

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية  
قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر  
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

الرقم الترتيبي ...../2001

رقم تسجيل الطالب (ة) .....

عنوان البحث

**تقنين الفقه الإسلامي**  
مفهومه - مشروعيته - منهجه -

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون  
شعبة الشريعة والقانون

من الطالب (ة): بوسطلة شهرزاد

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	أمام اللجنة:
د: سعيد فكرة	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	1. الرئيس :
د: محمد الحضر مالكي	أستاذ	جامعة قسنطينة	2. المقرر :
د: محمد زغداوي	أستاذ محاضر	جامعة قسنطينة	3. عضو :
			4.
			5.

نوقش (ت) يوم : 11 أكتوبر 2001 م

# الإهداء

إلى الذين يأملون أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر لكل تشريع وكل قانون وعلى ذلك يعملون.

إلى الذي رباني صغيرة ورعاني كبيرة -والذي حفظه الله-  
إلى روح أمي الطاهرة.

إلى التي رعنتني ابنة وساندتني أختا وصديقة : صليحة .  
إلى أنيس روعي ورفيق دربي : زوجي أديب.

إلى كل أخوتي وأخواتي.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي، راجية من ربي أن يتقبله بالقبول الحسن .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون؛

الجانب 18



# شكر

شكر و عرفان إلى كل من مد يد العون لي أخص بالذكر :

- أستاذي الدكتور المشرف : محمد الأخضر مالكي

- القائمون على معهد الشريعة أساتذة وإداريين

- العاملون بمكتبة أحمد عروة بجامعة الأمير عبد القادر وفي مقدمتهم : السيدة

حليمة .

شكر خاص : إلى مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية بالرياض وكل العاملين به على ما قدموه لي من مساعدة .

القادر للعلوم الإسلامية

## المقدمة

### عرض الموضوع:

ما فتئت تتعالى الأصوات تطالب بتطبيق الشريعة الإسلامية في بلاد تتخذ الإسلام ديناً لها ، وتتص على ذلك في دساتيرها بل تجعل من أحكامه مصدراً أساسياً من مصادر التشريع فيها ؛ لكنه مطلب لم يتعد مؤلفات الفقهية والكتابات الفكرية تحركه أقلام عملت على ضرورة العودة بالتشريعات في البلاد إلى منابعها الأصلية كما تتص الدساتير والقوانين لتكون أحكام الشريعة الغراء حاكماً لمعاملات الناس ، وحكماً في خصومتهم ؛ والاحتكام إلى الشريعة الإسلامية وكيفته وضرورته ، صاحبه تباعاً الحديث عن تقنين الفقه الإسلامي باعتباره وسيلة لتطبيق الشريعة الإسلامية وهو موضوع سجلت جذوره التاريخية كتب تاريخ التشريع الإسلامي ، كما كان له حضور في التأليف الفقهي - وهو حضور دون المواضيع الأخرى بحثاً وتدقيقاً كالتقعيد الفقهي مثلاً ، بدا في معارضة صيغة أحكام الشريعة به من طرف طائفة من العلماء - لاقترائه بالتلفيق والإلزام في مقابل الاجتهاد وقبل ذلك سجلته الدعوة إلى تقنين الفقه الإسلامي ليحل محل التشريعات الوضعية ، الغربية عن مجتمعاتنا أحكاماً ومصدراً مع ملاحظة افتقار التقنين كمنهج لصياغة أحكام الفقه الإسلامي إلى الدراسة العلمية الموسعة ؛ وهو حضور أيضاً سجلته معارضة الرافضين للشريعة الإسلامية وأحكامها مما أثبتت ضرورته للرد على من يرمون أحكام الفقه الإسلامي بالعجز والقصور والتخلف.

ومن ثم كان هذا البحث دراسة في التقنين - الصناعة القانونية - عموماً وتقنين الفقه الإسلامي على وجه الخصوص من حيث تحديد مفهومه - في اللغة والاصطلاح ومن حيث تتبع جذوره التاريخية التي كونت ماهيته وحددت مفهومه ؛ ثم بيان مشروعيته وسنده ، ومنهجه مساهمة في وضع دراسة لصناعة قانونية ، وإسقاط آياته على الفقه الإسلامي في صورة تضيف إلى الدراسات في تقنين الفقه ما نقص وتجمع ما تتأثر في المؤلفات الفقهية والبحوث الدورية.

### أسباب اختيار الموضوع وأهدافه:

أولاً - حاجة المجتمعات الإسلامية إلى أحكام الشريعة الغراء لتيسير تطبيقها والاحتكام إليها قضاءً والوسيلة إلى ذلك التقنين.

ثانياً - تبيان تميز تقنين الفقه الإسلامي من حيث المفهوم والمشروعية وأدواته ومنهجه لتمييز أحكامه وموضوعه وهو تميز يلزم عنه تبيان ضوابطه حتى لا يعود على أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها بالنقض والمعارضة.

ثالثا - الدراسات في التقنين كصناعة قانونية أداة ومنهجاً وحتى مفهوماً قليلة ومتفرقة وغير كافية في الكتابات القانونية فضلاً عن الفقه الإسلامي الحديث عهد بها تأليفاً وتطبيقاً.

رابعا - السعي إلى توفيق بين القول بالتقنين وهو تحديد حكم في نص ولا اجتهاد في مورد نص ومراعاة الاجتهاد الذي هو حركة مستمرة ونبض الفقه الإسلامي.

خامسا - علاقة التنظير الفقه الإسلامي بالتقنين من حيث استعمال قواعد الفقه كمواد قانونية والتقارب بين صياغة الضوابط الفقهية وصياغة المادة القانونية.

سادسا - منهج التقنين أدوات وقواعد علمية توجب مراعاتها عند صياغة الأحكام ، فما مدى مراعاة قانون الأسرة الجزائري - باعتباره نموذجاً لعلمية تقنين الفقه الإسلامي - لهذه القواعد وتلك الأدوات حتى يتسنى لنا القول بأنه تقنين علمي أولاً ، وتقنين للفقه الإسلامي ثانياً ؟ وهي مناسبة لتبيان الثغرات القانونية في قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 ، وتكملة نقائصه وموازنة المواقف منه في ظل تلك الأدوات ومقاصد الشريعة .

### الدراسات السابقة للموضوع:

موضوع التقنين بصورة عامة يفنقر إلى الدراسات العربية الموسعة إلا ما ورد منها في كتب أصول القانون التي لا تتعدى التعريف الاصطلاحي والنماذج التي عرفها التاريخ. وهو في الفقه الإسلامي مفهوماً ومشروعياً ومنهجاً دراسات متناثرة في الكتابات الفقهية (كتب تاريخ التشريع الإسلامي وكتب التنظير الفقهي) وأبحاث منثورة في الدوريات متعددة ومتفرقة ، مست في جملتها وبصورة واضحة الجذور التاريخية لتقنين الفقه الإسلامي مطردة في قوانين الأحوال الشخصية وهزيلة في فروع القانون الأخرى صياغة وتطبيقاً .

هذا وأحسن من كتب في تقنين الفقه الإسلامي د. محمد زكي عبد البر في مؤلفه : تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، مع قيام مؤلفات أخرى لكنها مركزة في جانب من جوانبه دون الآخر أقصد : الناحية التاريخية ومحاولات تقنين الفقه الإسلامي في كتب التاريخ التشريع ؛ ومشروعياته ، بين الرفض كمؤلف بكر أبو زيد : التقنين والإلزام ؛ ومؤيد ، كمؤلف عبد الرحمن القاسم : الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ، وغيرها بحوث نشرتها دوريات متخصصة في الدراسات الإسلامية عموماً والقانونية كمجلة الأزهر والمسلم المعاصر ، والقانون والاقتصاد.

وهي في نظرنا غير كافية إذ لم تتناول الموضوع من كل جوانبه بل مست بعضها وأعرضت عن الآخر.

ومن ثم كان هذا البحث جمعاً لثغرات ما تفرقت دراسات في التقنين الفقه الإسلامي ومساهمة في الدراسات حول تقنين الفقه الإسلامي.

## منهج البحث :

قد جاء منهج البحث مزيجا من التاريخي فرضته دراسة الجذور التاريخية للتقنين كما جاء في منهج استقرائي تحليلي واستنتاجي ، استقرائي يتتبع ما كتب في الموضوع تعريفا وتاريخا ومشروعية ومنهجا ؛ تحليلي بإخضاع ما كتبه من ألف في الموضوع إلى الدراسة والنقد ، استنتاجي محاولة للخروج برأي أو قول بل مبادئ عامة تتعلق بالتقنين الفقهي العلمي خاصة.

## ترجمة الأعلام :

أما ترجمة الأعلام فقد حوت جل الأعلام الواردة في المتن وهي أعلام لشخصيات إسلامية عربية وأخرى أجنبية ، يعود بعضها إلى ما قبل التاريخ والعهود الأولى له ترجم لبعضها وبقيت الأخرى دون ترجمة ، ويرجع ذلك إلى عدم توفر تراجم لهم في ما توفر عندي من مراجع ، مع الإشارة إلى أن مصادر ومراجع الترجمة تنوعت بين المتخصصة في الترجمة : ككتب الأعلام والتراجم الحديث والأصلية (القديمة) ومعاجم عربية وأجنبية وموسوعات (عربية وأجنبية أيضا) وكتب تاريخ ومقدمات مؤلفات أصحاب الترجمة.

هذا ويذكر أنه أفرد في هذا البحث فهرس بتراجم الأعلام وذلك محاولة منا ضبط الهوامش وتقليصها ما أمكن - فجاءت الإشارة برقم الترجمة بين قوسين بعد العلم المترجم له مباشرة في إحالة إلى الجدول الوارد في قائمة الفهارس.

## الصعوبات :

تمثلت أساسا في حداثة الكتابة في الموضوع وتشتت ما كتب فيه ، وأقصد بالحدائثة الصياغة والدراسة ؛ إذ أن الفقه الإسلامي حديث عهد بالتقنين تنظيرا وتطبيقا ، وهو ذات السبب الذي دفعنا - إن صح التعبير - إلى محاولة الخروج بقول حازم في مسائل هي محل خلاف.

هذا والبحث جاء في مقدمة حوت التعريف بالموضوع وأسباب اختياره وأهدافه والدراسات

السابقة لها ومنهج ترجمة الأعلام ، وأربعة فصول :

الفصل الأول تناولت فيه : مفهوم التقنين لغة واصطلاحا في الفقه القانوني الوضعي وفي الفقه الإسلامي ، وتتبعت جذوره التاريخية ومحاولات التقنين أيضا في كل من الفقه الوضعي والفقه الإسلامي ، ثم تناولت في الفصل الثاني مشروعية التقنين ، وجاء في مبحثين الأول في دراسة تقنين الفقه الإسلامي من حيث المبدأ ، بمعنى السند الذي يقوم عليه معارضة أو تأييد من الشريعة الإسلامية ، ثم في المبحث الثاني تناولت مزايا التقنين وعيوبه ، أما الفصل الثالث فجاء فيه منهج تقنين الفقه الإسلامي بإسقاط

آليات التقنين على أحكام الفقه الإسلامي ، مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها وأر دفته بمبحث في ضوابط تقنين الفقه الإسلامي لكي لا يعود عليه بالنقض ، ولا يعارض مقاصد الشريعة التي يقوم عليها، وفي الفصل الرابع دراسة تطبيقية لقانون الأسرة الجزائري بإخضاع مواده إلى قواعد منهج التقنين التي تناولتها في الفصل السابق ، تقييما وتصحيحا مع الإشارة إلى أنني قد ذيلت كل فصل بخلاصة .

وكانت الخاتمة ملخصا للموضوع مع تضمينها جملة اقتراحات هي دعوة للاهتمام بموضوع التقنين والتوسع في بحثه

نقد المراجع :

هذا ومراجع البحث تنوعت بين لغوية وتاريخية وقانونية وفقهية ، حديثة وأصيلة والتي مست الموضوع بصورة مباشرة الكتابات الحديثة كمؤلف محمد زكي عبد البر ومؤلف بكر أبو زيد ومؤلف عبد الرحمن القاسم . وكتابات عبد الرزاق السنهوري خاصة ما نشرته مجلة القانون والاقتصاد الموسوم بـ : وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، وكذا ما كتبه جمال الدين عطية -في كتابيه- النظرية العامة للشريعة والتنظير الفقهي وما نشرته له مجلة المسلم المعاصر بحث تقنين الشريعة من حيث المبدأ وتاريخ التقنين وغيرها مما نشرته الدوريات كالأزهر وغيرها ، ويلاحظ أن الاعتماد على الدوريات حاضر في هذا البحث بصورة ملموسة وهو أمر يرجع ، بطبيعة الحال إلى حداثة الكتابة في الموضوع واهتمام الباحثين فيه في بعض مسائله دون البعض الآخر.



# الفصل الأول : مفهوم التقنين وجدوره

التاريخية

جامعة الأميرة  
عبد القادر للعلوم الإسلامية

## الفصل الأول : مفهوم التقنين وجذوره التاريخية .

إن تقنين الفقه الإسلامي ميزة الدور الأخير من أدوار الفقه الإسلامي : دور النهضة كما اصطلح عليه المؤرخون في العصر الحديث ، ولدراسته يتعين معرفة مفهومه والجذور التاريخية التي شكلت ماهيته وحددت مصطلحه .

ومن ثم كان هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين :

الأول : في مفهوم التقنين .

الثاني : في الجذور التاريخية له .

### المبحث الأول : مفهوم تقنين الفقه الإسلامي .

قبل تعريف " تقنين الفقه الإسلامي " يتعين التعريف بكلمة التقنين ، والتعريف بالفقه الإسلامي ، الذي هو موضوع التقنين في هذا البحث ، ثم بعدها المركب الإضافي " تقنين الفقه الإسلامي " .

#### المطلب الأول : تعريف التقنين .

تعريف التقنين جاءت به كتب أصول القانون ، ويقدر ما كان في تعريفه اصطلاحاً ، إلا أنه يثقل مع ذلك إيجاد تعريف لغوي له<sup>(1)</sup>، ويعود ذلك إلى أمرين :

1- حداثة في اللغة العربية .

2- كونه لفظ يصدق باصطلاحه على ما وضع له ابتداءً ، وقد وضعه غير العرب .

لكن لما كان "التقنين" و "القانون" صنوان ، إذ أنه يطلق "التقنين" ويراد به القانون ، ولأن القانون هو موضوع التقنين ومحلّه ، فإن التعريف اللغوي للتقنين يلزم عنه تعريف القانون ومن ثمّ كان هذا المطلب يتناول أمرين : تعريف التقنين لغة ، وتعريفه اصطلاحاً .

#### الفرع الأول : في تعريف التقنين لغتياً .

قبل أن نعرف التقنين لغة ، تجدر الإشارة إلى أن "التقنين" بلفظه هذا لم يرد في المعاجم العربية الأصلية ، بل وردت به القواميس الحديثة .

(1) بمعنى إيجاد تعريف لغوي له من كتب المعاجم والقواميس العربية الأصلية .

فقد جاء في المعجم العربي الأساسي الذي تصدره جامعة الدول العربية أن "التقنين : هو من قَنَنَ يَقْنَنُ تقنيناً ، المشرع وضع القوانين"<sup>(1)</sup>

والقوانين جمع ، مفردة : قانون ، وهي الأصول<sup>(2)</sup> . وقانون كل شيء مقياسه وطريقه<sup>(3)</sup> ، قال صاحب المحكم (تر:54) : "وأراها دخيلة"<sup>(4)</sup> ، وجاء في الحاشية التي على القاموس المحيط : "أنه قيل أنها رومية وقيل إنها فارسية"<sup>(5)</sup>

إذا فكلمة "قانون" ليست عربية وبغض النظر عن أصلها فهي دخيلة ومن ثم خضعت لقواعد الاشتقاق وكان المصدر منها التقنين".

هذا وكلمة التقنين تُجد أساسها في القواميس الغربية الفرنسية خاصة ، لاعتبارات تاريخية لذلك لا نجد لها أثراً في المعاجم والقواميس العربية القديمة إلا ما ورد منها في لسان العرب وهو معنى خارج عن المراد<sup>(6)</sup>

### الفرع الثاني: تعريف التقنين اصطلاحاً .

جاء تعريف التقنين اصطلاحاً في كتب أصول القانون<sup>(7)</sup> في مقابل كلمتين : Code و Codification .

وهو مقابل كلمة Code يطلق على الوثيقة التي تضم النصوص القانونية ، ويعني أيضاً : تشريع عام يتضمن النصوص القانونية التي تنظم فرعاً بأكمله من فروع القانون . ويأتي مقابلاً لكلمة Codification في معنى : عملية تجميع القواعد القانونية .

(1) جماعة من كبار اللغويين العرب ، المعجم العربي الأساسي (لاروس 1989 Alesco المنظمة العالمية للتربية والثقافة والعلوم (Unesco) ص 1010 .

(2) محمد أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح (ط: دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان . 1415 هـ - 1985م) ص 65 .

(3) جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب (دار المعارف) ج5 ص 3759 .

(4) علي بن إسماعيل من سيده ، المحكم المحيط الأعظم في اللغة (ط1 تحقيق : مراد كامل ، معهد المخطوطات جامعة الدول العربية) ج6 ص 86 .

(5) نصر الهيروني، الحاشية على القاموس المحيط (ط3 ، المطبعة الأميرية ، بولاق ، مصر 1301 هـ) . ج4 . ص257 .

(6) قال ابن منظور : "والتقنين طنبور الحبشة... قال الأزهري : يروى عن أعرابي قال : التقنين : الضرب بالتقنين" . المرجع السابق .

(7) راجع في ذلك : سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة للقانون ص 364 . شمس الدين الوكيل : دروس في القانون ص102 . عبد المنعم فرج صده : أصول القانون ص114 . عبد المنعم البدر اوي : المدخل للعلوم القانونية ص144 .

والرأي للأستاذ حسن كبيرة<sup>(1)</sup> إذ يحبذ الإقتصار في إطلاق كلمة "تقنين" على عملية التجميع دون الوثيقة ،  
بمعنى جعلها مقابل لـ Codification دون Code معنا للخلط.

والذي يقترحه المجمع اللغوي أن يكون اسم "المدونة" مقابلا للقانون الصادر ، الذي يضم  
مجموعة من القواعد، التي تتعلق بفرع معين من فروع القانون<sup>(2)</sup>.

فيقال المدونة المدنية ، والمدونة التجارية بدل التقنين المدني والتقنين التجاري.  
وإذا نحن أخرجنا عن مسمى التقنين تلك الوثيقة ، نجد فقهاء القانون يجعلون التقنين في مقابل  
كلمة Codification ويعنون به : "عملية تجميع القواعد المنظمة لأحد فروع القانون"<sup>(3)</sup>.  
أو هو :

"صورة خاصة من صور التشريع ، ويراد به جمع النصوص التشريعية التي تحكم النظم ، التي  
تكون فرعا معينًا من فروع القانون ، في مجموعة واحدة تسمى Code"<sup>(4)</sup>.  
ويعرف أيضا بأنه :

"تجميع رسمي للقواعد القانونية التي تخص فرعا من فروع القانون"<sup>(5)</sup>.  
ويتحدد أكثر :

" هو التشريع الذي يتم تجميع قواعده بواسطة الهيئة المختصة بالتشريع فهو تجميعا رسميا تقوم  
به السلطة التشريعية في الدولة "<sup>(6)</sup>.  
وتعرفه المعاجم الفرنسية :

« Codification : action de codifier.  
بمعنى : التقنين هو من فعل قنن.

Codifier : Rassembler en un corps unique des textes législatifs, ou réglementaires régissant une  
même matière"<sup>(7)</sup>

أي : حصر وجمع نصوصا تشريعية أو تنظيمية لموضوع واحد في كتاب جمع قانونا .  
إذا فالتقنين عملية تجميع وتنظيم ، وينصب على القواعد التشريعية ويصدر عن السلطة ذات الاختصاص  
في الدولة.

(1) حسن كبيرة ، المدخل للقانون (نشأة المعارف ، الإسكندرية 1984) ص 259-260.

(2) شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون (ط 1 دار المعارف مصر 1966) ص 102.

(3) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون (منشأة المعارف الإسكندرية 1984) ص 364.

(4) عبد المنع البدرأوي ، المدخل للعلوم القانونية (دار النهضة العربية بيروت 1966) ص 166.

(5) شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون ، ص 102.

(6) عبد المنعم فرج صده أصول القانون (دار النهضة العربية) ص 114 .

(7) Petit Larousse Illustrée 1986. Librairie Larousse. (Canada) p. 217.

غير أنه لا ينصب فقط على القواعد التشريعية ، بل تقنن أيضا القواعد الفقهية ، والقواعد العرفية ، والقواعد التنظيمية ؛ وتأخذ ميزة القواعد التشريعية لصدورها عن السلطة التشريعية . ومع ذلك فالتقنين غير التشريع . وأستاذ القانون الدولي : "الغنيمي" يعرف التقنين في مقابل التشريع فالأول : "صياغة القواعد العرفية في مدونة مكتوبة ... والتقنين بمعناه الدقيق لا يعدو أن يكون إجراء شكليا ، فهو مجرد تجميع للقواعد العرفية القائمة في صورة مكتوبة ، وبهذا يكون تعبير التقنين Codification مقابلا للتشريع Législation لأن التقنين : هو إجراء كاشف عن قواعد سابقة عليه في الوجود ؛ أما التشريع فيتضمن إدخال عناصر جديدة على القواعد القانونية القائمة".

ويزيد على ذلك أن التقنين قد يتعدى الدور الشكلي ليتضمن العنصر التشريعي ، عندما تتعدد القواعد العرفية لموضوع واحد ، أو تتضارب مع القانون المكتوب ، فتكون مهمة التقنين توحيد القانون واستبعاد التعارض القائم بين مختلف القواعد القانونية<sup>(1)</sup>.

فالتقنين ليس تشريعا ، إلا من جهة كونه صادرا عن السلطة ذات الاختصاص وكل منهما مدونا . وبينهما علاقة تداخل .

وأنسب تعريف للتقنين هو ذلك الذي عرفه به "محمد زكي عبد البر" بأنه : عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون ، وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض ، وفيها من غموض في مدونة Code واحدة ، ثم إصدارها في شكل قانون Loi تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها ، بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد : التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون<sup>(2)</sup> .

إذا فالتقنين عملية تجميع تنصب على قواعد موجودة ينفادى فيها التعارض والتناقض من ناحية ، وتنتش الثبات والاستقرار من ناحية أخرى<sup>(3)</sup> .

وهو يقوم على أمرين<sup>(4)</sup> :

التجميع والتنسيق من جهة ؛ والإلزام من جهة ثانية .

أما الأول فهو العنصر الشكلي ، ويتمثل في صياغة الأحكام وترتيبها وتجميعها منسقة ومنظمة .

(1) محمد طلعت الغنيمي "العرف في القانون الدولي" مجلة الحقوق (المجلد التاسع العدد 3-4 السنة التاسعة 1959 - 1960 مصر) . ص 208 .

(2) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي [المبدأ ، المنهج ، التطبيق] (ط2 ، دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر . 1407 هـ - 1986م) ص 21 .

(3) شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون . ص 102 .

(4) محمد زكي عبد البر ، المرجع نفسه ص 35 .

وأما الثاني : فهو العنصر الموضوعي ، وهو إلزاميته ويستمدده من الجهة الصادرة عنها ، متمثلة في السلطة التشريعية أو غيرها ممن تملك سلطة الإلزام .

هذا ومن فقهاء القانون<sup>(1)</sup> ، من لا يعتبر أي تجميع غير رسمي للقواعد القانونية - تقنيناً - تقوم به هيئة أو فقيه ، بل هو مجرد عمل فقهي أو تجميعاً لا غير ولا يصدق عليه مسمى التقنين . ويلاحظ أنهم إنما قصدوا بذلك محاولات تقنين الفقه الإسلامي التي قام بها جماعة تارة ، وأفراداً تارة أخرى ، على امتداد القرن الحالي ؛ كذلك التي ألفها محمد قنديل باشا(تر:92) ، ومجمع الأزهر للبحوث الفقهية. ومع ذلك عرفت باسم "التقنين" وإن لم تعرف سبيلاً للتطبيق والإلزام بها قضاء . هذا ويرى محمد زكي عبد البر أن التقنين يقوم على :

1 - تقسيم القانون بمعناه العام Droit بصرف النظر عن مصدره تشريعاً كان أو عادة أو قضاء أو غيره... إلى فروع المدني ويشمل قواعد خاصة بالمعاملات المالية، والشخصية بين الأفراد؛ والقانون التجاري وهو عبارة عن قواعد تنظم علاقة التجار فيما بينهم ؛ وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، بمعنى قواعد إجراءات التقاضي وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية..إلى غيرها من الفروع .

2 - جمع القواعد القانونية بكل فرع وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها ، برفع ما قد يقوم من تناقض بين بعضها بعضاً ، وإزالة ما قد يكون فيها من تكرار أو غموض أو إبهام ، وصياغتها في عبارة موجزة .

3 - إصدارها في شكل قانون : Loi من السلطة التشريعية في الدولة لتطبيقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات<sup>(2)</sup>.

وهذه كلها تقسيمات لا تخرج عن ركني التقنين الموضوعي والشكلي.

(1) عبد المنعم فرج ، صده أصول القانون ص 115 ؛ حسن كبير المدخل. ص 259 .

(2) تقنين الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص 21-22 .

المطلب الثاني: تعريف الفقه الإسلامي.

لما كان الفقه الإسلامي هو موضوع التقنين في هذا البحث تعين لذلك التعريف به ، لغة واصطلاحاً ، وبيان تقسيماته

الفرع الأول: تعريف الفقه لغة .

في تعريف الفقه لغة ثلاثة اتجاهات :

الأول - يعرف الفقه بأنه : الفهم مطلقاً ، ومثله قوله تعالى : { قَالُوا يَشْعِيبُ مَا نَفَعَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ } . هود

91

وقوله أيضاً : { وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَكَانَ لَا يُفْقَهُونَ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ } . الإسراء 44

وقوله : { أَنْظِرْ كَيْفَ نَصَرَفُ الْآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ } . الأنعام 66

وقوله على لسان موسى : { وَأَخْلَلْ عُنُقَهُمْ مِنْ لِسَانِي . يَفْقَهُوا قَوْلِي } . طه 26-27 وكلها جاءت عن معنى الفهم .

ومثله أيضاً قوله -صلى الله عليه وسلم- يدعوا لابن عباس رضي الله عنهما(تر:69) " اللهم علمه الدين وفقهه التأويل"<sup>(1)</sup> أي فهمه تأويله.

الثاني - تعريف الفقه بمعنى أخص من الفهم : نقله القرافي(تر:93) عن الشيرازي(تر:61) في قوله : "الفقه لغة إدراك الأشياء الخفية"<sup>(2)</sup>.

وعرّفه الراغب الأصفهاني(تر:4) : "الفقه هو التوصل إلى علم الغائب بعلم الشاهد فهو أخص من الفهم . قال تعالى : { فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا } . النساء78 . [وقوله أيضاً] { كُنِ الْمُنَافِقِينَ لَا يَفْقَهُونَ } المنافقون 7"<sup>(3)</sup>

(1) رواه مسلم كتاب فضائل الصحابة ، باب فضائل عبد الله بن عباس رضي الله عنه- عن عبيد الله بن يزيد أن النبي قال : "اللهم فقهه" مسلم بن الحجاج -صحيح مسلم- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (ط2) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان . ج4 ص 1927 .

(2) شهاب الدين ، أحمد بن إدريس القرافي ، شرح تنقيح الفصول (المطبعة التونسية ، تونس 1328 هـ - 1910 م) . ص 15 .

(3) الراغب الأصفهاني المفردات في غريب القرآن . ضبط ومراجعة محمد خليل عيناوي (ط1 دار المعرفة بيروت 1418 هـ - 1998 م) . ص 383 - 384 .

ويقول ابن قيم الجوزية (تر: 96) : "الفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه هو فهم مراد المتكلم من كلامه"<sup>(1)</sup>.  
وبه عرّفه الجرجاني (تر: 22) في كتاب "التعريفات"<sup>(2)</sup>  
لكن الشارح "الروضة الناظر" (تر: 37) ، يرى أن هذه التعريفات : "قد فسرت الفقه بزيادة على أصل  
الوضع ، وأهل اللغة أعلم بالموضوعات من غيرهم"<sup>(3)</sup>.  
الثالث - الفقه فهم الشيء والعلم به ، ومثله جاء في لسان العرب<sup>(4)</sup> ، والقاموس المحيط<sup>(5)</sup> ، وقاله ابن  
فارس<sup>(6)</sup> (تر: 85) ، وبه عرّفه الغزالي (تر: 83) في المستصفي<sup>(7)</sup>.  
وقد اعترض الأمدى (تر: 6) على تعريف الفقه بالعلم والفهم فقال : "والأشبه أن الفهم مغاير للعلم ؛ إذ الفهم  
عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئه لاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب ، وإن لم يكن متصفاً به  
عالماً كالعالمي الفطن"<sup>(8)</sup> .  
"أما العلم فهو عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التمييز بين حقائق المعاني الكلية حصولاً لا  
يتطرق احتمال نقيضه"<sup>(9)</sup>.

وينضح مما سبق أن مدار الفقه في اللغة حول ثلاثة معاني :

**المعنى الأول :** الفهم المطلق ؛ **المعنى الثاني :** معنى أخص من الفهم ؛ **المعنى الثالث :** الفهم والعلم.  
على أن "الفقه" في أصل الوضع جاء بمعنى الفهم بالشيء والعلم به، وغير هذا المعنى ، عليه اعتراض  
لأن فيه زيادة على أصل الوضع اللغوي ، وقد تنبه إلى ذلك ابن القيم لذلك نجده يقول بعد أن عرّف الفقه  
بأنه : "فهم مراد المتكلم من كلامه" قال : "وهذا قدر زائد على مجرد الوضع في اللغة"<sup>(10)</sup>. هذا وإن سلمنا  
باعتراض الأمدى على تعريف الفقه "بالعلم" فإن اعتراض الشارح على روضة

(1) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ضبط ومراجعة طه عبد السّرفوف (مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة) ج 1  
ص 219.

(2) السيد شريف الجرجاني ، كتاب التعريفات تحقيق عبد المنعم حفني (دار الرشاد مصر). ص 191.

(3) عبد القادر الدومي الدمشقي . نزهة خاطر العاطر شرح روضة الناظر لابن قدامة (ط : دت دن) ص 19.

(4) ج 5 ص 3450.

(5) ج 4 ص 284

(6) معجم مقاييس اللغة (تحقيق عبد السلام هارون مكتبة الخارجي مصر 1402) . ج 4 ص 442

(7) (ط 1 ، مطبعة الأميرية بمصر 1322) . ج 1 ص 4 .

(8) الأحكام في أصول الأحكام (ط 1 : دار الكتب العلمية 1405 هـ - 1985 م) . ج 1 ص 4 .

(9) المرجع نفسه ج 1 ص 12 .

(10) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ج 1 ص 219 .



الناظر، لا يخلو من التعقيب إذ أن الشيرازي عندما عرف الفقه : بأنه إدراك الأشياء الخفية إنما قصد تعلق الفقه بالمعاني لا الذوات. لذلك نجده مثل لذلك بقوله : "تقول فقهاء كلامك ولا تقول فقهاء السماء ولا فقهاء الأرض"<sup>(1)</sup> وهو معنى مقابل للفهم. وهذه التعريفات تجد أساسها في التدرج التاريخي الذي عرفه مصطلح الفقه، إذ عرفه العرب في مقابل العلم والفهم فكان يسمى كل عالم بأمر فقيه<sup>(2)</sup> ثم خص بعلم الشريعة لعلوه وشرفه .

والذي نخلص إليه أن الفقه في أصل الوضع هو للفهم والعلم كما عرفه العرب في أصل كلامهم.

الفرع الثاني: تعريف الفقه اصطلاحاً :

بعد مجيء الإسلام غلب اسم الفقه على علم الدين ، فكان الصدر الأول إذا أطلقوا الفقه "فإنه ينصرف في عرفهم إلى علم الدين دون غيره ، وعلم الدين كان يتمثل في القرآن المجيد والسنة النبوية الشريفة"<sup>(3)</sup> ودليل ذلك قوله -صلى الله عليه وسلم- في حديث رواه أنس بن مالك (تر: 105) : "تضّر الله امرئ ، سمع مقالتي فوعاها ، ثم بلغها عني ، فرب حامل فقه غير فقيه ، ورب حامل فقه ، إلى من هو أفقه منه"<sup>(4)</sup> .

والملاحظ هنا أن المقصود من الفقيه صاحب البصيرة في دينه الذي خلص إلى معاني النصوص<sup>(5)</sup> . وأن المراد بالفقه كتاب الله القرآن ، وسنة نبيه -صلى الله عليه وسلم- وأن الفقيه هو القادر على استنباط الأحكام ؛ والقدرة على الاستنباط ينفوت فيها الناس بنفوت أفهامهم. لذلك نجده -صلى الله عليه وسلم- يقول : " رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه" بمعنى أقدر منه على الفهم والاستنباط فيستنبط ما لا يفهمه الحامل<sup>(6)</sup> .

ثم خص في عصر أبي حنيفة (تر: 31) بـ : "معرفة النفس ما لها وما عليها"<sup>(7)</sup> وهو تعريف شامل لأحكام الاعتقاد وعلم الأخلاق والأحكام العملية وهو أمر ناسب عصر أبي حنيفة حيث لم يستقل الفقه الأكبر عن الفقه العملي .

- (1) القرافي ، شرح تنقيح الفصول ص 15 .
- (2) ابن منظور ، مادة فقه. المرجع السابق .
- (3) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي (قصر الكتاب الجزائر 1990) ص 5.
- (4) رواه الترمذي وأبو داود في باب العلم ، ورواه أحمد في مسنده ، وابن ماجه في سننه باب من بلغ علماً. ناصر الدين الألباني صحيح سنن ابن ماجه ج 1 ص 45.
- (5) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ص 8.
- (6) المباركفوري . تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي (ط 1 دار الكتب العلمية بيروت 1410 هـ - 1990م) ج 1 ص 348.
- (7) سعد الدين التفتازاني ، شرح التوضيح للتفتيح . هامش شرح التلويح على التوضيح ج 1 (دار الكتب العلمية، بيروت لبنان) ج 1 ص 10 .

لذلك نجد أتباعه بعد عصره زادوا قيد "عملا" ليخرجوا أحكام الاعتقاد والوجدانيات عن الفقه ، واستقل الفقه بالعلم بالأحكام الشرعية العملية .

في حين نجد الشافعية نقل عنهم تعريف الفقه بأنه : "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"<sup>(1)</sup> وهو التعريف المتداول بين الأصوليين والمشهور بينهم وإن اختلفوا في بعض الألفاظ. إذ نجد في المقابل من يعرف الفقه بأنه معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد<sup>(2)</sup>. ومن ثم دار التعريف بمصطلح "الفقه" بين "العلم" و "المعرفة" ، فأيهما أصدق عليه ؟ إن الذين عرفوا الفقه "بالمعرفة" إنما أرادوا بذلك :

" العلم بمعنى الظن ، وأطلقت المعرفة التي هي في معنى العلم على الظن لأن المراد بذلك ظن المجتهد وهو لقوته قريب من العلم"<sup>(3)</sup>.

والذين عرفوه "بالعلم" إنما أرادوا به الإدراك الذي يتناول العلم والظن، لأن الأحكام العملية كما تثبت بالأدلة القطعية تثبت بالأدلة الظنية وكلها معتبرة في باب الأحكام الشرعية العملية<sup>(4)</sup>. " وأن المجتهد وإن غلب على ظنه فالحكم معلوم قطعاً والظن واقع في طريقه " ، وهو ما قاله الرازي(تر:39) وقد اختار تعريف الفقه بالعلم<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن من عرف الفقه بالعلم إنما أراد العلم بمعنى غلبة الظن ، أو بالنظر إلى ما يتوصل إليه المجتهد من قطعياً وجوب العمل بما أداه إليه اجتهاده ، وأن العلم مطلق الإدراك سواء تعلق بالظني أو القطعي ، وهو بهذا يلتقي مع مفهوم المعرفة .

والمختار هو تعريف الفقه بـ : "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية" لشهرته أولاً ، ولكونه جامعاً مانعاً لمسمى الفقه . أما قولهم :

- العلم : بمعنى الإدراك الذي يتناول العلم والظن .  
- الأحكام : الحكم هو إسناد أمر لأمر آخر وهو في اصطلاح الأصوليين : "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالوضع أو التخيير أو الاقتضاء".

وهو عند الفقهاء : أثر ذلك الخطاب ، ففي قوله تعالى : { وَلَا تَقْرَبُوا الزَّهْرَىٰ } . الإسراء 32

(1) شرح العضد لمختصر المنتهى على هامش حاشية التقنازي على الشرح (المطبعة الأميرية 1316 هـ) ص 18 ؛ هامش الشرح على التوضيح المسمى التوضيح للتقيح . المرجع السابق ص 20.

(2) تعريف الجويني : الخطاب المالكي ، شرح ورفات الجويني (ط3 المطبعة التونسية 1351 هـ) ص 13.  
(3) المرجع نفسه

(4) وهبه الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي (ط1 دار الفكر ، الجزائر ، سورية 1406 هـ). ج 1 ص 20.

(5) فخر الدين الرازي ، المحصول (ط1 دار الكتب العلمية لبنان 1401 - 1980) ج 1 ص 10 .

عند الأصوليين الحكم هو الخطاب نفسه ، ويعتبرونه دليلا ، أما الفقهاء فينظرون إلى الأثر المترتب على خطاب الشارع ، فيقول حكم الزنى : التحريم ، في دليل قوله تعالى : { وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوَاجَ } .

وبه خرج العلم بغير الأحكام ، والعلم بالذوات والصفات .

وقولهم - "الشرعية" : خرجت بها الأحكام الحسية التي تدرك بالحس كقولنا : السماء زرقاء ؛ والأحكام العقلية كعلمنا بأن الواحد نصف الاثنين ، والأحكام اللغوية كقولهم : الحال منصوب . والمراد بالعلم المتعلق بجميع الأحكام المذكورة تهيؤ الفقيه للعلم بالجميع ، بأن يكون عنده ما يكفيه من استعلامه بأن يرجع إليه فيحكم ، وعدم العلم في الحال لا ينفيه ، بجواز أن يكون ذلك لتعارض الأدلة أو لعدم التمكن من الاجتهاد في الحال<sup>(1)</sup> .

لذلك نجد الإمام مالك (تر: 104) <sup>(2)</sup> ، عندما سئل عن أربعين مسألة أجاب في اثنتي وثلاثين منها

بلا أدري .

فلا يقال إن الإمام - مع سعة علمه - لم يكن فقيها ، بل هو الفقيه المحدث .

وقولهم - "العملية" : قيد خرجت به الأحكام العلمية أو الاعتقادية ، وهي أصول الدين ، كالعلم بوحداية الله ؛ وكذا أصول الفقه ؛ كالعلم بأن الإجماع حجة ؛ وكذا حجية القياس وخبر الواحد - على اختلاف بين الأصوليين - فإن كل تلك الأحكام شرعية ، لكن العلم بها ليس من الفقه ، لأن العلم بها ليس علما بكيفية العمل .<sup>(3)</sup>

وفي قولهم - "المكتسب" : قيد خرج به علم الله تعالى ، وعلم جبريل ، وعلم الرسول - صلى الله عليه وسلم - ، لأنه علم حاصل من غير اجتهاد بل بالوحي .

وكذلك المعلوم من الدين بالضرورة ، كوجوب الصلوات الخمس . وهو قيد يفترق عنده مصطلح الفقه عن الشريعة ، وسيأتي بيان ذلك في موضعه .

وقيد - "أدلتها التفصيلية" خرجت به الأدلة الإجمالية ، وهي محل نظر علماء الأصول ، حيث يبحثون في جنس الأدلة في الكتاب

(1) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون ، ت عبد البديع ( دار الثقافة والإرشاد المؤسسة المصرية 392هـ - 1962م ج 1 ص 43 .

(2) الخطاب المالكي ، شرح ورقات الجويني . ص 16 .

(3) الرازي ، المحصول . ج 1 ص 10 .

والسنة كقولهم : الأمر للوجوب وغيره<sup>(1)</sup>.

والأدلة التفصيلية هي آحاد الأدلة من الكتاب والسنة التي يستدل بها على حكم شرعي ، ففي قوله

تعالى : ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾ دلالة على أن حكم الصلاة الوجوب .

وكما أطلق الفقه على العلم بالأحكام الشرعية أطلق أيضا وهو اصطلاح المتأخرين على :<sup>(2)</sup>

أولا - حفظ طائفة من مسائل الأحكام الشرعية الفقهية الواردة بالكتاب والسنة وما استنبط منهما ، سواء حفظت مع أدلتها أم مجردة عن هذه الدلائل ، من ثم فالفقيه ليس المجتهد المطلق فحسب بل أيضا المجتهد في المذهب والمجتهد المنتسب<sup>(3)</sup> .

ثانيا - على الموروث الفقهي ومجموع ما ألف في الفقه فإذا ذكرت دراسة الفقه أو التأليف في الفقه أو كتب الفقه فإنه ينصرف إلى هذه المجموعات ، التي تحتوي على الأحكام الشرعية العملية التي نزل بها الوحي قطعية كانت أم ظنية ، وكذا الاستنباطية واجتهادات الفقهاء وفتاواهم وغيرها . هذا والفقه تناول أحكاما نظمت حياة الإنسان بكل جوانبها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتربوية وغيرها .

الفرع الثالث : تقسيمات الفقه .

لأن الفقه الإسلامي نظم حياة الإنسان فقد شمل هذا التنظيم وضع أحكام لحياة الفرد وحده وحياته داخل أسرته ، وحياته ضمن الجماعة ، ومن ثم كان تقسيم الفقه كما يلي :

(1) التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون . ج1 ص 43 .

(2) وزارة الأوقاف المصرية ، المجلس الأعلى الإسلامي ، موسوعة الفقه الإسلامي (دار الكتاب المصري القاهرية ، دار الكتاب اللبناني بيروت 1410هـ - 1990م) ج1 ص 11-12 .

(3) "المجتهد المطلق" : هو الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد وهو يستخرج الأحكام من المصادر النصية وغير النصية . وفق منهج أصولي أخذ به عن نظر خاص وليس إتباعا لأحد ، ومن هؤلاء الصحابة والتابعين وشيوخ المذاهب . أما المجتهد المنتسب : فهو الذي ينتسب إلى إمام من الأئمة لأنه ارتضى منهجه في الاجتهاد أي أنه يأخذ بأصول إمامه تقليدا له ويخالفه في الفروع . أما المجتهد في المذهب : فهو الذي يتبع إمامه في الأصول والفروع وما ظهر فيه نصه لكنه يعرف قواعد إمامه وما يبني عليها فإذا وقعت حادثة لم يعرف لإمامه فيها نصا اجتهد على مذهبه وخرجها على أقواله ومنواله .

- يوسف القرض أوي ، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (ط2 دار القلم الكويت 1400هـ - 1989م) . ص 75 .

- محمد دسوقي ، الاجتهاد والتقليد في الشريعة (دار الثقافة ، الدوحة 1407هـ - 1987م) . ص 128-130 .

