عليه. "أبو نعيم" الأصبهاني: حلية الأولياء وظيفه الأصفياء 331/6-332، جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية: مجلة المسلم المعاصر 39.
- (15) -المحمصاني صبحي: الأوضاع التشريعية 162، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي 48.
- (16) -وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، 48.
- (17) -على محمد جعفر: تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي 182.
- (18) - محمد بوزغيبية: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية 46، محمد الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام 443-444، مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام/1 238 وما بعدها.
- (19) - محمد عبد الجواد ومحمد: بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون 22.
- الزركلي: الأعلام 1/103، كحالة: معجم المؤلفين 1/184.
- (20) -هو أحد كبار فقهاء الكوفة، توفى سنة 144 هـ/761م ابن حجر: تهذيب التهذيب 5/25.
- (21) -محمد مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي 1/240، الصابوني ومن معه: المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي 365، محمد أبو زهرة الموسوعة الفقهية 1/99. شبلي مصطفى: المدخل إلى الفقه الإسلامي 159، محمد فريد بك: تاريخ الدولة العثمانية 298، عبد الستار الخويلدي: الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية العثمانية: المجلة العربية التاريخية للدراسات العثمانية - تونس - عدد 13-14 أكتوبر 1996، ص 130، صبحي المحمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام، 85.
- (22) -صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية 170، محمد بوزغيبية: حركة تقنين الفقه..... 49-50، جمال عطية: تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية 42.

- (23) - أخذت في معظمها من كتاب الأشباه والنظائر لأبن نجيم (ت 970هـ/1563م) وكتاب الجامع لأبي سعيد الخادمي (كان حيا 1168هـ/1755م)
- (24) - وتتضمن جميع الأبواب الفقهية التي تعارف عليها الفقهاء المتقدمين من بيوع وإيجارات وكفالة وحوالة ورهن وأمانات وهبة وغصب، وإتلاف وحجر وشفعة ومختلف الشركات ووكالة وصلاح وإبراء وإقرار ودعاوى وبيانات وقضاء، محمد بوزغيبية: حركة التقنين..... 50- 51.
- (25) - الزرقاء: المدخل 1/240، جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة، م المعاصر 42.
- (26) - محمد أبو زهرة: الموسوعة الفقهية 1/100.
- (27) - علي الندوي: القواعد الفقهية 145، عبد الستار الخويلدي: الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام 130. محمد الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام 448.
- (28) - صبحي المحمصاني: فلسفة التشريع 90.
- (30) - يعقوب عبد الوهاب الباحسين: القواعد الفقهية 379.
- (31) - المحمصاني: فلسفة التشريع 90.
- (32) - الحق أن ثمة شروحا كثيرة قامت بشرح هذه المجلة، ولم أذكرها مخافة التلويل، ولعل أهمها: - كتاب: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، وشرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسيني، وشرح المجلة لخالد الأتاسي، وشرح المجلة لمنير القاضي، وغيرها من الشروحات.
- (33) - قاسم عبد الرحمن: الإسلام وتقنين الأحكام 255.
- (34) - عبد المنعم: نحو تقنين إسلامي صحيح، منار الإسلام 93، ع 10، س 8 شوال 1408.
- (35) - محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام 16.
- (36) - محمد كمال الدين إمام: الخلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة، م المعاصر 55 وما بعدها 1991.
- (37) - محمد رشيد رضا: تاريخ محمد عبده 1/620.
- (38) - م ن ج ص.
- (39) - محمد دسوقي: الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية 191، جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة 42.
- (40) - م ن: 192.
- (41) - عطية: تاريخ تقنين 42.
- (42) - عطية: تاريخ 42- 43، وهبة الزحيلي: جهود تقنين 53.
- (43) - محمد بوزغيبية: حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية 63 وما بعدها، (هذا وقد أفاض الدكتور محمد بوزغيبية الكلام عن هذه الحركة التقنية في كتابه.
- (44) - كان رئيسا للمحكمة الكبرى على أساس المذهب الحنبلي، الزركلي: الأعلام 1/156.

تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية ————— د. عبد المجيد بوكركب

- (45) - قام بدراسة وتحقيق المجلة: " عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد، ولم يقع طبعها إلا سنة 1420هـ / 1998م.
- (46) - الزحيلي وهبة: جهود تقنين 53 - 54، عبد المنعم فؤاد: نحو تقنين إسلامي صحيح 92.
- (47) - أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقائي في 528/4 وما بعدها، و104/7 وما بعدها،
- (48) - جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة: م المعاصر 45، محمد بوزغيبية: تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية 56.
- (49) - كان يومها عميدا لكلية الحقوق بالجزائر العاصمة.
- (50) - ثم اختصر عنوانها بعد ذلك فصار " مجلة الأحكام السارية الجزائرية (أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقائي في 105/7).
- (51) - م.ن: 533/4 و 105/7، عطية: تاريخ تقنين، م المعاصر 45.
- (52) - أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقائي في 535/4 - 536.
- (53) - لقد جعل المشرع الجزائر الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد لقانون الأسرة، وهو ما أكدته المادة 222 منه إذا أشارت إلى أن:
- (54) - أبو القاسم سعد الله: تاريخ الجزائر الثقائي في 105/7 - 106.
- (55) - سيأتي الحديث بالتفصيل عن دور الأحكام الشرعية العملية في إثراء المنظومة القانونية.
- (56) - وجوب تنقيح القانون المدني المصري 65
- (57) - شاكر: الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرا للقوانين في مصر 43.
- (58) - محمد عبد الجواد: بحوث في الشريعة والقانون 38 - 39.
- (59) - محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي.
- (60) - وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد 70.
- (61) - محمد عبد الجواد: بحوث في الشريعة والقانون 37.
- (62) - شهر زاد بوسطلة: تقنين الفقه الإسلامي 97 - 98.
- (63) - ويقصد بها ما يتصل ب:
- أحكام الأسرة (من زواج، وطلاق، وميراث، ووطنية...)، - الأحكام المتعلقة بالحدود، والقصاص، والدية، والتعزير، الأحكام المتعلقة بالتنظيم القضائي، وكيفية إجراءاته وأنواعه، - الأحكام المتعلقة بالتنظيم السياسي القائم في الدولة، وواجبات الحكم وحقوقهم، وحقوق الأفراد.
- (64) - جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية، م المعاصر، عدد 11، ص 60.
- (65) - ن م 61، 62.
- (66) - ن م 62.

- (67) - ابن عبر البر: جامع بيان العلم 59/2، ابن تيمية: مجموع الفتاوى 384/35، ابن قيم: إعلام الموقعين 189/2، بكر بن عبد الله: التقنين والإلزام 60.
- (68) - ابن قيم: إعلام الموقعين 282/2.
- (69) - عبد الرحمن بن سعد الشترى: تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم 21
- (70) - مجموع الفتاوى: 387/35 - 388.
- (71) - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين 14/3 - 107، الشترى: تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم 24.
- (72) - ن م، 25، جمال الدين عطية: تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية: م السلم المعاصر 46 .
- (73) - الزحيلي وهبة: جهود تقنين الفقه الإسلامي 26.
- (74) - الشترى: تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم 18.
- (75) - ن م، ص ن .
- (76) - أبو زيد: التقنين والالتزام 56، ابن قيم: أعلام الموقعين 170/2.
- (77) - زاد المعاد: 38/1.
- (78) - وهبة الزحيلي: جهود تقنين الأحكام الشرعية 27، جمال الدين عطية، تاريخ تقنين الأحكام الشرعية 46 - 47، مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام 319/1، صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية 149، علي علي منصور: المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي 91/90.
- (79) - يقصد بذلك أن الأحكام الشرعية كما تكون ملخصة في كتاب معين يسهل على القاضي بالدرجة الأولى إيجاد الحكم الشرعي لها دون عناء البحث في الكتب الفقهية الكثيرة.
- (80) - التقنين يجعل الأحكام مضبوطة ومعلومة، وبذلك نحد من كثرة تأويلات القضاة.
- (81) - وهذه أعظم مصلحة تتحقق من خلال التقنين ذلك لأن القاضي هو المسؤول على تحقيق العدالة بين الناس، ولذلك فلما تكون الأحكام الشرعية مبينة بين دفتي كتاب فإن هذا من شأنه أن يبعث في صدور المتخاصمين الطمأنينة والرضا لأن القاضي ملزم بتطبيق الحكم الشرعي المبين في الكتاب.
- (82) - بفضل التقنين تنتظم تلك الأحكام الشرعية العملية التي لا ساحل لها، وهو عمل لا تأباه الشريعة الغراء التي إنبتت على اليسر، والعدل... وبذلك تخرج كما قال محمد المرير في كتابه: الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية «به يخرج التقنين من حيز الجواز إلى حيز الإيجاب والأختام» ص 100.