- قسمه أصحاب الشافعي (تر: 56) إلى أربعة أركان<sup>(1)</sup> قالوا: الأحكام الشرعية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، أو بأمر الدنيا ؛ وهي (أي التي تتعلق بأمر الدنيا) إما أن تتعلق ببقاء الشخص وهي المعاملات، أو ببقاء النوع ؛ (وتلك التي تتعلق ببقاء النوع) إما باعتبار المنزل وهي المناكحات أو باعتبار المدينة وهي : العقوبات .

- أما ابن عابدين (تر: 66) فقد قسم الفقه إلى ثلاثة أقسام : (2) عبادات ، معاملات وعقوبات وجعل العبادات خمسة أقسام : الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد.

وجعل المعاملات خمسة : المعاوضات المالية المناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات. وجعل العقوبات خمسة : القصاص ، وحد السرقة والزنا ، والقذف والردة .

- ومن قسم الفقه إلى عبادات ومعاملات<sup>(3)</sup>

وهو التقسيم الذي تداولته المؤلفات الفقهية ، ويعود أساسا إلى ملاحظة فروق بين أحكام مسائل العبادات ، وأحكام المعاملات التي مبناها على اختلاف المقصود من كل منهما ، فالمقصد من العبادات : القربى لله والشكر له وابتغاء مرضاته ، والغرض من المعاملات : تنظيم علاقات الفرد ، والعمل على حفظ النوع الإنساني ، ومن ثم فهي تعمل على تحقيق مصلحة دنيوية بينما العبادات فيها تحقيق لمصلحة أخروية<sup>(4)</sup>.

وهذا التفريق لا يسلّم به على إطلاقه ، إذ قولنا أن العبادات تحقق مصالح أخروية ، لا ينفي أنها تحقق مصالح دنيوية أيضا ، فالصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ، كما هي صلة بين العبد وربّه ؛ والنهي عن الفحشاء والمنكر ثمرته دنيوية يتمثل في دفع الفساد وتحقيق الأمن والخير في دنيا الناس.

ومن جهة أخرى فالمعاملات لا تحقق مصالح دنيوية فقط ، بل إن المسلم إذا أخلص النية في بيعه وشرائه ، نال ثواب الآخرة ، وإن هو تجاوز حدود الله في أحكام المعاملات أثم فالربا مثلا معاملة مالية محظورة في شريعة الإسلام رتب الشارع على

(1) التهانوي : كشاف اصطلاحات الفنون . ج 1 ص 43.

(2) محمد أمين المشهور : بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على شرح الدر المختار (ط2 دار الفكر دمشق 1386هـ - 1966م) ج 1 ص 79.

(3) محمد بن جزي المالكي ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية . (دار العلم للملايين ، بيروت 979). ص 16.

(4) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ص 18-19.

مقتر فيها عقوبة أخروية وجعلها من باب حرب الله ورسوله.(1)

وهناك أساس آخر يمكن أن تفترق فيه العبادات عن المعاملات : كون العبادات غير معقولة المعنى وأن الشارع قد تعبدنا بها فلا تدرك عللها ، ولا يلحق بها غيرها مما لم ينص عليه ، وأن النصوص التشريعية جاءت فيها مفصلة مما لا يحتاج فيها إلى العقل ولا تتأثر بزمان ولا مكان . في حين أن المعاملات جاءت معقولة المعنى ، مدركة عللها سواء بالنص عليها أو بالاستنباط ، ونصوص الشريعة فيها قواعد عامة لا تتعرض إلى التفصيل إلا في النادر ، وفيها مجال واسع لاجتهاد الفقهاء .

والملاحظ أن المؤلفات الفقهية الأولى لم تعرف هذا التقسيم ، وإن درجت عليه ، فجددهم يبدؤون بأحكام العبادات في التأليف من طهارة ، وصلاة وزكاة وحج وأيمان ونذور ثم أحكام لمعاملات من بيع وقرض وشركة... وغيرها ثم أحكام الأسرة من زواج وطلاق ونفقة وما يتبعه من ميراث ووصية ووقف ويختتمونه بأحكام القضاء والخصومات والحدود والقصاص .

هذا وموضوعات الفقه متنوعة وشاملة بحيث حوت فروع القوانين الوضعية بقسميها العام والخاص . أما العام ، فهو الذي تكون الدولة أحد طرفي العلاقة القانونية التي تحكمها القواعد القانونية ، وهي قسمان :

داخلي ، ويشمل الإداري والدستوري والمالي ؛ وكلها جاءت في باب الأحكام السلطانية مقابلة للأحكام المتعلقة بالخلافة والأنظمة والخراج والعشور وغيرها . ويلحق القانون العام الداخلي القانون الجنائي وقد عرف في الفقه الإسلامي تحت اسم العقوبات .

أما القسم الخارجي ، فيشمل القانون الدولي العام ويقابل أحكام الحرب والسلم الذي تناوله الفقهاء أيضا في باب الأحكام السلطانية ويقابل القانون العام القانون الخاص ، وهو عبارة عن القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم ويشمل القانون المدني والتجاري والبحري وقانون العمل ، وكذا فروع القانون

(1) يقول الله تعالى : **وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي هُوَ أَعْلَمُ بِمَا تُفْعَلُونَ** ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِي كِتَابِي مِنْ رَبِّي إِذْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِي كِتَابِي فَادْعُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ

وَمَرَسُولِهِ { البقرة 278-279 .

المختلطة متمثلة في القانون الدولي الخاص وقانون الإجراءات ؛ تناولها الفقهاء في قسم المعاملات في الفقه الإسلامي .

### المطلب الثالث : التعريف بتقنين الفقه الإسلامي .

نلاحظ أنه عند التعريف بمصطلح "تقنين الفقه الإسلامي" يتعين علينا بيان مجال تقنين الفقه الإسلامي ، وقد أدرجنا ذلك ضمن عنوان : "تقنين الفقه الإسلامي أم تقنين الشريعة الإسلامية" ؟ على اعتبار أن هناك من يطلق تقنين الشريعة ويريد به تقنين الفقه على ما بينهما من فروق . ومن ثم نقسم هذا المطلب كما يلي :

الفرع الأول : التعريف بمصطلح "تقنين الفقه الإسلامي".

الفرع الثاني : تقنين الشريعة الإسلامية أم تقنين الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : تعريف مصطلح تقنين الفقه الإسلامي :

عرفه وهبه الزحيلي بأنه : "صياغة أحكام المعاملات وغيرها من العقود والنظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها"<sup>(1)</sup>.

وعرفه فاروق النبهان بأنه : "التقنين بمعنى التنظيم أي إعادة صياغة الأحكام الفقهية بطريقة تتسجم مع أسلوب الصياغة القانونية تيسر عملية الرجوع إلى الأحكام وفق الطرق المتبعة في القضاء"<sup>(2)</sup>.  
وعرفه في موضع آخر بأنه : "التقنين كلمة تفيد التنظيم وفق أسلوب المراجع القانونية باعتماد الترتيب والترقيم والتبويب والصياغة القانونية ، واختيار الحكم الذي يجري العمل به في القضاء دون ذكر الآراء الفقهية الأخرى"<sup>(3)</sup>.

والملاحظ من التعريفين أن التعريف الثاني أوفق من الأول إذ جمع بين ركني التقنين ، الشكلي والموضوعي بينما اقتصر الأول على الشكلي فقط.

هذا والتقنين ينصب على أحد قسمي الفقه دون الآخر يعني المعاملات دون العبادات<sup>(4)</sup>، ذلك أن التقنين كلمة مشتقة من القانون ، والقانون عبارة عن مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع<sup>(5)</sup> ، وهي قواعد اجتماعية بمعنى أن القانون يخاطب الأشخاص فينظم سلوكهم الاجتماعي وهو

(1) وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي (ط1 مؤسسة الرسالة 1408-1987م) ص 26

(2) فاروق النبهان "المجمع العلمي للفقه الإسلامي" مجلة العربي (مصر) 1983 مج2 العدد 299 ، ذو الحجة 1403 أكتوبر تشرين الأول 1983) ص 21.

(3) فاروق النبهان "المجمع العلمي للفقه الإسلامي" مجلة العربي المرجع السابق.

(4) أبو المعاطي أبو الفتوح "تقنين الأحكام الشرعية" مجلة العلوم الإسلامية . الجزائر (عدد 3 جمادى الثانية 1412 جانفي 1992) جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية. ص 93.

(5) عبد الناصر توفيق العطار ، مبادئ القانون (دط مطبعة السعادة مصر دت) ص 12

في تنظيمه لسلوك الأشخاص لا يعبأ بغير سلوكهم الاجتماعي ، فسلوك الإنسان مع ربه لا ينظمه القانون ، إنما ينظم سلوكه الذي يتصل بغيره من الأشخاص ويكون له أثر في المجتمع<sup>(1)</sup>.  
ومن ثم انصب التقنين في الفقه الإسلامي على المعاملات دون العبادات لأنها -أي المعاملات- أحكامها تنظم العلاقات بين الأفراد وهي مجال للمنازعات والخصومات ، مما يستدعي قواعد واضحة الصياغة، بمعنى مقننة يحتكم إليها عند التقاضي ، في حين أن الأمور التعبدية ليست محلاً للمنازعات ولا مجال للقضاء فيها ومن ثم فهي أبعد عن التقنين.

### الفرع الثاني: تقنين الفقه الإسلامي أمر تقنين الشريعة الإسلامية؟

هذا وقد رأينا من يطلق مصطلح تقنين الشريعة الإسلامية بدل تقنين الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup>.  
إلا أن الذي يقنن فعلاً هو فرع من فروع الفقه الإسلامي ، وهو المعاملات ؛ ثم إن الشريعة غير الفقه ؛ ذلك أن الشريعة<sup>(3)</sup> في اللغة مورد الناس للاستسقاء ، وسمى بذلك لوضوحه وظهوره والشرع مصدر شرع بمعنى وضّح وأظهر. ثم غلب استعمال هذه الألفاظ في الدين : **كُنْمَ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأُمْرِ فَأَتْبِعْهَا** . الجاثية 18

والشرع هو ما نزل به الوحي على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- من الأحكام من الكتاب والسنة ، مما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين قطعية كانت أو ظنية ، وهو ذات المعنى الذي عرفه الصدر الأول في مقابل كلمة الفقه.  
والفقه كما علمنا أصبح عند المتأخرين يطلق على حفظ المسائل الفقهية بأدلتها أو من غير أدلتها، أو هو مجموع ما أُلّف حوله. ومن ثم فإن بين الشريعة والفقه علاقة عموم وخصوص.  
يقول عمر سليمان الأشقر : "الشريعة هي الدين المنزل من عند الله ، والفقه هو فهمنا لتلك الشريعة ، فإذا أصبنا الحق في فهمنا ، كان الفقه موافقاً للشريعة من هذه الحيثية ، وإذا أخطأ فهمنا الحق المنزل ، لم يكن هذا الفهم من الشريعة ، ولم يخرج عن الفقه"<sup>(4)</sup>.  
فالشريعة هي الأحكام الاعتقادية والأخلاقية وأخبار الأمم والأحكام التي أصاب المجتهد فيها حكم الله . أما الفقه فهو فهم المجتهد لتلك الأحكام أصاب أم أخطأ.

(1) المرجع نفسه ص 15 .

(2) وهو ما نصت عليه القرارات التي أصدرتها جامعة الدول العربية ، المؤتمر الإسلامي ، مجلس التعاون لدول الخليج (عن محمد عبد الجواد ، بحوث في الشريعة الإسلامية ، تقنين الشريعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1411 - 1991) . ص 35 .

(3) وزارة الأوقاف المصرية ، موسوعة الفقه الإسلامي ج 1 ص 12-13 .

(4) عمر سلمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ص 14



## الخلاصة:

مما سبق يتبين لنا أن التقنين صناعة غربية لم يعرفها الفكر الإسلامي - بالمصطلح القانوني المحدد الوضعي - وإن عرفوا كلمة "القانون" وهي كما سبق بيانه كلمة معربة استعملها الفقهاء القدامى ، فالقانون كلمة يونانية الأصل (kânôn) انتقلت إلى اللاتينية (Canon) ثم إلى الفرنسية ومعناها القاعدة<sup>(1)</sup>. وقد استعمل كلمة القانون بمعنى القاعدة كثير من الفقهاء القدامى منهم على سبيل المثال :

1- الفقيه المالكي ابن جزي (تر: 23) في كتابه الذي سماه : القوانين الفقهية أو قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، (وقد جاء كاسمه جامعا ضابطا لما يلزم عمله من أصول الدين وفروع ومكملاته... وقد بناء على اصطلاح وترتيب... في أسلوب بديع جامع بين الإيضاح والإيجاز)<sup>(2)</sup>.  
2- الإمام ابن تيمية(تر: 17) : "فتلك القواعد الفاسدة التي جعلوها قوانين... إن هذه القوانين فيها ما هو صحيح لا ريب فيه"<sup>(3)</sup>.

3- وابن رشد(تر: 42) يقول في بداية المجتهد : "تكون كالقانون للمجتهد"<sup>(4)</sup>

وهؤلاء وغيرهم استعملوا كلمة قانون للتعبير عن القاعدة أو الضابط أو المنهج .

أضف إلى ذلك أن التقنين بالمصطلح الوضعي يكون تشريعا مرة أو صورة من صورته ، أو طريقة من طرق التدوين ، وهو في الفقه الإسلامي مجرد تنظيم وإعادة صياغة لأحكام الفقه الإسلامي بأسلوب المدونات القانونية الحديثة حتى يسهل تطبيقه ؛ ولا يصح أن يقال أن تقنين الفقه الإسلامي هو تشريع لأن التشريع يحمل معنى إنشاء القاعدة القانونية ، وفي الفقه الإسلامي التشريع الذي هو في معنى الإنشاء مصدره الوحي ، أما المجتهدون أو الفقهاء فدورهم يقف عند فهم النص أو الاستنباط والكشف عن الحكم من خلال ذلك النص ، بمعنى أن التقنين بالمصطلح الوضعي فيه معنى إنشاء القواعد وصياغة الأحكام وجمعها وضمها مرتبة بينما في الفقه الإسلامي هو جمع لقواعد سابقة وأحكام واضحة محددة أو متعددة استنبطها علماء الشريعة ثم صياغتها وفق الأساليب القانونية الحديثة جمعا وترتيباً وتنسيقاً.

(1) محمد عبد الجواد ، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية (مطبعة الجامعة والكتاب الجامعي 1977 ) هامش ص 14 .

(2) معاوية التميمي مقدمة على كتاب القوانين الفقهية لابن جزي (مطبعة النهضة تونس 1344-1926م) ص 8.

(3) تقي الدين أحمد بن تيمية ، مجموع الفتاوى (جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ص 1 1381 م 5) ص 341 .

(4) أبو الوليد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ، (ط 8 دار الطباعة والنشر بيروت لبنان 1406-1986م) ج 2 ص 155 .

## المبحث الثاني : الجذور التاريخية للتقنين.

لأن التقنين ظاهرة لها جذورها التاريخية ، التي شكلت ماهيتها ، وساعدت على اكتمال صورتها، فإن دراستها تاريخيا له من الأهمية بحيث يوضح أبعاد ومعالم هذه الظاهرة ؛ ولأنها تعود إلى ما قبل التاريخ ، وأن الفقه الإسلامي حديث عهد بها فقد تعين تتبع حركة التقنين في التشريعات الوضعية ثم بيانها في الفقه الإسلامي ، ومن ثم كان مدار هذا البحث حول مطلبين :

الأول : الجذور التاريخية للتقنين في التشريعات الوضعية.

الثاني : الجذور التاريخية للتقنين في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: الجذور التاريخية للتقنين في التشريعات الوضعية.

لقد عرفت البشرية التقنين منذ زمن بعيد ، تمثل في جمع القواعد العرفية أو الدينية السائدة في المجتمع ، "قوضعت مدونة تجمع هذه التقاليد لتكون أكثر انضباطا وأيسر مثالا لكافة الأفراد".<sup>(1)</sup> وكان التدوين يتم بنقش هذه النصوص على ألواح من الخشب أو البرونز أو الفخار ، وينشر في ساحة عامة ، وقد صيغ في أسلوب شعري موجز يتفق مع أفهام الناس ويسهل تعلقه بالذهن.<sup>(2)</sup> والذي دل على أن التقنين قد عرف منذ أقدم العصور الحفريات التي اكتشفها علماء الآثار ، تمثلت في قوانين مدونة أقدمها شريعة أورنمو السومرية والتي يعود تاريخها إلى 2300 ق.م وتلتها شرائع أخرى عثر عليها مدونة مع آثار بابل لكن أشهرها على الإطلاق تقنين حمورابي(تر:29).<sup>(3)</sup> كما عثر أيضا على حفريات دلت على أن مصر القديمة قد عرفت التقنين منها شريعة حور محب 1330 ق.م وتقنين بوكخورس 630 ق.م. وفي الهند قانون مانو.

(1) عبد المنعم البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية (دط دار النهضة العربية ، بيروت 1966) ص 166.

(2) زهدي يكن ، تاريخ القانون (ط2 دار النهضة العربية لبنان بيروت ، 1969) ص 92

(3) راجع : جمال الدين عطية "تاريخ التقنين" المسلم المعاصر (ع 11 رجب شعبان . رمضان 1397هـ يونيو أغسطس 1977م . بيروت لبنان) ص 37 .

هذا في حضارات الشرق ، أما في الغرب فإن أشهر تقنين قديم هو قانون دراكون (تر:36) ، وقانون صولون (تر:62) الذين وضعوا في القرن السادس قبل الميلاد ، وقانون الألواح ثم قانون جستيان . وكان تقنين نابليون (تر:116) الذي وضع في القرن التاسع عشر للميلاد بداية عصر التقنينات الذي اتسم به هذا القرن إذ كان نموذجا أخذت به كثير من الدول الأوروبية والعربية على حد سواء ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

### الفرع الأول : القوانين الشريفة :

أقدمها وأشهرها وأديعها صيتنا قانون حمورابي .

#### أولا - قانون حمورابي :

يرجح اكتشاف قانون حمورابي إلى عام 1902 م على يد بعثة فرنسية في مدينة سوس ، والقانون وجد منقوشا على لوح من الديوريت<sup>(1)</sup> ، وهو عبارة عن حجر حبيبي مبلور أسود يأخذ شكل أسطوانة . يبلغ ارتفاعها 2,25 م ودائرة قاعدتها مترين ، تغطي كامل النصب رموز مسمارية صيغت على شكل عمد حفظت فيه 282 مادة قانونية -مع ضياع بعضها- ، ويعود تاريخ كتابتها إلى عصر حمورابي الذي حكم بين 1792 - 1750 ق.م.

وقد جمع حمورابي قوانينه من مصادر رافدية مختلفة وقديمة كانت مدونة على ألواح من الطين المفخور<sup>(2)</sup> ، فقد جمعها بعناية ودقة ونسقتها وأضاف إليها الشيء الكثير انسجاما مع ظروف وطبيعة عصره ، وحمل الناس كافة على إتباعها والعمل بموجب موادها<sup>(3)</sup>.

وقانون حمورابي جاء منظما لكافة العلاقات الاجتماعية التي سادت بلاد دجلة والفرات ، منها نظام التقاضي (من ادعاء وإشهار) في عقود البيع والشراء ، وأحكام متعلقة بالأسرة والأحوال الشخصية من ميراث ووصية وغيرها ، وأمور التجارة ، وشؤون الطب والبيطرة ، وكذا وضع العبيد ومعاشهم ودورهم في المجتمع بالإضافة إلى التجريم والعقوبات المترتبة عليها<sup>(4)</sup>.

وقد تميّز تقنين حمورابي بالخصائص التالية :

أولا - جاءت مواد مفصلة لكثير من المسائل وهو تفصيل حال دون إحاطة التقنين بكل مظاهر الحياة القانونية .

(1) شفيق الجراح ، دراسات في تاريخ الحقوق . -المؤسسات البابلية الحقوقية - (ط2 المطبعة الجديدة ، دمشق 1397 - 1398 هـ . 1977 - 1978 م) ص 49.

(2) منها شريعة "أورنمو" . وشريعة "لبت عشتار" وغيرها.

(3) عبد الحكيم الننون ، التشريعات البابلية (ط1 دار علاء الدين دمشق 1992) ص 38.

(4) جاءت مواد مفصلة في كتاب التشريعات البابلية -المرجع السابق- راجع ص 48 وما بعدها .

**ثانياً** - اتسم تقنين حمورابي بالمظهر افتراضي فنجد المادة القانونية تبدأ "إذا" وتتبعها "...فإن..." ومواده كلها جاءت على هذا النسق .

**ثالثاً** - أنه كان عامل توحيد ، فلقد جمع حمورابي بين مجموعتين من الشعوب الأكديين<sup>(1)</sup> (الساميين) . والسومريين<sup>(2)</sup> تحت حكم سلطة عامة واحدة ، واسترشد التقنين بتقاليد هذين الشعبين وساهم بالتالي في توحيدهما على الصعيد السياسي والقانوني .

**رابعاً**- لتقنين حمورابي صبغة مركبة من ناحيتين :

1- أن المصدر القانوني لأحكامه في غاية التنوع فبعض هذه الأحكام قواعد عرفية قديمة ، وبعضها الآخر أحكام قضائية ، وهناك قواعد مصدرها تشريعات جديدة توافق مراحل المدينة (بابل) وعصور مختلفة .

وهو مع ذلك لم تأت قواعده ، كقواعد عامة بقدر ما كانت تردد أحكاماً قضائية<sup>(3)</sup>.

2- على الرغم من أن المقدمة جاءت حاملة الطابع الديني إذ فيها إشادة بالآلهة ، إلا أن تقنين حمورابي لم يكن قانوناً دينياً بل مدنياً ، إذ كان بعيداً كل البعد عن الطقوس الدينية ، وقد "جاءت المواد المنظمة جامعة بين أرقى القوانين وأعظمها استتارة ، بأقصى العقوبات وأشدّها وحشية ، وتضع قانون النفس بالنفس والتحكيم الإلهي<sup>(\*)</sup> إلى جانب الأصول القضائية المحكمة"<sup>(4)</sup>

3- تميّز تقنين حمورابي بمزايا شهرته وأدعت صيته منها :

أ - عنايته بالمشاكل المادية .

ب - تطور قانون الالتزامات وتقدمه خاصة بالنظر إلى قدم الحضارة التي جاء فيها .

ج - إيجاد قانون للتجار ينظم التجارة بقواعد تحكمها وتحسن سيرها ، على اعتبار أن "بابل" تميزت بالحركة التجارية .

(1) الأكديون : "شعب سام سكن أواسط بلاد ما بين النهرين ((العراق) حوالي الألف الثالث ق.م)" منير بعلبكي ، موسوعة المورد ، (دائرة المعارف ميسرة ومقتبسة عن موسوعة الموارد (ط1 دار العلم للملايين بيروت 1990 ) ) مج1 ص 111 .

(2) السومريون : "شعب وفد من منطقة القزوين وأقام في بلاد ما بين النهرين أين أسس حضارة امتدت من عام 2000 - 1800 ق م" المرجع السابق ص 435 .

(3) عبد المجيد محمد الحفناوي تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (دار الكتاب الليبي ليبيا) ص 105 .

\* من نماذج التحكيم الإلهي ؛ (أن المتهم بالسحر والمتهمة بالزنى يطالب منها القفز في نهر الفرات ، والنجاة من الغرق علامة براءة ، أما العكس فهو جزاء الجريمة) زهدي يكن تاريخ القانون المرجع السابق ص 196 .

(4) ول ديوارنت قصة حضارة - الشرق الأدنى- (تر محمد بدران دط ، لجنة التأليف والترجمة والنشر) ج3 م1 ص208 .

د - أن أحكام قواعد العقوبات التي تضمنها دلت على أن التجريم والعقاب كان تحت إشراف الدولة بصفة عامة .

هـ - تميّز بطريقة تدوينه فالأسلوب موجز و"المصطلحات الفنية مذهشة وذاتية"<sup>(1)</sup>

هذا وقد ساد تقنين حمورابي ، أكثر من ألف سنة ليس على بابل فحسب بل امتد إلى آشور ونيينوى<sup>(2)</sup> ثانيا - قانون بوكخوريس :

بوكخوريس هو أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين لحضارة وادي النيل حكم بين 720-715 ق.م وقد نقل عنه تقنين سمي بـ "مجموعة بوكخوريس" جمع فيها الأنظمة والقوانين المصرية التي كانت سائدة قبل عهده مع إدخال بعض التعديلات عليها<sup>(3)</sup> ، وهو تقنين لم تكشف عنه الحفريات المصرية ، إنما حفظه مؤرخو اليونان ، وبالتحديد المؤرخ ثيودورس الصقلي(تر: 19) الذي استقى معلوماته عن مصر من مؤرخ مصري عاش في مطلع القرن الثالث قبل الميلاد ، إذ روى لخمسة من الفراعنة ، هم مشترعى مصر من بينهم ، بوكخوريس الذي حكم مصر أواخر القرن الثامن قبل الميلاد ، ويعود إليه الفضل في مد البلاد بدستور ينظم الحياة التجارية فيها.<sup>(4)</sup>

وقد قام بوكخوريس بتخفيض الديون وتحديد الفوائد وتحريم الإكراه وبقي العمل بمجموعته حتى عام 212 بعد الميلاد ، مع إدخال تعديلات عليه ، وقد سماه الإغريق : "قانون العقود" ومن مميزاته :

1- أنه ذو طابع مدني .

2- أن واضعه قد تأثر بقانون بابل وأشور ، خاصة قانون حمورابي.

3- أن صولون قد تأثر به هو أيضا عند وضع قانونه .

4- ويذهب بعض المؤرخين إلى أن قانون الألواح الاثني عشر قد اقتبس كثيرا من قانون بوكخوريس<sup>(5)</sup>.

ثالثا - قانون مانو :

قد كان يحكم الهند مزيج من الأوامر الملكية والتقاليد ، وقواعد الطبقات ، ولم يكن هناك تشريع واحد يحكم الهند بأسرها. فالنصوص العرفية هي التي تحل محل القانون في شؤون الحياة اليومية ، والتي

(1) الحفناوي ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ص 106 .

(2) المرجع نفسه ص 94 .

(3) زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 178 .

(4) أندريه إيمار ، تاريخ الحضارات العام ، -الشرق واليونان القديمة- (ط1 منشورات عويدات بيروت 1964) ج1 ص 54 .

(5) زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 179 .

تفصل ما للطبقات من نظم وواجبات والذي كتب هذه النصوص رجال من البراهمة<sup>(1)</sup> كتبها من وجهة نظر براهمية خالصة . وأقدم هذه النصوص "تشرية مانو" ، مانو هو السلف الأسطوري الذي تسلسلت عنه الجماعة المانوية ومدرستها الفكرية المؤلفة من براهمة ، بالقرب من دلهي. وقد صورته هذه النصوص إنا للإله يتلقى القوانين من براهمة نفسه .

هذا ويتألف تشرية مانو من ألفين وستمائة وخمس وثمانين (2685) بيتا من الشعر كان يرجع إلى سنة 1200 ق.م "لكن الباحثين يردونه إلى القرون الأولى بعد الميلاد"<sup>(2)</sup> ، وقد أريد به بادئ الأمر أن يكون بمثابة الدليل الذي يرشد البراهمة المانوية إلى السلوك القويم ، وأخذ يتطور حتى أصبح تشرية عاما يحدد حدود كل طبقة وواجباتها ، وهو مع ذلك يؤيد ويشيد بنظام الطبقات ويضع سلوك كل طبقة وواجباتها ، كما يتسم بمظهر خرافي من حيث قبوله بمبدأ المحاكمة "بالمحنة"<sup>(3)</sup> والمغالة في تطبيق مبدأ القصاص.

وكان من تأثيره أن زاد زيادة عظيمة في سيطرة نظام الطبقات على المجتمع الهندي.<sup>(4)</sup> ولنا أن نستخلص مما سبق أن قانون مانو قانون جاء ليحفظ طبقة معينة نظامها ، ويزيد في مكانتها ويكرس فوقيتها وهو في تدوينه ذو طابع ديني أكثر منه مدني ، يعتمد على الخرافات ويشدد في العقوبات.

#### الفرع الثاني: القوانين الغربية.

نميز في القوانين الغربية أربع مراحل للتقنين بحسب التدرج التاريخي ، بدءا من اليونان إلى فرنسا وسائر أوربا .  
أولا- قانون دراكون:

جاء تقنين دراكون في اليونان عندما كانت التقاليد والنظم القانونية يحتكرها الأشراف والنبلاء. والقوانين كانت في نظر اليونانيين ، ذات صبغة دينية بحتة ، بل هي جزء من الدين ويشهد على ذلك :

(1) البراهمة اسم يطلق على أفراد من الطبقة العليا وهي طبقة الكهنوت أو رجال الدين عند الهندوس ، والبراهمية نظام ديني اجتماعي هندوسي يقول بوحدة الوجود ويقسم الناس إلى أربع طبقات : طبقة رجال الدين (البراهمة) ، طبقة المحاربين ، طبقة التجار والمزارعين وطبقة العمال) منير بعلبكي ، موسوعة المورد (دار العلم للملايين ، بيروت 1980) ج2 ص 105.

(2) ول ديوارنت قصة حضارة . الهند وجيرانها ج3 م1 ص 163.

(3) من أمثلتها : أن يغلى الزيت ممزوجا بروث البقر وعلى المتهم دس ذراعه حتى المرفق ومنها محنة الثعبان ، والنجاة من المحنة دليل براءة .

(4) ول ديوارنت قصة حضارة -الهند وجيرانها- (ط3 تر. زكي نجيب 1968) ج3 م1 ص 163 وما بعدها .

أن أقدم القوانين الملكية عند اليونان كانت .ممتزجة بالطقوس الدينية وقوانين المعابد.(1) وقد سبق جمع دراكون لهذه التقاليد وتلك القواعد جمع العادات المقدسة ، وتنسيقها على يد مشرعين أمثال زولوس وكرانداس(د.تر).

أما قانون دراكون والذي صدر عام 620 ق.م فقد كان الغرض منه صياغة التقاليد والنظم القانونية في نصوص مدونة منعاً لاحتكارها في أيدي الأشراف والنبلاء وحتى لا تطبق لمصلحة طائفة دون أخرى ، وتنظيماً بالدرجة الأولى للقضاء الذي ألزم بتطبيقه وعدم تخطيه .

وعمل دراكون انحصار في جمع التقاليد الموجودة ، فكان تدويناً لقسوة القوانين وتكريساً للفصل بين الطبقات ، هذه القسوة التي امتازت بها قوانين دراكون أصبحت مضرب المثل في القسوة والوحشية، وهي التي قضت على التقنين إذ استبدل بعد ثلاثين (30) عاماً فقط من تطبيقه .

وبدت قسوة تلك القوانين في أنها كانت ترى في كل خطأ إساءة للآلهة -في زعمهم- فالسرقة مثلاً كان يعاقب عليها بالموت لأن فيها اعتداء على ديانة الملك(2) إلا أن قوانين دراكون لم تخل من محاسن منها :

- 1- أنها دونت القواعد القانونية حتى تكون معلومة ولا يكون العلم بها حكراً على طائفة دون الأخرى .
  - 2- أنها حددت من السلطة الأبوية ونقلتها إلى الدولة .
  - 3- أنها عكست لنا واقع الحياة الاجتماعية في اليونان القديمة منها مثلاً : أن الفرد كان ينتمي للأسرة أكثر من انتمائه للمدينة ، ومع ذلك فإنها لم تستطع الحد من سلطة القبيلة ولا من سيطرة الأشراف على دور القضاء حيث ترك لهم تفسير كل ما يمس مصالحهم من القوانين.(3)
- ثانياً - مجموعة صولون :

نظراً للقسوة التي ميّزت قانون دراكون فقد استبدل بعد ثلاثين عاماً من صدوره وجاء قانون صولون عام 594 ق.م خارجاً عن النطاق الديني إلى النطاق السياسي البحث مراعيًا في الصياغة القانونية ، التطور الاجتماعي ، ومبادئ القانون الطبيعي ، متفقاً مع ميول الشعب نابذاً للقسوة التي اتسم بها قانون دراكون ، وأهم ما اشتمل عليه ، تحديد سعر فائدة الديون وتحريم الربا الفاحش ، وجعل ذمه المدين هي الضمان لدينه لا شخصه.

وشجع التجارة والصناعة في أثينا إذ عدل نظام العملة والمقاييس والمكاييل ، وكان من نتائجها تحسن الحالة الاجتماعية للطبقة المتوسطة.

(1) ول ديوارنت قصة حضارة -حياة اليونان- (ط1 تر محمد بدران لجنة التأليف والنشر - القاهرة) ج 2 م 2 ص 27.

(2) زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 25 .

(3) زهدي يكن تاريخ القانون ص 95.

وقد أعلن على الناس مكتوبا في ساحة أركون الديني على لوحات خشبية تدار وتقرأ حتى يلتزم بها الناس ويطيعوه<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - القانون الروماني :

تأسست روما في القرن الثامن (08) ق.م ، وامتدت على مدى أربعة عشر (14) قرنا لتشمل إمبراطوريتها كثيرا من دول العالم وكان امتدادها عسكريا كما كان سياسيا ، ترك بصماته على الدول التي كانت تحت سيطرتها .

وشهرة الإمبراطورية الرومانية كما كانت عسكرية توسعية كانت ثقافية وأكثر ما اشتهر به الرومان الجانب التشريعي هذا والقانون الروماني قد مرّ في تطوره بمراحل ثلاثة هي :

**الأولى-** وهي المرحلة التي تبدأ بتأسيس روما ، وفيها كانت شريعة الرومان مزيجا من العادات القبلية والمراسيم الملكية والأوامر الكهنوتية ، وتنتهي بصدور قانون الألواح الاثني عشر ، وهي مرحلة الطفولة بالنسبة للقانون الروماني .

**الثانية -** وتبدأ مع صدور قانون الألواح الاثني عشر ، وتنتهي سنة 284 م وهي مرحلة النضوج ، وقد قننت خلال تلك المرحلة الأعراف الرومانية في قانون الألواح الذي يعد البناء الأساسي للشريعة اللاتينية وفيها ظهرت مبادئ القانون القضائي نتيجة تفاسير الفقهاء وجهود البريتور<sup>(2)</sup> ؛ كما تكونت مبادئ قانون الشعوب بفضل مجهود البريتور المختص بقضايا الأجانب وطرأت تطورات هامة بناء على قرارات صدرت عن مجلس الشعب .

**الثالثة -** تبدأ مع حكم الإمبراطور ديكلوتيانوس (تر:38) Diocleitein 284 م وتنتهي بانتهاء حكم الإمبراطور جوسنيانوس 565 م وهي مرحلة تمثل الدور البيزنطي للقانون الروماني ، وخلالها انقسمت الإمبراطورية إلى قسمين قسم غربي عاصمته روما ، وقسم شرقي عاصمته بيزنطة وهي المرحلة التي

(1) المرجع نفسه ص 99-101 .

(2) البريتور أو الحاكم القضائي : أنشئت وظيفته عام 367 ق.م للقيام بوظيفة القناصل بالقضاء المدني ، وانحصر اختصاصه في سماع الفريقين في الدعوى ، فإن طبقت المراسم ونصوص الألواح أحالهم للحكم فيها والفصل ، وإن لم تكن رد الدعوى؛ ثم أصبحت وظيفته ابتكار المواد القانونية وتعديلها وتجديد القانون وتفسيره لكن ضعفت هذه الوظيفة مع الزمن اتسعت سلطة الحكام وتدخلهم في التشريع) زهدي يكن ، نفسه ص 232.



انتشرت فيها المسيحية وأصبحت دين الإمبراطورية الرسمي ، وتحول النظام فيها إلى الحكم المطلق ، وأصبح الإمبراطور هو المصدر الأوح للتشريع وفيها تسربت القوانين المحلية على إثر الأتساع الذي عرفته الإمبراطورية إلى القوانين الرومانية مما دفع بالأباطرة إلى جمع القوانين الرومانية في مجموعات رسمية .

وقد فتر القانون الروماني بعد ذلك باستثناء ما ورد من مجموعة مختار القوانين Eclego legun التي أصدرها الإمبراطور ليون الثالث (تر:102) عام 739 م معدلا فيها كثيرا من القواعد التي تضمنتها مجموعة جستنيانوس. وظل الأمر كذلك إلى عصر النهضة عندما اهتمت العديد من البلدان الأوربية بدراسة القانون الروماني واقتباس كثير من مبادئه وقد أغراها على ذلك ما تتمتع به تلك المبادئ من متانة وما تحتويه من فكر قانوني رفيع.<sup>(1)</sup>

هذا ويعتبر كل من قانون الألواح الاثني عشر وقانون جستنيان (جوستيا توس) منعطفين لمرحلتين بارزتين في تاريخ القانون الروماني وهما نموذجان لحركة التقنين ، انتقل بهما القانون الروماني من تحكم العادات وتنوعها وفوضويتها إلى مرحلة التدوين والضبط والتنظيم .

أ- قانون الألواح الاثني عشر :

كان قانون الألواح أول تدوين رسمي عرفته روما جاء بناء على طلب العامة في سبيل نيل حقوقهم ، وحتى لا تكون القوانين حكرا على الكهنة والأشراف الذين كانوا يحتفظون بسجلاتهم سرا لا يطلع عليه غيرهم من الأهليين ، ويتخذون من هذا الاحتكار ، وبما تتطلبه القوانين من مراسيم أسلحة يقاومون بها كل دعوة إلى الإصلاح الاجتماعي<sup>(2)</sup>.

والبداية كانت عندما وافق مجلس الشيوخ على إرسال لجنة عام 454 ق.م إلى بلاد اليونان مؤلفة من ثلاثة من الأشراف لدراسة شرائع صولون ، وغيره من المشرعين ، وقد عادت اللجنة بتقرير عن تلك الشرائع اعتمدهت اللجنة المكلفة بوضع قانون الألواح .

ففي عام 451 ق.م اختارت الجمعية عشرة رجال لوضع قانون جديد خولتهم أعلى سلطة حكومية في روما على مدى

سنتين ، وقد ترأس هذه اللجنة أيبوس كلوديوس (تر:98)<sup>(3)</sup> كانت ملزمة بوضع قانون الألواح مدة سنة ، ومرت السنة ولم تنته اللجنة من إتمام عملها ، إذ انتهت من وضع عشرة ألواح فقط ، عرضت على

(1) محمد طلعت الغنيمي ، قانون السلام في الإسلام ، -دراسة مقارنة- ( دط منشأة المعارف الإسكندرية) ص 256-257.

(2) ول ديوارنت . قصة حضارة -قيصر والمسيح أو الحضارة الرومانية- ، (ط3 تر محمد بدران ، لجة التأليف والترجمة والنشر 1972 ) ص 67.

(3) المرجع نفسه ص 50.

المجالس فوافقت عليها ، وأمرت بنشرها ثم اختيرت لجنة ثانية من الأشراف والعامّة فوضعت لوائح آخرين وافقت عليهما المجالس وأصدرتها عام 449 ق.م وقد تم نشرها وعرضت على العامّة ، والألواح كتبت منقوشة على البرونز<sup>(1)</sup>.

ويمثل تدوين قانون الألواح الاثني عشر مرحلة انتقال من العادات غير الثابتة غير المكتوبة إلى مرحلة القانون المدون ؛ وكان ذلك نتيجة انتشار الكتابة والقراءة ، هذا وقد أحدث قانون الألواح انقلاباً قضائياً مزدوجاً ، ذلك أنها صبغت القانون بالصبغة الدنيوية غير الدينية التي كانت عليها من جهة ، وأداعت القانون الروماني ونشرته من جهة أخرى<sup>(2)</sup>. على أنه لوحظ تماثل بين قواعد الألواح والقانون اليوناني وقد كشف عن هذا التماثل بعض علماء الألمان ، إلى درجة استبعد معها احتمال الصدفة ، فقررروا أن مادة القانون الروماني مقتبسة من القانون اليوناني أو أن كل منهما يعود إلى مصدر واحد<sup>(3)</sup>.

وهو أمر غير مستبعد خاصة إذا علمنا أنه سبق التكليف بوضع قانون الألواح ، إرسال بعثة إلى اليونان للإطلاع على شرائعهم ، ومع عودتهم -بالضرورة- يكونون قد حملوا معهم قواعد من القانون اليوناني أو حتى على أبعد تقدير قد تأثروا به .

هذا وإن سلمنا بقيام تماثل بين القانونين فإن ذلك لا ينفي الاختلاف بينهما . إذ أن قانون الألواح كما يقول أحمد أبو الوفاء : "... يغرق المتعامل في تشكيلات كثيرة بينما قانون صولون كان طابعه البساطة ، وقد قيل أن السبب في ذلك طبيعة البيئة الرومانية فهي زراعية يقل فيها التعامل [التجاري خاصة] مما يستوجب العناية به ، بينما بيئة اليونان تتميز بكثرة المعاملات وسرعتها مما قد لا يتناسب مع الإغراق في الشكليات"<sup>(4)</sup>.

هذا وتحتوي الألواح الرومانية -عدا القواعد القانونية- على القليل من الآداب الدينية ومراسيم الجنازات وكلها جاءت في أسلوب شعري<sup>(5)</sup>.

(1) زهدي يكن ، تاريخ القانون -الهامش- ص 110 .

(2) ول ديوارنت ، قصة حضارة قيصر والمسيح ج 1 مج 3 ص 68 .

(3) زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 106 .

(4) أحمد محمد أبو الوفاء ، تاريخ النظم والشرائع (دط الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1984) ص 37 .

(5) زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 107 .

والألواح جاءت مشتملة على ما يلي :

**اللوح الأول** - خصص للدعاوى التقريرية ، **اللوح الثاني** - على كيفية الحصول على حكم قضائي . **الثالث** - خصص للدعاوى التنفيذية **الرابع** و**الخامس** لنظام الأسرة و**السابع** لحق الملكية وحقوق الإرفاق والألواح الباقية تعلقت بالعقوبات من قصاص وغرامات .

وقد ظلت الألواح الاثني عشر وبما أدخل عليها من تعديل ، وبما أضيف إليها من قوانين جديدة ، عن طريق التشريع والمراسيم البريتورية والقصصية ، والإمبراطورية ، مدى تسعة قرون أساس القانون الروماني<sup>(1)</sup>

لكنها تحطمت على يد قبائل الغال<sup>(2)</sup> عندما غزا هؤلاء روما عام 390 ق.م والنصوص الموجودة اليوم من قانون الألواح عبارة عن فقرات وردت في كتابات المؤرخين وفقهاء الرومان<sup>(3)</sup>.

ب- قانون جستنيان :

بعد قانون الألواح الاثني عشر تطور القانون الروماني ، وازدادت المبادئ التي وضعها البريتور. وتكاثرت الأوامر والديساتير الإمبراطورية ، وقد أدت هذه الكثرة في المبادئ القانونية ، والتنوع في مصادرها إلى قيام الحاجة إلى جمع القوانين وتنظيمها .

وأول محاولة للجمع كانت من طرف يوليوس قيصر(تر:124) إلا أنه مات قبل أن يتم له ذلك ، وجاء غريغوا(د.تر) عام 269 م وجمع الديساتير الإمبراطورية منذ عهد هادريان(تر:121) . ثم جمع العالم هرموجين(د.تر) عام 365 م الديساتير الإمبراطورية التي صدرت منذ سنة 265 م إلى عهده ، وكانت كلا من المجموعتين تسمى (codex) بمعنى الدفتر .

ثم في سنة 438 م صدرت مجموعة رسمية في إمبراطورية تيودور الثاني(تر:18) في الشرق وفالننتين الثالث(تر:86) في الغرب ، وشملت الأوامر الإمبراطورية منذ عهد قسطنطين(تر:95) ، وسمي بمجموعة تيودور ومع ذلك لم يتوقف صدور القوانين الجديدة بعد التدوين الأخير<sup>(4)</sup>.

(1) ول ديوارنت . قصة حضارة ج 1 مج 3 . الحضارة الرومانية ، ص 29.

(2) قبائل الغال : الغاليون gauls : اسم يطلق على جماعات مختلفة استعمرت -حوالي القرن الخامس قبل الميلاد- أودية الأنهار الكبرى في فرنسا بالإضافة إلى شمال إيطاليا بحر الأدرياتي (موسوعة المورد ج 4 ص 196.

(3) زهدي يكن . تاريخ القانون ص 110 .

(4) زهدي يكن . تاريخ القانون ص 349 .

هذا ويعتبر عصر جستنيان ، العصر الذي ازدهرت فيه الحركة التشريعية في تاريخ الرومانيين إذ تميزت الفترة التي حكم فيها بين عامي 527م - 565م بصدور تشريعات تألق فيها نجمه وأعطت لأسمه دوام الذكر على مر العصور.

ذلك أن مجيء جستنيان كان في مرحلة تداعي فيها التشريع منذ القرن الثالث للميلاد ، بالتحديد بعد صدور مجموعة تيودور . والمؤلفات التي صدرت قبل جستنيان كانت مجرد تصانيف قصد منها مساعدة القضاة حيث أمدتهم بمجموعة من النصوص الواردة من القوانين الإمبراطورية ومصنفات أعلام المشرعين القدامى والتي لم تكن لها الصفة الرسمية ، حيث كان يتحتم على القاضي الرجوع إلى القوانين الإمبراطورية ، وإلى جميع المصادر . وهو عملاً ليس بوسع الشخص العادي القيام به. أضف إلى ذلك ازدياد القوانين سنوياً ، وتفرقها في محفوظات عديدة مما أدى إلى تعسر الإفادة منهما عملياً<sup>(1)</sup>.

هذه الفوضى دعت بجستنيان إلى إيجاد قوانين يسهل الرجوع إليها والاستفادة منها ، وأعمال جستنيان يمكن تلخيصها فيما يلي :

**أولاً -** عهد إلى عشرة من الفقهاء بتنظيم وتنقيح مجموعات الدساتير القديمة ؛ وأول عمل قاموا به هو إصدار القانون الدستوري عام 529 م والذي أعتبر قانوناً للإمبراطورية<sup>(2)</sup>.

**ثانياً -** عام 530 م ألفت لجنة أخرى لجمع الآراء الفقهية ، ومراجعة كل مؤلفات القدامى ، مع حذف ما يوجد من المواد المتناقضة ، وفي سبيل تحقيق ذلك عليها : أن تقرأ وتدرس نحو ألفي كتاب وهو عمل خلص به القانون القديم من كل الشوائب ، تم في ثلاث سنوات صدر على إثره مجموعة جديدة من القوانين سنة 533 م. انقسمت إلى خمسين كتاباً واتخذت اسم المختار Pendentact معناه الحاوي الأوفى ، أو الموسوعة وجرى استخدامها في الإجراءات الإمبراطورية.

وعلى الرغم من الأهمية العظمى "للمختار" فإن ما اقترن بتصنيفه من سرعة ترتب عليها عيوب في بعض النواحي إذ اشتملت على كثير من التكرار والمتناقضات ، وبعض الأحكام السقيمة ، ثم إن التفويض الذي أعطى للجنة ، باختصار وتنقيح النصوص ، واستخلاص نص واحد من نصوص عديدة، أدى إلى بتر النصوص القديمة ، مما أورت بعد هذا العمل عن الوحدة والترابط ، ومع ذلك فإنه لا ينفي عن هذا العمل قيمته العلمية ، إذ به حفظ للأجيال اللاحقة مواد مستمدة من القانون الروماني القديم مما لم يكن معروفاً<sup>(3)</sup>.

(1) محمد العريني . الدولة البيزنطية (323 - 1081م) (دط ، دار النهضة ، بيروت) ، ص 90.  
(2) ول ديوارنت ، قصة حضارة - عصر الإيمان - (ط2 تر محمد بدران 1964) ج1 م 4 ص 224.  
(3) العريني . الدولة البيزنطية ص 93.

ثالثًا - في أثناء قيام اللجنة بتصنيف المختار تولى تريبونان (تر:14) ومساعداه ثيوفيلوس (تر:20) ودوروتيس (د.تر) ، وهم أعضاء في اللجنة السابقة تولوا إعداد موجز "للمختار" يسهل الاستعانة به للمبتدئين في القانون لما تميز به "المختار" من سعة وتعقيد فصدر سنة 533 م تحت اسم "الشرائع" (Institues) (1).

رابعًا - على أن التشريع في عهد جستينيان لم يتوقف عند حد إصدار الشرائع والمختار ، إنما صدرت مراسيم جديدة وعديدة تطلبت مراجعة كثير من المواد وترتب عنها مراجعة القانون الصادر سنة 529 م واستكماله فصدرت نسخة جديدة ومنقحة تقع في اثني عشر كتابا اتخذت اسم المجموعة القانونية الجديدة، ألغت المجموعة الصادرة سنة 529 م وشملت مراسيم ممتدة من زمن هادريان حتى سنة 534م، فصلرت تعرف بالمتجددات Nouvelles والملاحظ أن معظم هذه القوانين صدرت باللغة اليونانية على حين أن القانون و "المختار" وصدرت كلها باللاتينية(2) لكونها السائدة في الدولة آنذاك .

هذا وجهود جستينيان التشريعية يمكن تلخيصها في هذه الأقسام الأربعة : القانون ، الشرائع ، المختار ، المتجددات تمّ جمعها في العصور الوسطى المتأخرة في القرن الثاني عشر أثناء إحياء دراسة القانون الروماني وأصبحت جميع أعماله التشريعية تعرف بـ مجموعة القانون المدني Corpus juris civilis .

والذي اشتهر من أعمال جستينيان مدونته والتي تعرف أساسا بـ : Institutes de Justinien ، وهي عبارة عن موجز في القانون المدني جرى إعداده لطلبة القانون صدر سنة 533 م وينقسم إلى أربعة أقسام ، هذا ويذهب ول ديوارنت إلى أنها : "عبارة عن شروح غايوس معدلة ومصححة حتى تلائم روح ذلك العصر وغايوس هذا [هو الذي] لخص في القرن الثاني بعد الميلاد القوانين المدنية المعمول بها في أيامه"(3)

والمدونة (4) جاءت في أربعة كتب أو أقسام :

الأول - جاء فيه أقسام القانون وأحكام الأشخاص من جهة علاقاتهم بالقانون الخاص.

(1) انظر في ذلك : مقدمة مدونة جستينيان نقله إلى العربية عبد العزيز فهمي (ط1 دار الكتاب المصري ، القاهرة 1946 ص 02) وما بعدها.

(2) ول ديوارنت . قصة حضارة . -عصر الإيمان- ( تر محمد بدران ط2 جامعة الدول العربية لجنة التأليف والنشر . القاهرة 1964 ) ج 1 م 4 ص 226.

(3) ول ديوارنت . قصة حضارة . عصر الإيمان ج 1 م 4 ، ص 226.

(4) النسخة التي تحصلت عليها ترجمها عبد العزيز فهمي نشرتها دار الكتاب المصري بالقاهرة عام 1946 . موجودة بمكتبة الباحثين بجامعة الأمير في مكتبة خير الدين تحت رقم : 340/22.

الثاني - جاء فيه أحكام حق الملكية والوراثات الإيصائية.

الثالث - في المواريث غير الإيصائية (الشرعية) والالتزامات.

الرابع - في الالتزامات الناشئة عن الجرائم والدعاوى المدنية والقضاء فيها والدعوى العمومية الجنائية .  
وفيها ملحقين :

الأول - غير مرسومين أصدرهما جستينيان عام 544 - 548 م في المواريث.

الثاني - ملحق بعنوان "أثار فقهية" وهي عبارة عن قواعد وضعها فقهاء الرومان.<sup>(1)</sup>

وقد تميزت المدونة بـ :

أ - أنها جاءت لتخدم الوحدة التي سعى لها جستينيان حتى أنه "لم يستطع التخلص من البيئة التي يعيش فيها والزمن الذي وجد به فقد اضطرته الرغبة الملحة في أن يوحّد كل شيء على أن يقنن ما في عصره من الخرافات والوحشية كما يقنن ما فيه من العدالة والرحمة..."<sup>(2)</sup>

ب - أن أحكامها اتسمت بالقسوة والعلو، فكانت عقوبة الإعدام وبتز الأعضاء ، تطبق جزاء كثير من الجرائم حتى تلك التي لا ترتقي إلى ذلك ، ومن مثلها التزوير حيث يعاقب عليها ببتز الأيدي إتباعا لنظرية أن العضو الذي اقتترف ذنبا يجب أن يجازى بما اقترفه ومن العقوبات جذع الأنف ، وقطع الرقبة ، وأضافت إليها عقوبة سلم العينين وكانت عقوبة الإعدام تنفذ في الأحرار بقطع رؤوسهم وفي بعض الأرقاء بالصلب وكان عقاب السحرة والفارون من الجيش الحرق أحياء<sup>(3)</sup>.

ج - هذا وأهم ما امتاز به تشريع جستينيان : إصراره على ما للإمبراطورية من سلطات إذ صارت مجموعة القوانين المدنية سنداً شرعياً لسلطة الإمبراطور.

وأخيراً يقول إدوار إيمار : "القانون اليوستينياني (جستينيان) هو المعين الذي استتقت منه كل الشعوب اللاتينية شرائعها وقوانينها فهو الأثر الخالد الذي يعتمده المؤرخون والفقهاء في تطوير ملامح التاريخ القديم".<sup>(4)</sup>

(1) جاءت بعض القواعد مكررة - لاختلاف واضعها - وبعضها حمل معنى ولفظ قواعد في الفقه الإسلامي ، وضع

المترجم مقابلها من المجلة العثمانية عند كل مادة تحمل المعنى نفسه، مدونة جستينيان تر. عبد العزيز فهمي ص 365.

(2) ول ديوارنت ، نفسه ص 230.

(3) ول ديوارنت ، قصة حضارة . عصر الإيمان . ج 1 م 4 ص 230.

(4) أندريه إيجار ، تاريخ الحضارات العام ج 3 - القرون الوسطى - ( ط منشورات عويدات لبنان بيروت 1965 )

## مراجعا - القانون الفرنسي :

يعود بدء حركة التقنين في فرنسا إلى عهد الملك شارل السابع(تر:55) في أواسط القرن الخامس عشر بالتحديد عام 1454 م عندما قنن الأعراف السائدة في بلاده .

ذلك أن فرنسا ، حتى أواخر القرون الوسطى وخلالها ، كانت مجزأة من الناحية التشريعية إلى القسم الشمالي ، ويدعى بلاد الشريعة العرفية ، وقسم جنوبي ويدعى بلاد الشريعة المدونة أو القانون الروماني . وكانت مصادر القانون الفرنسي وتتنوع ، عامل كرس تلك التجزئة . مع العلم أن مصدر القانون الفرنسي كان : القانون الكنسي ؛ الذي ينظم أحكام الزواج والنسب ، بينما تنظم الأوامر الملكية الأمور التي لها علاقة بالمصلحة العامة أضف إلى ذلك فإن تنوع الأعراف ومصادر القانون أثار في التكوين القانوني لدى طلبة الجامعات أين يدرس القانون الروماني والقانون الكنسي<sup>(1)</sup>.

وجاء التقنين لتوحيد فرنسا قانونيا ، واستمرت هذه الحركة في عهد لويس الرابع عشر(تر:100)، ولويس الخامس عشر(تر:101) حيث صدرت عدة قوانين في شكل أوامر ملكية . فصدر قانون لتحقيق الجنايات عام 1670 وآخر للتجارة عام 1673 ، وثالث للهبات سنة 1731 كلها قوانين صدرت قبل الثورة الفرنسية دفعت بالتقنين خطوة إلى الأمام.

بعد الثورة قدم إلى الجمعية الوطنية مشروع تقنين أريد به جمع شتات الأحكام القانونية وتعميم تطبيقها في كل أنحاء الجمهورية وتلاه عدة مشروعات لكن باءت كلها بالفشل<sup>(2)</sup>.

وجاء نابليون وقام بنفسه على الإشراف على عمل اللجنة التي كلفها بجمع الأحكام القانونية وتكونت اللجنة من : بارتاليس Partalis (محامي)(د.تر) ، مالفيل Malville(د.تر) وهو عضو في المحكمة ، بيجو دي برمنو Bigot de Preameneu (تر:13) مفوض الدولة لدى محكمة النقض وترونشي Tronchet(تر:15) رئيس محكمة النقض.

وكان ذلك عام 1800 ، وبدا دور نابليون في وضوح تأثيره بدفع حركة التقنين. وقد ظهرت أفكاره فعلا في بعض النصوص كتلك الخاصة بالحالة المدنية للعسكريين [م 93-98] ، والنصوص المعادية للأجانب مواد [11-726 . 912] والنصوص الخاصة بالتبني والتطبيق بالإرادة المتبادلة ، ولما لم يكن نابليون من رجال القانون فقد وجه إلى التقنين بعض الانتقادات للأفكار القليلة التي أدخلها<sup>(3)</sup>.

(1) Librairie Larousse, La grande Encyclopédie T5 1973 pp. 3007.

(2) الفشل سببه عدم الاستقرار السياسي الذي عرفته الجمهورية في بدايته كذا العسكري. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي ، المبدأ والمنهج ، التطبيق ص 32.

(3) سمير عبد السيد التناغو ، النظرية العامة للقانون (منشأة المعارف، الإسكندرية 1984 ) ص 267.

وقد تم إصدار المجموعة المدنية عام 1804 والتي حملت اسم تقنين نابليون وقد عمل واضعو هذه المجموعة على التوفيق بين القوانين التي كانت سائدة في عهد الملكية وبين الأفكار والمبادئ التي جاءت بها الثورة ، والتقنين المدني النابليوني جاء في ألفي ومائتين وواحد وثمانين مادة (2281 م) مقسم إلى : مقدمة في تطبيق القوانين ونشرها وإلى ثلاثة كتب ، أولها في الأشخاص ، والثاني في الأموال والحقوق العينية ، والثالث في أسباب تملك الإرث والهبة والوصية ، والعقود والموجبات إجمالاً والعقود الخاصة والامتيازات والرهنات والتأمينات ومرور الزمن.<sup>(1)</sup>

وبقي العمل بها قرابة القرنين من الزمن دون إدخال التعديل عليه، عدا بعض التعديلات الطفيفة التي اقتضتها تغير الظروف وجاءت مراجعته على يد لجنة كوّنت بمرسوم صدر سنة 1945م.

هذا وصدر بعد التقنين المدني تقنينات أخرى تنسب إلى نابليون وهي : تقنين المرافعات (1806م) التقنين التجاري (1807م) تقنين الإجراءات الجزائية (1808م) تقنين العقوبات (1810م).<sup>(2)</sup>

والتقنين المدني الفرنسي كان مثالا احتدت به كثير من الدول الغربية وكثير من الدول الشرقية .

فمن الدول الغربية صدر القانون النمساوي (1812م) ، القانون الإيطالي (1865م) والقانون السويسري (1881م) القانون الألماني (1900م) .

من الدول الشرقية ، التقنين الجنائي الهندي (1860م) والتقنين العثماني "مجلة الأحكام العدائية" (1869م) التقنيات المصرية (1875م) وغيرها.<sup>(3)</sup>

وهذا وقد ساعد في انتشار التقنين المدني الفرنسي والأخذ به من قبل دول كثيرة بشكل خاص وحركة التقنين بشكل عام الفتوحات والحروب التي قام بها نابليون ، وفي أثنائها أيضا انتشرت الأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية كالمساواة في الأراضي والتركات وعلمنة الأحوال الشخصية وتقرير الطلاق وبه ضيق من سلطات الكنيسة التشريعية.

(1) صبحي المحمصاني فلسفة التشريع في الإسلام (دار العلم للملايين بيروت 1380 ، 1961) ص 131.

(2) محمد زكي عبد البر التقنين في الفقه الإسلامي . المبدأ . المنهج التطبيق ص 33.

(3) المرجع نفسه 31-32.



## الخلاصة :

- مما سبق وبتتبعنا لحركة التقنين في التشريعات الوضعية عبر عصور مختلفة ولدى مجتمعات شتى نستخلص ما يلي :
- بالتقنين جمعت التقاليد والأعراف وحفظت على مر الأزمان والعصور .
  - أن التقنين دل على التطور الاجتماعي والسياسي والفكري الذي وصلت إليه البشرية في العصور القديمة .
  - أن التقنين أخرج القانون من الدائرة الدينية التي كانت تصبغه إلى دائرة المدنية أو بمعنى آخر عمل على علمنة القوانين .
  - الغرض الأساسي الذي قصد من التقنين جعل القوانين واحد ومعلومة للناس . وتنظيم القضاء ، والحد من تدخل واحتكار القوانين (وضعا وتفسيرا) من قبل طبقة أو جهة .
  - التقنينات مصادرها متنوعة لكنها اعتمدت أساسا على جمع الأعراف بالدرجة الأولى ، ثم الأوامر الملكية أو الإمبراطورية ، وفي أحيان أخرى الأحكام القضائية .
  - أن التقنينات القديمة كانت مرآة عكست الحياة في العصور القديمة (الاجتماعية ، السياسية ، والاقتصادية) .
  - أن التقنين يأتي عندما تدخل الدولة مرحلة جديدة تركز به الوحدة وتبسط السلطة .
  - أن بين التقنين وقوة السلطة علاقة تكاملية فالسلطة - كما سبق - تعتمد التقنين لتبسط سلطانها والتقنين من جهته لا يجد سبيلا للتطبيق ما لم تعتمده سلطة قوية ومستقرة .
  - والملاحظ أن اللاحق من التقنينات خلال حركة التقنين للتشريعات الوضعية يأخذ عن سابقه وإن اختلف وتباعدت الأزمنة والمجتمعات كما فعل الرومان عندما أخذوا عن المصريين وكما فعل هؤلاء عندما أخذوا عن قانون بابل وأشور .
  - والملاحظ أيضا أن الهدف الأساسي من وضع التقنين كان جمع الأعراف والقواعد القانونية دفعا للتناقص والفضى وضبطا للأحكام وتنظيما للقضاء في عبارة موجزة سهلة ثم نشرها وتعميمها والإلزام بتطبيقها .
  - أن التقنينات الأولى في مواضيعها كان يشمل كل منها مواد متنوعة ، في المرافعات والأحكام المدنية والعقوبات وغيرها تجمعها مدونة واحدة فيما عدا الألواح ، أما تخصيص كل تقنين بفرع من القانون معين فقد ظهر بصورة جلية في تقنينات نابليون إذ صدر بعد القانون المدني تقنين للمرافعات وتقنين للعقوبات وآخر للتجارة...، وهو الأمر الذي سار عليه المقنونون إلى عصرنا الحالي إذ نجد أن كل فرع من فروع القانون يصدر به تقنين كجمع مواد في مدونة واحدة .

## المطلب الثاني: الجدور التاريخية لتقنين الفقه الإسلامي.

نعلم أن الفقه الإسلامي في مسيرته مرّ بأدوار عدة هي: دور التأسيس، وكان في عصر النبوة، حيث وضعت أصوله العامة وقواعده. ودور البناء والكمال ويشمل عصور الاجتهاد ويبدأ بعد وفاة الرسول مباشرة، وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري، ودور التقليد والإنحطاط، والدور الأخير دور النهضة<sup>(1)</sup>.

وقد صاحب هذه الأدوار ظهور عملية التدوين وهي ميزة أعطت الدفع للحركة الفقهية، وساعدت على انتشار الفقه وتطوره.

والتدوين بدأ بجمع القرآن الكريم وترتيبه ثم جمع السنة وتدوينها ثم تدوين الفقه وأصوله.

والفقه أول ما دون كان مختلطاً بالآثار والأحاديث، كما فعل ابن شهاب الزهري (تر: 44) في كتبه، وأبو يوسف (تر: 123) في كتاب الآثار، ومالك في الموطأ.

والشافعي في كتاب اختلاف الحديث<sup>(2)</sup>. ثم جرد منها إلا في حدود الاستدلال بها. حيث دونت المسائل مع عرض بعض الآراء المخالفة والرد عليها، ثم دون الفقه المقارن أين جمعت الآراء من المذاهب المختلفة، ونوقشت إلى أن يتوصل المؤلف إلى الرأي الراجح في نظره، كما هو الحال في كتاب ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

ثم اختصرت في مؤلفات فقهية إلى متون، وجاءت بعدها شروح ألفت على هذه المتون، ثم كتبت حواشي على تلك الشروح واتبعت بتقريرات على تلك الحواشي. كما حدث لمؤلف "مختصر خليل" (تر: 35) في الفقه المالكي. إذ جاءت عليه شروح كثيرة من أمثلتها شرح الخرشي (تر: 33)، وجاءت على شرحه حاشية الشيخ علي عدوي (تر: 75)<sup>(3)</sup>.

وظهور هذا النوع من التدوين جاء في عصر التقليد، حيث اتسمت الحركة الفقهية خاصة بالجمود ومع العلم أن الدعوة إلى الاجتهاد والسعي إلى إحياء الفقه الإسلامي لم تتوقف، وقد كان لكل من ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية الريادة في ذلك بالعمل على إعادة النبض للحياة الفكرية في الأمة الإسلامية. بلغت أوجها في القرن الحالي، حيث طرحت كما يقول محمد مصطفى شلبي "عن الفقه رداء

(1) محمد مصطفى شلبي، مدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1985) ص 49-50.

(2) جمال الدين عطية "تاريخ التقنين الشريعة الإسلامية" مجلة المسلم المعاصر (بيروت لبنان 1977 يوليو أغسطس سبتمبر، 1397 رجب شعبان رمضان الحادي عشر) (ص 37-75) ص 39.

(3) طبعته دار الفكر بالقاهرة في أربع مجلدات.

المذهبية وبعد به عن التعقيدات اللفظية وألف [الفقه]... بطريقة تقترب من الحياة العملية وتحل مشاكلها وما جد فيها من أحداث فمن فقه مقارن يقارن بين مذاهب الفقهاء إلى آخر يقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية إلى ثالث صاغ أبوابا من الفقه الإسلامي على هيئة مواد قانون<sup>(1)</sup> وهو ما يعرف بالتقنين.

إذا فالتقنين جاء في مرحلة بعث الفقه الإسلامي وهو يمثل صورة من صور تجديد الفقه وطريقة من طرق تدوينه تقر به إلى حياة الناس وتجعله حاكما للمعاملات وحكما لخصومتهم.

ولما كان التقنين هو جمع الأحكام وترتيبها موجزة ومركمة على أبواب ثم ضمها مدونة ، ثم فرضها والإلزام بتطبيقها والسير عليها قضاء خاصة ، فإن هناك من<sup>(2)</sup> يذهب إلى القول بأن التقنين في الفقه الإسلامي بدأ مع صدور المجلة العديلية العثمانية. بينما يذهب آخرون<sup>(3)</sup> إلى جعل جذور التقنين تمتد محاولاته إلى العصر العباسي.

وأيا كان الأمر فإن الفصل في هذه القضية يمكن أن يكون له المخرج التالي :

فمجلة الأحكام العديلية تعتبر بحق بداية عصر التقنين في الفقه الإسلامي إذ توفرت فيها مقومات التقنين وأركانه ، حيث جمعت الأحكام في مواد قانونية وألزمت بتطبيقها بعد سريانها.

أما ما سبقها من محاولات للتقنين لم تكن سوى مؤلفات لم تجد سبيلها للإلزام والتطبيق ، بل بقيت محاولات صنعت الجذور التاريخية للتقنين في الفقه الإسلامي وإطلاق مصطلح التقنين عليها هو على سبيل المجاز لا أكثر.

ولما كنا بصدد تتبع الجذور التاريخية للتقنين في الفقه الإسلامي وجب علينا استقراء تلك المحاولات التي كانت قبل المجلة أو حتى تلك التي جاءت بعدها ولم تطبق لم تجد سبيلا للإلزام خاصة تلك التي كانت ولا تزال نموذجا لتقنين الفقه الإسلامي طبقت أم لم تطبق.

(1) محمد مصطفى شلبي مدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص 156.

(2) من هؤلاء - محمد مصطفى شلبي في كتابه المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي. ومحمد عبد الجواد في التطور التشريعي في المملكة العربي السعودية ؛ كمال الدين إمام في (أزمة المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة).

(3) من هؤلاء جمال الدين عطيه في (النظرية العامة للشريعة) محمد الدسوقي (الاجتهاد والتقليد) محمد سلام مذکور (المدخل للفقه الإسلامي تاريخه مصادره ونظرياته) عبد الرحمن القاسم في الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية .

الفرع الأول: التقنين في عصر ما قبل المجلة العدلية.

تعود المحاولة الأولى لتقنين الفقه الإسلامي إلى العصر العباسي ، على إثر الرسالة التي كتبها ابن المقفع (تر: 111) إلى أبي جعفر المنصور (تر: 113) . لكن هناك من المتحمسين<sup>(1)</sup> إلى فكرة التقنين من يذهب إلى اعتبار الطريقة التي دون بها القرآن ودونت بها السنة النبوية تقنيناً لكن "بأسلوب آخر"<sup>(2)</sup> . على أن التقنين قد حدد -بالمعنى الاصطلاحي- في أحد فروع الشريعة وهو الفقه. ثم حدد بأحد أقسام الفقه وهو المعاملات وإن توافر التزقيم والجمع والإلزام في كل من تدوين القرآن وتدوين السنة إلا أننا لا نستطيع اعتبارها تقنيناً لما يلي :

- أن كل من الكتاب والسنة هما مصدرين هامين للتشريع جاءا جامعين لكثير من القواعد والأحكام كما حوياً القصص والآداب والأخلاق ، وبالدرجة الأولى العبادات ؛ وكلها أمور غير خاضعة للتقنين بالمفهوم الاصطلاحي .

- إن الالتزام بما جاء في الكتاب والسنة يقع ديانة كما يقع قضاء بينما الالتزام بالتقنين لا يقع إلا قضاء ؛ بمعنى أن الاحتكام إلى القرآن والسنة نابع من إيمان المحاكم والحاكم بمصدرية كل منهما -كونهما وحياً- بينما الاحتكام إلى التقنين يعود إلى إلزام الحاكم به.

والاختلاف في الناحية الموضوعية والشكلية يجعلنا نستبعد كون تجميع القرآن وتدوين السنة ضرباً من ضروب التقنين ، ومن ثم فإنه يمكن اعتباراً طلب ابن المقفع أول محاولة لتقنين الفقه الإسلامي في تاريخه.

أولاً - ابن المقفع وتقنين الفقه الإسلامي :

كان ذلك في رسالة كتبها إلى أبي جعفر المنصور وقد رأى تباين الآراء واختلاف الأحكام في المسألة الواحدة ، سماها "رسالة الصحابة" واسمها في قول جمال الدين عطية "ينبئ عن مقصدها أو مرماها ؛ وهو جمع أفضية الصحابة وفتاواهم لتكون مرجعاً للقضاء"<sup>(3)</sup> .

لكن المتصفح للرسالة<sup>(4)</sup> يجد أن الأمر غير ذلك :

ذلك أن تسميتها برسالة الصحابة جاء من كون ابن المقفع أورد فيها نصائح أسداها لأبي جعفر المنصور

(1) على رأسهم عبد الرحمن القاسم في كتابه الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية.

(2) عبد الرحمن القاسم الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية (ط1 مصر مطبع المدني 1386 هـ - 1966م) ص 236 .

(3) جمال الدين عطية : "تاريخ تقنين الشريعة" مجلة المسلم المعاصر . ص 39.

(4) أحمد زكي صفوت جمهرة رسائل العرب ج3 في العصور العربية الزاهرة . -العصر العباسي الأول- ، (دط بيروت . المكتبة العلمية) . رسالة رقم 26 ص ص 30-48.

تتعلق بحسن اختيار أصحابه وجلسائه لما في ذلك من أهمية وخطورة<sup>(1)</sup>.

والرسالة جاءت أيضا باقتراحات في إصلاح المؤسسات في الدولة من جند وموارد المال وحتى القضاء ، وهذا الأخير هو الشاهد في رسالة ابن المقفع إذ جاء فيها : "... ومما ينظر أمير المؤمنين فيه أمر هذين المصرين [العراق ، الشام] وغيرهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة، التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال فيستحل الدم والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ويكون مثل ذلك في جوف الكوفة فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى..."<sup>(2)</sup> و ردّ السبب في هذا الاختلاف وذلك التناقض إلى السند الذي بنيت عليه تلك الأحكام ، إذ لم يكن سندها كتابا ولا سنة ، إنما هو الرأي وأفضية أولى الأمر المبنية عليه ، لذلك نجده يستطرد قائلا "... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسنن المختلفة فتزفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية برأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه وكتب بذلك كتابا جامعا عزما ، لرجونا أن يجعل هذه الأحكام المختلفة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لإجماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه ..."<sup>(3)</sup> . وهي دعوة صريحة لتوحيد القضاء بعد أن تباينت الآراء والحكم في المسألة الواحدة مما أدى إلى ضياع العدل إذ يحكم في قضية بالحل في مكان ويقضي بحرمتها في مكان آخر ، كل منها يدعي القضاء وفق مبادئ الشريعة الإسلامية ، والحق أن العدل روح الشريعة الإسلامية ومبدؤها الأول ، ومن ثمّ كان اقتراح ابن المقفع بوضع كتاب يجمع الأحكام ، ويقضي على الاختلاف كتاب يسير عليه القضاة ويلتزم به المتقاضون بعد أن بعدت الأفضية والأحكام عن الشريعة الإسلامية، وضيعت الأموال والحقوق ، دعوة أشبهت التقنين من وجهين الأول توحيد الأحكام وجمعها في كتاب والثاني إلزام المتقاضون والحكام بها . لذلك اعتبرت هذه الرسالة أول محاولة للتقنين في تاريخ الفقه الإسلامي وإن لم تجد الرواج والتطبيق إذ أن فيها دعوة إلى الإلزام برأي دون الآخر فأشبهت التقليد الذي طالما حذر الفقهاء منه تلاميذهم ، ثم إن اختيار حكم دون آخر والإلزام به في تلك المرحلة بالذات وهي فترة لم تكتمل فيها بعد المدارس الفقهية ولا المذاهب الفقهية بل إن الفقه الإسلامي كان في بدايته ، والاجتهاد في أوجّه ، حيث كثرت الأحداث التي تتطلب الحكم فيها أو التي لم ينص صراحة عليها في الكتاب أو السنة ، أو إجماع الصحابة ، فكانت دعوة توحيد القضاء في كتاب للأحكام يلتزم بها القضاة ، دعوة لها آثارها السلبية على الاجتهاد ؛ ومن ثمّ نجد أن الفقهاء نبذوها ولم يأخذوا بها كما فعل الإمام مالك مع أبي جعفر المنصور ومن جاء بعده .

(1) المرجع السابق ص 42-45.

(2) أحمد زكي صفوت ، رسائل العرب ج 3 ص 39.

(3) المرجع السابق ص 40.

ثانياً - الإمام مالك وفكرة التقنين :

يبدو أن أبا جعفر المنصور قد اقتنع بفكرة ابن المقفع فيما يخص توحيد القضاء ، فنجدده يحج في عامه ويلتقي بالإمام مالك ، وفي لقائه طلب منه وضع كتاب يجمع فيه الآراء والأحكام .  
يروى ابن قتيبة (تر: 90) في كتابه الإمامة والسياسة ، أن أبا جعفر قال للإمام مالك : "يا أبا عبد الله ضع هذا العلم ودون منه كتباً وتجنب شذائد ابن عمر (تر: 81) ، ورخص ابن عباس ، وشواذ ابن مسعود (تر: 110) واقتصد أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة لتحمل الناس إن شاء الله على علمك وكتبك ونبتها في الأمصار"<sup>(1)</sup> وهي رواية حملت في معانيها ما يشبه التقنين بالمفهوم القانوني المصطلح عليه إذا ما نظرنا إلى قصد أبي جعفر ، وهو جمع الأحكام وتدوينها وإلزام الناس وحملهم عليها.

ومع أن الإمام مالك قد استجاب لذلك وألف الموطأ لكنه اعترض على أن يحمل الناس عليه فرد على المنصور بقوله : "يا أمير المؤمنين إن أصحاب رسول الله قد تفرقوا في البلاد فأفتى كل في مصره بما رأى - وفي رواية - إن لأهل البلاد قولاً ، وإن لأهل المدينة قولاً ولأهل العراق قولاً قد تعدوا فيه طورهم".<sup>(2)</sup>

ثم إن هارون الرشيد قد استشار الإمام في تعليق لموطأ على الكعبة وحمل الناس عليه ، وكذا فعل المأمون (تر: 103) بعده<sup>(3)</sup>

فأبى مالك ذلك ولم يكن رفضه تورعاً منه ، وتواضعاً فحسب<sup>(4)</sup> بل إنه كان يعلم أن إلزام الناس في ذلك الحين برأي واحد يعتبر عائقاً يقف أمام حركة الاجتهاد ، خاصة وأن الفقه في بدايته - كما سبق الإشارة إلى ذلك - وأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تفرقوا في البلدان وحملوا الأحاديث ، وأفتى كل برأيه وكل مجتهد وأن ما يحمله الإمام مالك من علم - وإن اتسع - إلا أنه ليس كل العلم ، ومن ثم فإن حمل الناس على حكم سنده الاجتهاد مع احتمال أن يكون هناك حكم مقابل سنده النص يحول دون أن يلزم - مجتهد فقيه مثل الإمام مالك برأي - غيره ، فكان أن نظر للأمر نظرة المجتهد العالم بالشريعة وأسرارها ومنزلة الاجتهاد منها خاصة إذا علمنا أن الفقه في ذلك الحين بالذات يواجه مستحدثات ليست

(1) أبو محمد عبد الله قتيبة ، الإمامة والسياسة ج2 (تحقيق طه محمد الزيني دار المعرفة بيروت) ص 150 .

(2) أبو النعيم الأصبهاني ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء مج6 ( مطبعة السعادة مكتبة الخانجي مصر 1355 هـ - 1936م ) ص 131-332

(3) القاضي عياض ، ترتيب المدارك لمعرفة أعلام مذهب مالك ج2 (دط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المملكة المغربية د.تر) ص 72 .

(4) إلى ذلك يذهب عبد الرحمن بن القاسم بقوله إن الإمام مالك ما رفض حمل الناس على موطنه إلا تورعاً وتواضعاً من أن يجعل لرأيه القوة الملزمة - انظر للكاتب - الإسلام وتقنين الأحكام . ص 242 .

لها نص صريح في الكتاب ولا في السنة ؛ لكن كل من ابن المقفع وأبي جعفر المنصور نظرا نظرة الحاكم الذي يريد رفع التناقض بين الفتاوى والأحكام وضبطها .

ومع ذلك بقي أن نشير إلى أن اقتراح ابن المقفع يعتبر محاولة كونت الجذور التاريخية لتقنين الفقه الإسلامي من جهة، ومن جهة أخرى ظهر على إثرها الموطأ الذي يعتبر من أمهات كتب الفقه والحديث .

ثالثا - الفتاوى الهندية أو العالمكيرية:

يعتبر تأليف الفتاوى الهندية محاول تشبه في طريقة تدوينها التقنين ، إذ أنه في القرن الحادي عشر هجري ألف السلطان عالمكير (تر: 68) (1030هـ - 1118هـ) أحد ملوك الهند لجنة من مشاهير علماء الهند برياسة الشيخ نظام (تر: 118) لوضع كتاب جامع لظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي<sup>(1)</sup>.

وقد ألف الكتاب جامعا لظاهر الروايات التي اتفق عليها بعيد عن التكرار دون ذكر للدلائل والشواهد إلا دليل مسألة يراد توضيحها<sup>(2)</sup> وقد طبعت في ستة مجلدات شملت كل أبواب الفقه من الطهارة حتى الفرائض وكذا العبادات والمعاملات والجنايات والدعاوى.

إلا أن الفتاوى كانت عبارة عن جمع غير رسمي إذ لم يلزم به المفتون أو القضاة ، كما أن الجمع والتبويب لم يكن على نمط التقنين إنما كان فروعاً فقهية واقعية مفترضة يذكر فيها الآراء ثم تتبع ذلك بالقول الذي تختاره اللجنة .

إذا فالفتاوى الهندية كانت تقنيا بالنظر إلى الهدف الذي من أجله وضعت -الجمع ثم الإلزام- لكنها لم تصبح كذلك لأنها لم تجد طريقا للإلزام بها من جهة ، ولم تأت مدونة كما يتطلب التقنين من جهة أخرى فبقيت محاولة من محاولات تقنين الفقه الإسلامي فقط.

يمكن القول إذا أن عصر ما قبل المجلة لم يكن سوى محاولات جمع وتنظيم الفقه الإسلامي ، ثم فرض ذلك الجمع والتنظيم على القضاة للعمل وفقه وكلها محاولات لم تجد طريقا للتطبيق والإلزام. ومن ثم فإن إطلاق كلمة التقنين قبل فترة المجلة لم يكن إلا إطلاق مجازي.

(1) محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ، مصادره ونظرياته العامة) (ط2 دار النهضة العربية القاهرة 1389 - 1969) ص 108.

(2) الفتاوى الهندية المقدمة ، ج 1 (ط4 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان) ص 2.

## الفرع الثاني: التقنين في عصر المجلة العثمانية وما بعدها.

بانتشار التقنين في العالم بعد تقنينات نابليون والذي شمل الدول الغربية ، شمل أيضا الدول الشرقية، ومن الدول الشرقية نجد الدول الإسلامية متمثلة في الدولة العثمانية على أن الدولة العثمانية حكمت البلاد الإسلامية مدة من الزمن ليست ببسيرة أشأت خلالها إمبراطورية ترامت أطرافها لتشمل كثير من دول العالم لكنها مثل كل إمبراطورية وصلت في أواخر أيامها إلى دور الانحطاط ، وأهم ما ميّز دور الانحطاط إنشاء المحاكم النظامية التي نقلت إليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية ، وقد جاء إنشاؤها نتيجة للامتيازات التي كانت تفرضها الدولة الغربية المسيحية على الدولة العثمانية وعلى باقي الدول التي كانت قد استعمرتها ، وهو نظام -أي نظام الامتيازات- فرض لصالح الأقلية الأجنبية في الدول الإسلامية ، في نظام التقاضي وفي غير نظام التقاضي<sup>(1)</sup> وتعتبر مرحلة فرض الامتيازات المرحلة التي تداعت فيها الحكومات الإسلامية وشعوبها لتقع تحت وطأة الاستعمار واستغلاله.

وبإنشاء المحاكم النظامية عيّن فيها قضاة من دارسي القانون الوضعي الذين لا يعرفون من الشريعة الإسلامية وأحكامها إلا الاسم ، فكان أن حلت القوانين الوضعية محل الشريعة الإسلامية بصورة تدريجية ، وقد أحر ذلك الاستبدال التام ظهور مجلة الأحكام العدلية ، وعلى إثرها ظهرت تقنينات للفقهاء الإسلامي ، وكان ذلك سببه رفض الشعوب الإسلامية الاحتكام المباشر إلى القوانين الغربية وقد حكمتهم الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرنا من الزمن فوقف ذلك حائلا أمام محاولة الحكام آنذاك في استقدام القوانين الوضعية ، وإحلالها محل الشريعة الإسلامية ومع ذلك فإن الدولة العثمانية قد أصدرت سنة 1850 م قانونا للتجارة منقول عن القانون الفرنسي كما أوقفت العقوبات الشرعية ، وأجازت الفائدة القانونية في قانون أصول المحاكمات الحقوقية<sup>(2)</sup>.

ومثل ذلك حدث في مصر وتونس والجزائر وتفصيل ذلك كما يلي :

أولا- التقنين في الدولة العثمانية:

1- مجلة الأحكام العدلية:

أ- التعريف بها :

بإنشاء المحاكم النظامية التي أنيط بها النظر في أنواع من الدعاوى ، كانت قبل ذلك ترجع للمحاكم الشرعية ، دعت الحاجة إلى تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على الحكام

(1) أنظر صبحي المحمصاني ، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية -ماضيها وحاضرها- (ط4) دار العلم للملايين بيروت (1981) ص 185 وما بعدها.

(2) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام ص 48.



غير الشرعيين (القضاة).

وذلك بتجميع المسائل الفقهية على هيئة قانون يسهل الرجوع إليه ، وأخذ الأحكام منها دون الرجوع إلى المؤلفات الفقهية ، لتشعبها واتساع المادة فيها ، فصدرت إرادة سنية سلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء<sup>(1)</sup> وكان ذلك في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني(تر:72).<sup>(2)</sup>

وعرفت اللجنة باسم "جمعية المجلة" ، ضمت سبعة أعضاء من العلماء برئاسة "أحمد جودت(تر:25) باشا" ناظر ديوان الأحكام العدلية وفيهم الشيخ "محمد علاء الدين ابن عابدين"(تر:67).<sup>(3)</sup> غايتها تأليف كتاب في المعاملات الفقهية "يكون سهل المأخذ ، مضبوطا عاريا من الاختلافات ، حاويا للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل واحد".<sup>(4)</sup>

وقد جاء صدور المجلة عام 1293هـ - 1876م ، ويذكر أن أول كتاب للمجلة وتحت عنوان : "البيع" نشر مع المقدمة العامة (في 7 ذي الحجة 1285 هـ الموافق لـ 22 مارس 1869م) وذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري أن مجلة الأحكام العدلية انتهى وضعها في 21 شعبان 1293هـ بعد جهد استمر إحدى وعشرين (21) سنة.<sup>(5)</sup>

"والمجلة منتقاة من قسم المعاملات في فقه المذهب الحنفي و هو المذهب السائد في البلاد ، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة لكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها فجاء مجموعها في ألف وثمانمائة وإحدى وخمسين مادة (1851)<sup>(6)</sup>

وقد أخذت في مجملها العام من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي وإذا تعددت الأقوال عند الإمام الأعظم وأصحابه اختارت المجلة القول الذي رأيته موافقا لحاجات العصر وللمصلحة العامة ، مثاله: في الحجر على السفية أخذت برأي الإمامين أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني(تر:60) وتركت رأي الإمام أبي حنيفة .

(1) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام (ط9 دار الفكر ، دمشق 1967-1968 م) ج 1 ص 197

(2) محمد فريد بك المحامي ، تاريخ الدولة العلية العثمانية (دار الجيل بيروت 1397 - 1977م) ص 298.

(3) صبحي المحمصاني فلسفة التشريع في الإسلام ص 85.

(4) نص التقرير الذي قدم إلى الصدر الأعظم : تاريخ الدولة العثمانية المرجع السابق ص 298 وما بعدها.

(5) عن عبد الستار الخويلدي "الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية العثمانية" المجلة العربية التاريخية للدراسات

العثمانية ، تونس (زغوان) مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات العدد 13-14 أكتوبر 1996) ص 130.

(6) م. أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 1 ص 197.