- (83) - وهذه أيضا مصلحة عظيمة؛ لأن الآراء الفقهية في المسألة الواحدة كثيرة وحتى التي ليست لها حكما فيها اختلاف كبير أيضا، وهو أمر يثير الشكوك بين أفراد الأمة الواحدة ويهدر الثقة بالمحاكم.
- (84) - محمد ميكو: انطباعات حول أزمة القاعدة الفقهية 128.
- (85) - بكر بن عبد الله: التقنين والإلزام، 26.
- (88) - م ن، ص 26
- (89) - ابن عبر البر: جامع بيان العلم 59/2، ابن تيمية: مجموع الفتاوى 384/35، ابن قيم: إعلام الموقعين 189/2، بكر بن عبد الله: التقنين والإلزام 60.
- (90) - حمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون 30. إذا فهذا النص دليل على تبني الأغلب الأعم من المسلمين لهذه الأطروحة
- (91) - إن الاجتهاد المطلوب من القاضي في هذا العصر هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي المقنن على الواقع المعقدة أما الاجتهاد بمفهومه العام فنتركه لمن يختار الأحكام.
- (92) - المتفق عليه بين العلماء أن طاعة الإمام أو ولي الأمر في اجتهاده واجبة ما لم يخالف النصوص الصريحة.
- (93) - قصد به: مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالأفراد في المجتمع، وخاصة منها المتعلقة بالأحوال العينية (حقوق شخصية، وأخرى عينية)، وقد صدر في: 1975/09/26، ويحتوي على 1003 مادة مقسمة على أربعة كتب معنونة كالآتي:
- الكتاب الأول في الأحكام العامة، والثاني في التزامات، والعقود، والثالث في الحقوق العينية الأصلية، والرابع في الحقوق العينية التبعية (حسين صغير: النظرية العامة للقانون 51 - 53، خليل أحمد حسن قداة: شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري 55 - 56).
- (94) - علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة 45، نادية فوضيل: دروس في المدخل للعلوم القانونية، 61، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي 33 وما بعدها.
- (95) - نصت هذه المادة على أنه: «يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».
- (96) - تنص على أن للقاضي أن يمنع يمين الخصم إذا كان متعسفا... إذا كان متعسفا في ذلك»
- (97) - تنص على أن للقاضي أن يرفض مالكا استعمال حق الاستعادة إذا أثبت المكثري أو شاغل المحل أن نية المالك لأجل الأضرار بهما أو تقصد التهرب والتملص من أحكام القانون.
- (98) - ومن ذلك: م 690 وم 691 وم 7/708، وم 946، وم 958 ف م ج.
- (99) - من ذلك قوله تعالى: « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ..... » البقرة 233.

قوله تعالى: « وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَكَمَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا » البقرة 233.

(100) -ومنها: عن ابن عباس: قال رسول الله (ص): « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » البخاري ومسلم

عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال: « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره » رواه الجماعة والنسائي.
عن أبي سعيد الخدري أن النبي (ص) قال: « لا ضرر ولا ضرار » أخرجه مالك في الموطأ.