كما أنها تركت بعض المسائل القليلة لظاهر رواية الحنفية وأخذت بغيرها مثاله في ضمان منافع الشيء المغصوب ، رجحت رأي الفقهاء المتأخرين في المذهب الحنفي ، وهو رأي قريب من المذهب الشافعي.(1)

- وقسمت إلى مقدمة وستة عشر كتابا فالمقدمة مؤلفة من مائة مادة الأولى في تعريف علم الفقه والباقية في القواعد الكلية العامة "وهي في جملتها مأخوذة من كتاب الأشباه والنظائر لابن النجيم"(تر:119).(2)

ب- شروحها :

حظيت المجلة باهتمام الفقهاء ورجال القانون ودرست في كليات الحقوق في البلدان التي عملت بها وكتبت حولها شروح ، واتبع في شرحها ترتيب موادها لا الترتيب الفقهي من شروحها.(3)

أولاً - من أقدم هذه الشروح باللغة العربية "مرآة مجلة الأحكام العدلية" تأليف مسعود أفندي(د.تر)، المطبوع بالأستانة سنة 1299 هـ - 1881 م وهو شرح باللغة العربية على المتن التركي ، "يحتوي على بيان صحيح للمأخذ مع شرح وجيز واضح".(4)

ثانياً - "شرح المجلة" لسليم رستم باز اللبناني(تر:50) وهو من أعضاء شورى الدولة العثمانية سابقا ، وقد طبع شرحه سنة 1888م وهو شرح يتميز بالوضوح والبعد عن التوسع.(5)  
جاء مختصر العبارة "معزز بأسماء المناقب التي أخذ عنها ، وقد اشتهر عند رجال القانون في البلاد العربية أضف إلى ذلك فهو شرح عملي لم يذكر الأدلة الشرعية للأحكام في المجلة".(6)

(1) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع ص 87.

(2) محمد وجدي عبد الصمد ، الاعتذار بالجهل بالقانون - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- (ط3 عالم الكتاب ، القاهرة 198) هامش ص 244 ؛

علي أحمد الندوي ، القواعد الفقهية (ط2 دار القلم دمشق 1412 - 1992 م) ص 146.

(3) بحسب ترتيب طبعها التاريخي .

(4) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام ص 90.

(5) يعقوب عبد الوهاب الباحثين ، القواعد الفقهية (ط1 مكتبة الرشيد الرياض 1418 هـ - 1998) ص 379.

(6) صبحي المحمصاني ، المرجع نفسه ص 90.

**ثالثا -** "كتاب الأدلة الأصلية شرح مجلة الأحكام العدلية" في قسم الحقوق المدنية صنّفه عام 1919م محمد سعيد المراد الغزي(تر:84) وهو شرح وجيز يقع في ثلاثة أجزاء صغيرة يحتوي على المواد الكلية وعلى مقابلات مفيدة.(1)

**رابعا -** "دور الحكم شرح مجلة الأحكام" لعلي حيدر(تر:32) كتبه مؤلفه باللغة التركية ونقله إلى العربية فهمي الحسيني المحامي ، طبع في مطبعة الحقوق في "يافا" سنة 1346 هـ - 1927م لأول مرة ، وهو من أوسع الشروح ، يقع في ستة عشر جزء مقسمة على حسب تقسيم المجلة ، وفيه الأدلة الشرعية لكل الأحكام الواردة في المجلة مع بيان المصادر والمناقب<sup>(2)</sup> معللا الأقوال وذاكرا الأمثلة من القديم والحديث، أفاد منه كثير من شرحوا المجلة بعده وكذا الفقهاء ورجال القضاء والباحثين.<sup>(3)</sup>

**خامسا -** "شرح مجلة الأحكام العدلية" للأستاذ محمد سعيد المحاسني(تر:109) ، طبع في ثلاثة أجزاء بمطبعة الترقى بدمشق عام 1927م جاء مرتبا على نمط شرح "علي حيدر" مع حذف المراجع وإضافة المقابلات بالقوانين الحديثة.(4)

وهو من أجود شروح المجلة جاء في أسلوب سهل رشيق<sup>(5)</sup> وفي نفس السنة طبع لمحمد حسنين الغطا(تر:97) "تحرير المجلة" وهو من شروح المجلة<sup>(6)</sup>.

**سادسا -** "شرح المجلة" للشيخ خالد الأتاسي(تر:1) ، شرحها من أول كتاب البيوع تاركا القواعد إلى أن وصل إلى المادة 1700 من المجلة ، وقد وافته المنية قبل أن يتمه ، وتولى ابنه محمد الطاهر(تر:2) تنمة الشرح ، مع شرحه للقواعد . وقد طبع في حمص سنة 1931/30<sup>(7)</sup> تميز شرح القواعد ببيان معنى القاعدة وربطها بغيرها من القواعد التي لها بها اتصال ، وقد اعتمد في توثيق بعض المعلومات على من

(1) المرجع السابق ص 91.

(2) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام ص 90.

(3) يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، القواعد الفقهية ص 380.

(4) المرجع نفسه 382.

(5) فلسفة التشريع 90.

(6) علي الندوي ، القواعد الفقهية ص 149.

(7) الباحسين ، المرجع نفسه ص 383.

شرحوا المجلة قبله خاصة شرح سليم رستم باز<sup>(1)</sup> وهو شرح كبير يقع في ستة أجزاء ذكر فيه المراجع الفقهية المعتمد عليها<sup>(2)</sup>.

سابعاً - "شرح المجلة" للأستاذ "منير القاضي" (تر: 115) المتوفى سنة 1389 هـ وقد صدر منه عشرة أجزاء ، بعضها كان شرح القواعد ، وهو يمثل محاضراته التي كان يلقيها على طلبة كلية الحقوق ببغداد وقد طبع في مطبعة العاني في بغداد سنة 1949 م وطبع قبل ذلك في مطبعة التقيض سنة 1942 م.<sup>(3)</sup> هذا وقد طبقت مجلة الأحكام العدلية في معظم الأقطار الإسلامية التابعة للحكم العثماني باستثناء قلب الجزيرة العربية ومصر واليمن ولفترة طويلة ظل معمولاً بها في كل من الأردن والعراق وسورية ولبنان كما طبقتها إنكلترا في قبرص أثناء احتلالها لها ، واتخذتها بلغاريا أساساً لقوانينها وطبقت أيضاً في يوغوسلافيا وألبانيا وفلسطين واستمر العمل بها إلى أن ألغي عام 1344 هـ - 1926 م عند إعلان الجمهورية التركية وقد ترجمت إلى اللغات العربية ، البلغارية ، الإيطالية ، الفرنسية ، الإنكليزية واليونانية.<sup>(4)</sup>

ج - مميزات:

جاء ظهور مجلة الأحكام العدلية في فترة كانت الدولة العثمانية فيها تسعى إلى إدخال إصلاحات في البلاد في محاولة لإنعاش "الرجل المريض" ؛ "فقد سدت في حينها فراغا كبيرا في عالم القضاء والمعاملات الشرعية ، فبعد أن كانت المسائل الفقهية مبددة ومتناثرة في كتب الفقه ، وكانت الفتاوى والنصوص الفقهية متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد ، ظهرت منظمة"<sup>(5)</sup> ولأنها صدرت بأمر سلطاني فقد أصبحت القانون الوحيد المدني في الدولة ، ولا يرجع إلى غيره مما يخالفه في كتب الفقه إنما يرجع القضاء إلى نصوص الفقهاء فيما لا نص عليه في المجلة.<sup>(6)</sup>

(1) يعقوب الباسين ، القواعد الفقهية ص 381.

(2) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع ص 91.

(3) يعقوب الباسين ص 385.

(4) ماجدة مخلوف "أهمية تقنين الفقه الإسلامي" - أحمد جودت باشا ودور مجلة الأحكام العدلية في التقنين - (المجلة العربية المملكة العربية السعودية 16 رمضان 1407 ماي 1987) ، ص 87.

(5) علي الندوي ، القواعد الفقهية ص 145 .

(6) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 1 ص 199.

مع الإشارة إلى أنه روعي في انتقاء الأحكام فيها تحقيق الصالح العام ومصالح الناس حتى أنها أخذت ببعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها.<sup>(1)</sup>

وجاء صدور المجلة في أسلوب قانوني حديث مع احتفاظها بتميز عن "المجلات القانونية حتى تلك التي اقتدت بها المجلة ، كالمجلة الفرنسية"<sup>(2)</sup> ؛ كصيغة مقدمة عامة بمائة (100) مادة ، وتصدر كل فصل وكتاب بمقدمة عبارة عن تمهيد ، وطريقه ضرب الأمثلة داخل المادة القانونية والإسهاب في التعريفات...<sup>(3)</sup>.

كما تميزت المجلة برد المباحث والفروع إلى مناسباتها ومطابقتها فعقد المضاربة يذكره الفقهاء في غير بحث الشركات وقد ذكرته المجلة في الشركات ، لأن المضاربة ليست سوى شركة عقد ، رأس مالها من جانب ، والعمل من الجانب الآخر.<sup>(4)</sup>

ويمكن القول أن المجلة العثمانية تعتبر في حقيقة الأمر أول تقنين في العالم الإسلامي بالمعنى القانوني ، لأن محتواها ملزم كالقاعدة القانونية العصرية وتتمتع بذلك بإحدى خصائص القاعدة القانونية كما أنها صدرت عن أجهزة الدولة وتعتبر قانون الدولة ، في حين ما سبقها من تدوين مؤلفات يعتبر مجامع فكرية خاصة وأنواع من التأليف العلمية الحرة.<sup>(5)</sup>

هذا ويؤخذ على المجلة أنها لم تتضمن نظرية عامة للالتزامات باستثناء بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التصيرية ، المبعثرة في كتاب الإلتاف والغصب ، وهو نقص أدى إلى ظهور -إلى جانب المجلة- وجود عدد كبير من القوانين المكملة لقانون الأراضي وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة ونظام إيجار العقار وغير ذلك من القوانين الجزئية.<sup>(6)</sup>

## 2- قانون حقوق العائلة:

في عام 1915 صدر قانون حقوق العائلة أو قانون الزواج والفرق للمسلمين والموسويين والمسيحيين كل حسب شرائعهم ، وجاء هذا التقنين غير ملتزم بالمذهب الحنفي بل أخذ بأقوال في المذاهب الأخرى فأخذ فيه من المذهب المالكي التفريق عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن

(1) المرجع السابق ص 198.

(2) "الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية" عبد الستار الخويلدي ص 130.

(3) نعود إلى حديث عن ذلك بالتفصيل في فصل : المنهج والضوابط.

(4) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج1 ص 199.

(5) عبد الستار الخويلدي ، "الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية" ص 130.

(6) المرجع نفسه ص 138.

عند اختلافهما كما أخذت من المذهب المالكي ، المدة التي تطلق فيها المرأة من زوجها المفقود وهي أربع سنوات<sup>(1)</sup>.

ثانيا - تقنين الفقه الإسلامي في مصر :

أ- التقنيات الرسمية :

في مصر انحصرت التقنين الرسمي للفقه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية ، ولما كانت مصر تسعى إلى الاستقلال عن الدولة العثمانية فقد عدلت عن الأخذ بمجلة الأحكام العدلية. على أن الجذور التاريخية لمحاولات تقنين الفقه الإسلامي في مصر تعود إلى عهد محمد علي(تر:80) ، بعد أن عمل هذا الأخير على توحيد القضاء ، وجعل المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي الذي يقضي ويفتى به<sup>(2)</sup> وقد قام إلى جانب ذلك بتكليف الشيخ محمد الجزائرلي(د.تر) (الذي أسند له الإفتاء عام 1831 في الإسكندرية) أن يضع له قانونا مدنيا ، على مثال ترتيب قانون نابليون ، غير متقيد بمذهب معين ، وقد بذل الشيخ محمد الجزائرلي جهدا كبيرا في إنجاز هذا المشروع لكن الظروف الدولية أجهضته.<sup>(3)</sup>

هذا ومصر كانت أول من استبدلت بأحكام الشريعة الإسلامية تقنينات وضعية تنظم المعاملات وكان ذلك بإصدار التقنينات المختلطة سنة 1875م ، ثم تلاها إصدار القوانين المختلطة في شتى المواضيع<sup>(4)</sup>.

وقبلها و في عهد الخديوي إسماعيل(تر:3) ، طلب هذا الأخير من علماء الأزهر تأليف كتاب "في الحقوق والعقوبات ، موافق لحال العصر سهل العبارة مرتب المسائل على نحو ترتيب القوانين الأوربية". وكان هذا الطلب مصدره ضغط الدولة الأوربية على الخديوي إسماعيل كما صرح هو بذلك ، فيما رواه عنه محمد رشيد رضا(تر:43)<sup>(5)</sup> إلا أن علماء الأزهر رفضوا ذلك بحجة أن فيه خروجا عن ما ألفوه "وأن في رفضهم محافظة على الشرع وطريقة سلفهم الأزهرية"<sup>(6)</sup>.

(1) محمد مصطفى شلبي ، المخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص 159 .

(2) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام (ط2 دار النهضة العربية بيروت 1975 ) ص 16 .

(3) محمد كمال الدين إمام ، "الحلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية" مجلة المسلم المعاصر (المعهد العالمي للفكر الإسلامي -ربيع الثاني- جمادى الأولى 1411 هـ - نوفمبر ديسمبر 1990م يناير 1991م) ص ص 55-80 .

(4) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ص 245 .

(5) محمد رشيد رضا ، تاريخ محمد عبده، تر: 73. (ط1 مطبعة المنار مصر 1350هـ - 1931م ) ج 1 ص 620 .

(6) المرجع السابق ص 610 .

ثم إنه طلب وساطة رفاة الطهطاوي (تر: 64) ورفض هذا الأخير خوفا من أن يرموه بالزندقة. ويذهب "محمد دسوقي" إلى القول بأن الخديوي قد اتخذ هذا الرفض ذريعة لنقله قانون نابليون إلى اللغة العربية والعمل به في القضاء في صورة قانون مدني مصري ، ولما كان يعلم أن ذلك سيثير الرأي العام كلف "مخلوف المنيأوي" (تر: 114) بعمل دراسة توّضح مدى اعتماد القانون الفرنسي على مذهب الإمام مالك وما فيه من موافقة لهذا المذهب من أحكام.<sup>(1)</sup>

وجاء عهد الخديوي توفيق (تر: 16) وطرحت فكرة تقنين مدني مستمد من الشريعة الإسلامية (فقد جاء في مذكرة حسين باشا (د.تر) ناظر الحقانية لمجلس النظار بتاريخ 26 محرم 1300 هـ الموافق لـ 07 ديسمبر 1882 م أنه تراءى للحكومة وضع قانون مطابق للشريعة الغراء وأحيل عمله على سعادة قدري باشا... ) لكن ذلك لم يتم بل أحيل إلى لجنة أخرى وضع تقنينات أهلية برياسة حسن فخري<sup>(2)</sup> (د.تر) ولقي هذا الفعل معارضة أثبتتها وسجلها علي مبارك (تر: 107) وعمر لطفي (تر: 99) في محضر النظار ، وواجهت الحكومة رفضا شعبيا لهذه المشاريع واستنكارا من لدن أهل الأزهر لكنها كلها ذهبت أدراج الرياح إذ بعدها ألغيت المحاكم الشرعية.<sup>(3)</sup>

#### ب- التقنينات غير الرسمية:

وهناك إلى جانب هذه المحاولات ، محاولات فردية قام بها محمد قدري باشا ، وهي محاولات لم تأخذ الصفة الرسمية إلا أنها كانت دائما مثالا للتقنين في الفقه الإسلامي وتمثلت في ما يلي :

**الأول -** "مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النعمان" واشتمل على (1049) ألف وتسعة وأربعين مادة مقسم إلى أبواب وفصول بدأه بكتاب الأموال وختمه بكتاب الصلح<sup>(4)</sup> ، وقد أشار في هوامشه إلى المصدر الذي استقى منه الحكم في كل مادة ليكون بوسع الباحث أو المحقق أو الدارس أو القاضي معرفة مكانتها ومدى قوة حجيتها إن لزم الأمر. وقد طبعته الحكومة المصرية سنة 1890م.<sup>(5)</sup>

(1) محمد دسوقي ، الاجتهاد والتقليد (ط1 دار الثقافة ، الدوحة قطر 1407 - 1989) ص 190.

(2) محمد كمال الدين إمام "الخلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية" المسلم المعاصر ص 68.

(3) المرجع السابق ص 69.

(4) محمد دسوقي ، الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية ص 191.

(5) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ص 246

**الثاني** - "كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان" مكوّن من ستمائة وسبعة وأربعين مادة (647م) تناول فيها إلى جانب أحكام النكاح والطلاق والنسب والوصية والهجر والهبية في الكتاب الأول ؛ و الثاني تناول فيه المواريث وقد أشبهه في طريقة تأليفه الكتاب الأول "مرشد الحيران" إلا أنه أهمل ذكر المصادر في الهامش أو في غيره.<sup>(1)</sup>

**الثالث** - "سماء كتاب العدل والإنصاف للقضاء على مشكلة الأوقاف" في ستمائة وست وأربعين مادة (646م) طبع سنة 1893م.

لكنها ثلاثتها لم تصبح قوانين إذ لم تأخذ الصفة الرسمية ولم تصدرها الحكومة مما جعل البعض يذهب إلى عدم اعتبارها تقنيناً.<sup>(2)</sup>

ويؤخذ على هذه المجموعات أنها اعتمدت المذهب الحنفي فقط فعادت بذلك بحركة التقنين ففي الفقه الإسلامي إلى بدايته الأولى ويقصد بذلك مجلة الأحكام العدلية "ومنهج الاعتماد أو الأخذ بمذهب واحد منهج ضيق لا يدل على قدرة الفقه على مواجهة الواقع".<sup>(3)</sup>

لكنها كانت ولا تزال عظيمة الفائدة من الناحية العلمية تمثلت فائدتها في أن بعض موادها أخذت بحرفيتها في القوانين الإسلامية واعتبرت نماذج لتقنين الفقه الإسلامي وإن كان إطلاق مصطلح التقنين عليها هو إطلاق مجازي لا أكثر.

وقد تلتها عدة محاولات لتقنين الفقه الإسلامي لكنها لم تجد سبيلها إلى التطبيق إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية نذكر منها :

جهود الأزهر في التقنين وقد قاد هذه الجهود الدكتور عبد الحليم محمود عندما كان على رأس الجامع الأزهر كما كان أميناً عاماً لمجمع البحوث الإسلامية<sup>(4)</sup> الذي خرج بتوصية في جلسته رقم 27

(1) محمد دسوقي ، الاجتهاد والتقليد في الطريقة الإسلامية ص 192 .

(2) سمير عبد السيد تناغو في كتابه النظرية العامة للقانون وحسن كيرة في كتابه : المدخل للقانون .

(3) محمد كمال الدين إمام "أزمة المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة" جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي بحث مقدم إلى ندوة القضايا المنهجية في الفكر الإسلامي قسنطينة الجزائر 9-12 سبتمبر 1989 ص 19 .

(4) مجمع البحوث الفقهية : في عام 1911م صدر قانون بإنشاء هيئة كبار العلماء وتتكون من ثلاثين عضو و في عام 1936 صدر قانون بتعديل القانون السابق وإنشاء جماعة من كبار العلماء . ثم صدر القانون رقم 103 سنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها وبمقتضاه ظل مجمع البحوث الإسلامية محل هيئة كبار العلماء ويتكون من 50 عضواً منهم 30 عضواً من جمهورية مصر العربية والباقي من الدول الإسلامية وقد حدد القانون شروط تعيين أعضاء المجمع... " . علي حسنين ، حتى لا تظل الشريعة نصاً شكلياً - رقة ثقافية 3- (ط1) الزهراء للأعلام العربي 1405هـ - 1985م) ص 54 وما بعدها .



في (8-3-1967) بجعل مهمة المجمع العمل على إيجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنائية، كما أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في 27-09-1968 بالتوصية التالية: "يوصي المؤتمر الرابع للبحوث الإسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسؤولين في البلاد الإسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في قوانين البلاد كقوانين العقوبات، والقانون التجاري والقانون البحري وغيرها..." وقد عمل الإمام الأكبر عبد الحليم محمود على تنفيذ هذه التوصية فشكل لجنة من كبار خبراء الشريعة ورجال القانون في مصر لتضع خطة عمل وقد عملت اللجنة على تقديم اقتراحاتها واستقر رأي أعضاء المجمع في 11-10 على السير في هذا المشروع على النحو التالي:

"1- تقنين المذاهب الفقهية التي تعمل بها البلاد الإسلامية ويبدأ في المرحلة الأولى بتقنين المذاهب الأربعة لأهل السنة الحنفية الشافعية، المالكية، الحنابلة" ويقن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه في مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأي الراجح فيه وعلى أن يلحق كل منها بمذكرة تفسيرية يذكر فيها الآراء الأخرى كما يذكر الرأي الذي جرى أنه الأنسب للتطبيق في العصر الحالي.

"2- بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة يبدأ في العمل في وضع قانون مختار بين المذاهب جميعاً وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الإسلامية التي ترتبط بمذهب معين قانوناً إسلامياً يصور ذلك المذهب في أمانة كما يمكنه أن يقدم قانوناً إسلامياً مختاراً من بين المذاهب المعمول بها تقني باحتياجات البيئات التي تطلبه".

وقد وافق المجلس في جلسته رقم 70/1/7 على الخطة المحلية لتقنين الشريعة الإسلامية كما وردت في خطة اللجنة للبحوث الفقهية على النحو المتقدم وشكلت لجان لذلك عملت على تقنين المعاملات على المذاهب الأربعة كما عملت على تقنين الحدود الشرعية<sup>(1)</sup>.

لكنها تقنينات لم تتعد كونها مؤلفات فقهية فقط إذ لم تجد سبيلها إلى التطبيق وانحصر تقنين الفقه الإسلامي والإلزام به في قوانين الأحوال الشخصية .

مع العلم أن مصر قد نقلت القوانين الغربية حرفياً في مجموعات القانون المدني والقانون الجنائي وقانون المرافعات في القوانين المختلطة سنة 1870 والقوانين الأهلية سنة 1883 م<sup>(2)</sup>.

(1) محمد عطيه خميس "تقنين الشريعة الإسلامية" مجلة الأزهر (القاهرة مصر . سنة 51 المجلد الأول الجزء الأول جمادى الأولى 1399 هـ - أبريل 1979) ص ص 805-816.

(2) محمد عبد الجواد ، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية (مطبعة جامعة القاهرة الكتاب الجامعي مصر 1397 هـ - 1977 م )، ص 216.

ثالثا - مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية للقاري :

ألفها الشيخ أحمد عبد الله القاري (تر: 88) وقد جاءت على منوال مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، وتعود فكرة تأليف المجلة إلى عهد الملك عبد العزيز (تر: 71) عندما أصدر أمر<sup>(1)</sup> بتأليف لجنة من العلماء تقوم بإعداد مجلة تشبه مجلة الأحكام العدلية العثمانية لكنها تختلف عنها في عدم التقيد بمذهب واحد. وكان الهدف من هذا العمل تنظيم القضاء ؛ لكن القيام بمثل هذا العمل يحتاج إلى وقت ليس بيسير فكان أن أصدر أمر بتحديد مصادر يسار عليها في العمل عند القضاء فحل هذا الأمر محل المشروع السابق. لكن الشيخ أحمد القاري أخذ بفكرة تأليف المجلة فعمل على وضعها ، فجاءت في إحدى عشر كتابا تضم ألفان وثلاثمائة واثنان وثمانون مادة 2382 م تناول فيها أحكام المعاملات ومسائل القضاء<sup>(2)</sup>

وقد حققها كل من (الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان) والدكتور (أحمد إبراهيم أحمد علي) وللإشارة فقد أجرى المحققان عند تقديمهما للمجلة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية العثمانية وبين مجلة القارئ ، ولاحظا أن هناك تشابه بينهما أنتجه التأثير السابق للمجلة العثمانية عليها ، فأمكن القول أن القارئ اتخذ مجلة الأحكام العدلية العثمانية نموذجا سار عليه ، مع ملاحظة قيام فروق بينهما في المذهب الذي اعتمده كل مجلة في استقاء الأحكام وفي تناول أبواب لم تتناولها العثمانية<sup>(3)</sup>. هذا ومجلة الأحكام الحنبلية للقاري تعتبر تقنين غير رسمي للفقهاء الحنبلي إذ لم تعتمده الدولة ولم يطبق بل بقيت نموذجا لاجتهاد فقيه في محاولته لتقنين الفقه الإسلامي .

رابعاً - نماذج لتقنين الفقه الإسلامي في بلاد المغرب العربي .

### 1- في الجزائر :

بعد احتلال فرنسا للجزائر عام 1830م عملت على تكريس سياسة الإدماج وجعل الجزائر فرنسية.

- 
- (1) أوردته جريدة أم القرى في العدد 141 من المجلد الثاني في 28 صفر 1346هـ الموافق لـ 26 أغسطس 1927 .  
(2) مقدمة مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية . تحقيق ودراسة عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي (ط1 المملكة العربية السعودية مطبوعات تهامة) ص 29-30 .  
(3) راجع مقدمة مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية - المرجع السابق -

وقد كان الشعب الجزائري خليطاً من عرب وأتراك وكرغل ويهود ولما كانت الجزائر قبل الاستعمار تحت حكم العثمانيين فإن المذهب الرسمي فيها كان المذهب الحنفي بالإضافة إلى قيام المذهب المالكي والإباضي والشريعة اليهودية .

وقد عملت فرنسا على بسط نفوذها على الجزائر وجعلت أهاليها يخضعون للقانون الفرنسي ، إلا أن الذي حدث أن الجزائريين كانوا في كثير من الأحيان يحتكمون إلى أعرافهم وإلى أحكام الشريعة الإسلامية - خاصة في العهود الأولى للإستعمار - وقد شجع على ذلك النظام القبلي الذي كان يميز المجتمع الجزائري<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى النظام القضائي الذي ساد عهد الاستعمار نجد أن المسلمين أو من أطلق عليهم بالأهالي كانوا يحتكمون إلى المحاكم الشرعية الأهلية وتتنظر في الأحوال الشخصية والوقف والميراث. كمحكمة الدرجة الأولى ويعين فيها قضاة شرعيون وإلى جانبها محاكم مختلطة تنظر في القضايا المدنية والجنائية . وهي محاكم الدرجة الأولى يعين فيها قضاة يعملون بأحكام القانون الوضعي .

وقد حدث أن صدر قرار من الحاكم العام للجزائر -بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية- المدعو جونار(د.تر) في 22 مارس 1905 ليطبق على المسلمين الجزائريين بناء على اقتراح السيد بوشي المستشار لدى محكمة الاستئناف ، فأنشئت لجنة عملت على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية . محصور في المذهب الحنفي والمالكي فقط<sup>(2)</sup>.

وقد اجتمعت اللجنة لأول مرة في 27 ماي 1905 م وانتهت من عملها في 16 ماي 1914 بعد أن أقرت سبعمئة وواحد وثمانين مادة (781م) مكونة القانون الإسلامي الجزائري وتحتوي على أربعة كتب : في الأحوال الشخصية وفي الوقف ، وفي العقارات ، والبيانات.

وقد ورد تفصيل وضع هذه المجلة في كتاب مدخل القانون الإسلامي الجزائري لمؤلفه (مارسال موران)<sup>(3)</sup>(د.تر) مع العلم أن هذا الأخير قد اعتمده اللجنة للقيان بتقييم مشروع تقنين اللجنة حتى تناقشه.

وقد جاءت فكرة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بعد أن تولى القضاء في الجزائر فرنسيون من خريجي كليات الحقوق لا يعلمون الكثير عن الشريعة الإسلامية ولا حتى اللغة العربية<sup>(4)</sup>.

وحتى في المحاكم الشرعية التي كان يتولاها قضاة مسلمون فقد كان هؤلاء في أمس الحاجة إلى

(1) Marcel Morand : Introduction au droit Musulman Algérien Alger Ancienne Maison Basti de jurbon Jules cafoorel 1921. P 18.

(2) جمال الدين عطية ، "تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية" المسلم المعاصر ص 45.

(3) المرجع السابق.

(4) جلال يحي المغرب الكبير 3 - العصور الحديثة وهموم الاستعمار - (دار النهضة العربية سروت 1981) ص 245.

كتاب سهل العبارة جامعا للأحكام منظما لها في مواد يسهل على القضاة حينها الرجوع إليها واعتمادها عند فصلهم في القضايا إذا علمنا أن المؤلفات الفقهية قد كتبت بطريقة صعبة مع غياب الترقيم والتنقيط<sup>(1)</sup>، أضف إلى ذلك أن طلب الحكم في قضية ضمن المؤلفات من أصعب ما يكون إذ في أحيان كثيرة لا يوجد الحكم المذكورا تحت عنوان الفصل المحتمل وجودها فيه ، بل إن المؤلف قد يوردها في مكان آخر ويذكر حكمها عرضا.

فكان تأليف كتاب يجمع فيه تلك الأحكام أمر لا بد منه وضرورة يفرضها الواقع.

والتقنين كما فرضه صعوبة المؤلفات وحاجة القضاة إليه كان تقنينا للفقهاء الإسلامي في مواد الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالأوقاف والعقارات ، فرضه طبيعة هذه المواد بمعنى تعلقها والتصاقها بعقيدة الأهالي.

لكن المحاكم العليا لم تعترف لهذا المشروع بأي سلطة قانونية بسبب عدم إصداره وكانت ترى فيه مجرد مشروع ليست له أية أولوية على قواعد الفقه الإسلامي ، ومع ذلك بقي المشروع الذي أطلق عليه اسم "مجموعة موران" مرجعا للقانونيين.<sup>(2)</sup>

## 2- في تونس :

صدرت "مجلة الالتزامات والعقود" وهي مجلة أصدرتها لجنة من رجال القانون الأوربيين مكونة من خمسة أعضاء على رأسهم المستشرق "سانتيلانا" (تر:47) وقد وضعوا مشروعها متوخين فيها الموافقة بين أحكام الشريعة الإسلامية وبين أحكام مختلفة من التقنينات المدنية الأوربية و عرض على لجنة ثانية، تضم اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ، وعشرة من علماء الشريعة ، من بينهم خمسة أساتذة بجامعة الزيتونة ، والباقيون قضاة من المحكمة العليا الشرعية ، وبعد مراجعة المشروع ، وتبيان عدم وجود ما ينافي أحكام الشريعة الإسلامية ، صدر مرسوم الباي في 15 ديسمبر 1906 المتعلق بالتشريع الجديد المسمى بتقنين العقود والالتزامات.<sup>(3)</sup>

## 3- في ليبيا :

قام الشيخ محمد عامر (د.تر) بوضع قواعد فقه المذهب المالكي في المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية معنونة بـ :

(1) Marcel Morand . Intro. Au droit Musulman Algérien p. 11.

(2) جمال الدين عطية "تاريخ تقنين الشريعة" المسلم المعاصر ص 47.

(3) مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية 1989 ندوة الشريعة والفقه والقانون محمد ميكو "انطباعات حول أزمة القاعدة الفقهية" . هامش ص 123.

ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك سنة 1937 م وهو مقسم إلى أربعة أقسام في القضاء الشرعي ومتعلقاته وفي الحقوق العائلية والأحوال الشخصية وفي المعاملات والتبرعات وفي الموارث وتقع جميعا في 928 مادة .

وقد صدر في 28-10-71 قرار تشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها ، بما يتفق مع المبادئ الأساسية للتشريعة الإسلامية خاصة في الزكاة والربا والغرر والوقف والحدود.(1)

خامسا - تقنين الفقه الإسلامي في العصر الحالي :

بحصول البلاد العربية على استقلالها ، لجأ معظمها إلى إصدار قوانين ، استمدت أحكامها في مسائل الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية في جملتها ، واختلفت في باقي فروع القانون مصدرا وموضوعا .

ويمكن تقسيم هذه البلاد من حيث وضع القانون المدني - مثلا- إلى :

- فئة من الدول العربية الإسلامية ليس لها قانون مكتوب أي : غير مقنن ، والقاضي فيها يبحث ؛ فيحكم عند القضاء ، بالراجح : وهو ما قوي دليله ، وبالمشهور : وهو ما كثر قائله أو ما جرى العمل به . وتمثل هذه الفئة دول الخليج .
- وفئة استمدت قانونها من القانون الفرنسي جملة ، تمثلت في لبنان ومصر - في بادئ الأمر - والجزائر قبل الاستقلال وقبل صدور القانون المدني سنة 76 .
- وفئة مزجت بين القانون المدني الفرنسي وأبواب من الفقه الإسلامي ، مثل تونس والمغرب ومصر - حاليا - وسوريا والجزائر والعراق .
- وفئة اتخذت من أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد لقوانينها ؛ نذكر منها السودان بداية من سنة 1983 .

هذا وتقنين الفقه الإسلامي في الجزائر في العصر الحديث ، تحديدا بعد الاستقلال ؛ بدأ مع صدور القانون المدني 1976 ، وإن جاء مازجا بين قواعد القانون الفرنسي، المستمد منه -ابتداء- وقواعد في الشريعة الإسلامية ، إلا أنه افرد لأحكام الفقه الإسلامي أبوابا عارضت قواعد وأحكام القانون الفرنسي ؛ كما هو الحال في أخذه بالإرادة الظاهرة وهو مبدأ لا تأخذ به التشريعات المستمدة من القانون الروماني ، وكذا نظرية الظروف الطارئة وهو مبدأ انفردت به الشريعة الإسلامية بين الشرائع ، وجعل الإرادة المنفردة من مصادر الالتزام ، وقاعدة خيار الرؤية في البيوع واعتبار تصرف المريض مرض الموت في حكم الوصية.(2)

(1) راجع جمال الدين عطية "تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية" المسلم المعاصر ص 49...

(2) علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة . ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 . ص 44-49 .

وهذه مواضع أخذ فيها المقنن الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية في القانون المدني ولم تشمل كل القانون ، كما فعل في قانون الأسرة رقم 11-84 الصادر في جوان 1984 حيث جعل الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقانون وأحال في المادة 222 من القانون إلى أحكامها في كل ما يتعلق بمسائل الأسرة ، وكذا فعل في القانون المدني المادة الأولى الفقرة الثانية عندما نص على أن الشريعة الإسلامية من مصادر القانون يرجع إليها القاضي ، لكن بعد التشريع ؛ وهي مبادئ تفتح مجالات واسعة أمام المقنن للاسترشاد بأحكام الشريعة الإسلامية عند التقنين في الجزائر .

## خلاصة:

بعد عرضنا لجذور التاريخية لحركة تقنين الفقه الإسلامي بأن أخذنا النماذج الأولى لتقنين الفقه الإسلامي فردية كانت أو جماعية ، رسمية أو غير رسمية يمكن أن نستخلص ما يلي :

- 1- أن تقنين الفقه الإسلامي نوع من التدوين.
- 2- أنه صورة من صور التجديد ومحاولة بعث الفقه الإسلامي إذ أنه جاء في محاولة لإخراجه من دائرة الركود والتقليد.
- 3- أنه جاء على مرحلتين : الأولى التقنين بالإلزام بمذهب واحد والثاني التقنين عن طريق التخيير بين المذاهب المختلفة.
- 4- جهود تقنين الفقه الإسلامي فردية كانت أو جماعية جاءت محاولة لتقريب الفقه الإسلامي من واقع الناس وجعله حاكما لهم ، خاصة بانتشار الاستعمار واستيراد القوانين الوضعية.
- 5- جاء تقنين الفقه الإسلامي في محاولة لرد حلول التشريعات الوضعية محل الشريعة الإسلامية.
- 6- لم تجد تقنينات الفقه الإسلامي في مجالاتها المتعددة سبيلا للتطبيق عموما ، إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو مجلة الأحكام العثمانية أو في بعض البلاد الإسلامية.
- 7- أنه نظرا للتقنين كوسيلة لإصلاح القضاء والتيسير على الدارسين للقانون.

و بعرضنا لكل من الجذور التاريخية لحركة التقنين في التشريعات الوضعية وتقنين الفقه الإسلامي إذ تطرقنا فيها إلى النماذج الأولى لتقنين في كل من التشريعيين نستخلص ما يلي :

- أولاً - أن التقنين هو أداة غريبة لم يعرفها الفقه الإسلامي بالمصطلح القانوني المعروف والمحدد.
- ثانياً - أن التقنين بالنسبة للفقه الإسلامي هو إعادة صياغة للأحكام الفقهية ، بينما هو بالنسبة للتشريعات الوضعية عبارة عن جمع لأعراف ومراسيم وقواعد كانت سائدة في المجتمع.
- ثالثاً - التقنين جيء به أساسا في القوانين الوضعية حتى يحو الصبغة الدينية عنها ويجعلها ذات طابع مدني بحث بينما الفقه الإسلامي هو جزء لا يتجزأ عن الدين الإسلامي.
- رابعاً - جاء التقنين في الفقه الإسلامي باختيار حكم من بين أحكام متعددة ومتضاربة أحيانا ، رفعا للتضارب وضبطا للأحكام بينما في التشريعات الوضعية فإنه عبارة تنقيح لأعراف وتقاليد وأوامر وإعادة تنظيمها وتدوينها.

خامسا - التقنين في التشريعات الوضعية يقابل التشريعات غير المدونة أو العرفية بينما هو في الفقه الإسلامي يقابل أحكام الشريعة الإسلامية المدونة والمكتوبة بطريقة التأليف الفقهي .

سادسا - بالنسبة للتقنيات الوضعية التقنين وسيلة لجعل القانون معلوما غير محتكر بيد طائفة معينة بينما هو في الفقه الإسلامي وسيلة لتسهيل الفقه وإعادة تنظيم القضاء.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



## الفصل الثاني : مشروعيتا تقنين الفقه

الإسلامي

جامعة الأمير  
القادر للعلوم الإسلامية

## الفصل الثاني : مشروعية تقنين الفقه الإسلامي

التقنين - كما سبقت الإشارة إليه - صناعة غربية انتشرت بعد ظهور تقنينات نابليون ، وبانتشارها لاقت القبول والتأييد لدى دول أوروبا والعالم من جهة ، وقيام معارضة الاقتداء بفرنسا في إصدار تقنينات على نمط تقنين نابليون من جهة أخرى ؛ و المعارضة أول ما قامت بألمانيا على يد أنصار المدرسة التاريخية بزعامة سافيني (تر: 46) عندما نادى إلى الفكرة الفقيه تيبو (د. تر) إذ أصدر سنة 1814 رسالة جمع فيها حجج أنصار التقنين<sup>(1)</sup> رد عليها سافيني برسالة سماها : "اتجاه العصر في التشريع والقضاء" بين فيها مضار التقنين وعيوبه<sup>(2)</sup> وانتقده كونه يجمد القانون ويحول دون تطور الجماعة .

هذا والتقنين يعارض بل يهدم مبادئ المدرسة التاريخية - حيث يعتبر سافيني أحد زعمائها - التي تقوم على أن القانون : هو نتيجة التطور التاريخي للأمة ويتكون في ضمير الجماعة ويتطور دون توقف مسائرا بذلك التطور في المجتمع ، لكن التقنين يؤدي إلى تجميد القانون ويضيع مرونته ويذهب بقدرته على التلاؤم والتطور<sup>(3)</sup> لكن ردت هذه المعارضة لقيامها على فكرة ثبت خطأها والتي مفادها أن القانون يتكون أليا في ضمير الجماعة.<sup>(4)</sup>

إذا يمكن تلخيص ما وجه إلى التقنين من انتقادات في أن عملية التقنين غالبا ما تكون معقدة وطويلة ويبدل فيها مجهود ضخم مما يدفع للاعتقاد بأن التقنين عمل نهائي لا يمكن المساس به أو تعديله فيما عدا حالات الضرورة ؛ أضف إلى ذلك فإن التقنين يدعو إلى الاعتقاد بأن القانون المدون هو المصدر الوحيد للقانون ، وأن المصادر الأخرى<sup>(5)</sup> لم يعد لها وجود ، من ثم تطبع القانون صفة الجمود.<sup>(6)</sup>

لكن الملاحظ أن في الاعتراض على التقنين أو تأييده ورد الاعتراض ، خلفية منشؤها التأثير بفكرة فلسفية معينة لطبيعة القانون وأصل نشأته ، فأنصار القانون الطبيعي ومن قال بأن القانون هو أولا

(1) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون . ص 368.

(2) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي . ص 196.

(3) سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق . ص 368.

(4) راجع حسن كبيرة ، المدخل للقانون . ص 260.

(5) المصادر هي : المادية والتاريخية والرسمية (راجع في ذلك عباس الصراف ، جورج حزبون : المدخل إلى علم القانون . ص 42 وما بعدها).

(6) سمير عبد السيد تناغو ، نفسه . ص 360

وقبل كل شيء من عمل المشرع ؛ دعوا إلى التقنين ودافعوا عنه ؛ أما أنصار النشوء الذاتي للقانون والمدافعون عن فكرة التطور ذهبوا إلى أن : التقنين يجمد القانون ويحول دون التطور .

والواقع أن في أقوال كلا الفريقين قدرا من الحقيقة ، والملاحظ أن أنصار التقنين يجمد القانون ويحول دون التطور .

والواقع أن في أقوال كلا الفريقين قدرا من الحقيقة ، والملاحظ أن أنصار التقنين قد انتصروا في النهاية على خصومه ، ولعل مزايا التقنين من حيث ضبطه للقواعد القانونية ضبطا دقيقا ومن حيث سهولة الرجوع إليه بالنسبة للقضاة والأفراد على حد سواء ومن حيث أنه الوسيلة العملية الوحيدة لتوحيد القانون في البلد الواحد دفعت بمعظم الدول للأخذ به بما فيهم ألمانيا ، أما الجمود الذي يعاب على التقنين فقد أثبت العمل أن فيه قدرا غير قليل من المغالاة .<sup>(1)</sup>

هذا وقد اعترض على الفقه الإسلامي لكنه اعترض يختلف عن ذلك الذي ورد في الفكر القانوني الغربي ، و اختلفا أيضا من حيث التأييد .

ومن ثم فقد تناولنا في هذا الفصل الأول : مبدأ تقنين الفقه الإسلامي من حيث حكم إلزام ولي الأمر من جهة ، و من جهة أخرى أثره على حرية اجتهاد القاضي ، في المبحث الأول ؛ و في المبحث الثاني : تقييم عملية التقنين من حيث المزايا و العيوب .

(1) عبد المنعم بدر اوي ، مدخل للعلوم القانونية . ص 176 .

## المبحث الأول : تقنين الفقه الإسلامي من حيث المبدأ .

يقول عمر سليمان الأشقر : "مميزات التقنين فوائد للشرائع الأرضية البشرية التي تؤخذ من عادات الناس وما يسنّه عقلاؤهم أما الشريعة الإسلامية فإن أحكامها محفوظة معروفة فالأشخاص العاديين من الأمة يحفظون مصدرها الرئيس : وهو القرآن فضلا عن علمائها ، وأهل الرأي فيها ، والمصدران الرئيسيان فيها مدونان ، جمع فيها مدونوها آيات التشريع ، وشرحوها وبينوها".<sup>(1)</sup> تبيّن لنا من خلال هذا القول أن النظرة إلى التقنين في الفكر الغربي غيرها في الفقه الإسلامي.

وقبلا تجدر الإشارة إلى أن التقنين في الفقه الإسلامي كان له أنصار عملوا على تقنين أحكام المعاملات مستفاداً من كتب الفقه الإسلامي ، كما كان له معارضين ، جاء اعتراضهم على الجانب الموضوعي فيه لا الشكلي ، "فما ذلك إلا تدوينا أو طريقة تأليف لا أكثر".<sup>(2)</sup> وتمثل الركن الموضوعي في الإلزام بمذهب معين أو رأي واحد يختاره ولي الأمر من بين الآراء الاجتهادية يحكم به القاضي.

ومن ثمّ فالاعتراض يقوم على مبدأ تقنين الفقه الإسلامي ، متمثلاً في حق ولي الأمر في الإلزام بمذهب أو رأي يختاره . ويصدر به قانوناً يصبح ملزماً واجب الإلتباع بالنسبة للأفراد وبالنسبة للمحاكم وفي المقابل مبدأ حرية الاجتهاد في القضاء في ظل الإلزام.<sup>(3)</sup>

### المطلب الأول : طاعة أولي الأمر ومشروعية التقنين .

لما كان الاعتراض على تقنين الفقه الإسلامي يقوم على مسألة "الإلزام" المخول بها أولو الأمر فقد تعين لذلك التعريف بأولي الأمر ، وحدود طاعتهم في الشريعة الإسلامية وعلاقة ذلك بالتقنين.

(1) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ص 165 .

(2) بكر بن عبد الله أبو زيد ، التقنين والإلزام (ط2 دار الهلال ، الرباط 1983 م) ص 07

(3) جمال الدين عطية : "مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ " المسلم المعاصر (العدد 12 شوال ذي الحجة 1397 هـ أكتوبر ديسمبر 1977م) ص 45-80 .

الفرع الأول: أولو الأمر ومنى يجب طاعتهم؟

أولا - المقصود بأولي الأمر:

بداية ينبغي أن أشير إلى أن مصطلح "أولو الأمر" يجد أساسه في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ} النساء 59.

- والولي لغة: الاسم منه المحب والصديق ، والنصير وولى الشيء عليه ولاية وولاية هي المصدر بالكسر الخطة والإمارة والسلطان وأوليته الأمر وليته إياه<sup>(1)</sup>.

وفي المصباح المنير: وليت الأمر إليه ولاية والجمع ولاة والولاية النصر<sup>(2)</sup>.

وفي الاصطلاح: جاء إطلاقها على عدة معاني قال بها المفسرون للآية الكريمة:

أ- فأبو الحسن الماوردي(تر: 106) على أن فيها أربعة أقوال هي:

"أحدها: الأمراء وهو قول ابن عباس وأبي هريرة(تر: 122)، والسدي(تر: 48) وابن

زيد(تر: 45)...

أما القول الثاني: هم العلماء والفقهاء وهو قول جابر بن عبد الله(تر: 21) والحسن(تر: 28)

وعطاء(تر: 40) وأبي العالية(تر: 65).

والثالث: أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهو قول مجاهد(تر: 108).

والرابع: هما أبو بكر(تر: 11) وعمر(تر: 34) وهو قول عكرمة<sup>(3)</sup>(تر: 79).

وبه يقول القرطبي<sup>(4)</sup>(تر: 94).

ب- ويردهم أبو بكر الجصاص(تر: 24) إلى: العلماء والفقهاء، ونقل ذلك عن جابر بن عبد الله وابن

عباس في رواية عنه، والحسن وعطاء ومجاهد في قول وفي قول آخر: أنهم أمراء السرايا وحكاه عن

ابن عباس في رواية عن أبي هريرة.

وقال: "ويجوز أن يكونا جميعا مرادين بالآية، لأن الاسم يتناولهم جميعا، لأن بالأمراء يكون

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط ج4 ص 293.

(2) أحمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير (ط3 المطبعة الأميرية الكبرى، مصر 1316 هـ) ج2 ص 150.

(3) أبو الحسن الماوردي النكت والعيون تفسير القرآن الكريم تحقيق خضر محمد خضر (ط1 مطابع المقهوي الكويت) ج1 ص 400-401.

(4) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (دار الكتاب العربي بيروت) ج5 ص 259.

تدبير الجيش والسرايا... وبالعلماء يكون حفظ الشريعة ما يجوز وما لا يجوز فأمر الناس بطاعتهم والقبول منهم<sup>(1)</sup>.

والقول بأنهم الأمراء والفقهاء أقرب للمعنى الذي حملته الآية وقد أيدته كثير من الفقهاء من بينهم ابن قيم الجوزية<sup>(2)</sup>. وإن أيد المعنى اللغوي إطلاق "الأمراء" وكذا الحديث الذي روى عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميرى فقد أطاعني، ومن عصى أميرى فقد عصاني"<sup>(3)</sup> وبه قال ابن حجر (تر: 27) في كتابه فتح الباري، وعضد ذلك بأحاديث في الباب<sup>(4)</sup>.

هذا والذي عليه الأمر في العصور المتأخرة أنه لم يكن لولاية الأمور (الأمراء) أن يقدموا على أمر من أمور الدين بالأمر أو النهي، إلا بعد الرجوع إلى أهل العلم وأخذ رأيهم باستفتائهم ومشاورتهم، يقول ابن القيم: "والتحقيق أن الأمراء إنما يطاعون إذا أمروا بمقتضى العلم فطاعتهم تبعاً لطاعة العلماء فإن الطاعة إنما تكون في المعروف"<sup>(5)</sup> وما أوجبه العلم فكما أن طاعة العلماء تبع طاعة الرسول فطاعة الأمراء تبع طاعة العلماء ولما كان قيام الإسلام بالطائفتين: الأمراء والعلماء، وكان الناس لهم تبعاً كان صلاح العالم بصلاح هاتين الطائفتين وفساده بفسادهما"<sup>(6)</sup>.

(1) أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، محمد الصادق قمحاوي (دار المصنف، القاهرة) ج3 ص 177.

(2) ابن قيم الجوزية. أعلام الموقعين ج1 ص 10.

(3) رواه مسلم كتاب الإمارة باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية... حديث رقم: 1835، ج4 ص 1466.

(4) راجع فتح الباري، شرح صحيح البخاري (دار المعرفة بيروت) ج13 ص 121.

(5) قيدت بمعروف، سند ذلك قوله تعالى: {ولا يعصينك في معروف} الممتحنة آية(12).

- الألوسي: " والتقييد بمعروف مع أن الرسول لا يأمر إلا به للتنبية على أنه لا يجوز طاعة مخلوق في معصية الخالق، ويرد على من يقول أن طاعة أولي الأمر واجبة مطلقاً محمود الألوسي، روح المعاني (الطبعة المنيرية مصر، د ت) ج27 ص 81.

- وكلمة "معروف" مأخوذة من قوله تعالى: {ولا يعصينك في معروف} الممتحنة (12) "وكلمة المعروف تتناول كل ما عرف أنه حق وصلاح وكرامة وعدل، وكل ما هو متسق مع أوامر الله والرسول ونواهيها وكل ما رأى أهل الحل والعقد والشأن أن فيه مصلحة للمسلمين وحياتهم وخيرهم وصلاحهم ما ليس فيه نص قرآني صريح أو سنة نبوية ثابتة" محمد عزة دروزه، الدستور القرآني في شؤون الحياة، دار إحياء الكتاب العربية، ص 68.

(6) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين ج1 ص 10.

ثانيا - حدود ومجال سلطة أولي الأمر :

مما سبق يتبين لنا أن طاعة أولي الأمر واجبة لكنها طاعة مقيدة "بالمعروف" بمعنى ألا تكون في معصية ودليل ذلك ما رواه البخاري(تر:9) في صحيحه عن نافع(تر:117) عن عبد الله عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال : "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة".(1)

لكن ما مدلول "المعروف" أو ما ليس "بمعصية" ؟ هل هو في كل ما نصت عليه الشريعة ؟ أم المنصوص عليه والاجتهاد معا ؟

نجد من يذهب إلى عدم اعتبار طاعة أولي الأمر إلا فيما جاءت به النصوص في الشريعة ، ولا يتعداها إلى غيرها ، ومن ثم فإن ولي الأمر إن ألزم بما فيه طاعة الله ولرسوله -صلى الله عليه وسلم- كجباية الزكوات ، وجبت طاعته ، ولم تجز المخالفة.(2)

لأن طاعة أولي الأمر إنما تجب إذا كانت في طاعة الله ورسوله. يقول الماوردي : "وطاعة أولي الأمور تلزم في طاعة الله دون معصيته وهي طاعة تجوز أن تزول بجواز معصيتهم ولا تجوز أن تزول طاعة الرسول -صلى الله عليه وسلم- لامتناع معصيته".(3)

وفي مقابل ذلك فإن هناك من يعتبر طاعة أولي الأمر واجبة في الأمور التي لم ينص عليها أيضا -أي الأمور الاجتهادية- كما تجب في المنصوص عليها. ما دام أمرهم لا يعارض نصا صريحا من الكتاب أو السنة ، وكذلك اجتناب ما ينهاه عنه ما لم يكن القيام به واجبا من الواجبات الدينية.(4) ويلاحظ أن القول بأن طاعة أولي الأمر لا تجب إلا في ما نص عليه الكتاب ، أو جاءت به السنة ، ولا تجب في غيرها قول رده ابن القيم ونقله عن ابن عقيل(تر:78) قال : " قال ابن عقيل في الفنون : جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية : أنه هو الحزم ، ولا يخلو من القول به إمام ، فقال الشافعي : لا سياسة إلا ما وافق الشرع فقال ابن عقيل : السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى ، فإن أردت بقولك "إلا ما وافق الشرع" أي لم يخالف ما نطق به الشرع : فصحيح . وإن أردت : لا سياسة إلا ما نطق به الشرع : فغلط وتغليب للصحابة .

(1) صحيح البخاري ، كتاب الأحكام ، باب السمع والطاعة للإمام ما لم يكن معصية حديث رقم : 7144 . فتح الباري ، ج13 ص 121-122 ؛ صحيح مسلم كتاب الإمارة باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها المعصية حديث رقم : 1839 . ج3 ص 1469 .

(2) بكر أبو زيد ، التقنين والإلزام ص 30 .

(3) الماوردي ، النكت والعيون ، تفسير القرآن الكريم ج1 ص 401 .

(4) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ص 47 .

فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن ولو لم يكن إلا تحريق عثمان (تر:74) المصاحف ، فإنه كان رأياً اعتمدوا فيه مصلحة الأمة...<sup>(1)</sup> وهذه مسألة وجدت حدة في الطرح في العصور المتأخرة فيما يتعلق بالأمور التنظيمية والقرارات التي يصدرها ولاة الأمور ويلزمون الناس بها ؛ خاصة والأمر يتعلق بالإلزام بمذهب واحد والشريعة تنبذ التقليد أو الإلزام برأي واحد والأصل الاجتهاد وإذا علمنا أن الاختلاف في الاجتهاد وأثره في الفروع الفقهية ميزة هذه الشريعة التي تقوم على مبدأ رفع الحرج والتوسعة على الناس . إذا ما موقع هذه التنظيمات والقرارات من مجال سلطة أولي الأمر الشرعية ؟

الملاحظ أن الذين قالوا : أن ذلك من صلاحيات أولي الأمر استندوا في ذلك إلى أنها أعمال مخولة لأولي الأمر بناء على السياسة الشرعية والمصلحة إذ أنه كما قال الفقهاء : "تصرف أولي الأمر منوط بمصلحة الرعية" . والذين اعترضوا على ذلك قالوا بأن حدود سلطة أولي الأمر تقف عندما جلعت به الشريعة نصاً ولا يتعداها إلى غيرها .

وتفصيل ذلك كما يلي :

#### الفرع الثاني : حكم الإلزام أولي الأمر بتابع مذهب معين أو رأي معين .

والفقهاء في ذلك ينقسمون إلى رأيين ، أحدهما : الجواز والآخر المنع ، هذا والقائلون بالمنع هم في أغلبهم من المتقدمين يؤيدهم في ذلك بعض علماء العصر .<sup>(2)</sup>

#### أولاً - القائلون بالمنع :

وهو من المتقدمين : تكاد تتفق كلمتهم على أنه ليس لولي الأمر أن يلزم بمذهب معين أو رأي واحد . يقول الخطيب البغدادي (تر:10) : في باب القول في أنه يجب إتباع ما سنه أئمة السلف من الإجماع والخلاف ، وأنه لا يجوز الخروج عنه : " إذا اختلف الصحابة في مسألة على قولين ، وانقرض العصر عليه لم يجز للتابعين أن يتفقوا على أحد القولين ، فإن فعلوا ذلك لم يترك خلاف للصحابة . والدليل عليه أن الصحابة أجمعت على جواز الأخذ بكل واحد من القولين وعلى بطلان ما عدا ذلك فإذا صار التابعون

---

(1) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (تحقيق محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية بيروت لبنان) ص 13 .

(2) علماء من المملكة العربية السعودية . وقد نقل اعتراض الشيخ الشنقيطي . صاحب أضواء البيان وأيده بكر أبو زيد في كتابه "الإلزام والتقنين" راجع ص30 وما بعدها .



إلى القول بتحريم أحدهما ؛ لم يجز ذلك ، وكان خرقا للإجماع . وهذا بمثابة لو اختلف الصحابة بمسألة على قولين وانقضى العصر عليه فإنه لا يجوز للتابعين إحداث قول ثالث ، لأن اختلافهم على قولين إجماع على إبطال كل قول سواه ....". (1)

وجاء في مجموع فتاوي ابن تيمية ، أنه سئل رحمه الله : "عمن ولي أمر من أمور المسلمين ، ومذهبه لا يجوز شركة الأبدان (2) فهل يجوز له منع الناس ؟ فأجاب : ليس له منع الناس من مثل ذلك ، ولا من نظائره مما يسوغ فيه الاجتهاد وليس معه بالمنع نص من الكتاب ولا سنة ولا إجماع .

ولا ما هو في معنى ذلك ، لاسيما وأكثر العلماء على جواز مثل ذلك وهو مما يعمل به عامة المسلمين في عامة الأمصار ... ثم قال : "ولهذا لما استشار الرشيد مالكا أن يحمل الناس على موطنه في مثل هذه المسائل منعه...". (3)

ومثله نقله ابن فرحون (تر: 87) في تبصرة الحكام ، إذ يقول : "وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي (تر: 63) : أخبرني أبو الوليد الباجي (تر: 7) أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم (تر: 89) ما وجده .

قال الشيخ أبو بكر : وهذا جهل عظيم منهم . يريد لأن الحق ليس في شيء معين". (4)

والملاحظ أن كلا من ابن تيمية وابن فرحون استدركا على قوليهما بما يلي :

أما ابن تيمية ، فنجده بعدما يورد منع تولية القضاة بشرط ، ويبين وجه فساد العقد بقول : "لا ريب أن هذا إذا أمكن القضاة أن يحكموا بالعلم والعدل من غير هذا الشرط فعلوا فأما إذا قدر أن في الخروج عن ذلك من الفساد جهلا وظلما أعظم مما في التقدير كان ذلك من باب دفع أعظم الفسادين بالزام أدناهما". (5)

(1) أبو بكر الخطيب البغدادي ، كتاب الفقيه والمتفقه . تصحيح وتعليق إسماعيل الأنصاري (ط2) ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1400 هـ - 1980م) ج 1 ص 5 ج 173

(2) شركة الأبدان هي : أن يتفق اثنان على أن يتقبلا عملا من الأعمال على أن تكون أجرة هذا العمل بينهما على حسب الاتفاق كالخياط . والصياغة وغيرها... وسمي أيضا شركة الأعمال" وهبه الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ج 4 ص 803 . ويقول بطلانها الشافعية والإمامية ونفر من الحنفية . المرجع السابق ص 804 .

(3) تقي الدين أحمد بن تيمية ، مجموع الفتاوى مج 30 . (جمع وترتيب عبد الرحمن بن القاسم ، مكتبة المعارف الرباط ) ص 79 .

(4) برهان الدين إبراهيم بن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (د ط مصر المحلية المطبعة العامرة ، القاهرة 1301 هـ - 1883م) ج 1 ص 45-46 .

(5) ابن تيمية مجموع الفتاوى مج 31 ص 77 .

أما ابن فرحون فيقول : "إنما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود المجتهدين في أهل زمانه . وكان معاصرا للإمام أبي عمر بن عبد البر(تر:70) : والقاضي أبي الوليد الباجي ، والقاضي أبي الوليد ابن رشد(تر:41) والقاضي أبي بكر بن العربي(تر:76) ، والقاضي أبي الفضل عياض(تر:82) والقاضي أبي محمد بن عطية(تر:77) صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا في المشرق والمغرب".(1)

إذا فالمقدمون على أنه ليس لولي الأمر أن يلزم بإتباع مذهب معين أو رأي واحد يختاره من بين الآراء ليقض به أو يعمل عليه، ويبطل ما سواه .

لكن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه ، فما لم يكن بذلك مفسدة ليندفع بها الإلزام . أو وجود قضاة مجتهدين يتمتع في حقهم القضاء وفق رأي واحد يختاره الحاكم ، وقد يرون أن الحق في غيره.

هذا وقول الخطيب البغدادي في نيز التقليد عاما لم يبين ما إذا كان ذلك يصدق في حق ولاية الأمور أيضا -حتى إذا علمنا أنه لهم أن يتصرفوا بمقتضى السياسة ، ما ليس لغيرهم- أم أنه في حق المجتهدين والقضاة ؟

ثانيا - القائلون بالجواز :

وهم في معظمهم من المتأخرين ، إذ يذهبون إلى أنه لولي الأمر حق الإلزام بالحكم برأي أو مذهب واحد ، ذلك أنه يندرج ضمن الأعمال التي يكون لولاية الأمور القيام بها سياسة.

جاء في مجموعة رسائل ابن عابدين : "أنه لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقييد بلا خلاف لكونه معزولا عنه".(2)

ويقول مصطفى أحمد الزرقاء : "والاجتهاد الإسلامي قد أقر لولي الأمر العام من الخليفة أو سواه أن يحد من شمول الأحكام الشرعية إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به وبذلك صرح فقهاؤنا وفقا لقاعدة "المصالح المرسله" . وقاعدة "تبدل الأحكام بتبدل الأزمان". ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب ، تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي -أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة - كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا. فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية وقد كانت العقود جائزة نافذة شرعا. فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة موقوفة على حسب الأمر".(3)

(1) تبصرة الحكام ج 1 ص 46.

(2) محمد أمين ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين (عالم الكتب) ج 2 ص 77.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 1 ص 191.

ويلاحظ على ما أورده مصطفى أحمد الزرقاء ، أنه لا يسلم من التعليق ، إذ أنه يعزو ذلك إلى فقهاء الإسلام على العموم وأن نصوصهم في مختلف أبواب الفقه على القول بأن أمر ولي الأمر واجب الإتياع إذا أُلزم في مسألة اجتهادية بأمر كان واجب الإتياع. يقول بذلك ، ويستدل بنصوص من رد المحتار لابن عابدين وبما نقله هذا الأخير عن فقهاء الحنفية<sup>(1)</sup>. وهم ليسوا كل الفقهاء.

ثالثا - سند كل فريق فيما ذهب إليه :

يستند القائلون بالجواز إلى ما يلي :

1- الاستدلال بالآية الكريمة ، قوله تعالى : **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي**

**الْأَمْرِ مِنْكُمْ** النساء 59.

فإن أمر ولي الأمر بما ليس فيه معصية ، وجبت طاعته ، وليس في الإلزام بالتقنين معصية لا ظاهرا ولا ضمنا ، وهو لا يتعارض مع أحكام الشريعة ، بل فيه مصلحة تعود على جهاز القضاء وعلى الناس ، وتندفع به مفسد كثيرة<sup>(2)</sup> وما دام التقنين ينصب على أحكام الشريعة الإسلامية . لا على غيرها فإن ذلك ليس إلا تطبيقا لأحكامها وليس زائدا عليها<sup>(3)</sup>.

ورد بأن الله أمر بطاعته وطاعة رسوله -صلى الله عليه وسلم- وحذف الفعل في طاعة أولي الأمر ؛ لأن طاعتهم إنما تكون فيما فيه طاعة لله ولرسوله -صلى الله عليه وسلم- والإلزام برأي أو مذهب ليس فيه طاعة لله ولرسوله بل قد يلزم القاضي برأي وهو يرى الحق في غيره.

وقد رد ذلك بأن القول بطاعة أولي الأمر فيما يأمر به إنما تجب في ما نص عليه في الكتاب أو السنة لا يستقيم . إذ الإلتزام بما جاءت به نصوص الكتاب والسنة واجب ، أمر به أولوا الأمر أم لم يأمر ، والانتهاه بما نهى عنه القرآن والسنة واجب نهوا عنه أم لم يفعلوا . ومن ثم فإن الله تعالى وقد أوجب طاعتهم بنص صريح لما تقتضيه مصلحة الأمة ، ومصلحة البلاد في أوامر تنفق مع نصوص الشريعة مما لم تأت به فضلا عما يأمر به من تنفيذ أوامر الله وأوامر رسوله -صلى الله عليه وسلم- التي يلزم كل مسلم أو مسلمة إتباعها ، وطاعتها من تلقاء نفسه "وليس أمر ولي الأمر إلا تذكيرا للناسي

(1) راجع مصطفى أحمد الزرقاء المدخل الفقهي العام ج1 هامش ص 191 وما بعدها

(2) يأتي لاحقا تفصيل أكثر في مبحث عملية التقنين العيوب والمزايا .

(3) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ص 56.

أو تعليماً لجاهل أو إرغاماً لعاصي أو تأكيداً لتطبيقها وتحسيناً لوسائله وهو ما يستند عليه دعاة التقنين<sup>(1)</sup>.

2- استدلوا أيضاً بما فعله السلف ، وأكثر ما يستندون عليه : جمع عثمان -رضي الله عنه- الناس على مصحف واحد وإحراق ما عداه من المصاحف التي فيها القراءات الشاذة والمتواترة ، فإن ذلك يتفق مع القول بالإلزام برأي واحد في الهدف وهو رفع الخلاف وسد بابيه ، مع العلم أن قراره قد قبل بل اعتبر من مناقبه<sup>(2)</sup>.

ورد بأن هذا الاستدلال لا يستقيم إذ أنه عبارة عن قياس مع الفارق ، فإن ما فعله الخليفة عثمان و أمضاه الصحابة عليه غير التقيد برأي أو قول في أبواب الفقه ، بل إنه قد نقل عنهم المنع من التقليد في رأي أو قول ، ثم إن ما جمعه عثمان هو الصواب كله لا خطأ فيه ولا شك. ومن أنكره أو أنكر شيئاً منه فهو كافر بالإجماع أما الأحكام الاجتهادية الملزم بها فلا شك في وجود خطأ فيها لأنها من اجتهاد غير معصوم والخطأ فيها وارد كما هو معلوم<sup>(3)</sup>.

لكن هذا القول لا يسلم به إذ أن منع التقيد برأي واحد لم يكن لاحتمال الخطأ ، بل للتوسعة على الناس ، ثم إن ثمرة الاجتهاد وإن تطرق إليها الخطأ ، إلا أنه ما لم يثبت الخطأ أو رجحان القول بقي معمولاً به<sup>(4)</sup> ما دام الرأي الذي يتوصل إليه ضمن أحكام الشريعة .

لكن الذين استدلوا بعمل عثمان -رضي الله عنه- إنما نظروا إلى وحدة الهدف بين العمليين ، ومن حيث كونهما صدرا عن ولي الأمر قصد تحقيق مصلحة الأمة ، ودفع مفسدة الخلاف لذلك أقره الصحابة عليه .

3- واستدل المجيزون أيضاً بما فعله عمر بن الخطاب وهي أفعال أدرجها الفقهاء ضمن الأفعال التي قام بها السلف وسندهم في ذلك السياسة الشرعية . فنجد ابن قيم الجوزية يعد من بين هذه الأعمال :

(1) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام ص

(2) محمد ميكو "انطباعات حول أزمة القاعدة الفقهية " مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية سلسلة ندوة محاضرات في الشريعة والقانون 1989 . ص 128.

(3) بكر أبو زيد ، التقنين والإلزام ص 29.

(4) كما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قوله : إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر .

البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب أمر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ حديث رقم : 7352 فتح الباري جزء 13 ص 318.

" - اختيار عمر -رضي الله عنه- للناس أفراد الحج وأن يعتمروا في غير أشهر الحج فلا يزال البيت الحرام معمورا بالحجاج والمعتمرين .

- ومن ذلك إلزامه بالطلاق الثلاث لمن أوقعه بضم واحد عقوبة له ، [كما صرح هو بذلك يقول ابن القيم ] : وإلا فقد كان على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأبي بكر وصدرا من إمارته هو ، تجعل واحدة .

- كذلك عندما منع المؤلف قلوبهم ، سهمهم في الزكاة وأوقف الحد عام المجاعة .

[ويقول معلقا ] : إلى غير ذلك من السياسات العادلة التي ساس بها السلف الأمة وهي مشتقة من أصول الشريعة وقواعدها".(1)

على أن الذين استدلوا بذلك إنما أرادوا أن لولي الأمر تخصيص النصوص إذا دعت ظروف ملحة لذلك التخصيص لما يترتب عليه من جلب المصالح ودفع المفسدات عن البلاد ، وعدوا كثيرا من الأعمال التي قاموا بها ، وأمضاها الفقهاء ومن ذلك اعتماد هارون الرشيد كتاب الخراج لأبي يوسف . لكن المعاصرين وإن استندوا إلى أفعال الصحابة إلا أنهم يدركون أن ولاية الأمور في هذه العصور المتأخرة ليسوا على درجة من الاجتهاد والعلم والدين ، التي كان عليها الخلفاء الراشدون ؛ لذلك نجد ابن القيم يقول : "والتحقيق أن الأمراء إنما يطاعون إذا أمروا بمقتضى العلم فطاعتهم تبع لطاعة العلماء".(2)

وفي ذلك يقول مصطفى أحمد الزرقاء : "بقي أن يقال إن إعطاء هذه الصلاحية لولاية الأمور يؤدي إلى إمكان أن يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الأحكام الاجتهادية وتقييدها بأوامر وقوانين زمنية يصدرها ، وقد لا يهمنه موافقتها لقواعد الشريعة وقد يكون هو جاهلا أو فاسقا لا يبالي تهديم الشريعة ، فكيف تجب طاعته شرعا في هذه الأمور؟ " وأجاب بما يلي : "إن هذه النصوص الفقهية المفروضة في إحدى الحالتين إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة ، كما في الصدر الأول من العهد الإسلامي وإما أن لا يكون عالما ، مجتهدا وعندئذ لا يكون للأوامر حرمة شرعية إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم ؛ لذلك كانت الأوامر القانونية التي تصدر في عهد السلطانين ، سليم(تر:51) وسليمان القانوني(تر:52) فيما له مساس بالشؤون الشرعية إنما يصدر غالبا بناء على فتوى المولى : أبو السعود(تر:49) ، وهو أعظم الفقهاء والمفتين ، ثم في أواخر العهد العثماني كانت الأوامر السلطانية موافقة لدار المشيخة".(3)

(1) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ج4 ص 374 .

(2) أعلام الموقعين ج1 ص 10 .

(3) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج1 هامش ص 191 .

إذا فالإلزام بمذهب واحد من قبل ولي الأمر أصبح معمولاً به في العصور الأخيرة خاصة بعد غلق باب الاجتهاد<sup>(1)</sup> ؛ إذ انتصر الرأي القائل بحق ولي الأمر في حمل الناس على رأي معين وإلزام القضاء به في المسائل الاجتهادية ، وأصبح أمره في هذه الحالة واجب الإتياع تأسيساً على مبدأ "اعتبار المصالح وتبديل الأحكام" نقله ابن عابدين ، وبالمثل عبر عنه ابن نجيم : " إن طاعة الإمام واجبة في غير معصية ، وهي واجبة حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعاً " .<sup>(2)</sup>

لكن أمره بالإضافة إلى أنه مقيد بالأمر الاجتهادية في المعاملات فإنه يشترط أن يكون ولي الأمر من المجتهدين كما كان الحال في صدر الإسلام . فإن لم يكن من المجتهدين فإن أمره في هذه الحال لا يعتد بها إلا بعد صدور أهل العلم برأي فيها من الشريعة ، وعلى هذا المنوال ، أصدرت معظم تقنينات الفقه الإسلامي .

هذا ونجد أن علماء المملكة السعودية وإن عارضوا التقنين متمثلاً في ركنه الموضوعي ألا وهو الإلزام إلا أننا نجد أن القضاء في المملكة مقيد بالترام مؤلفات محددة من الفقه الحنبلي<sup>(3)</sup> . والذي عليه العمل أن تقنينات الفقه الإسلامي لا يستقل بإصدارها الحاكم إنما تصدرها -قبلاً- جهات علمية متخصصة تضم جمعا من فقهاء العصر وعلماء الشريعة.

يقول محمد سعيد رمضان البوطي : " إن الذين يتحملون مهام التقنين الأحكام الفقهية وتحضيرها بين أيدي القضاة للتنفيذ ليسوا جماعة من دهماء الناس ولا فئة من المحامين والقانونيين الذين لم تتح لهم دراساتهم أن يطلعوا من الشريعة الإسلامية إلا على شكلها ورسومها ولا تلة من الأدباء الذين يتفننون رصف الكلام وفن التعبير، ولكن الذين يتحملون هذه الأمانة هم الفقهاء الذين تبصروا بأحكام الشريعة وتم لهم الاتصال الوثيق بأمهات الكتب الفقهية القديمة بل الأصيلة مع دراسات قانونية فتحت أمامهم أفلق المقارنة في المضمون والشكل وهؤلاء الفقهاء تفيض بهم بحمد الله بلادنا العربية والإسلامية<sup>(4)</sup> . هذا وأكثر من تتوفر فيهم هذه الصفات هم أهل الحل والعقد<sup>(5)</sup> .

(1) صوفي أبو طالب ، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية (ط3) ، دار النهضة العربية ، بيروت ؛ مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي (1408 - 1987) ص 224 .

(2) أورده في البحر الرافد شرح كنز الدقائق ؛ وكذا المادة : 180 مجلة الأحكام العدلية . نقله عن ابن عابدين ، مجموعة رسائل ج 2 ص 3 .

(3) راجع في ذلك مقدمة مجلة القاري التي كتبها عبد الوهاب أبو سليمان مرجع سابق .

(4) محمد سعيد رمضان البوطي ، على طريق العودة إلى الإسلام (ط5 مكتبة الرحاب الجزائر 1408 - 1987م) ص 115

(5) يأتي تفصيل ذلك في فصل : "منهج التقنين" .

## المطلب الثاني : مبدأ حرية الاجتهاد للقاضي في الفقه الإسلامي والتقنين .

الملاحظ أنه اعترض على التقنين للفقه الإسلامي كونه يصدّم مبدأ حرية الاجتهاد في القضاء في الشريعة الإسلامية.

### الفرع الأول : مبدأ حرية اجتهاد القاضي في الفقه الإسلامي .

القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على : "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (1) . ومنصب القضاء من الولايات العامة إذ الأصل فيها أن يتولاها الخليفة بنفسه . وكذلك كان الأمر في صدر الإسلام ثم إنه استقل به رجال يعينهم الخليفة بعد أن كثرت المهام على هذا الأخير ، وهم يختصون بالفصل في المنازعات طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (2) .

وتعيين القضاة من مهام الخليفة وفي ذلك يقول الماوردي : "فالأصل هو الإمام المستخلف على الأمة فتقليد القضاة من جهته فرض يتعين عليه لأمرين : أولها - لدخوله في عموم ولايته؛ وثانيها- أن التقليد لا يصح إلا من جهته..." (3) .

هذا وإن كان القضاء من مهام الخليفة ابتداءً وتعيين القضاة من مهامه تبعاً ، فإن ذلك لا ينافي مبدأ استقلال القضاء والذي يعني "أن يكون للقاضي السلطة الكاملة والإرادة التامة والحرية المطلقة لفصل المنازعات بعيداً عن المؤثرات التي تتنافى مع العدالة والإنصاف" (4) .

"ذلك أن القاضي في حكمه إنما يلزم بالخضوع إلى النص الأعلى مرتبة والأكثر إلزاماً فإن لم يجد في نصوص القرآن ما يحكم الواقعة التي بين يديه لجأ إلى السنة وإن لم يجد فيها ما يقطع المشجرة وحسم الخلاف اجتهد رأيه لفضها" (5) .

لهذا ، ولأن منصب القضاء من الولايات الدينية فقد اشترط فيه شروط منها ، الذكورة والبلوغ والتميز والفتنة والإسلام والعدالة وسلامة الحواس والاجتهاد (6) .

والذي يعيننا شرط الاجتهاد ، إذ أن القول بالإلزام أو التقنين يصدّم شرط الاجتهاد ، بل يهدر حق القاضي الذي قرره الفقهاء فيه .

(1) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 1 ص 80 وقد عزاه إلى ابن راشد

(2) صوفي أبو طالب ، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص 227

(3) أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير تح محمود مسطر جي (دار الفكر بيروت 1414 - 1994م) ج 20 ص 58 .

(4) ، (5) عمار بو ضياف "معالم استقلال القضاء في الإسلام" مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (السنة الثامنة العدد 30 - 1417 هـ) ص 120-155 .

(6) راجع الماوردي ، الأحكام السلطانية ص 129 وما بعدها . أبو يعلى الفراد . الأحكام السلطانية (تعليق محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية بيروت 1403 هـ) ص 62 وما بعدها .

## الفصل الثاني : مشروعيتها تقنين الفقه الإسلامي .

والمقصود بالاجتهاد هنا أن يكون القاضي عالما بأحكام الشريعة ضابطا لنصوصها ، قادرا على الاستنباط ، و الأصل أنه لا يصح القضاء من غير مجتهد وهو ما كان عليه الأمر في العصور الأولى ، ومن ثم امتنع في حقه الإلزام بالقضاء وفق مذهب معين ، لكن الفقهاء تراجعوا في اعتبار هذا الشرط مع مر العصور وافتقار الأمة إلى قضاة بلغوا رتبة الاجتهاد سندهم في ذلك هو قاعدة "لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان" .

والملاحظ أنه وإن جاء التصريح بهذا التراجع مؤخرا إلا أن الذي كان عليه العمل في العصور الأولى للإسلام ، هو القضاء بالتزام مذهب معين تعتمد ، أو تناصره الدولة الحاكمة ، فقد كان القضاة في العصر العباسي على المذهب الحنفي وكان لهم السبق على غيرهم ، خاصة بعد تولي أبي يوسف منصب قاضي القضاة كما كان للشافعية السبق على غيرهم في مصر وللمالكية الصدارة في المغرب . هذا قبل قفل باب الاجتهاد ، وتكرس بصورة أوضح بعد ذلك في عصر التقليد .<sup>(1)</sup>

هذا وقد كان الفقهاء في العصور الأولى يبنون فكرة أن يلزم القاضي بالنظر في القضايا وفق مذهب معين ، نبذهم للتقليد فنجد أبا الحسن الماوردي يقول في نص طويل في الأحكام السلطانية أنه إذا قرن عقد القضاء بتخصيص النظر وفق مذهب معين فلا يخلو من أمرين إما أن يأتي على شكل أمر أو نهي . فإن الشرط هنا فاسد والولاية صحيحة ، أو يكون شرطا في العقد فتبطل الولاية ، ونقل عن أهل العراق وهم الحنفية صحة الولاية وبطلان الشرط .

ومن ثم ففي كلتا الحالتين لا يجوز إلزام القاضي المجتهد بالقضاء وفق مذهب معين ومن باب أولى تنصيب غير المجتهد أي المقلد : فحكمه باطل ، وإن وافق [في حكمه] الحق والصواب<sup>(2)</sup> . ويذهب ابن قدامة (تر: 91) أيضا إلى القول بأنه : "لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه . وهذا مذهب الشافعي لا أعلم فيه خلافا لأن الله تعالى قال : { فاحكم بين الناس بالحق } ص 26 .

والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب فإن قلده على الشرط بطل الشرط وفي فساد التولية وجهان..."<sup>(3)</sup> .

- 
- (1) صوفي أبو طالب ، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص 234 وما بعدها .
  - (2) راجع في ذلك أبو الحسن الماوردي الأحكام السلطانية ص 132-133 .
  - (3) ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين ، المغنى ، (دار الكتاب العربي ، بيروت 1993 - 1973 م) ج 10 ص 93 .



إذا فابن قدامة على عدم جواز إلزام القاضي بمذهب معين لأن القاضي مطالب بالحكم بالحق ، والحق لا يتعين في مذهب .

ويقول القرافي : " ويشترط في الخليفة صفات القضاة لأنه قاضي ... وليس له أن يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده وخلاف معتقده . وإن جوزنا تولية المقلد عند الضرورة ... ونقل عن أبي بكر (أي الطرطوشي) قوله : "وللإمام المعتقد مذهب مالك أو غيره أن يولي من يعتقد خلافه ، لأن الواجب على القاضي أن يجتهد ولا يلزم أحدا من المسلمين التقليد في النوازل والأحكام من المعتزى إلى مذهب فإن مالكا ، لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقوال مالك ، بل أينما أداه إليه اجتهاده صار إليه ، فإن شرط على القاضي الحكم بمذهب إمام معين دون غيره ، صح العقد وبطل الشرط لمناقضته لما يجب من الاجتهاد أكان موافقا لمذهب الشرط أو مخالفا له قال وأخبرني القاضي أبو الوليد (الباجي) قال : كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون في سجل القاضي أن لا يخرج عن سجلات ابن القاسم ما وجدته ، قال الأستاذ : وهذا جهل عظيم منهم" (1) وكذلك نقل ابن فرحون في تبصرته (2).

إذا الفقهاء على عدم جواز إلزام القاضي المجتهد بالحكم وفق مذهب معين ، أو رأي معين ، بل يحكم بما أداه إليه اجتهاده أما المقلد فتوليته القضاء تصح إذا اقتضتها الضرورة وهو شرط أولوية وليس شرطا في التولية (3) بمعنى أنه في حال تعذر قيام مجتهدين للقضاة يولى الأمثل فالأمثل . والملاحظ أن الذي عليه العمل في العصور التالية لعصر الصحابة والأئمة المجتهدين أن القضاة قد التزموا الحكم بأرجح الأقوال في مذاهبهم (4).

وهو أمر يتعلق بالمجتهد في المذهب ، فنجد الماوردي يمنع المجتهد في المذهب أن يصير في أحكامه إلى أقاويل صاحبه إلا أن يؤديه اجتهاده إلى ذلك . فإن أداه إلى قول في مذهب آخر صار إليه وعمل به ، ثم يقول بأن بعض الفقهاء منع المنتسب إلى المذهب أن يحكم بغيره فممنع الشافعي -مثلا- أن يحكم بقول أبي حنيفة إذا أداه اجتهاده إليه " لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضاء والأحكام... " قال : "هذا وإن كانت السياسة تقتضيه فأحكام الشرع لا توجهه لأن التقليد فيها محظور والاجتهاد فيها مستحق" (5).

(1) شهاب الدين ابن إدريس القرافي ، الذخيرة (ط1 دار الغرب الإسلامي بيروت 1994 ) ج15 ص 125-126.

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج1 ص 45.

(3) فخر الدين الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (ط2 دار الكتاب الإسلامي في القاهرة ) ج4 ص 17.

(4) محمد مصطفى الزحيلي ، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي تطبيقه في المملكة العربية السعودية (دار الفكر ، دمشق 1982) ص 67.

(5) أبو الحسن الماوردي ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ص 134.

وعليه فالاجتهاد شرط في صحة القضاء عند الجمهور وهو شرط أولوية عند الحنفية ، ويصح القضاء من المقلد عند الضرورة ولا يصح إلزام المجتهد في المذهب ، وأجاز بعضهم ذلك سياسة .

الفرع الثاني : أثر التقنين على حرية الاجتهاد في القضاء .

يظهر التقنين في الفقه الإسلامي قامت معارضة صيغة الأحكام به ؛ لأن فيه إلزام بمذهب محدد ، أو رأي واحد ، وبالتالي مخالفة لما جاءت به نصوص الفقهاء من عدم صحة إلزام القاضي بالحكم وفق رأي ، أو قول معين ، ذلك أنه على القاضي تحري الحق وهو يحكم في مسألة معينة ؛ وتحري الحق يأتي بعد استنفاغه للجهد ، وعمله على الاستنباط ، إذ الحق لا يتعين في مذهب واحد أو رأي واحد يلزم به ، ولا يخرج عنه لأن القاضي يقضي بين الناس وفقا لأحكام الشريعة ، وجب في حقه أن يجتهد في إيجاد حكم للواقعة المراد الفصل فيها ، وهذا يتطلب توفر شرط الاجتهاد فيه وهو مذهب الجمهور مالك والشافعي وبعض الحنفية والظاهرية والحنابلة<sup>(1)</sup> .

ومن ثم كان التقنين يعارض هذا الشرط بل ينفيه متمثلا في ركنه الموضوعي : الإلزام ، وهو حمل ولي الأمر القضاة على الحكم وفق مذهب أو رأي يختاره من بين الآراء ويجعل الحكم بغيرها باطلا .

يقول بكر أبو زيد : " ثم إن الفقهاء قدروا حالة الضعف متمثلة في عدم بلوغ كثير من الفقهاء رتبة الاجتهاد فقررروا أن ما يشترط في القاضي من اجتهاد وعدالة يجب تولية من وجدت فيه دون من سواه ، ويولى الأمتل فالأمتل ، ولم يذكروا اللجوء إلى الإلزام برأي أو مذهب معين لا يجوز تعديه ولو كان ذلك في صالح البشر في أي زمان أو مكان ، وهو الأمر الذي يتعلق بتحكيم الشريعة في دماء الناس وأموالهم ، لبيته الله سبحانه المحيط علمه بكل شيء بل من رأفته قوله تعالى : { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا } البقرة 286 . وقوله : { فَأَتُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ } التغابن 16 ، وأمثالها كثير من الآيات .<sup>(2)</sup>

لكن الملاحظ أن الفقهاء يذكرون شرط الاجتهاد ؛ وإن لم يصرحوا بمسمى الإلزام إلا أنهم يقولون بصحة تولية المقلد والمقلد ملزم بالقضاء وفق مذهبه ، فقالوا : إن القاضي مأمور بالحكم بالحق ،

(1) المغنى لابن قدامة ج 11 ص 382 ؛ المحلى لابن حزم (ج 9 تحقيق أحمد محمد شاكر الطباعة المنيرية مصر 1347هـ) ص 363 .

(2) بكر أبو زيد ، التقنين والإلزام ص 45-46 .

والحق ما يعتقده صحيحا سواء كان الاعتقاد عن طريق بذل الجهد والنظر أم عن طريق الاقتناع برأي إمام والعلم بمذهبه. (1)

وهو أمر كما قال الماوردي : "اقتضته السياسة ولم يوجبه الشرع".

ثم إن الإلزام يتصرف به ولي الأمر بما تخوله له قاعدة "المصالح" والقول بأن في الإلزام ما يعارض أحكام الشريعة ، وأن الشارع وهو يدرك تعلق الأمر بأموال الناس وأعراضهم ومدى خطورة هذا الأمر ، ومع ذلك لم ينص على الإلزام ، قول مردود إذ أن الشريعة نصت على الأحكام المتعلقة بحفظ الأموال والأعراض بالقطع وهي أحكام ملزمة في نفسها ، أما الاجتهادية فتندرج ضمنها الأحكام التعزيرية وتقديرها من صلاحية ولي الأمر ، وما يصدره في ذلك ملزم .