(101) -علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة 45.

(102) -فتحي الدريني: نظرية استعمال الحق 33 وما بعدها.

(103) -عرفها الزرقاء بأنها: التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة... وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة المدخل 436/1 -437.

(104) -أخذ بها المشرع الجزائري رغبة منه في تحقيق قدر من استقرار المعاملات، وهذا لا يعني أنه لا يأخذ بالإرادة الباطنة بل هي الأصل عنده (حليمة آيت حمودي: الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 62 -63)

(105) -وقد احتج هؤلاء بكون الأحكام الدنيوية لا تبنى إلا على الظاهر لقوله "ص": «إنما أن يشر إنكم لتختصمون إلي، ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه وإنما أقضي له بقطعة من النار فليأخذها أو فليتركها».

(106) -لقد كان لها في نظر هؤلاء الفقهاء أثر بعيد المدى في تفسير العقد، وتحديد حدوده، والتزاماته، ولذلك عبروا عنها بقاعدة فقهية مضادة أن: "المعروف عرفاً" كالمشترط شرطاً" الزرقاء: المدخل الفقهي 437/1

(107) -حمودي حليمة آيت العربي: نظرية الباعث 63.

(108) -م ن: ص ن.

(109) -م ن 64 وما بعدها.

(110) -ومنها: عقد الإذعان وغيره كثير.

(111) -ديوان المطبوعات الجامعية: القانون المدني 21.

(112) -وهذا ما أكدته المادة 1007 ق م

(113) -أخرجه الإمام مالك: الموطأ 529، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق حديث رقم 1426

(114) -علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة 46، نادبة فوضيل: دروس في المدخل لدراسة القانون الجزائري 62.

- (115) - يقصد بها كما قال مصطفى الزرقاء: "مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه: المدخل 435/1 وما بعدها، أو هي: تصرف إنفرادي يصدر عن صاحبه بقصد ترتيب آثار قانونية مختلفة، محمد بن أحمد تقيّة: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام 33-34.
- (116) - علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة 46 .
- (117) - ن م: 47.
- (118) - ن م: 48،، نادية فوضيل: دروس في المدخل 62
- (119) - علي سليمان: نظرات 47
- (120) - نادية فوضيل. المدخل لدراسة القانون 68.
- (121) - علي سليمان: نظرات في القانون 48
- (122) - نادية فوضيل: دروس في المدخل 60، شهر زاد بوسطلة: تقنين الفقه الإسلامي 112، حسين صغير: النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي 172 وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي 39.
- (123) - وزارة العدل: قانون الأسرة 68 وما بعدها .
- (124) - م ن، 66.
- (125) - وهذا ما أكدته المادة 221 فيه.
- (126) - وهذا ما أكدته أيضا المادة 222 منه.
- (127) - من ذلك أخذه في المادة 10 برأي الأحناف فيما يخص الولي في عقد الزواج، وأخذه بقول ابن شبرمة وأبي بكر الأصم في الزواج (م 07) والذي مضاه أن زواج الصغير لا يصح ولا يرتب أثرا، وهو خلاف لما عليه الجمهور .
- (128) - تتعلق بأسباب الإرث وموضوعه من المادة 126 -138.
- (129) - من ذلك سكوته عن تقدير المدير الشرعي الذي يجب له حق التعدد في م 08 وشروط الحاضن 2/62 وتقدير قيمة النفقة م 79، والإذن في التصرف في أموال القاصر م 84
- (130) - رواه النسائي عن عمر بن خارجة، وصحيحه الألباني، صحيح النسائي 774/2.
- (131) - ثمة أمثلة عديدة منها ما ورد في الكلام عن ركنية الصداق (م 69)، وعن الخطبة والفاثحة (م 06).
- (132) - لقد أحال على مواده في أكثر من خمسة عشر مناسبة ومن ذلك: إحالته في م 06 على م 5، وفي م 40 على م 32، و33، و34، و48.
- (133) - نلاحظ ذلك بالخصوص في مبحث النيابة العامة.