أما القول بأن الشريعة نصت على رفع الحرج ودفع المشقة فتلك غاية الإلزام (التقنين) والهدف منه. إذا فالقول بالإلزام على خلاف الأصل حق القاضي ، فذلك في القاضي المجتهد أما في غياب فضلة مجتهدين فإن الإلزام يصبح ضرورة هذا والذين قالوا بجواز الإلزام ومشروعية التقنين قالوا ليس معنى ذلك إهدار كل حق للقاضي في الاجتهاد ، والقضاء على سلطته التقديرية إنما تقيد لسلطة مطلقة. (2)

وهذا التقيد سببه تعذر وجود قضاة مجتهدين في هذا العصر وليس معنى ذلك خلو العصر من المجتهدين، بل تمثلت صفة الاجتهاد في علماء الشريعة تجمعهم الهيئات والمجامع الفقهية العلمية ؛ وليس في التقنين حجر على اجتهاد القاضي وعمله إذ أنه يعود إليه تحقيق الملاءمة بين النص والواقعة ، كما يعود إليه تفسير النصوص ، ثم إنه في كثير من الأحيان يترك مجال للقاضي يحكم فيه بين حدين أقصى وأدنى ، أضف إلى ذلك فإن التقنين تأتي مواده صياغة لقواعد عامة في مواد مرنة وبذلك يترك للقاضي مجالاً للاجتهاد ، فيجمع هنا بين حرية القاضي ومميزات التقنين. هذا والأخذ بنظام درجات التقاضي يؤمن حالة الخطأ لدى القاضي فيكون في الاستئناف فرصة الاستدراك عليه بالتصحيح لا من حيث الوقائع فحسب بل في استظهار القاعدة القانونية وتفسيرها ، ثم يكون المرجع الأعلى أمام محكمة النقض أو المحكمة العليا والتي تتخصص في معالجة الخطأ في تطبيق القانون (3) كما أنه تصدر عنها مجلات تختص في اجتهاد القضاء نذكر المجلة القضائية التي تصدرها وزارة العدل في الجزائر على الرغم من وجود تقنينات .

(1) محمد سلام مذکور، المدخل لفقه الإسلامی تاریخه ومصادره ونظریاته العامة (ط4 دار النهضة العربية القاهرة 1969 م 1389 هـ) ص 379.

(2) عبد الرحمن القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام ص 32.

(3) جمال الدين عطية : " مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ " مجلة المسلم المعاصر - المرجع السابق ص 58-60.

## المبحث الثاني : مزايا التقنين وعيوبه .

إن الاعتراض على تقنين الفقه الإسلامي كما لاحظنا كان على مشروعيته وسنده ، عرض فيه المناهضون للتقنين حججهم وبراهينهم رد عليهم المؤيدون بحجج وبراهين أيضا . على أن ذلك لم يقف عند الاعتراض والتأييد من حيث المبدأ بل تعداه ليشمل عملية التقنين ذاتها إذ لا تخلو من عيوب وجدها المعارضون حجة يرد بها التقنين ، وفي المقابل فإن له مزايا جعلت القائلين به يطالبون بتقنين الفقه الإسلامي وفي ما يلي بيان ذلك :

### المطلب الأول : مزايا التقنين .

إن تأييد تقنين الفقه الإسلامي يقوم على فكرة تيسير عمل القضاء الذي يوفره التقنين فكانت الدعوة إلى التقنين تستند على :

أولاً- تيسير البحث عن الأحكام في الفقه الإسلامي : ضخامة الموروث الفقهي في الفكر الإسلامي وكثرة الآراء والأحكام وتشعبها بالنسبة للمسألة الواحدة في المذاهب المختلفة بل في المذهب الواحد ، والتقنين يساعد القاضي على العثور على حكم الشريعة الإسلامية الواجب التطبيق ويوفر له عناء البحث عنه في المراجع العديدة ، التي قد لا يجدها وإن وجدها حالت كثرتها دون اضطلاعها عليها فيصعب عليه فهمها واختيار الحل المناسب من بين الآراء المختلف فيها (1) .

ثانياً- الحد من كثرة الأهواء والحيل : فالتقنين يجعل الأحكام مضبوطة ومعلومة ويحد من كثرة الأهواء والحيل في المعاملات زيادة على ضعف المستوى القضائي لغياب شرط الاجتهاد في القضاة . ورد ذلك : بأن غياب المجتهدين في القضاة يستدرك بالاهتمام بتكوين قضاة مجتهدين ، وأن الأصل أن الاجتهاد شرط في التولية في القضاء ، وغيابهم استثناء عن الأصل ، والقول بالتقنين يجعل الاستثناء قاعدة ويكسر استبعاد ذلك الشرط. (2)

لكن وإن سلمنا بذلك إلا أنه تبقى كثرة القضايا التي تعرض للمحاكم ، عائقاً أمام المجتهدين من القضاة كذلك ، إذ أنه لا يخفى أن القاضي في العصر الحالي مطالب أن يفصل في قضايا عديدة وكثيرة في زمن معين ومحدد لتعلق مصالح الناس بها .

(1) عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية (ط1 دار النهضة العربية القاهرة) ، ص 149 .

(2) بكر أبو زيد ، التقنين والإلزام ، ص 65

ثالثا - إبعاد الشبهة عن القضاة: إن التقنين يبعد عن القاضي الشبهة ، فهو أنفى للتهمة وأرضى للخصوم وإسناد أمر فصل القضايا إلى اجتهاد القاضي المحض دون أن تكون هناك قواعد محددة يعرفها المتقاضون ويستند عليها القاضي ، يثير في نفوس الخصوم الشك في شرعية ونزاهة تلك الأحكام في عصر خربت فيه الذمم وضعف الوازع الديني .

رابعا - تنظيم المسائل والأحكام: إن تقنين الفقه هو تنظيم لمسائل الأحكام وتنسيقها تنسيقا جديدا ومحكما بالترتيب والنظام ، وهو أمر لا تأباه شريعة الإسلام بل هو مقتضى حرصها على إيصال الحقوق إلى أهلها بالعدل وبه يخرج التقنين "من حيز الجواز إلى حيز الإيجاب والانتحام" (1)

خامسا - توحيد القضاء: لأن الآراء الفقهية في المسألة الواحدة متعددة أو حتى تلك التي ليست لها حكما ويرجع فيها إلى اجتهاد القاضي ، فيها اختلاف ينتج عنها اختلاف الأحكام بين المحاكم في الدولة الواحدة بل في المحكمة الواحدة وهو أمر يثير البلبلة والشكوك بين أفراد الأمة إذ بينما يقضي قاض بالبراءة يقضي زميله في نفس القضية وبنفس المحكمة بالإدانة "وهذا أمر يهدر الثقة بالمحاكم" (2) يتبين لنا مما سبق أن ميزة تقنين الفقه الإسلامي الأولى هي تسهيل عمل القضاء والتسيير ورفع الحرج وهو مقصد من مقاصد الشريعة السامية.

(1) محمد المرير، كتاب الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية (منشورات معهد الجنرال فرانكو للأبحاث العربية الإسلامية . تطوان المغرب 1951) ص 100.

(2) وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي (ط1 مؤسسة الرسالة 1408 - 1987 م) ص 26.

## المطلب الثاني: عيوب التقنين.

لما قام الاعتراض على التقنين من حيث مخالفته لمبادئ في الفقه الإسلامي ع ضد ذلك بعيوب يتسم بها التقنين تقوم سببا لردّ اتسام الفقه الإسلامي به وهي عيوب تدور في مجملها حول الجمود الذي يطبع به القانون .

أولاً- بعد الثنينات عن الواقع : إن الأحداث مستجدة تستلزم قيام أحكام لها من الشريعة ، والتقنين يحول دون ذلك وهو ينزع عن الشريعة سمة المرونة ، فالمادة تناسب حالة قصدها المقنن عند وضعه لها، وهي غير مناسبة بالضرورة للحالة الأخرى التي لم يعالجها بخلاف عند عدم وجود تقنين يكون للقاضي الحرية في معالجة كل حالة بما يناسبها " هذا وقد أثبت العمل أن التقنينات تكون في واد والواقع في واد آخر".<sup>(1)</sup>

ورد ذلك بما يلي : إن التقنين حتى يكون شرعياً لا بد أن يبقى علمياً بحثاً ، لا يسدّ أمام أحد باب الاجتهاد أو الإفتاء أو المطالبة بتفضيل رأي على رأي أو مذهب على مذهب وإنما تلتزم به الهيئات التي تقوم على توحيد القضاء واستقرار أحكامه وهي محكمة النقض وكذلك مجلس الاجتهاد على أن يكون له الحق في تعديلها كلما وجد داعياً إلى ذلك.<sup>(2)</sup> مع ملاحظة أن التعديل أو الاستدراك يكون من لدن الهيئات العلمية تسترشد بمبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها فيكون تعدد المذاهب والآراء منارا يستدل به في جعل التقنين بمواده وأحكامه مسائراً للأحداث والمستجدات ومن ثم لا يكون هناك مجال للحديث عن انتفاء مرونة الشريعة في وجود التقنين .

ثانياً- معارضة مبدأ الاختلاف في الشريعة : لأن التقنين هو اختيار رأي واحد من عدة آراء والإلزام به ، فإن ذلك يعارض مبدأ اختلاف الأئمة الذي يميز الشريعة ولأن حرية الاجتهاد فيها من أسس التشريع وتدوين الأحكام الشرعية في نصوص ثابتة هو بمثابة سد باب الاجتهاد "ولا اجتهاد مع نص " ومن ثم وجدنا من الفقهاء (الإمام مالك) من يأبى حمل الناس على مذهبه ، وفي ذلك يقول صبحي المحمصاني : " لذلك كان تعدد المذاهب والأقوال والاجتهادات من أسباب صعوبة توحيد الأحكام وتدوينها".<sup>(3)</sup>

(1) جمال الدين عطية ، "مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ" المسلم المعاصر ص 57.

(2) توفيق الشاوي ، فقه الشورى والاستشارة (ط2 دار الوفاء للطباعة والنشر ، المنصورة مصر 1413 هـ - 1992 م) ص 196.

(3) صبحي المحمصاني ، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ص 172

ورد ذلك بأن من دواعي التقنين للفقه الإسلامي تعدد المذاهب والأقوال فيه، وصعوبة اختيار رأي من بينها وأن التقنين لا يعني إيقاف حركة الاجتهاد ، إذ تبقى للمؤسسات الاجتهادية والمجتهدين الحرية في إيجاد أحكام (بل الواجب عليهم ذلك) إذ هو أمر يفرضه العصر الحالي خاصة وقد توقف الاجتهاد مدة من الزمن جعل كثيرا من القضايا في حاجة للاجتهاد .

ثالثا - إنه ينقل العلماء من النظر في الأحكام من خلال الكتاب والسنة إلى دائرة ضيقة كما يقول عمر سليمان الأشقر : "هي دائرة القواعد القانونية ويجعل النصوص الشرعية مجرد مصدر تاريخي للقانون الإسلامي المقنن".<sup>(1)</sup>

لكن يرد بأن التقنين لا يكون محل نظر المجتهدين والعلماء بقدر ما يكون قيد التطبيق والسرمان وإن نظر فيه ففي حدود ملاءمته لأحكام الشريعة ومبادئها بينما النظر في نصوص الشريعة هو من باب الاستنباط والاستدلال ، الفرق واضح بين النظر في التقنين تقييما والنظر فيه استنباطا ، وفي ذلك يكمن الفرق بين تقنينات مصادرها وضعية تقنينات مصادرها أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ الأولى تستلهم منها مبادئ ونظريات القوانين ، بينما تقنين الفقه الإسلامي لا يكون مصدرا للنظريات والقواعد بل التقنين والنظريات والقواعد كلها تعود لمصدر واحد هو الوحي.

رابعا - الحجر على مساهمة القضاء في وضع الأحكام : إن الفقه والقضاء يجب أن يتعاونوا في عملية الاجتهاد وهو المصدر المتجدد للأحكام ، ومهمة الاجتهاد ، وإن كانت علمية إلا أنها لا تنحصر عند العلماء النظريين بل يقوم فيها القضاء بدور أساسي ، ألا وهو مساهمة القضاء في وضع الأحكام وتطور القوانين ، وهو أمر ليس خاصا بالفقه الإسلامي ، فمثله نجد النظام الأنجلوسكسوني ، وإن اختلفا من حيث أن دور الفقه في الشريعة الإسلامية سابق على دور القضاء في ظهور الأحكام بينما هو في النظام الأنجلوسكسوني لاحق<sup>(2)</sup>.

لكن يرد على ذلك بما يلي : إن للاجتهاد مؤسسة علمية قائمة بذاتها في الفقه الإسلامي لا تتوقف عند عمل القضاء ، بل هناك علماء وأساتذة باحثون ، فضلا عن القضاة يعملون على البحث والاجتهاد للمسائل التي لا حكم لها .

(1) عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي . ص 196 .

(2) جمال الدين عطية ، النظرية العامة للشريعة ص 199 .

خامساً - تشويه الأحكام الشرعية : إن وضع الأحكام في قوالب محددة تفرضها السلطة الحاكمة في البلاد قد يؤدي إلى تشويه الأحكام الشرعية ، واستغلالها من قبل الحكام ، وجعلها خادمة لمصالح خاصة على حساب المصالح العامة بمعنى : " تسييس التشريع " .<sup>(1)</sup>

و يرد : بأنه أمر كما لا يستبعد قيامه مع التقنين ، لا يستبعد قيامه مع الاجتهاد إذ أنه الذي يضع التقنين هو المجتهد ، وهذا الأخير إما أن يكون موضوعياً في اجتهاده ، وهو أمر مطالب به ، ومن ثمّ يكون كذلك عند وضعه للتقنين وإما العكس .

سادساً - منافاة مبدأ حرية العقيدة : حيث جرى العمل على أن لأهل الذمة أن يختاروا بين الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية أو إلى قوانينهم ، خاصة في مجال الأحوال الشخصية ، وهو أمر يجد أساسه من مبدأ حرية الاجتهاد والتقنين يجعل الناس كلهم خاضعون لقانون واحد دون تمييز بينهم .

ويرد على ذلك بأن التقنين عند تطبيقه يراعى فيه مبادئ سريانه من حيث الزمان أو من حيث المكان ، وهو من حيث المكان يقابل مبدأ شخصية القوانين والذي يعني : "سريان القاعدة القانونية في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود إقليمها وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها" .<sup>(2)</sup>

وهو مبدأ يبدوا جلياً في مسائل الأحوال الشخصية خاصة وتلك التي تتعلق بسيادة الدولة وسلامتها فمادام الأمر يتعلق بسلامة الدولة فلها الحق في إجراء قوانينها على رعاياها خارج حدود إقليمها وعلى الأجانب المقيمين في حدود إقليمها .

هذا ويلاحظ أن العيوب التي رمي بها التقنين تعود كلها إلى سمة الجمود التي يسم بها الأحكام ، هو أمر واقع فعلاً ، لكنه يمكن استدراكه بمراعاة العموم والمرونة عند صياغة المواد القانونية ، خضوع التقنين للمراجعة والتقيح دورياً .

(1) محمد عبد الجواد ، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون ، المجموعة الثانية (مطبعة الجامعة والكتاب الجامعي ؛ القاهرة ، 1397 ، 1977 م) ص 80 .

(2) حسن كيرة ، المدخل إلى القانون . ص 325



## الخلاصة :

إذا مما سبق يتبين لنا ما يلي :

إن التقنين عملية لها أنصار ولها خصوم . سواء تعلق الأمر في الفكر القانوني الغربي - أين نشأت وظهرت - أم في الفكر الإسلامي ، وأنهما يلتقيان من حيث الاعتراض عليه في كونه يجمد القانون . أو من حيث التأييد له ، في كونه ييسر عمل القضاء .

لكنهما يختلفان في أساس الاعتراض وهو أمر يوجبه اختلاف كلا الفكرين ، فبينما ينطلق المؤيدون أو المعارضون للتقنين في الفكر القانوني الغربي من فكرة فلسفية مسبقة متمثلة في : نشأة القوانين وتطورها ؛ يأتي اعتراض أو تأييد تقنين الفقه الإسلامي من حيث المشروعية وموافقته لقواعد الشريعة ومبادئها . إذ رأى المعارضون ، أن التقنين إلزام ، والإلزام حجر على حق القاضي في الاجتهاد، وتخويل لولي الأمر حق ذلك ، وهو أمر يعارض مبادئ الشريعة . بينما يرد المؤيدون ذلك بالاستدلال على حق ولي الأمر في الإلزام ، وهو أمر واقع وأقره فقهاء كثيرون . استندوا فيه إلى فعل الصحابة وزادوا عليه قيد وجوب الرجوع في ذلك إلى العلماء .

أما شرط الاجتهاد في القاضي ، فإن غيابه أمر فرضته حالة الأمة على مرّ العصور ، وهو وإن توفر إلا أنه تبقى الحاجة إلى التقنين قائمة ، لكثرة المنازعات ، وتشعبها ، فيكون التقنين ، كسبا للجهد وتوفيرا للوقت معا وهو مع ذلك تقنين لأحكام الشريعة لا غيرها والقول باستبعاد أحكام الشريعة عنه يفرض أحكام القانون الوضعي بدلا منه ، ومن ثم فإن تقنين الفقه الإسلامي يجد أساس مشروعيته في الشريعة وهو أمر يفرضه بإلحاح وقتنا الحاضر .

## الفصل الثالث: منهج الثقلين و ضوابطه .

## الفصل الثالث : منهج التقنين و ضوابطه .

صناعة التقنين إحدى صناعات القانون الوضعي ، كتب فيها فقهاء كثيرون ، منهم بيكون (Bacon) (تر: 12) و منتسكيو (Montesquieu) (تر: 112). وأجاد فيها جني (gny) (تر: 26) في كتابه (العلم والصياغة) ، إذ جعل القانون صناعات متعددة هي : صناعة الفقه وصناعة القضاء وصناعة التشريع وصناعة التقنين .<sup>(1)</sup> وهذه الأخيرة هي مدار منهج التقنين .

أما عند المسلمين فأشهر من كتب فيه ، الأستاذ عبد الرزاق السنهوري(تر: 53) ، في بحث نشرته (مجلة القانون والاقتصاد)<sup>(2)</sup> بعنوان "جوب تنقيح القانون المدني المصري". تعرض فيها للخطوات المنهجية لعملية التقنين ؛ وأحمد محمد شاكر(تر: 57) في مؤلفه : "الكتاب والسنة يجب أن يكون مصدرا للقوانين في مصر".<sup>(3)</sup> إذ أشار فيه إلى منهج استنباط الأحكام من الفقه الإسلامي وصياغته صياغة قانونية .

هذا والملاحظ أن من كتب في التقنين الإسلامي لم يتعرض إلى الخطوات المنهجية له ، باستثناء ما ورد في المذكرات التفسيرية لمشروعات قوانين الفقه الإسلامي ، أو مؤلفات من كانت له مساهمة في عملية تقنين الفقه الإسلامي أمثال : محمد زكي عبد البر ، ومحمد عبد الجواد وجمال الدين عطية . مع العلم أن من ذكر منهم منهج التقنين تناول مسألة التخيير بين المذاهب ، ومشروعية التلفيق باعتباره أمر لازم ظهور فكرة التقنين .

وحتى نتحدث عن منهج التقنين ، أو الخطوات المنهجية لانتقاء الأحكام من الفقه الإسلامي ، وصياغتها في أسلوب قانوني ثم إصدارها في شكل مدونة ، نحتاج في ذلك إلى الاستعانة بما كتبه فقهاء القانون الوضعي حول صناعة التقنين مع الحديث عن التخيير بين المذاهب والتلفيق إجابة عن قولنا ماذا نقنن ؟ ثم نتناول في البحث الجهة المخول لها وضع وإصدار التقنين ردا عن سؤالنا من يقنن ؟ ونتبع ذلك بدراسة التويب والأسلوب واللغة وهي الخطوات المنهجية لعملية التقنين مع العلم أن الحديث عن الضوابط أمر تفرضه صناعة التقنين ، وهو أؤكد في الفقه الإسلامي .

إذا يمكن تقسيم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : منهج تقنين الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ضوابط تقنين الفقه الإسلامي .

(1) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ص 76-78.

(2) السنة السادسة العدد الأول . شوال سنة 1354 ، يناير 1936م) ص ص 3-144.

(3) دون الطبعة ، (دار السنة القاهرة 1986).

## المبحث الأول : منهج تقنين الفقه الإسلامي.

صناعة التقنين تقوم على أمرين :

الأول - الإجراءات وهي الناحية الخارجية .

الثاني - المادة التشريعية وتعرف بالناحية الداخلية<sup>(1)</sup>.

وهو أمر نحاول إسقاطه على الفقه الإسلامي . ومن ثم يكون هذا المبحث من مطلبيين :

الأول : إجراءات التقنين .

الثاني : موضوع التقنين -الناحية الداخلية- .

المطلب الأول : إجراءات التقنين .

و يقصد بها : " أفضل السبل التي تتبع عملية التقنين"<sup>(2)</sup>.

وترتكز أساسا على معرفة الجهة الواضعة والمصدرة للتقنين ، وبصورة عامة ، فإن وضع

التقنين ينسب في القانون الوضعي إلى البرلمان ، أو الهيئة التشريعية ، أما في الفقه الإسلامي فالوضع

يختلف باختلاف نسبة مهمة التشريع إلى هيئة البرلمان .

إذا فمعرفة الجهة الواضعة للتقنين في كل من الفقه الغربي والفقه الإسلامي هي موضوع هذا

المطلب ويمكن تقسيمه إلى :

الفرع الأول : الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الغربي .

الفرع الثاني : الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الغربي .

ينسب وضع التقنينات وإصدارها في الفقه الغربي إلى البرلمان أو الهيئة التشريعية.

لكن التحقيق يجعل دور البرلمان يقتصر على الإصدار دون الوضع ذلك أنه -في وضع التقنين- يعهد

إلى لجنة خاصة بذلك تعمل على جمع النصوص التشريعية وتنسيقها وترتيبها وتبويبها .

(1) عبد الرزاق السنهوري "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" . مجلة القانون والاقتصاد ، ص 65.

(2) المرجع نفسه .

الفصل الثالث: منهج التقنين وضوابطه.

أما البرلمان أو السلطة التشريعية فدورها سياسي وليس من شأنها أن توجد تقنيا صالحا موافقا لأصول الفن وهو أمر أشار إليه السنهوري في بحثه -السابق ذكره- وعلل ذلك بنقص الخبرة لدى أعضاء الهيئة بالإضافة إلى أن كثرة عددهم موجب للبطء في الإجراءات مع العلم أن اللوائح الخاصة بهم نظمت المناقشة في المسائل السياسية والاجتماعية لا الفنية.<sup>(1)</sup>

وأيد ما ذهب إليه باقتراحات استفادها من تجارب الأمم في هذه العملية وسيرها ، وهي كالاتي :

- 1- تشكيل لجنة فنية يعهد إليها وضع مشروع التقنين .
- 2- تنظيم طريقة منتجة لاستفتاء ما يلزم من المعلومات وإجراءات الاستفتاء واسعة النطاق .
- 3 - إدخال تعديلات جوهرية في الإجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان.<sup>(2)</sup>

إذن فمن يضع التقنين ، هو لجنة تشكل خصيصا لذلك و كونها لجنة فنية ، فهذا يعني أن أعضائها هم قانونيون وخبراء علميون على أنه قد يوكل بمهمة التقنين شخص واحد كما قد يكون عدة أشخاص (والأفضل أن يعهد به إلى لجنة قليلة العدد)<sup>(3)</sup> ثم يراجع عمل هذه اللجنة بعرضه على لجنة أكثر عدد للمناقشة وأحسن من يقوم بذلك ، أهل القضاء لأنهم يمثلون الجانب التطبيقي للقوانين ، وهم أقدر الناس على إثرائه وتنقيحه .

ثم يعرض للاستفتاء على رجال القضاء والفقهاء ، ثم يعرض على الهيئة التشريعية لإصداره . إذا فدور البرلمان أو الهيئة التشريعية يأتي تابعا لعملية التقنين وينحصر في إصداره والإلزام به . وما نسبة التقنين إليه إلا إطلاق لكل يراد به الجزء .

الفرع الثاني: الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الإسلامي .

في الفقه الإسلامي ، مسألة من يقنن تجد الإجابة عليها من خلال النماذج التي عرفها الفقه الإسلامي في التقنين .

فمثلا المجلة العدلية العثمانية وهي أول تقنين في الفقه الإسلامي قامت به لجنة أعضاؤها من علماء الشريعة عرضت عملها - بعد أن أنجزته - على شيخ الإسلام آنذاك وغيره من المقامات ثم نشر بإرادة سنية من السلطان<sup>(4)</sup>

(1) عبد الرزاق السنهوري "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" مجلة القانون والاقتصاد العدد السادس ص 69.

(2) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 69.

(3) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ص 97.

(4) صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام ص 86.

ويقترح الشيخ أحمد محمد شاكر - في منهج استنباط الأحكام من الفقه الإسلامي وصياغته صياغة قانونية - يسند ذلك إلى "لجنة قوية من أساطين رجال القانون ، وعلماء الشريعة... ويجب أن تكون موفورة العدد يكون منها لجنة عليا تضع الأسس وترسم المناهج وتقسّم العمل بين لجان فرعية ، ثم تعيد النظر فيما صنعوا ووضعوا لتنسيقه ، وتهذيبه ، ثم صوغه في الصيغة القانونية الدقيقة ، فيعرض كاملا على الأمة ليكون موضع البحث والنقد العلمي ، حتى إذا ما استقر الرأي عليه عرض على السلطات التشريعية لإقراره وإصدار القانون للعمل به".<sup>(1)</sup>

وقد أسند مجمع البحوث الفقهية بالأزهر<sup>(2)</sup> مهمة تقنين أحكام الشريعة إلى لجان خاصة على أمل عرضها على البرلمان المصري للمناقشة والإصدار<sup>(3)</sup>

كما جاء في القانون الأساسي المنظم لعملية التقنين الذي صدر عن مجلس الشورى اليمني أنه : يتم إنشاء هيئة مستقلة تسمى هيئة تقنين أحكام الشريعة والقانون ، تضم علماء في الشريعة وقانونيين ومساعدين علميين ، وإداريين ولها أن تشكل لجان فرعية ، وتضع الأنظمة اللازمة لأداء مهمتها ، ولها أن تتخذ القرارات من هيئة التقنين بأغلبية الثلثين ، وتشمل مهمة اللجنة تقنين أحكام الشريعة المتعلقة بالمعاملات مع التحفظ بالمنع : أن يتقدم بمشروع القانون من جهة الحكومة ، أو أحد أعضاء المجلس الشوري للتصويت عليه في مجلس الشورى إذا كان متعلقا بحكم شرعي قبل أخذ رأي هيئة التقنين.<sup>(4)</sup> والأمر نفسه عن مجلس الشورى الليبي الذي قرر عند وضعه لمشروع تطبيق الشريعة الإسلامية، وقد جعل من أساليبها اقتراح تقنين الفقه الإسلامي ، قرر تشكيل لجان متعددة تضم كل لجنة رجالا من علماء الشريعة وعلماء متخصصين في التشريعات الوضعية ممن جمعوا بين الثقافتين ثقافة القوانين وثقافة العلوم الشرعية على أن تختص كل لجنة بفرع معين.<sup>(5)</sup>

(1) أحمد محمد شاكر، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرا للقوانين في مصر (د ط مكتبة السنة القاهرة 1986) ص 43.

(2) عن توصية خرج بها في جلسته رقم 27 ص 3-8-1967 ، وكذا عن المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في 27 - 09 - 1968م) ، عبد العزيز هندي "جهود الأزهر في تقنين الشريعة" الأزهر (سنة 54 المجلد 1 ربيع الثاني 1402 هـ - يناير 1983 م) ص 548.

(3) عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية . ص 153.

(4) من المادة الأولى إلى المادة السابعة من مشروع قانون يقضي بإنشاء هيئة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وهو مشروع مقدم إلى الجمهورية اليمنية في ظل دستور (1 دي القعدة 1390 هـ 30 ديسمبر 1970 م)

(5) علي علي منصور " الفكر الإسلامي يواجه فكرة التطبيق " -المجتمع تستعرض تجربة ليبيا في التقنين الإسلامي- مجلة المجتمع (عدد 95 صفر 1392 أبريل 1973 م) ص 20.

أما بالنسبة لتقنين الفقه في الجزائر فتمثل في قانون الأسرة رقم 11-84 الصادر في جوان 1984 فقد تم وضعه من قبل لجنة ضمت علماء الفقه في البلاد متمثلين في أعضاء المجلس الأعلى الإسلامي بمشاركة أهل القضاء والقانون قبل عرضه على المناقشة في البرلمان حيث تم إصداره؛ و في اقتراح لتعديل مواد منه شاركت الهيئات الاجتماعية .

إذا مما سبق يتبين أن وضع التقنين توكل به لجنة يتوفر فيها شرط الاجتهاد في الفقه الإسلامي ، والإلمام بالمنهج القانونية الحديثة ، والخبرة في المجالات العلمية والاجتماعية .

وهو الأشهر والأنسب ومع ذلك فلا يمنع أن يقوم بعملية التقنين فرده تستند إليه هذه المهمة ، كما حدث مع محمد قدرى باشا ، وكذا عندما أسند صوفي أبو طالب إلى محمد زكي عبد البر وضع مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.<sup>(1)</sup>

هذا ويرى توفيق الشاوي عدم إسناد مهمة التقنين لأهل الحل والعقد حتى وإن كان من بينهم علماء لأن الشعب اختارهم لمهمة سياسية فلا يجوز لهم تجاوزها إلا أنه لهم اقتراح القوانين على مجلس الاجتهاد ولهم حق الاعتراض عليه .<sup>(2)</sup>

فوضع التقنين تقوم به لجنة مستقلة يوكل بها وضع الأحكام واختيار الآراء من المذاهب المتبعة في التقنين على اعتبار كونها تتألف من مجتهدين هم أقدر الناس على إظهار أحكام ، وقانونيين هم أكثر تمرسا في الناحية الفنية وآخرين خبراء في شتى العلوم ، أقدر على معرفة الحلول الأنسب للمجتمع، هذا فيما يخص الجانب الشكلي للتقنين .

أما الجانب الموضوعي ، فيكون في الخطوات اللاحقة له من مراجعة وإقرار وإصدار وبناط بأولى الأمر في البلاد وهم عموما أهل الحل والعقد .

وكخلاصة لما سبق فالملاحظ أنه في القانون الوضعي ينسب وضع التقنين إلى البرلمان أو الهيئة التشريعية وعموما فإن وضع التقنين في جانبه شكلي تقوم به لجنة مختصة ، أما الإلزام وهو ركنه الموضوعي فذلك من عمل البرلمان وهو بهذا المعنى يصح لنا أن نجعل التقنين -بركنيه- من مهام البرلمان أو الهيئة التشريعية.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإن وضعه من جانب لجنة خاصة تزيد عن تلك في القانون الوضعي لأعضاء هم من علماء الشريعة والمجتهدين فيها ، وتبقى قضية الإلزام من صلاحية أولي الأمر ولنا أن

(1) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، قسم التطبيق ص 102 ، وما بعدها .

(2) توفيق الشاوي ، فقه الشورى والاستشارة (ط2 دار الوفاء للطباعة والنشر المنصورة ، مصر ، 1405 هـ - 1985م)

نقول ابتداء أنهم أهل الحل والعقد على اعتبار أن في القول بأن سلطة الإلزام بالأحكام من صلاحيتهم وأن الخلاف في إسناد ذلك على وجه التفرد للحاكم . إذا فلا اختلاف بين نسبة وضع التقنين وإصداره في الفقه الإسلامي أو الفقه الغربي، وإن اختلفت الهيئة البرلمانية عن هيئة أهل الحل والعقد من الناحية العضوية والموضوعية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: الناحية الداخلية للتقنين .

الناحية الداخلية للتقنين أو ناحية المادة التشريعية ، هي الأساس الذي تقوم عليه عملية التقنين

وفيه مسائل جديرة بالبحث هي :

أولا - موضوع التقنين .

ثانيا - الخطوات المنهجية لعملية التقنين .

### الفرع الأول: موضوع التقنين .

ويقصد به نطاق التقنين ومصدره .

أولا - نطاقه:

بمعنى نوع الأحكام التي تنصب عليها عملية التقنين إذا علمنا أن مجاله المعاملات دون العبادات لأنها محل التقاضي والقضاء ، فنجد مثلا مجلة الأحكام العدلية اقتصر في موادها على أحكام المعاملات المالية ، وإجراءات التقاضي دون أن تتناول أحكام الخاصة بالأحوال الشخصية ، حيث أصدرتها الدولة في قانون مستقل سمته قانون العائلة ، ولم تنطرق إلى أحكام العقوبات ، وهي عموما المواد التي انصبت عليها محاولات التقنين في الفقه الإسلامي . والقرار الذي أصدره رؤساء العدل لمجلس التعاون الخليجي ، ينص على أنه : في تقنين الشريعة يشمل ما يقابل فروع القانون الوضعي ، وهي خمسة سمى اثنين منها نظاما ، تلك المتعلقة بالإجراءات (المدنية والجنائية) وبدرجات التقاضي . والثلاث الأخرى سماها مدونات ، واحدة للمعاملات وتشمل المدني وفروعه والتجاري والبحري وغيرها ، وثانية للأحوال الشخصية وتشمل أحكام الزواج والطلاق والنفقة والميراث وغيرها ، وثالثة للعقوبات تشمل أحكام الجرائم وموجباتها.<sup>(2)</sup>

(1) راجع في ذلك سليمان الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي (ط6) دار الفكر العربي مصر 1416 هـ - 1996) ص 344.

(2) محمد عبد الجواد ، بحوث في الشريعة والقانون - تقنين أحكام الشريعة - ص 35.



ويلحق بنطاق التقنين طبيعة الأحكام التي يتناولها الفقه الإسلامي وهي : أحكام وردت بها نصوص صريحة في الكتاب والسنة قطعية في ثبوتها وفي دلالتها ، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها ، ونصوص تقبل التأويل لكنها ظنية ، فالأقوال فيها كثيرة يختار فيها المقنن رأيا واحدا يصوغه في شكل قاعدة قانونية يلزم به الناس .

أما ما لم يرد فيه نصوص خاصة لا قطعية ولا ظنية فباب الاجتهاد فيها مفتوح ، وعلى المجتهدين العمل على استنباط أحكام لها ، ثم صياغتها في نصوص<sup>(1)</sup>

ثانيا - مصدر :

للحديث عن مصدر التقنين لا بد وأن نذكر بأن الفقه الإسلامي مذاهب متعددة ، وعند تقنينه طرحت مسألتان هما : التخيير بين المذاهب والتلفيق ، وتوحيد المذاهب الإسلامية .

1- مسألة التخيير بين المذاهب :

نلاحظ أنه في مسيرة تقنين الفقه الإسلامي اعتمد في تقنين المجلة على مذهب أبي حنيفة ، وكذا فعل محمد قدرى باشا على اعتبار أنه المذهب السائد في البلاد ومثل ذلك قنن القاري المذهب الحنبلي في مجلته وقنن الشيخ عامر المذهب المالكي في ليبيا .

ثم جاء بقوانين ، لم تكتف بما جاء في المذهب ، بل استقت أحكامها من المذاهب الأخرى ، كما حدث في قانون العائلة العثماني ، إذ جاء فيه الحكم بمنع زواج المجنون أو المجنونة إلا عند الضرورة وهو رأي عند الشافعي وأحمد(تر:30).<sup>(2)</sup>

ومعنى ذلك أن المقنن قد خرج عن المذهب واختار أحكاما من مذاهب أخرى تيسيرا و تحقيقا لمصلحة رآها ، وهو ما يعرف بالتلفيق.

والتلفيق<sup>(3)</sup> قضية عرفت جدلا واسعا بين فقهاء العصر الحديث حيث رافقت ظهور فكرة التخيير بين المذاهب ، وقد طرح الاعتراض عليه أول ما طرح بعد صدور قانون الزواج والطلاق بمصر لسنة

(1) محمد عوض ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي (المطبوعات الجامعية كلية الحقوق الاسكندرية 1977) ص 15.

(2) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون - (ط2 دار النهضة العربية لبنان 1397 هـ - 1987م) ص 17.

(3) مسألة معروفة في كتب الفقه . بعنوان تتبع الرخص أو إحداث قول ثالث في باب الإجماع ، والأصل فيها المنع والحضر .

1929 م (تحت رقم 25) و التشريعات التالية له إذ أن البيئة الفقهية آنذاك كما نقل (محمد كمال إمام) اختلفت بين التأييد والرفض . وإن كان الخلاف لم يؤثر على اعتماده منها لتقنين. (1)

هذا وقد تصدى لبحث مشروعية التفليق وصحة اعتماده منها لتقنين بعض الفقهاء والمعاصرين أمثال أحمد فرج السنهوري في بحث له نشرته دورية لمجمع البحوث الفقهية بالأزهر. (2)

و خلاصة ما توصل إليه أن تخيير الأحكام من المذاهب وتتبع الرخص كوسيلة للتقنين مشروع لما يلي :

- 1- أن مجاله المعاملات دون العبادات .
  - 2- أنه تخيير لأحكام كلية من غير نظر إلى جزئياتها
  - 3- أنها تصدر عن ولي الأمر وله ذلك ، كما قرره الفقهاء (حكم الحاكم يرفع الخلاف).
  - 4- أنه تخيير للمقلدين لا تخيير اجتهاد وهو أبعد من أن يكون إحداث قول ثالث الذي تكلم في حظره الفقهاء والأصوليون وهو أمر أيده علماء العصر، وساروا عليه في التقنين ؛ هذا بالنظر إلى من يقول بأن لكل دولة أن تعتمد في التقنين المذهب السائد فيها ، على اعتبار أنه أقرب للناس وأوفق لأعرافهم ، على أنه يلاحظ مثلا في ليبيا جاء النص على أن يكون إعداد التشريعات أخذا من مختلف المذاهب مع تخيير أيسر الحلول بما تقتضيه المصلحة العامة ، وما جرى عليه العرف في البلاد ، مما له أصل في مذهب الإمام مالك وقد علق على ذلك محمد عوض بقوله : " أن هذا النص يبين ما رمى إليه المقنن ، وإنما ذكر الإمام مالك على سبيل المثال وأنه أثر المذهب المالكي على غيره لسببين :
  - إما لأن العمل به في الواقعة قد تواتر واطرد ، حتى غدا عرفا والأخذ بحكمه في هذه الحالة ليس إلا وجها من وجوه التفصيل أساسه رعاية المصلحة العامة .
  - أو لأن الأخذ به يحقق المصلحة العامة أكثر مما يحققه سواه". (3)
- يتبين إذا أن الصورة التي يطرحها النص كمنهج للتقنين عكسية لما سبق ذكره إذ يجعل الأصل التخيير بين المذاهب والتزام المذهب السائد في البلاد تحقيقا للمصلحة ومراعاة للعرف ، والملاحظ -أيضا- أن الذي عليه في البلاد الإسلامية هو توزع مذاهب معينة في أقطار مختلفة وهو أمر له جذوره التاريخية وأسبابه بل مفروض واقعا ، وإن كان سير الاجتهاد في العصر الحديث إلى الاستقلال بأحكام حديثة وعدم التزام مذهب بعينه.

(1) "أزمة المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة" ص 21.

(2) بحوث ، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية شوال 1383 هـ - مارس 1964 ص 67-68.

(3) محمد عوض ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي ص 18.

## 2- توحيد الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة:

وفي خطوة متقدمة لعملية التقنين في الفقه الإسلامي ، سعى العاملون على ذلك إلى جعل الفقه الذي هو مصدر التقنين وحدة متكاملة ومجموع المذاهب فيه مذهباً واحداً يجمعها كلها ، فكان التقنين وسيلة لجمع ما فرقته يد الاختلاف وحصر لدائرة الخلاف ، وصد لباب التعصب .

وجاء النص على جعل التقنين الذي تضعه اللجان بعيداً عن تقليد المذاهب بل تضع عند عملها نصوص الكتاب والسنة الثابتة ، وأمامها أقوال الأئمة والعلماء ، وهو أمر طرح كخطة عمل لدى الهيئات والمجامع الفقهية نذكر منها رابطة العالم الإسلامي في سعيها لتوحيد الأمة.<sup>(1)</sup>

كما جرى العمل في المجمع الفقهي بالأزهر على تقنين الفقه الإسلامي كل مذهب على حدا - ابتداء- ثم يصدر تقنين موحد من كل المذاهب<sup>(2)</sup>.

ومثله المشروع المقدم لمجلس التعاون الخليجي ، وكذا مشروع مجلس الثورة اليمني . ونلاحظ أن هذا هو المنهج الذي دعا إليه الشيخ أحمد شاکر عندما رسم طريقاً لتقنين الشريعة ، معالمه أن : "توضع قواعد التشريع الجديد ، غير مقيدة برأي أو مقلدة لمذهب ، إلا نصوص الكتاب والسنة ، وأمامها أقوال لأئمة ، وقواعد أصول وآراء الفقهاء ، وتحت أنظارها آراء رجال القانون كلهم ، ثم تستنبط من الفروع ما تراه صواباً ، مناسباً لحال الناس وظروفهم مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة ولا يصدم نصاً ، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة"<sup>(3)</sup>.

وقد أردف -بشيء من التفصيل - بدليل اللجان العاملة على التقنين جاء فيه : وجوب دراسة مسائل أصول الفقه والحديث وتوحيد منهج استنباط الأدلة وتحقيق مبدأ التعارض والترجيح بينها ، حتى توحد القواعد التي بني عليها الاستدلال والاستنباط ، مع عرض القواعد العامة للقوانين (على اختلاف مبادئها وأنواعها) على ميزان القواعد التشريعية الإسلامية فيختار منها ما تقضي بها المصلحة العامة وما لا يعارض نصاً ولا يناقض شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة ، ويكون استنباط الفروع -التي هي محل الصياغة- في ظل تلك القواعد والأسس<sup>(4)</sup>.

وعليه سار المشرع الجزائري إذ نص في المادة 1 / 2 في القانون المدني الجزائري والمادة 222 قانون الأسرة الجزائري 84-11 .

(1) عبد العزيز محمد آل الشيخ. "إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين الوضعية في كافة البلاد الإسلامية" (ندوة محاضرات موسم الحج 1386 هـ رابطة العالم الإسلامي) ص 149.

(2) عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة ص 153.

(3) أحمد محمد شاکر ، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدراً للقوانين ص 43.

(4) المرجع السابق ص 43-46.

إذا خلاصة ما سبق فيما يتعلق بالمصدر أن سير العمل في التقنين هو إما بالتزام مذهب معين ، مع جواز استقاء الأحكام من مذاهب أخرى .  
أو عدم التقيد بمذهب معين بل العمل على التخير من كل المذاهب مع إعطاء الأولوية للمذهب السائد في البلد إذا كان ذلك يحقق مصلحة ويراعي عرفا .  
أو وضع تقنين لا يلتزم مذهباً بعينه ، بل يكون سير العمل فيه ، استمداد الأحكام من النصوص مباشرة مع الاستئناس بأقوال العلماء فيها .

### 3- مسائل تتعلق بالمصدر :

ومع ذلك فإن القول بجعل المصدر مذهباً واحداً ، أو مذاهب متعددة ، يترتب عليه مسألتان :  
الأولى - كيفية التعامل مع المنقول (التراث الفقهي) .  
الثانية - مسألة تنازع قوانين مختلفة في المصدر، متحدة في الأصل إذا علمنا أنها كلها تعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية.  
أما عن مسألة التعامل مع المنقول ، فإن القول بجعل مذهب بعينه ؛ مصدر التقنين ، أو مذاهب محددة ، لا يعني بالضرورة أخذ أقوال العلماء في المسألة مباشرة ، وإذا علمنا أنها محض الاجتهاد قللوا به لعصر معين ، وحالة معينة ، فقد لا يصلح ذلك للعصر الحالي "فإنه لا ينكر تغير الفتوى والأحكام بتغير الزمان" لكن المراد هو التخيير على قواعد المذهب وأصوله ومراعاة منهجه في الاستنباط والاستدلال ، وهو أمر له فائدته خاصة عند التفسير والتطبيق .  
أما تنازع القوانين فصورته ، التزام دولتين مذهبتين مختلفتين ، في مسألة يكون الحكم في أحدهما الحظر والآخر الإباحة ، كما في حالة شرط الولي في النكاح ، العقد يكون أحد طرفيه من بلاد تعتمد المذهب المالكي وآخر من بلاد تعتمد المذهب الحنفي ، هو على الأول بتخلف شرط الولي باطل ، وعلى الثاني صحيح ، والقول يبطلانه على الأول فإنه -ابتداء- لا يترتب آثاره في ظل تقنين تلك البلاد .  
وإذا علمنا أن مسألة تنازع القوانين مجاله القانون الدولي الخاص ، فهل الحل يكون نفسه الذي يطرحه الفقه الإسلامي تطرحه قواعد القانون الدولي الخاص ؟  
بالنسبة للفقه الإسلامي نعلم أن الأصل أن يقضي القاضي بما أداه إليه اجتهاده دون التزام رأي أو مذهب بل يحكم بما دلت عليه نصوص الكتاب والسنة مستأنساً بأقوال العلماء في المسألة مسترشداً بمقاصد الشرع في تشريع الأحكام .

هذا ويشير الدكتور مالكي محمد الأخضر إلى مسألة التنازع القانوني في ظل تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأنه لا يمكن التمسك بفكرة تنازع القوانين عند تعارض اجتهاد فقهاء الشريعة لاتحاد تلك التقنيات في المصدر ، وإن وقع الاختلاف في بعض المسائل العملية فإنه يترك إلى قانون الحد الأدنى من موجبات كما هو الشأن في الاختلاف حول أركان الزواج (الولي والصداق والشهود...) فإنه يؤخذ بالقانون الموجب للحد الأدنى منعا لإبطال العلاقة القانونية في حالة التوسع.(1)

وفي الفقه الإسلامي تحدث فقهاء المالكية عن مراعاة الخلاف والذي يعني اعتبار الاختلاف - كما يقول الشاطبي- (تر: 59) ، وإذا علمنا أن المسائل المختلف فيها روعي فيها قول المخالف وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكية ، ومثل لها مسألة النكاح الفاسد المختلف فيه فإنه يثبت به آثاره من بعده.(2)

فهذه مسألة فرضها انتشار المذهب بين المسلمين مع العلم أن قاعدة مراعاة الخلاف ، دليل مختلف فيه لكنه مبدأ له فائدته في حل مسائل تنازع القوانين .

أما بالنسبة لقواعد القانون الدولي فإنه أولاً يحدد نطاق تنازع القوانين بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت بالمعاملات المالية أم الأحوال الشخصية أما تلك الخاضعة للقانون العام ، فهي لا تثير تنازعا بين القوانين ، إنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان(3).

إذا فمدار تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص هو كون أحد طرفي النزاع أجنبي، وبالنسبة لأحكام القانون الخاص فيطبق فيها مبدأ شخصية القوانين ، أو بالنسبة لأحكام القانون العام فيسري عليها مبدأ إقليمية القوانين .

من ثم كان مبدأ مراعاة الخلاف يلتقي مع مبدأ شخصية القوانين .

(1) الدكتور مالكي محمد الأخضر ، القانون الدولي الخاص - الجزء الأول : تنازع القوانين الدولية - ( مطبوعات جامعية دار البعث قسنطينة الجزائر 1983 م ) ص 64.

(2) أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي ، الموافقات (ط1 دار ابن عفان للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية 1417 هـ - 1997 م ) ج5 ص 106 .

(3) أنظر : هشام علي صادق ، تنازع القوانين (منشأة المعارف الإسكندرية 1993 م) ص 47 وما بعدها .

الفرع الثاني : الخطوات المنهجية لعملية التقنين .

وفيها نتناول التبويب و الصياغة و الأسلوب و اللغة و المصطلحات .

أولاً - التبويب و الصياغة :

وقد جمعنا بين التبويب و الصياغة لقيام علاقة بينها و بيانها كما يلي :

أما التبويب : فيقصد به تصنيف الأحكام الواردة في التقنين إلى أبواب تتدرج تحتها فصول وهكذا ...  
وفي تقنين الفقه يلاحظ أن المجلة وهي النموذج الأول للتقنين في الفقه الإسلامي قد قسمت إلى كتب  
وأبواب سار المقتنون لها على نهج المؤلفات في الفقه الإسلامي في عرض الأحكام فكانت مبتدئة  
بالببوع وانتهت بباب أحكام التقاضي .

إلا أن الأمر في المدونات الحديثة غير ذلك، إذ درج واضعوها على تقسيم وتصنيف مدونات  
القانون الوضعي ، لأنها الأيسر والأسهل ، لذلك نجد من دعا من علماء العصر والعاملين على التقنين<sup>(1)</sup>  
إلى الاستفادة منها خاصة فيما يتعلق بالأسلوب و الصياغة و التبويب و الترقيم "ذلك أن تطور المناهج  
و الأساليب جهد حضاري ساهم المجتمع البشري كله في ازدهاره"<sup>(2)</sup>.

هذا و الاختلاف بين نمط التبويب في الفقه الإسلامي و الفقه الغربي، يعود بالدرجة الأولى إلى  
اختلاف الصياغة ، فبينما يقوم في الفقه الإسلامي على التصرف الشخصي أو الواقعة الشرعية يقوم في  
الفقه الغربي -الروماني على سبيل المثال - على الحق .

فالفقه الإسلامي يبدأ بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف (التصرف) ثم يبحث في أحكامه (يبدأ في  
السبب ثم المسبب) أما الفقه الغربي فيبدأ بالمسبب أو الثمرة وهو الحق ثم يبحث عن المصدر (السبب  
و أحكامه).

و الفقه الغربي يقوم ترتيبه على أساس تقسيم أحكامه إلى زمريتين منفصلتين ، زمرة أحكام  
الحقوق الشخصية وتشتمل النظرية العامة للالتزامات ثم أحكام العقود المسماة.  
وزمرة أحكام الحقوق العينية نظرية الأموال .

هذا التقسيم والتمييز هو أساس الترتيب في الفقه الغربي أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإن ترتيبه  
وصياغته يقوم على أساس رد مصادر الحقوق والالتزامات ، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر  
بحسب أحواله<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر محمد عبد الجواد ، بحث في الشريعة والقانون - تقنين الشريعة - ص 38-39 .

(2) فاروق النبهان "المجمع العلمي للفقه الإسلامي" العربي ( 1983 المجلد الثاني العدد 299) ص 225.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ج3 ، ص 29 ؛ راجع أيضا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في  
الفقه الإسلامي م1 (دار الفكر) ص 19.

ف نجد مثلا في مجلة الأحكام العدلية تعالج الفروع مباشرة ويأتي ذكر المبادئ العامة والأصول الكلية ، بحسب المناسبات.(1)

هذا والصياغة على أساس التصرف الشخصي أمر أصبح يدعو إليه فقهاء القانون في عصرنا الحالي.(2)

إلا أنه تثار صعوبات عند صياغة النظريات العامة إذ لم توضع في كتب الفقهاء المسلمين ، وهو أمر اضطر العاملون على تقنين الفقه الإسلامي إلى اعتماد منهج القانون الوضعي في الصياغة ، وهو ما فعله المقتن الأردني ، إذ صبت أحكام الفقه الإسلامي فيه في قوالب رومانية (نظرية الحق) على أن تكون العودة النهائية إلى الفقه الإسلامي أحكاما وصياغة.(3)

ومع ذلك فالذي يهم في التبويب بالنسبة للتقنين هو : أن يكون تبويبا علميا(4) ويتحقق ذلك ب :  
- أن يكون متماسكا ومنطقيا ، ويتم ذلك إذا ما روعي فيه تبيان الأهمية العملية للأحكام القانونية ويكون بإخفاء الجانب النظري والفقهية فيها على أن ترتبط هذه الأبواب ، وتحتها الفصول ببعضها ارتباطا منطقيا محكما ، لأن التبويب المنطقي يعين كثيرا على فهم التقنين والإحاطة به ويجعل البحث فيه يسيرا.

- ويحسن أن يتقدم كل الأبواب ، باب يكون متعلقا بالأحكام العامة التي تنتمى على جميع نواحي القانون ولا تتحصر في باب أو مسألة معينة على أن يصاغ صياغة علمية لا فقهية نظرية ، فتبويب القانون هو جزء من أحكامه ويساعد كثيرا في تفسير النصوص تفسيراً مقبولا بالرجوع إلى الموضوع الذي وردت فيه(5) والوسيلة هنا هي التبويب .

ومثل هذا التقديم بباب ترد فيه أحكام عامة جاءت به المجلة العثمانية ، إذ تصدرتها مائة (100) مادة عبارة عن قواعد فقهية وأصولية مشهورة في الفقه الإسلامي ، قصد واضعوها بذلك تسهيل مهمة القضاة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي تعرض عليهم ، أو على الأقل ، تقريب ذلك

(1) مصطفى الزرقاء ، المرجع نفسه ص 03.

(2) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، ص 88.

(3) المرجع نفسه .

(4) عبد الرزاق السنهوري ، "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" القانون والإقتصاد ص 69.

(5) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ص 90.

لهم ومساعدتهم أيضا في تفسير مواد المجلة ، ذلك أنه كثيرا من القواعد هي تفسيرية في أصول الفقه<sup>(1)</sup> ؛ وقيل إن الهدف كان ربط الأحكام بأصولها الفقهية لمساعدة القضاة على تلمس الطريق إلى معرفة الحكم بطريقة سليمة تتسجم مع مقاصد الشريعة وغايتها في تنظيم الحياة الإنسانية<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن الاستفادة من القواعد الفقهية في التقنين له أثره إذ استعمل خاصة في تصدير الأبواب كما حدث في المجلة العثمانية ، نظرا لعموميتها وصياغتها الموجزة كما يستفاد منها في تفسير النصوص وتطبيقها .

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الجزئية التي صيغت بعبارة موجزة ومحكمة في المؤلفات التي تناولت القواعد الفقهية بالدراسة ما هي إلى صورة من صور التقنين ، ونوع يفيد كثيرا صياغة الشريعة صياغة تقنينية<sup>(3)</sup> ؛ والمقصود هنا ما يعرف في باب الفقه "بالضوابط الفقهية" .

وحسن التبويب يقودنا حتما إلى تناول السمات البارزة للتقنين الحسن ، أو كما يسميها عبد الرزاق السنهوري سمات الروح العامة للتقنين<sup>(4)</sup> وهي قواعد تراعى عند التقنين حتى تضمن التماسك والمنطقية، وهي كما يلي :

أ- غلبة الروح العلمية، في التقنين على الروح العملية والفقهية.

ويتحقق ذلك بـ :

1 - تجنب ذكر الأمثلة ، والأسباب التي دعت إلى وضع حكم قانوني ، وكذا التدليل عليه ، لأن ذلك مجاله الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية .

2- تجنب ذكر التعريفات والتقسيمات الفقهية لأن ذلك يعود على تقنين بالجمود ، وهو أمر لا يتفق مع تطور النظم القانونية. ويمكن أن نلاحظ أن المجلة العثمانية قد جاءت بتعريفات جيئ بها لرفع الالتباس والغموض على المواد القانونية .

وهو أمر يعود بصورة تؤكد لطبيعة الفكر الإسلامي وحركة تفسير القرآن والسنة التي تعتمد على ضبط المعنى ، ولا يمكن ضبط المعنى إلا بتحديد مفهومات وإعطائها معناها

(1) خليفة بابكر الحسين ، "القواعد الفقهية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، -طبعها وكيفية استخدامها في التفسير القضائي- " مجلة الأمن والقانون (كلية الشرطة دبي سنة السادسة العدد 1 رمضان 1418 هـ يناير 1998 م) ص 117 .

(2) محمد فاروق النبهان "تأملات في مسيرة الفقه الإسلامي" - ندوة الشريعة والفقه والقانون- (مطبوعات الأكاديمية المغربية الرباط 1989 ) ص 55

(3) جمال الدين عطية ، التنظيم الفقهي (ط 1407 هـ) ص 216

(4) عبد الرزاق السنهوري ، "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" مجلة القانون الاقتصاد ، ص 70 .



الصحيح ، فنجد عبارة "يعنى" بعد ذكر الجزء الأول من المادة مما يفهم أن ما سبق العبارة كان مبهما فجاءت العبارة للتوضيح<sup>(1)</sup> ومثاله ما جاء في المادة 85 أن "الخراج بالضمان يعني من ضمن شيئا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان...".<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة لضرب الأمثلة فقد درجت عليه المجلة إلا نادرا إذ أن جل المواد تحمل في طياتها أمثلة ، وإن كان لهذا فائدته في مساعدة القاضي على التفسير ، إلا أنه بعيد عن الصياغة القانونية لما في ذلك من إطالة وإسهاب من ذلك ما جاء في المادة 65 و 73 وغيرهما - كلمه "مثلا" وعبارة "لو" في م196 ، وعبارة "يتفرع على هذه القاعدة" ؛ وحرف "الكاف".<sup>(3)</sup> وكلها تأتي للدلالة على ضرب الأمثلة.

3 - تجنب ذكر التفصيلات والجزئيات والاقتصار على وضع قواعد كلية ، ومعايير مرنة ؛ يسهل معها ، على القاضي توظيف سلطته التقديرية ، ويجعل الحكم ملائما للواقعة في إطار القاعدة القانونية<sup>(4)</sup>.

ب- عدم محاولة المقتن الإحاطة بكل الجزئيات :

- 1 - لأنه عاجز عن ذلك .
  - 2 - لأن الحكمة تقتضي ترك مجال ، يبتعد به القانون عن الجمود فلا يقضي بحصره في قوالب محددة من الألفاظ والأحكام ، والأجدى ترك المسائل التفصيلية للفقهاء والقضاء .
- وخلاصة القول أن المنهج السليم يكمن في وظيفته ووظيفة التقنين - كما يقول محمد زكي عبد البر - ليست في حصر القواعد القانونية على وجه ثابت لا يتغير ، إنما هو ترتيب الأحكام الخاصة بفرع من فروع القانون بعد إزالة التناقض بينها بحيث يكون مفتاحا ميسرا للتعرف على حكم القانون على أن يكمل ذلك بالرجوع إلى المصادر الأخرى كالفقه والقضاء<sup>(5)</sup>.

ثانيا - الأسلوب :

ويكون بتوظيف الأسلوب الأيسر (ليحدث في ذهن صورة المراد من العبارات المدونة) وحتى يتفادى ما ثبت بالتجربة بعض صيغ التقنينات الإسلامية كالمجلة العدلية في المذهب الحنفي ، ومجلة

(1) عبد الستار الخويلدي "الخصائص المذهبية لمجلة الأحكام العدلية" المجلة التاريخية العربية للدراسات العثمانية (تونس زغوان) مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات العدد 13-14 أكتوبر 1996 ص 135.

(2) المجلة العدلية العثمانية

(3) عبد الستار الخويلدي ، المرجع السابق ص 136

(4) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ص 90 وما بعدها .

(5) محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، ص 93.

القاري الحنبلية ، حيث امتازتا بأسلوب لا يسوغه إلا المتخصصون ، وهي إن وافقت الوقت الذي وضعتا فيه ، إلا أن الوضع يختلف في العصر الحاضر، حيث أصبحت التقنيات تصدر بأسلوب سهل وميسر<sup>(1)</sup>

حتى يكون الأسلوب علميا ينبغي مراعاة ما يلي :

1- تجنب التناقض والتكرار إلا لضرورة ولسبب معلوم مع العلم أنه يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية في مواضع مختلفة - إذا كان في تكرارها إفادة ، وكانت بلغة مفهومة ومثالها أن يقرّ المقنن قاعدة عامة ثم يعرض إلى تطبيقها في حالة خاصة ، ويفيد تطبيقها بل يكون ضروريا ، لأنه قد يختلف الناس في تطبيق القاعدة في حسم التطبيق التشريعي كل خلاف<sup>(2)</sup>.

هذا والنصوص التي ترد في التقنين ضروب مختلفة :

- نصوص تأتي بأسلوب جازم قاطع وهي النصوص الأمرة.

- ونصوص تأتي بأسلوب مرن رخو وهي النصوص المبيحة المفسرة . وقد جاء عن مجلس

الدولة الفرنسي طلب وضع النصوص الأمرة بصيغة المستقبل ووضع المبيحة بصيغة الحاضر.

هذا ويمكن -عموما- صياغة الأحكام القطعية في الفقه الإسلامي في قواعد أمرة والأحكام الظنية في قواعد مقررّة .

2 - إيراد القرائن القانونية والفروض بأسلوب يساعد على حل المسائل المعقدة ويعطي للأحكام شيئا من الثبات والاستقرار .

3 - التقليل من الإحالات من نص إلى آخر، وقد يكون ورودها ضروريا في بعض الحالات ، إلا أن الإكثار منها يجعل القانون غامضا ومعقدا ، وأمثلة تقنين هو ذلك الذي يقلل من الإحالات وعندما يضطرو إلى ذلك ، لا يحيل إلى رقم المادة بل إلى ملخص النص في عبارة واضحة<sup>(3)</sup>.

ثالثا - اللغة والمصطلحات :

ينبغي للغة التقنين أن تكون واضحة لأن الغموض يجعل القانون مغلقا ، ودقيقة لأن اللغة غير

الدقيقة تجعل القانون مبهما مع وجوب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى .

(1) محمد عبد الجواد ، بحوث في الشريعة والقانون - تقنين أحكام الشريعة - ص37.

(2) عبد الرزاق السنهوري "وجرب تنقيح القانون المدني المصري" مجلة القانون والاقتصاد ص 72.

(3) كما هو الحال بالنسبة للتقنين السويسري . عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق .

وبالنسبة للفقهاء الإسلاميين نجد أن كلا من مشروع القانون المقدم لمجلس الشورى اليمني ، والليبي نصا على ضرورة مراعاة والمحافظة على مصطلحات الفقه الإسلامي ، والأمر نفسه يطرح على مستوى تقنين الفقه الإسلامي بالتزام مذهب واحد إذ يراعى فيه مصطلحات المذهب ، لأنه لا يخفى أن لكل مذهب مصطلحاته التي يتميز بها ويختلف فيها عن المذاهب الأخرى .

فمثلا نجد كلمة "العين" يختلف معناها ومدلولها بين الفقهاء فهي عند المالكية : الذهب والفضة ، وعند الحنفية : ما كان قائما من ملك الإنسان من النقود والعروض وعند الشافعية ما يقابل الذمة وما يقابل المنافع<sup>(1)</sup>.

هذا ويجب أن يأخذ اللفظ معنى واحد في كل مواد التقنين فلا يتغير معناه من مكان إلى مكان في التقنين نفسه فإذا أريد التعبير عن معنى بلفظ وجب التزام اللفظ نفسه الوارد فيما سبق ذكره مع مراعاة كون اللغة بسيطة ، سهلة ، واشتراط كونها فنية لا يمنع أن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور<sup>(2)</sup>.

(1) سعيد أبو جيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا (ط2 ، دار الفكر، دمشق سوريا 1408 هـ - 1988 م) ص 270.

(2) عبد الرزاق السنهوري "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" ص 72

## المبحث الثاني : ضوابط تقنين الفقه الإسلامي .

نعني بالضوابط الأسس التي يكون معها تقنين الفقه الإسلامي أداة لتطبيق الشريعة الإسلامية ، محققا لمقاصدها ، إذ أن الصياغة القانونية لا تكفي لجعل الشريعة الإسلامية حاکمة للمسلمين كما كانت من قبل حلول التقنيات الوضعية في البلاد الإسلامية .

ولأن تقنين الفقه الإسلامي ، وسيلة لتطبيق الشريعة الإسلامية فقد صاحب ظهور المطالبة بالشريعة الإسلامية قانونا يحكم المسلمين في البلاد العربية والإسلامية في غضون القرن الحالي ، لكن التقنين بركنيه الموضوعي والشكلي ، لم يظهر على الساحة التشريعية في البلاد الإسلامية إلا في محاولات محدودة و حدود بلاد معينة . وإن كان النص على أن الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للتشريع جاءت به جل دساتير البلدان العربية وتلك التي لم تنص عليه في دستورها ، كانت الشريعة الإسلامية بها كمصدر موضوعي أو تاريخي لمواد قانونها وتشريعاتها<sup>(1)</sup>.

على أنه ينبغي الإشارة إلى أن النص على ذلك دون عمل جاد في سير التقنين شكلا وموضوعا ، يجعل تلك المادة وتلك الجهود في الصياغة أمر لا فائدة ترجى منه ، وهو الملاحظ خلال العقود الأخيرة إذ أن مشروعات تقنين الفقه الإسلامي كثيرة لكن لا أثر لتطبيق الشريعة الإسلامية وهو أمر يعود إلى غياب مفهوم السيادة و بصورة أخص مشروعية القوانين في ظل المادة المذكورة أعلاه ، ولأن تقنين الفقه الإسلامي لا يؤدي المقصد المرجو منه ما لم يراع فيه المصلحة والعرف ، و معرفة ضوابط المصلحة التي تراعى وكذا العرف ؛ من ضوابط التقنين أيضا .

إذا فالإلزام بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ومعرفة ضوابط المصلحة والعرف عند التقنين يحقق مشروعية التقنين ويجعل تطبيق الشريعة الإسلامية أمرا واقعا وأكيدا .  
ومن ثم كان هذا المبحث ينقسم إلى :

المطلب الأول : الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع .

المطلب الثاني : مبدأ سيادة الشريعة والتقنين .

المطلب الثالث : ضوابط المصلحة والعرف .

(1) المادة 01 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولتها النصوص في لفظها وفحواها ، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...." القانون المدني الجزائري .

المطلب الأول : الشريعة الإسلامية مصدر للشرع في الدستور.

في الدساتير العربية والإسلامية نجد من يكتفي بالنص على أن الإسلام دين الدولة ، وهو الأمر الوارد في الدستور الجزائري<sup>(1)</sup> ومنها من ينص على أن أحكام الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، فقد جاء في المادة السادسة من دستور الاتحاد<sup>(2)</sup> الصادر في 17 أفريل لسنة 1971م النص على أنه "تؤكد دولة الاتحاد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع" والمادة نفسها نص عليها دستور جمهورية مصر الصادر في 11/9/1971<sup>(3)</sup>.

وقد أثارت صيغة النص جدلا إذ أن النص على جعل الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع يفتح بابا لاستحداث أحكام من مصادر أخرى<sup>(4)</sup> في أمور لم يضع الفقه الإسلامي لها حكما ، ويكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها ، تمثيا مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن ، بل إن في النص ما يسمح مثلا بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية ، والأمر جاءت به المذكرة التفسيرية لدستور الجمهورية المصرية لسنة 1971<sup>(5)</sup>. وهو أمر لم يكن ليرتب جدلا ، لو أن النص كان على أن الشريعة هي المصدر الرئيسي للتشريع (بإضافة "أل" التعريف) إذ يحمل معنى المصدر الوحيد .

ومقتضى النص هو عدم جواز الأخذ عن المصادر الأخرى في أي أمر واجهته الشريعة ؛ والنص بهذه الصيغة في الدستور يبني عليه أن المصدر<sup>(6)</sup> الرئيسي هو ذو المرتبة الأعلى ، بينما تعد المصادر الأخرى التي تنص عليها القوانين العادية (المدني والجنائي) مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع مبادئ الشريعة ذات المرتبة الأعلى<sup>(7)</sup> ونلاحظ أن هذا النص يطرح قضية موقع التشريعات -في الدولة- السابقة واللاحقة وما مدى مشروعيتها في ظل ذلك النص .

(1) المادة الثانية ، الدستور الجزائري 89 سلسلة النصوص التشريعية ، الدار المغربية الدولية للنشر والتوزيع والإشهار - الجزائر .

(2) دول الاتحاد : ليبيا ، مصر وسوريا .

(3) محمد عوض ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي ص 04 .

(4) كالعرف مثلا .

(5) عبد الحميد متولي ، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور (ط1 منشأة المعارف الاسكندرية ) ص 15 .

(6) المصادر أنواع : مادية ، تاريخية ، رسمية ، تفسيرية .

(7) عبد الحميد متولي المرجع السابق ص 16 .

فأما اللاحقة للنص ، فالواجب أن تكون مستمدة من الشريعة الإسلامية والوسيلة هي تقنين أحكام الفقه الإسلامي ، جاء نص الحكم فيه ، أم لم يجئ لأن باب الاجتهاد يغني عن فقدان حكم لأي حادثة أو واقعة أو قضية ، ومهما قيل عن صعوبات قد تصادم هذا العمل فإنها موهومة في جملتها<sup>(1)</sup> مع العلم أنها حجج عملت ومازالت ، على تأخير تطبيق الشريعة الإسلامية مع قيام أعمال في تقنين الفقه الإسلامي .  
وأما السابقة فإن القول بعدم دستوريتها يوقع النظام في حرج وقيامها مع وجود النص ، أمر مرفوض وغير مستساغ .

ومن ثم كان وجوب العمل على تعديل القوانين وتصحيحها وفق نص المادة .  
لكن التعديل قد طرح بمنهج يثير الغرابة وهو شبيه إلى حد بعيد بأعمال الترقيع ، وفي محاولة لرفع التناقض القائم بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية الجارية يلزم عنها ما يلي :

- تقنين لأحكام الفقه الإسلامي لكل فروع القانون .

- الإبقاء على القوانين التي مصدرها الشريعة ، وهي قوانين الأحوال الشخصية .

- قيام القوانين التي ليس فيها نص صراحة على مخالفة الشريعة .

- وجود قوانين مخالفة -نص صريح- أحكام الشريعة الإسلامية .

وكان الموقف من هذه النصوص كما يلي :

أما تقنين أحكام الفقه الإسلامي ، فاحتج -لتعذره- بطول الإجراءات ، وتستبقي القوانين التي مصدرها الشريعة ويسري العمل بتلك التي ليست فيها مخالفة صريحة ، أما المخالفة فتلغى ويؤتى بأحكام بديلة في الفقه الإسلامي<sup>(2)</sup>.

هذا والاحتجاج بطول الإجراءات هو أمر كانت له مبرراته في وقت سابق ، أما اليوم فتقنينات أحكام الفقه الإسلامي تملأ رفوف المكتبات وأرشيف الهيئات البرلمانية .

والإشكال يدور حول القوانين التي ليس فيها نص صراحة على مخالفة الشريعة ، والقول بسريان العمل بها ، إذ أن هذا القول مردود في جملته مع العلم أنه ذات الأمر الذي طرحته لجنة التقاضي لإعادة النظر في قواعد الأحكام وطرق الطعن والتنفيذ الجبري لجمهورية مصر ، فقد جاء في نص التقرير أن مجموع القواعد لا يخالف الشريعة الإسلامية ، وذلك بالاستناد إلى المصالح المرسلة وهي من أدلة الفقه الإسلامي المعمول به منذ نشأة الفقه<sup>(3)</sup>.

(1) راجع في ذلك ، محمد عوض المرجع السابق ص 23 وما بعدها ؛ محمد عبد الجواد المرجع نفسه ص 17 وما بعدها ؛ عبد العزيز هندي "جهود الأزهر في تقنين الشريعة" مجلة الأزهر (سنة 54 المجلد الأول ربيع الثاني 1402 هـ - يناير 1983م) ص 548 وما بعدها .

(2) عبد العزيز هندي "جهود الأزهر في التقنين" مجلة الأزهر ص 551.

(3) نقله محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ص 81-82.

وظاهر النص أن نهج اللجنة الاكتفاء بعدم مخالفة النصوص -الواردة في القانون- الشرعية الإسلامية فخرج عن إعادة النظر.

وهو أمر معيب من وجوه عدة أبرزها<sup>(1)</sup> اختلاف المصدر بين القوانين الوضعية والقوانين الإسلامية، فالإبقاء على تلك القوانين وإن لم تخالف في ظاهرها الشرعية إلا أنها تضطر القاضي والفقهاء عند تفسيرها إلى اعتماد مصادرها الأجنبية وهي مصادر غريبة النشأة صالحة للمجتمع الذي جاءت فيه ، ملائمة لظروفه ، ولا تصلح بحال لمجتمعاتنا ولم تعط يوماً حلاً لمشاكلنا .

ومع ذلك فهل يكفي القول بتطبيق الشريعة الإسلامية ، الاكتفاء بتغيير وتبديل القوانين لما يوافق الشريعة الإسلامية واتخاذ تقنين أحكام الفقه الإسلامي وسيلة لذلك ؟ أم أن هناك عوامل تجعل التقنين أكثر فعالية ؟

قد سبق القول أن تقنين الفقه الإسلامي لا يعني الصياغة الشكلية ورفع التناقض والجمع في مدونة وكفى ، فهذا ركنه الشكلي ومعه الركن الموضوعي ، والمتمثل في الإلزام به ، مع العلم أنه محور إثبات مشروعية التقنين ، وهو أساس صلاحيته واستمراره ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ المشروعية<sup>(2)</sup>.

(1) راجع في ذلك ، م زكي عبد البر تقنين الفقه الإسلامي المرجع السابق .

(2) مبدأ المشروعية مجاله الفقه الدستوري في بحث السيادة .

## المطلب الثاني: مبدأ المشروعية وتقنين الفقه الإسلامي.

مبدأ المشروعية، مبدأ يسود الأنظمة القانونية المعاصرة ومقتضاه "أن يخضع جميع الأفراد في علاقاتهم القانونية ببعضهم البعض، وفي علاقاتهم القانونية بالدولة وهيئاتها المختلفة بحكم القانون مع ملاحظة أن جوهر المشروعية يكمن في حقيقة سيادة القانون بين الفرد والدولة".<sup>(1)</sup>

ومبدأ المشروعية بهذا المفهوم لا يختلف عنه في النظام الإسلامي، إذ أن الشريعة متمثلة في مصدرها الأساسيين الكتاب والسنة تفرض الالتزام بما جاء فيهما على الحاكم والمحكوم.

بالإضافة إلى القوانين الصادرة في ظل تقنين الفقه الإسلامي فالالتزام بها واجب باعتبار أنها صادرة عن ولي الأمر وطاعة ولي الأمر - كما هو معلوم - واجبة: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ } النساء 58.

فالقول بتطبيق الشريعة الإسلامية، واتخاذ التقنين سبيل لذلك لا يعني تطبيق الفقه الإسلامي على علاقات الأفراد في المجتمع فحسب، لأن الهدف الأول هو التزام الدولة نفسها بالخضوع لسيادة الشريعة، والزام ممثليها من هيئات ومؤسسات وأفراد بالخضوع لمبادئها وأحكامها وتطبيقها على أنفسهم وعلى ممارساتهم قبل أن يطبقوها على عامة الناس.<sup>(2)</sup>

وإلا كان تقنين الفقه الإسلامي عبارة عن عمل فقهي، أو إعادة كتابة الفقه في صورة جديدة.

وإذ نعمل على تقنين الفقه الإسلامي دون تكريس لمبدأ سيادة الشريعة نكون بذلك قد جعلناه وسيلة يرمي بها - أعداء هذا الدين - الشريعة بالعجز تارة وبالقسوة والوحشية تارة أخرى لأنه في هذه الحالة - أي غياب مبدأ سيادة الشريعة - تكون تقنيات الفقه أدوات للتسلط وخدمة للمصالح الخاصة، هذا ويطرح الأستاذ أبو المعاطي أدوات تحقيق الاستقرار التشريعي في ظل التقنين وهو أمر يفرضه الحديث عن مبدأ المشروعية ويتفرع عنه وتتمثل في الاقتراحات التالية:

1- مراقبة التقنينات التي تصدرها الهيئة المخولة لها ذلك من الناحية الشرعية حيث يكون لها أن تلغي تلك التي تخالف الأصول المسلم بها في الشريعة وهي التي تقابل في الأنظمة القانونية المحكمة الدستورية.

(1) عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة - دراسة مقارنة - (ط1) عالم الكتب، القاهرة (1984) ص 13.

(2) توفيق الشاوي، سيادة الشريعة الإسلامية في مصر (الزهراء للإعلام العربي) ص 8.



2 - مراقبة تطبيق هذه التقنيات وتوحيد الأحكام الصادرة عن المحاكم وسيرها وهي تقابل ما تقوم به المحكمة العليا أو النقض<sup>(1)</sup>.

والحديث عن مبدأ المشروعية يرتبط به مبدأ الشرعية ، فالشرعية تعني في فقه القانون الوضعي تلك الصفة التي ترتبط بالقانون والتابعة له في مدى مطابقة الموضوع أو الفعل أو التدبير (الإجراءات) على النص المحدد ، وهو مبدأ ملاحظ على مستوى التشريعات العقابية إذ تحكمها قاعدة : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، و هي بذلك لا تختلف عن أحكام الشريعة الإسلامية العقوبات فيها مقدرة ومحددة في كل من الحدود والقصاص ، أما جرائم التعزير فالأصل أنها غير مقدرة ويرجع فيها إلى اجتهاد القاضي لكن مع تقنين الفقه الإسلامي تتحدد في مجملها لتوحيد القضاء ، وتبقى للقاضي مجالاً لاجتهاد بين حدين أدنى وأعلى ، ولما كان التقنين إلزام من أولي الأمر وتقدير التعازير من صلاحياتهم الطاعة في حقهم واجبة ، لم يبق مجال للحديث عن التصادم بين مبدأ الشرعية وعقوبات التعزير .

### المطلب الثالث : مراعاة المصلحة والعرف وضوابطهما.

قد لاحظنا في منهج التقنين أن مسألة التلفيق وإن اختلف فيها، إلا أنها أخرجت من دائرة الخلاف وعمل بها تحقيقاً لمصلحة رعاها العلماء خدمة للشريعة وتيسير للأمة وهي السبب نفسه الذي أسند لولي الأمر حق الإلزام. والقاعدة هي "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة". وهو العلة التي جعلت لجنة المجلة تصوغ آراء مرجوحة في المذهب .  
والمصلحة بمباحثها موضوع اكتظت بها كتب الأصوليين قديماً وحديثاً ، وهي غنية عن كل بحث وتعريف .

لكن الذي يهمنا هو الأسس التي تقوم عليها المصلحة التي تراعى عند التقنين .  
هذا وقد جاء في مشروع القانون المقدم لمجلس الشورى اليمني النص على أن تعمل الهيئة التي تقوم بتقنين الفقه على تحري مقاصد الشارع ، وهي المصالح بأنواعها الثلاثة<sup>(2)</sup> الضروريات (حفظ النفس والدين والعرض والمال والعقل) وحاجيات وتحسينيات ، وشروطها :

(1) أبو المعاطي أبو الفتوح ، "تقنين الأحكام الشرعية" مجلة العلوم الإسلامية (العدد الثالث : جمادى الثانية 1412 هـ - 1992 ، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة الجزائر) ص 101.

(2) المادة 17-18-19-20 من المشروع عن : جمال الدين عطيه "تاريخ التقنين" المسلم المعاصر . ص 79.

- 1 - أن تثبت بالبحث وإنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية .
- 2 - أن تكون هذه المصلحة حقيقية عامة ، لا خاصة بمعنى : أن بناء الحكم فيها يجلب نفعاً لأكثر الناس أو يدفع ضرراً عن أكثرهم .
- 3 - أن لا يعارض التشريع لهذه المصلحة الحقيقية العامة نصاً قطعياً ولا إجماعاً .
- 4 - رفع الضرر ورفع الحرج مقصدان شرعيان .
- ترجح هذه المصلحة على النص والإجماع عند التعارض بشروط ثلاثة :
- 5 - أن تكون هذه المصلحة ضرورية لا حاجية ولا تحسينية .
- 6 - أن تكون هذه المصلحة قطعياً لا ظنية .
- 7 - أن تكون هذه المصلحة كلية .

أما بالنسبة للعرف ، فرأينا أنه أيضاً أساس اعتمد في تقنين الفقه الإسلامي ، حتى أنه بالنسبة لهيئة التقنين في مجلس الشورى الليبي ، رأيناها وقد رجحت واختارت المذهب المالكي تلتزم به عند التقنين وسندها في ذلك العرف والعادة .

هذا والعرف الذي يراعى عند التقنين هو العرف الصحيح وهو ما تعارفه الناس ، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ما لا يخالف دليلاً شرعياً ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً<sup>(1)</sup>.

(1) المادة 21 من المشروع السابق . المرجع نفسه .

### الخلاصة:

مما يتبين لنا إذا أن منهج التقنين وضوابطه عبارة عن أسس تقوم عليها عملية التقنين مع تميز أحكامه خاصة فيما يتعلق بالجهة التي لها حق الإلزام و الإصدار ، (وهي في الفقه الإسلامي أهل الحل والعقد وفي الفقه الغربي السلطة التشريعية) . وكذا بالنسبة لتوظيف القواعد الفقهية في عملية التقنين، ومراعاة مصطلحات الفقه الإسلامي عموما ومصطلحات المذهب خصوصا ، وكذا تميزه بالصياغة التي تنتج عنها تميز في التبويب أما بالنسبة للضوابط فرأينا أنها أسس يأتي معها التقنين بالمقصد الذي من أجله يكون وسيلة لتطبيق الشريعة الإسلامية وهي عموما تتمثل في النص على أن الشريعة المصدر الوحيد للتشريع .

ثم مراعاة مبدأ سيادة الشريعة ، وتبيان ضوابط المصلحة والعرف الذين يجب مراعاتهما عند التقنين .

## الفصل الرابع: دراسة في قانون الأسرة الجزائري نموذج لعمليّة التقنين في الفقه الإسلامي.

جامعة الجزائر  
القادر للعلوم الإسلامية

## الفصل الرابع :دراسة في قانون الأسرة الجزائري نموذج لعملية التقنين في الفقه الإسلامي.

نعلم أن قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب قانون رقم 11-84 هو عبارة عن أحكام للفقه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية صبت في قواعد قانونية وجمعت في قانون مكتوب . هذا ودراسته كنموذج لتقنين الفقه الإسلامي لها أهميتها في تقييم القانون ، وتحدد في إسقاط أسس منهج التقنين التي تم الحديث عنها في الفصل السابق .

فإذا علمنا أن منهج التقنين يقوم على أمرين : الناحية الداخلية (الموضوعية) والناحية الخارجية (الإجراءات) ؛ فإن دراسة قانون الأسرة الجزائري من الناحية الخارجية يكون بتحديد المصطلح ومعرفة مراحلها والجهة المصدرة له وشروحه ؛ وتأتي دراسته من الناحية الداخلية بمعرفة نطاقه ومصدره والخطوات المنهجية له .

ويمكن تقسيم الدراسة في هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : في مفهوم قانون الأسرة .

المبحث الثاني : في تقييم قانون الأسرة على ضوء الخطوات المنهجية .

## المبحث الأول : في مفهوم قانون الأسرة .

معرفة مصطلح "قانون الأسرة الجزائري" وعلاقته بمصطلح الأحوال الشخصية ثم مجال كل منهما توطئة لها أهميتها في تقييم قانون الأسرة الجزائري على ضوء المنهج .

ومن ثم فهذا المبحث ينقسم إلى :

المطلب الأول : تحديد مصطلح " قانون الأسرة الجزائري" وعلاقته بمسمى الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني : المراحل التي مرّ بها ، مصدره ، موضوعه شروحه .

وتفصيل ذلك كما يلي :

المطلب الأول : تحديد مصطلح "قانون الأسرة الجزائري" وعلاقته بمسمى الأحوال الشخصية .

وفيه نتناول التعريف بقانون الأسرة كمصطلح ثم علاقته بـ "قانون الأحوال الشخصية" على

أساس أنه المسمى الذي يقابل هذا الفرع من القانون في البلاد العربية والإسلامية .

الفرع الأول: التعريف بقانون الأسرة.

كلمة "قانون الأسرة" تتكون من كلمتين "قانون" و "أسرة" .

أما كلمة "قانون" فقد سبق التعريف بها لغة وهي اصطلاحاً تعني : "مجموع القواعد التي تقيم

نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه والتي يباط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والإلزام" (1).

أما كلمة أسرة فقد جاء في لسان العرب : الأسرة : الدرع الحصين وأسرة الرجل عشيرته

وربطه الأذنون لأنه يتقوى بهم(2).

"واستعمالاً [في الفقه الإسلامي] تطلق على مجموعة من الأفراد ، فهي تضم : الزوجين

والأولاد ... كما تضم فروع الأولاد وهم الأحفاد ، كما تضم أصول الآباء والأمهات وهم الأجداد

والجدات ، وتشمل فروع الأبوين الأخوة والأخوات ، وأبنائهم ، وتضم فروع الأجداد والجدات ، وهم

الأعمام والأخوال وأبنائهم ، ومن ثمّ فكلمة أسرة شاملة لكل الأقارب جميعاً سواء الأذنون أو الذين هم

في درجة بعيدة"(3).

(1) حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ص 19 .

(2) ابن منظور ، لسان العرب ج1 ص 77 - 78 .

(3) أحمد أفزاز نظام الأسرة في الفقه الإسلامي" مجلة الميادين (عدد خاص ، جامعة محمد الخامس كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية) وجدة المملكة المغربية 1409 هـ - 1989م) ص 34-35.

هذا وكلمة أسرة لم يرد بها القرآن الكريم كما أن الفقهاء لم يستعملوها في عباراتهم للمعنى المقصود هنا بل عبروا عنها بالأهل والأهل والعيال<sup>(1)</sup>.

وقد حددها القانون المدني الجزائري في قوله : "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد" المادة 23 ق م ج .

الفرع الثاني : تعريف المركب الإضافي وعلاقته بمسمى الأحوال الشخصية .

هذا والمراد بأحكام "قانون الأسرة" إذا أطلق "مجموعة القواعد التي تنظم حالة الشخص وعلاقته المالية وغير المالية مع أسرته ومجتمعه"<sup>(2)</sup>.  
بمعنى أنها قواعد تنظم :

- 1 - أحكام الزواج وما يترتب عليه من صداق ونفقة ورضاع وحضانة وطلاق وعدة وغيره .
- 2 - أحكام النيابة الشرعية من أهلية ووصاية وأنواعها .
- 3 - أحكام الميراث وما يتعلق به .
- 4 - أحكام التبرعات من هبة ووقف ووصية .

وهي بهذا المعنى أوسع من دلالة الأسرة ، لذلك نجد من يعترض على المشرع الجزائري لهذه التسمية لأن قانون الأسرة الجزائري لا تتجاوز المسائل المنظمة فيه للأسرة نصف مواده<sup>(2)</sup> والأولى ولو سماه قانون الأحوال الشخصية<sup>(3)</sup>.

(1) وزارة الأوقاف الكويتية والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية (الكويت 1984) ج4 ص 223 .

(2) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق - (المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري 1986م) ج1 ص 12

(3) علي علي سليمان "التعارض بين قانون الأسرة الجزائري و ق م ج مجلة الشرطة ع 49 (مديرية الأمن الوطني ، الجزائر ، أكتوبر 1992) ص 11 .

وإذا علمنا أن مصطلح الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup> هو المتداول في التشريعات العربية والإسلامية والذي أستخدم به على : "المسائل التي تتعلق بأحوال الناس وأهليتهم والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين والمسائل المتعلقة بالطلاق ، والتفريق والمسائل المتعلقة بالبنوة والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار والمسائل المتعلقة بالوصاية والولاية والوصية"<sup>(2)</sup>. وهي الأمور والمسائل التي تناولها قانون الأسرة الجزائري ، بل إنه أضاف بعض الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، كالوقف والهيئة .. وهي من عقود التبرعات ولأنها كذلك ، وأنها تقوم على فكرة التصديق المندوب إليه شرعا ، ضمها المشرع الجزائري في مسائل هذا القانون .

هذا وإذا علمنا أن المشرع الجزائري سماه - أي قانون الأسرة- في غير هذا الموضوع وبالتحديد في القانون المدني والذي جاء قانون الأسرة مكملا له ، سماه في م 774 و م 775 : الأحوال الشخصية<sup>(3)</sup>، وإن كان قد جعلها في مقابل عبارة Code de famille الفرنسية والتي تعني قانون العائلة أو قانون الأسرة ، لكنه اختلف في التسمية مثبت ليس له ما يبرره خاصة إذا علمنا أنه بمواضيعه هو قانون الأحوال الشخصية وليس قانون للأسرة فقط .

(1) (يعود استعمال مصطلح الأحوال الشخصية إلى عهد روما كناية عن القوانين المحلية الأجنبية وفي مقابل الأحوال العينية (المالية) جاء مسمى الأحوال الشخصية والذي يعني القواعد القانونية التي تنظم وتتبع الشخص أينما كان ، بينما العينية (المالية) فيقتصر سلطانها على مكان معين ويحكم ما يوجد فيه من أموال ، ثم داعت التسمية والتقسيم وأصبح القانون المدني يقسم إلى طائفتين ، الأحوال المتعلقة بالأشخاص ، الأحوال المتعلقة بالأموال واقتضرت التسمية إلى الأحوال العينية وأحوال شخصية ، وهو تقسيم غير محدد لدى الفقهاء القانونيون من حيث المواضيع التي تناولها كل منهما ومعيار التفرقة ) . راجع : معوض عبد النواب : موسوعة الأحوال الشخصية (ط6 منشأة المعارف الإسكندرية 1995) ج 1 ص 21 وما بعدها ؛ وعبد الكريم شهبون "التشريع والقضاء في المغرب وارتباطه بالتشريع الإسلامي" (مجلة الميادين عدد خاص ؛ مدونة الأحوال الشخصية المغربية ونظور الواقع الاجتماعي المغربي) ص 51-66 .

(وَأول ما عرف فيه المصطلح في الفقه الإسلامي كان على يد محمد قدرى باشا عندما ألف كتابه الموسوم بـ : "الأحكام الشرعية في معرفة الأحوال الشخصية" فمصطلح الأحوال الشخصية دخيل في الفقه الإسلامي لأننا نعلم أنه بمواضيعه جاء ضمن أحكام المعاملات وليس مستقلا) عن : أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية وما عليه العمل في الكويت (ط2 ، مكتبة الفلاح ، الكويت 1402 - 1982) ص 21-22.

(2) (المادة 135 قانون التنظيم القضائي المصري رقم 147 الصادر في 1949/8/28) ، أحمد الغندور المرجع نفسه ص 21.

(3) نص المادة 774 : "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة..." ؛ المادة 775 "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية..." .



المطلب الثاني : المراحل التي مر بها ومصادرها وموضوعه وشروطه .

الفرع الأول : المراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائري .

يعتبر قانون الأسرة الصادر بقانون رقم 11-84 بتاريخ 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 جوان 1984 م ؛ أول تقنين للأسرة أو الأحوال الشخصية في الجزائر يصدر مكتوبا ، بعد سلسلة مشاريع عرفت الساحة التشريعية في البلاد بعد الاستقلال (1962 م) .

هذا وإن أول قانون للأحوال الشخصية يعود تاريخ صدوره إلى 26-5-1873 م والقرار الصادر في 17-04-1889 م تلاه القانون الصادر في 7-6-1889 م المنقح بقرار 25-5-1892 م والذي خصص فيه القضاء الشرعي بالنظر في الأُنكحة والمواريث ، وتنفيذ أحكام قضاة الصلح ، وفي تاريخ 11-7-1957 صدر قانون رقم 57-778 الخاص بالولاية كما صدر قانون خاص بالزواج والطلاق في : 4-2-1959 تحت رقم 39-7082<sup>(1)</sup> .

أما بعد الاستقلال فقد استمر العمل وفق قواعد النظام الفرنسي حتى صدور قانون بتاريخ 29-06-63 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية والأوامر الصادر في 23 جوان 1966 ؛ 16 سبتمبر 1969 ؛ و 12 سبتمبر 1971 الخاصة بكيفية إثبات الزواج<sup>(2)</sup> .

الفرع الثاني : موضوعه ومصادره وشروطه .

قانون الأسرة الجزائري جاء لينظم العلاقات المالية ، وغير المالية وحالة الشخص ، توزعت مواضيعه على أربعة كتب ؛ الأول : في الزواج وانحلاله ، والثاني في النيابة الشرعية ، والثالث في الميراث والرابع في التبرعات .

ولأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي لمواد هذا القانون المادة : 222 قانون الأسرة الجزائري ، وهي أيضا مصدرا احتياطيا للقانون المدني المادة الأولى الفقرة الأولى ق م ج . فإن القاضي مطالب بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يجد فيه نص قانوني في التشريع بالقدر الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة للقانون الوضعي في جملته حفاظا على تجانس

(1) أحمد حماني "حول مشاكل الأسرة" الأصاله ، السنة الثالثة العدد 13 (صفر- ربيع الأول 1393 هـ ماي أفريل 1973 م) ص 12-13 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في ق أ ج (ط2 دار البعث قسنطينة الجزائر 1989 م) ص 10 .

(2) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائر (الزواج والطلاق) (ديوان المطبوعات الجامعية 1994) ج1 ص 18-19 .

## أحكام التشريع في البلاد. (1)

أما مصادره فقد جاءت أحكام قانون الأسرة فيه مستمدة في معظمها من المذهب المالكي السائد في البلاد، وهو أمر يجد أساسه في ارتباط أحكام كثيرة بالعادات والتقاليد السائدة في المجتمع ومع ذلك لم يمنع المشرع من الأخذ واعتماد غير المذهب المالكي بما يراه مناسباً ومحققاً للمصلحة .

منها مثلاً في باب النكاح (الزواج) جاء في المادة العاشرة (10) " ...أن يكون الرضى بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر " وهو ما ذهب إليه الحنفية حيث لم يقتصر الإيجاب على ولي المرأة كما هو الحال عند الجمهور (2).

وكذلك في جعل العقد غير الصحيح مرتبتيين : باطل وفاسد (م 32 - 35 قانون الأسرة الجزائري) ، وهو مذهب للحنفية خلافاً لما ذهب إليه الجمهور الذين يعتبرون غير الصحيح مرتبة واحدة هي البطلان (3).

والقول بميراث ذوي الأرحام (م 168 من نفس القانون) وما اعتمده من توريث ذوي الأرحام بطريقة أهل القرابة (4).

كما أخذ عن غير المذاهب الأربعة في مثل مسألة اشتراط الأهلية في الزواج ، إذ لم يقر بزواج الصغير واعتبره باطلاً ولم يرتب عليه أي أثر (المادة 07 قانون الأسرة الجزائري) وهو قول لابن شبرمه (تر: 58) وعثمان (تر: 8) البتي وأبي بكر الأصم (تر: 5). (5)

كما جاء القانون بأحكام ليست من الشريعة الإسلامية بل مخالفة لها كما هو الحال في المادة الثامنة 08 (قانون الأسرة الجزائري) حيث جاء فيها النص على إباحة التعدد لكن مقيداً بشروط تجعل تحقيقه أمراً مستحيل، (6) وتعليق وقوع الطلاق على حكم (م 49) التي يفهم منها سلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق بجعله بيد القاضي .

ومنها تحديد سن التمييز عند 16 عندما أحال إلى ق م ج 42 والشريعة الإسلامية تجعله قبل ذلك هو سن السابعة .

(1) المرجع نفسه ص 19 . وما بعدها .

(2) محمد محدة ، الخطبة والزواج -دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية- (باتنة دار الشهاب 1994 م) ص 140 .

(3) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون- (ط2 دار النهضة العربية بيروت 1393 هـ - 1977م) ص 95-96.

(4) محمد محدة ، التركات والموارث ص

(5) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 (الزواج والطلاق) ص 92 .

(6) محمد محدة الخطبة والزواج ص 342.

كما أعطى المطلقة طلاقاً بانناً بينونة كبرى حق الميراث إذا توفي مطلقها في عدتها (م 132) والأمر نفسه بالنسبة للمطلق وهو أمر لم يقل به أحد من الفقهاء فيما عدا حالة قصد الإضرار.<sup>(1)</sup> هذا وعلى الرغم من حداثة قانون الأسرة الجزائري إلا أنه جاءت عليه شروح تناولته بالدراسة والتأصيل (رد الأحكام إلى أصلها في الفقه الإسلامي) والتقييم والنقد ، ومحاولة سد ما ورد فيه من نقص ، وهو أمر لا يخلو منه أي عمل بشري خاصة التقنيات حيث يعمل التطبيق القضائي والتفسير الفقهي على مواجهة هذا الخلل والاستدراك على المشرع فيما شاب التقنين من ثغرات إلى حين مراجعته وتلقيحه<sup>(2)</sup>. وأهم هذه الشروح :

- مؤلفات لمحمد محدة في فقه الأسرة منها : الخطبة والزواج التركات والمواريث .
  - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري لعبد العزيز سعد .
  - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري بلحاج العربي .
  - شرح قانون الأسرة الجزائري لفضيل سعد .
- هذا وقانون الأسرة الجزائري من فروع القانون الخاص ، الأصل فيه أنه تابع للقانون المدني الذي يعتبر قانوناً عاماً لكافة فروع القانون الخاص إلا أنه أفرد قانون الأسرة بقانون مستقل لاعتبارات تاريخية وموضوعية<sup>(3)</sup>.
- و قانون الأسرة الجزائري مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالقانون المدني فكثير من مواد القانون المدني تحيل إلى قانون الأسرة - مادة 31 م ، م 774 - م 775 . جملة وأحال إليه معنا في م 31 ، م 408 . كما أحال قانون الأسرة في مواد الأهلية (النيابة الشرعية) إلى القانون المدني .

(1) محمد محدة ، التركات والمواريث ص 71 .

(2) يذكر إلى حين كتابة هذه الأسطر طرح مشروع تعديل بعض مواد قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 وهي اقتراحات لم تتناول سد ثغرات القانون الشكلية والموضوعية بقدر ما كانت استطرادات وتعليقات عبرت عنها جمعيات نسوية وأطراف لا يبدو هدفها الرقي بالقانون وجعله محققاً للعدالة كما تدعي ، بقدر ما هو ظل نوايا خبيثة تحملها نفوس هي أبعد عن أن ترتضي بقانون مصدره الأصلي الفقه الإسلامي ولمن شاء فليضطلع على مشروع التعديل .

(3) راجع عباس الصراف ، جورج حزبون المدخل إلى علم القانون (ط2 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 1991) ص 27 .

## المبحث الثاني : تقييم قانون الأسرة الجزائري على ضوء المنهج .

الخطوات المنهجية لعملية التقنين تتحدد في التبويب والمصطلحات واللغة والأسلوب ، وحتى يكون التقنين علميا يجب أن تكون تلك الخطوات علمية أيضا .

المطلب الأول : التبويب في قانون الأسرة الجزائري لغته ومصطلحاته .

الفرع الأول : تقييم قانون الأسرة الجزائري من حيث التبويب .

قد رأينا أنه حتى يكون التبويب علميا يجب أن يراعى فيه ما يلي :

- 1 - إظهار الجانب النظري وتبيان الأهمية العلمية للتقنين .
- 2 - ارتباط الفصول بالأبواب ارتباطا منطقيا .
- 3 - تقديم كل باب بأحكام عامة .
- 4 - اجتناب ذكر الأمثلة ، التسييب والتدليل على الأحكام وكذا التعريفات والتقسيمات .
- 5 - ترك مجال للاجتهاد القضائي .

وعلى ضوء ذلك نحاول إسقاط ما ورد في قانون الأسرة الجزائري عليها ونلاحظ مدى مراعاة المشرع الجزائري لهذه القواعد .

أولا- بروز الجانب النظري في التبويب :

فإن المشرع الجزائري قد وفق لذلك فنجده يعالج المسائل والقضايا التي شملها القانون بصورة نظرية دون الخوض في التفاصيل الفقهية ، فيكتفي بإيراد الحكم الخاص بكل مسألة بعيدا عن الاختلافات الفقهية على كثرتها وتشعبها في الفقه الإسلامي ، وهو أمر ساعد في ضبط الأحكام الخاصة بمواضيع القانون ووفر على القاضى عناء البحث عن الحكم في بطون كتب الفقه أو حتى في غير كتب الفقه .

ثانيا- من حيث ارتباط الفصول بالأبواب ارتباطا منطقيا :

من هذا الجانب فإن على قانون الأسرة الجزائري ملاحظات نجد المشرع قد وقع مخطئا فيها وتمثلت في :

التقسيم و عنوانة الفصول و إيراد المواضيع في غير محلها .

أ- من حيث التفسير:\*

القانون مقسم إلى أربعة كتب يكتفي المشرع بتقسيم الكتاب الأول إلى أبواب بينما الكتب الأخرى قسمها إلى فصول مباشرة ، وهو أمر - كما هو ملاحظ- اضطره إليه سعة الكتاب الأول ، إذ قسمه إلى بابين ثم قسم البابين إلى فصول جاءت موزعة على 76 مادة (م 4 - 80 ) بينما الكتب التي قسمت إلى فصول فقط كانت دون ذلك في السعة ، أما الثاني فقد جاء في 46 مادة (م 81 - 125) ، الثالث 57 مادة والرابع أربعون (40) مادة.

وكان بإمكانه تجنب ذلك لو أنه جعل القانون خمسة أبواب الأول في الزواج والثاني في انحلال الزواج ، والثالث في النيابة الشرعية والرابع في الميراث ، والخامس : التبرعات ، ثم قسم هذه الأبواب إلى فصول .

ب- الخطأ في عنونة الفصول :

حيث أن الكتاب الأول في الزواج وانحلاله ، فقد قسمه إلى قسمين (بابين) : الأول في الزواج والثاني في انحلاله ، ثم قسم الباب الأول إلى فصول الأول في الطلاق ، والثاني في آثار الطلاق ، والثالث في النفقة ، لكن المشرع بهذا التقسيم قد أخطأ في جعل عنوان الفصل الثاني : آثار الطلاق والصحيح أنها آثار انحلال الزواج ، إذا علمنا أنه عرف انحلال الزواج م 47 : "تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة" وأنه تحدث في الفصل الثاني عن الآثار المترتب عن الطلاق وعن الوفاة (م 58 - 61) في مسألة العدة ومسألة النزاع حول متاع البيت م 73 بصورة مباشرة وواضحة، وفي مسألة الحضانة بصورة غير مباشرة ، ومع ذلك ، ففي جملتها هي آثار انحلال الزواج (طلاق أو وفاة) وليست آثار للطلاق فقط ، والأصح أن يجعل العنوان آثار انحلال الزواج .

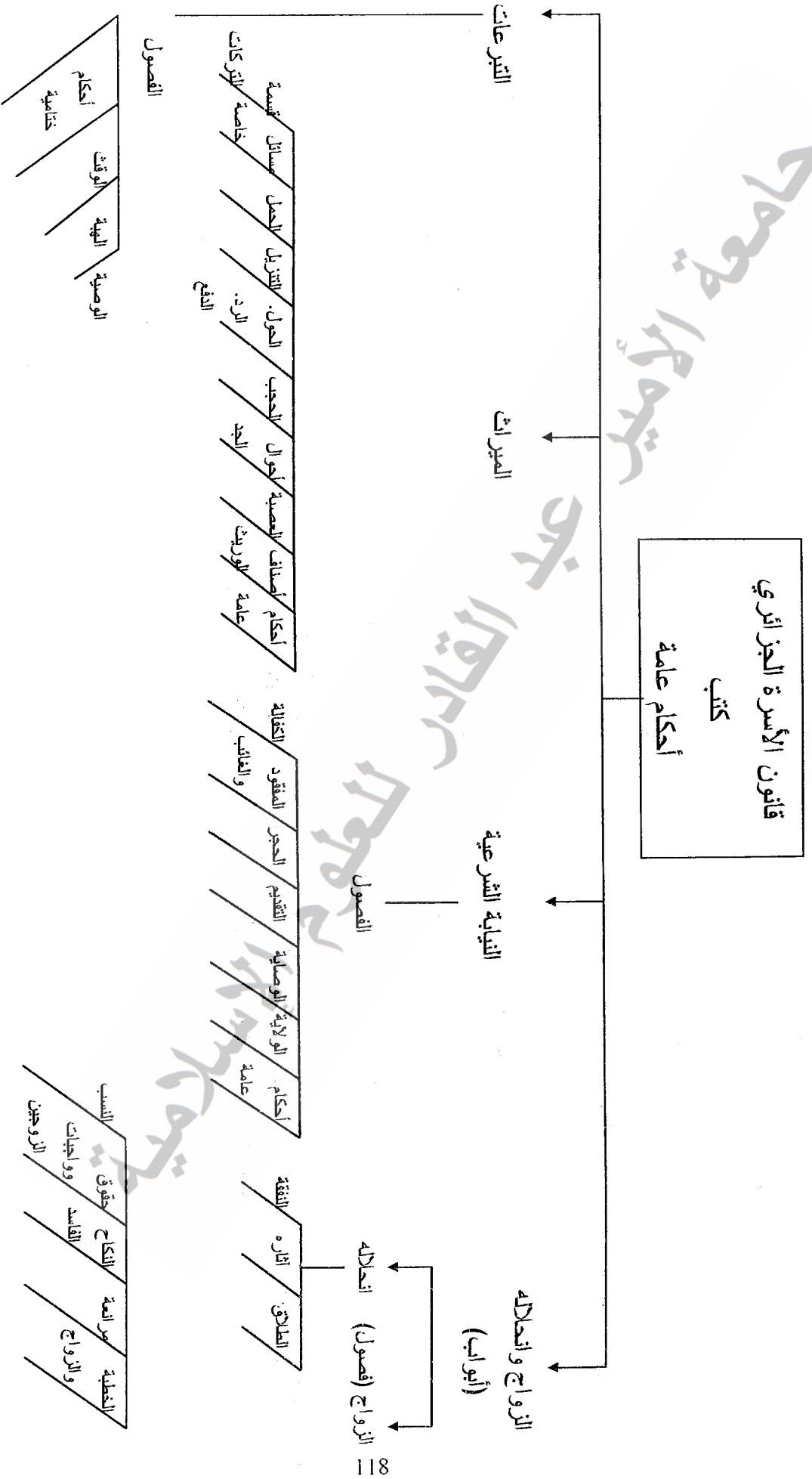
كذلك نأتي إلى الكتاب الثالث المادة 175 عنون لها ضمن المسائل الخاصة بـ : " الأكدرية والغراء" وهي بهذا العنوان توحي أن هناك مسألتان إحداهما الأكدرية والأخرى الغراء لكن الفقه عرف الأكدرية وسماها الغراء بمعنى أن الأكدرية والغراء اسمان لمسألة واحدة .

ج- خطأ في إيراد المواضع في غير مكانها :

تمثلت على وجه الخصوص في مسألة النفقة ومسكن الزوجية وأحكام الغائب والمفقود.

1- بالنسبة للنفقة: أوردتها في باب "انحلال الزواج" الفصل الثالث م 74 - م 79 مع أن النفقة في الفقه الإسلامي تثبت بالزواج فهي من آثار الزواج وليست من انحلال الزواج .

\* لاحظ المخطط التفصيلي .



- 2- مسكن الزوجية : بالنسبة للحاضنة أوردتها في المادة 52 في حديثه عن حالة التعسف في الطلاق، ثم يعود للحديث عن الحضانة ضمن آثار الطلاق بعد أن أفرد لها عنوان : "الحضانة" بين المادة 62 إلى م 72 والأجدى لو تناولها مجتمعة في مكان واحد . ولا داعي لتلك التفرقة .
- 3- أحكام الغائب والمفقود : أوردتها في الباب الثالث : النيابة الشرعية وهو موضوع جاء في الفقه الإسلامي ضمن باب الفرائض (المواريث) وهو ألصق بالمواريث منه بغيره وإن كانت المدونات القانونية والبحوث الفقهية على جعله في باب النيابة الشرعية باعتبار كونه نوعا من الولاية على النفس والمعروفة بالوكالة القضائية.(1)
- 4- جعل الفصل الختامي ضمن كتاب التبرعات على الرغم من أنه فصل ختامي لكافة القانون وليس للكتاب الرابع فقط .

ثالثا - استحسن تقديم كل باب بأحكام عامة :

التقنين للأسرة الجزائري رقم 11-84 جاءت فيه أحكام عامة ، تقدمت القانون كله في ثلاث مواد (1-2-3) وهي مواد جاءت تبين أهمية الأسرة بالنسبة للمجتمع والأفراد ، ومع أن القانون شمل أحكاما تنظم الأسرة لكنه شمل أيضا أحكاما تتعلق بحالة الشخص وعلاقاته المالية (النيابة الشرعية ، التبرعات ، الميراث) .

وكان أولى بالمشروع الجزائري ، -وقد استمد القانون من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية- أن يصدر القانون بالقواعد الفقهية التي يدور عليها الاجتهاد في الفقه الإسلامي (كالقواعد الخمس مثلا) لأنها قواعد محكمة في صيغتها ودلالاتها على الأحكام الشرعية ، وهي مع ذلك تسهل على القاضي إيجاد الحكم وتوجيه رأي المشرع . فيما غمض من المسائل على ضوء تلك القواعد تفسيرا وتطبيقا .

هذا وإن كان المشرع الجزائري قد أخطأ في تصدير القانون بأحكام عامة ، حيث جاءت قاصرة على أن تشمل كل القانون أو حتى تلك التي أوردتها في الكتاب الثاني إذ تصدر موضوع النيابة الشرعية بمواد جعلها أحكاما عامة. لكنها جاءت معيبة من حيث كونها مواد أكثر فيها المشرع من الإحالات إلى القانون المدني مما طبع القانون في هذه المسائل بالغموض .

ومع ذلك فقد جاء في موضع آخر بأحكام عامة لموضوع الميراث تناول فيها أسباب الإرث وموانعه (م 126 - م 138 ق أ ج) وقد وفق لذلك إذ أنه بمعرفة أسباب الميراث وموانعه تتحدد مسائل الميراث ويسهل تناولها ومعرفة الأحكام المتعلقة به .

(1) راجع وهبه زحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، النظريات الفقهية والعقود ، (دار الفكر دمشق ) ج4 ص 145 .

#### رابعاً - خلو القانون من الأمثلة والنسيب للأحكام:

وهي علامة على كون التبويب علمي ومع ذلك فإنه يلاحظ عليه كثرة التعاريف ، وكثرة التعاريف كما سبق بيانه على أهميتها عليها مأخذ كونها تفقد التبويب الصفة العلمية ، لأن مجالها الفقه ، بالإضافة إلى أنها لم تخل في هذا القانون من عيب في الأسلوب والصياغة .  
والمواد التي جاءت كتعاريف :

م 02 : تعريف الأسرة ، م 04 في تعريف الزواج ، المادة 14 في تعريف الصداق المادة 48 تعريف الطلاق ، المادة 62 في تعريف الحضانة ، م 99 في تعريف التقديم ، م 109 في تعريف المفقود ، م 116 في تعريف الكفالة ، م 140 في تعريف الفروض ، م 150 في تعريف العاصب ، م 152 تعريف العاصب بنفسه، م 155 في تعريف العاصب بغيره ، المادة 159 في تعريف الحجب ، المادة 106 في تعريف العول ، م 148 في تعريف الوصية ، م 202 الهبة ، م 213 الوقف .

خامساً - هذا وأحكام القانون جاءت مرنة سهلة ترك فيها مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي ، تبيين من خلال سكوت المشرع عن تقدير بعض المسائل ، وتركها إياها لسلطة القاضي التقديرية مع إحالته في الختام في م 222 قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

ومن أمثلة ذلك : سكوته عن تقدير المبرر الشرعي الذي يجب به حق التعدد في (م 08)، شروط الحاضن (م 2/62) تقدير قيمة النفقة (م 79) الإذن في التصرف في أموال القاصر (م 84) في تعيين المقدم ، في إسناد حكم الحجر للقاضي مع الاستعانة بالخبرة (م 103) .

#### الفرع الثاني: الاصطلاحات واللغة .

في هذا الفرع نتناول بالدراسة لغة قانون الأسرة رقم 11-84 والاصطلاحات لأن كلا منهما عليه ملاحظات :

#### أولاً- الاصطلاحات:

أما اصطلاح قانون الأسرة الجزائري فممنقذ من جهة كون المشرع يورد للمعنى الواحد اصطلاحات مختلفة بحيث لا يحتفظ بمصطلح واحد يسير عليه ، ثم إنه يأتي من جهة أخرى بعبارات تخالف المعنى الذي تصدق عليه أو المتعارف عليه بل حتى اللفظ الذي استعمله من قبل وهو أمر أدى به إلى الوقوع في التناقض والخلط وطبع القانون بالغموض :



1- ويبدو ذلك جليا عندما تعرض في الكتاب الثاني : (النيابة الشرعية) إلى الإذن والإجازة وفي مواضع أخرى من القانون .

فالمشرع الجزائري أورد في قانون الأسرة الجزائري ثلاث مصطلحات :

- الإجازة والتي تقابل المصطلح الفرنسي Confirmation والإقرار التي تأتي في معنى L'aveu والإذن والرخصة التي تقابل l'autorisation<sup>(1)</sup>.

لكنه عند إيراده لهذه المصطلحات لم يراع فيها المعنى وما تصدق عليه وما يقابلها في اللغة الفرنسية فنجده يورد كلمة إجازة ويريد بها الإذن ويضع الإقرار في معنى الإذن .

فالمادة 83 جاء فيها : " ... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي ... " ويقابلها في النص

الفرنسي « Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ... » فجاء بكلمة إجازة وأراد بها الإذن ، وهو في القانون المدني جعلها مقابلة للعبارة الفرنسية « confirmation » م 100 (ق م ج) ، أي إجازة. الشيء الذي أحدث تناقضا بين المادتين في الحكم والدلالة خاصة والقانون المدني جاء قانون الأسرة مكمل له .

هذا مع العلم أن الإجازة غير الإذن ، فالإجازة لا تصدر إلا ممن هو طرف في العقد (القاصر بعد رشده) وترد على العقد الصحيح القابل للإبطال<sup>(2)</sup>.

وفي مجلة الأحكام العدلية الإجازة قولية وفعلية : أما القولية هي كل لفظ يدل على الرضى بلزوم البيع [مثلا] كأجزت ورضيت (م 303).

وأما الفعلية : هي كل فعل يدل على الرضى (م 304)

وفي القاموس الفقهي : "أجاز العقد أمضاه ونفذه"<sup>(3)</sup>

أما الإذن ، عرفه بأنه : "فك الحجر وإطلاق التصرف كما كان ممنوعا شرعا"<sup>(4)</sup>.

وجاء في المجلة م 942 : " الإذن : فك الحجر وإسقاط حق المنع".

هذا ويقترح علي سليمان : اصطلاح "الإقرار" بدل "الإجازة"<sup>(5)</sup>.

وهو اقتراح لا يسلم به إذا جعل الإقرار بدل الإجازة يوقعنا في الخلط الذي نسعى لإزالته عن هذا القانون ، فالإقرار كما هو معلوم اصطلاح يقابل البينة ، عالجه القانون المدني (م 341 - م 342)

(1) ر. تركي ، م. كباي ، القاموس القانوني -عربي فرنسي- مع نماذج للعرائض القانونية (المطبعة الرسمية ، الجزائر) ص 63 ، 33 .

(2) علي سليمان ، وجوب إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ص 272 .

(3) سعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي -لغة واصطلاحا- (ط2 دار الفكر دمشق 1408 ، 1988م) ص 73 .

(4) المرجع السابق ص 18 .

(5) علي سليمان المرجع نفسه .

في مقابل: L'aveu الفرنسية ، وفي قانون الأسرة الجزائري في مقابل « La reconnaissance » (م 40 - م 44) أي الاعتراف وهو الأصدق .

والأولى ومنعا للخلط أن يجعل كلمة إذن فيما ورد في م 83 بدل الإجازة والاعتراف بدل الإقرار في كل من م 40 و م 44 قانون الأسرة الجزائري .

وتترك الإجازة لما وردت له في القانون المدني م 100 .

2 - كما نجد المشرع في قانون الأسرة الجزائري يأتي إلى دلالات معان مختلفة ومتباينة ويجعلها بمسمى ومصطلح واحد كما حدث عند حديثه عن أركان الزواج والفساد والبطلان في عقد الزواج .

فنجده في م 09 يعد أركان الزواج : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق" .

وإذا جئنا إلى الفصل الثالث من هذا الكتاب نجده يضع عنوان : "النكاح الفاسد والباطل " وفيه يتضح الخلط في عد الأركان وتمييز ما هو شرط وما هو ركن .

إذ تنص المادة 33 : "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد" .

فالذي يبدو من خلال نص هذه المادة أن كل من الولي والشاهدين والصداق أركاننا ، وأن البطلان يكون إثر تخلف أكثر من ركن من هذه الأركان التي عدها ، وأن الفساد هو حكم العقد الذي يسقط فيه ركن واحد فقط وقلنا حكمه الفساد لأنه أثبت الزواج بعد الدخول بمهر المثل .

هذا وللإشارة فإن المشرع الجزائري قد تأثر بالشريعة الإسلامية في إيراد مصطلحات الفساد والبطلان<sup>(1)</sup> مع العلم أن هذا التقسيم هو للعقد غير الصحيح ، هو للحنفية خلافا للجمهور الذين يجعلون غير الصحيح مرتبة واحدة ومسمى واحد هو البطلان ، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري قد خالف الشريعة الإسلامية في اعتبار معيار الفساد والبطلان .

إذ أن العقد الباطل يختلف عن الفاسد من حيث الآثار فبينما يثبت العقد الفاسد آثاره بالتصحيح وهو دفع مهر المثل فإن الباطل لا تثبت به آثاره ولا يصحح لا بعد الدخول ولا قبله<sup>(2)</sup> فيما عدا آثارا تنتج عنه كواقعة مادية لا كعقد (ثبوت النسب ، استبراء المرأة) .

(1) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق (المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري 1986 م) ج1 ص 163 .

(2) مصطفى شليبي ، أحكام الأسرة ص 80 ؛ أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية ص 61 .

ويكون العقد باطلا إذا تخلف فيه ركن أو شرط للانعقاد كالصيغة ، والعقد على محرمة .

أما الفاسد فيكون بسقوط شرط أو شروط للصحة<sup>(1)</sup>.

وكلا من الزواج الباطل والفاسد يفسخان قبل الدخول ولا أثر عليهما ويختلفان بعد الدخول

فيفسخ الأول ويصبح كالعدم ويصحح الثاني .

ثم نأتي بعدها إلى الأركان :

فإننا نجد المالكية قد عدوا للزواج أربعة أركان ، العاقدان والصيغة والولي والصداق ، واستدركوا على عد الصداق ركنا بأن ذلك لاصطلاح عندهم لا غير<sup>(2)</sup> ، لأنهم لم يرتبوا على تخلفه بطلان العقد بل قالوا بصحة نكاح التفويض<sup>(3)</sup> كما عند الجمهور الذين يعدونه أثرا أو حكما من أحكام الزواج .

أما الشاهدين فليسوا بركن لا عند المالكية ، ولا عند غيرهم فلماذا عدّهما المشرع الجزائري

أركاننا ؟ أم أنه أطلق لفظ الركن ولم يرد به حقيقة الركن ؟

ذلك أنه عندما يأتي إلى الآثار ينطلق من صفة أخرى يعطيها لها وهي صفة الشروط ، فهي

أركان ابتداء ، لكن بتخلفها تأخذ حكم الشروط ، لذلك نجده يشترط لتحقيق البطلان أن يتخلف أكثر من

ركن واحد - بحسب تعبيره هو - م 32 قانون الأسرة الجزائري .

وهو في تناوله للبطلان لا يصرح بهذا المصطلح ، خاصة في الموضع الذي يستلزم ذلك ،

ومن مثله ما جاء في م 34 قانون الأسرة الجزائري حيث عبّر على البطلان بالفسخ ، والأولى لو قال :

"يبطل" لأننا بصدد العقد على محرّم ومن ثمّ فساد المحل أي البطلان<sup>(4)</sup>.

إذا فالمشرع الجزائري أراد أن يصل إلى نتيجة لكنه لم يحسن استعمال الوسيلة فيسمى

الشروط أركاننا سعيا منه لتبيان عظم خطرها ومنزلتها من العقد<sup>(5)</sup> ، وقبل ذلك رعاية ، وحفظا

(1) المرجع نفسه .

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (المطبعة الأزهرية مصر 1353 هـ - 1934 م) ج 2 ص 220

(3) نكاح التفويض : " أن يتزوج المرأة ولا يفرض لها مهر قلها مهر المثل بعد الدخول" المدونة ، مالك بن أنس

(مطبعة السعادة ، مصر 1323 هـ) ج 4 ص 86 .

ويجد سنده في قوله تعالى : { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على

موسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين } ، البقرة 234 والشاهد هو قوله تعالى { أو تفرضوا

لهن فريضة } .

(4) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، (الزواج والطلاق ) ج 1، ص 154 .

(5) محمد محدة، الخطبة والزواج ص 343 .

لمصلحة الطرف المتضرر خاصة المرأة في زمن غاب فيه الوازع الديني وقل فيه الوازع الأخلاقي ، ثم يعود بعدها ويثبت لها وصفها الحقيقي للسبب نفسه ومراعاة لذات المصلحة ، ولتعلق آثار الزواج بحقوق تتعدى المتعاقدين -النسب خاصة- ولو أنه احتفظ للأركان بصفاتها وتسميتها وللشروط كذلك لاجتناب التناقض والغموض بين ما يهدف إليه وما يقول به.(1)

3- من جهة أخرى نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 يأتي إلى اصطلاح ويعطيه حكما يخالف فيه دلالاته استعمالا وحكما.

كما فعل عند ذكره "للفاتحة" المادة 06 قانون الأسرة الجزائري حيث نص على أنه : "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة أعلاه" .

إذا فالمشرع الجزائري جعل "الفاتحة" التي هي في العرف الجزائري والاستعمال : عقد شرعي أو عرفي أو شفهي<sup>(2)</sup> في مرتبة واحدة مع الخطبة التي هي وعد بالزواج .

4- ثم إن المشرع نجده في مواضع أخرى يأتي باصطلاح جديد لمعنى يريده غير ذلك الذي عرف به فقها وقانونا ، بحيث يخرج -حتى- عن استعماله له قبلا... كما فعل عند إطلاقه لكلمة "التطليق" للدلالة على طلب الزوجة للطلاق ، وهو مصطلح لم تأت به آيات القرآن الكريم ولا أحاديث السنة النبوية الشريفة في المعنى الذي يريده المشرع هنا ولا كتب الفقهاء "وحبذا لو اقتصر على كلمة الطلاق فإنها تفي بالغرض"<sup>(3)</sup> ولأنه سبق وأن أوردته في تعريفه للطلاق فقال م 48 : " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..." فسمي طلب الزوجة للطلاق "طلاقا" ولم يسمه "تطليقا" كما فعل بعدها في المادة 53 من نفس القانون "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..." .

والأولى لو اقتصر على كلمة الطلاق لأنهما تصح استعمالا وحتى لا تتعدد المصطلحات في القانون لأن ذلك يعيبه بالغموض .

5- يلاحظ أيضا على قانون الأسرة الجزائري أنه جاءت فيه مصطلحات للدلالة على معان أو أحكام بصيغة جديدة وغير مألوفة ولا معروفة بها حتى تلك التي جاءت في باقي فروع القانون -كالمدني مثلا- ولا يمكننا معرفة دلالتها إلا بالرجوع إلى النص الفرنسي ، مثلما حدث في مسألة التقديم

(1) محمد محدة، المرجع نفسه .

(2) يأتي الحديث عنها مفصلا عند "الصياغة والأسلوب".

(3) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 244 .

(م 99-100 قانون الأسرة الجزائري) ، فالنقديم مصطلح غريب -فقها وقانونا- وهو يقابل كلمة Curatelle والتي تعني القوامة مع العلم أن هذه العبارة هي الأصح استعمالا في القانون والفقه كما أن المشرع الجزائري قد استعملها في القانون المدني م 44 وتداولتها القوانين العربية الأخرى ، أما النقديم فكلمة غير مشهورة وغريبة "وربما كانت مستمدة من بعض المذاهب غير المشهورة".<sup>(1)</sup>

6- ونجده يصطلح على معان معروفة ومألوفة وذات دلالات محددة لأكثر من معنى ودلالة وهو أمر يورث الخلط والتناقض ، مثلما هو الحال في مسألة الكفالة التي تناولها المشرع في قانون الأسرة الجزائري في الفصل السابع من الكتاب الثاني : النيابة الشرعية من م 116 إلى م 124 للدلالة على : "الالتزام على وجه التبرع بالقيام بالولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي" م 116 قانون الأسرة الجزائري. مع العلم أن الكفالة اصطلاح معروف في القانون المدني والمعاملات عامة ب : ضمان الدين وهي : "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام يأت بتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" م 644 قانون المدني الجزائري وهو الاصطلاح المعروف والمتداول وقد عقد لها المشرع الجزائري في القانون المدني بابا هو الحادي عشر (من المادة 644 إلى م 673)<sup>(2)</sup> هذا ويقترح علي سليمان مصطلح الضم والرعاية رفعا للبس ودفعاً للتناقض<sup>(3)</sup>.

ثانيا - اللغة :

جاء التقنين للأسرة الجزائري بلغتين فرنسية وعربية وفي كثير من الأحيان يختلف المعنى والمصطلح بين النصين (العربي والفرنسي) وقد رأينا نماذج منها في الاصطلاح وهو اختلاف يظهر بصورة أوضح فيما سيأتي :

أ- بداية تجدر الإشارة إلى أن القانون باللغة العربية جاءت فيه كلمات وعبارات مستقاة مباشرة من القرآن الكريم بلفظها وصياغتها ، وأخرى هي قاعدة فقهية أو ضابط فقهي .  
أما تلك التي جاءت مستقاة من القرآن الكريم فهي كما جاءت في المادة الرابعة (04) نص :

(1) علي سليمان ، وجوب إعادة النظر في ق م ج ص 275.

(2) راجع في ذلك القانون المدني الجزائري (الديوان الوطني للأشغال العمومية 1991) ص 120-123.

(3) علي سليمان ، "التعارض بين ق م و ق أ" (ع 49 الشرطة أكتوبر 92) ص 11-13.

"... أسرة أساسها المودة والرحمة..." وهو بهذا الترتيب بين كلمتين المودة والرحمة نجده في كتاب الله عز وجل : { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } الروم 20.

وجاء نص المادة 14 : "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة" ، ومثله في قوله تعالى : { وآتوا النساء صدقاتهن نحله } النساء 4 .

هذا بالنسبة للعبارات المأخوذة بلفظها من القرآن الكريم أما تلك التي أخذت من عبارات الفقهاء أو بمعناها وحكمها من الكتاب العزيز فقد جاء في المادة 61 : لا تخرج الزوجة المتوفى عنها زوجها ولا المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة وفاة زوجها أو عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة".

كما في قوله تعالى : { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة } الطلاق 1 .

ونجده في م 27 التي تنص : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" هو ضابط فقهي في الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup> وقبله هو حديث نبوي شريف<sup>(2)</sup>.

ومثله ما جاء في م 17 " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"<sup>(3)</sup>.

كذلك في قوله في م 134 : "... يعتبر حيا إذا استهل صارخا" وهي عبارة متداولة بصيغتها في الفقه الإسلامي ومثلها أيضا في تعريفه للوصية م 189 : " لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى".

(1) جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر في الفروع - باب محرمات النكاح (دار الكتب العلمية بيروت 1990) ص 476.

(2) رواه الترمذي في باب : ما جاء محرم من الرضاع ما يحرم من النسب عن علي حرم الله وجهه ونص الحديث : "إن الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب" .

- ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن الترمذي (ط1 مكتبة التربية العربية لدول الخليج الرياض 1408 - 1988 م) ج 1 ص 335 رقم الحديث 1162 .

(3) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 333 وما بعدها . والمدونة لمالك بن أنس ج 4 ص 90.

وهذه المادة في شطرها الأول عبارة عن نص حديث<sup>(1)</sup>.

وفي تعريف الهيئة : م 202 الأسرة الجزائري : " الهيئة تمليك بلا عوض ..."  
فهي مأخوذة من كلام الفقهاء (الفقه الإسلامي) بلفظها ومعناها .

ب- هذا ويعاب على قانون الأسرة الجزائري الترجمة غير الدقيقة ، وفي كثير من الأحيان يكون المصطلح باللغة الفرنسية أوفق تعبيراً منه في اللغة العربية ، وقد يكون ذلك سببه أن النص الفرنسي أسبق وضعاً من النص العربي لأن الملاحظ أن الخطأ الوارد في النص العربي أكثر من النص الفرنسي والذي سببه بالتأكيد الترجمة غير الدقيقة ، إذ يأتي النص العربي غامضاً ولا يزال ذلك الغموض إلا بالرجوع إلى النص الفرنسي ويحدث أن يكون العكس بل إنه ترد في القانون كلمات ليست ذات معنى فضلاً عما يقابلها في النص الفرنسي .

- فالمادة الرابعة في تعريف الزواج : " ... والمحافظة على الأنساب" جاء النص الفرنسي المقابل لها بالعبرة التالية : "Et de préserver les liens de famille, ...".

فجعل كلمة « liens » في مقابل كلمة "أنساب" على الرغم من أن كلمة "الأنساب" في اللغة الفرنسية غير كلمة « Liens » لأن هذه الأخيرة تأتي في معنى الروابط والعلاقات أما الأنساب ونسب فترجمه لكلمة Filiation والنسب في اللغة العربية غير الروابط والعلاقات من حيث الدلالة والحكم فكان المشرع هنا غير دقيق في الترجمة .

- هذا وإذا رجعنا إلى المادة التاسعة (09) نجد المشرع ينص على أن عقد الزواج يتم بولي الزوجة وشاهدين وصادق لكن النص الفرنسي يزيد في تأكيد على شرط الولي (أو ركنيته) بالنص على:

«... La présence du tuteur matrimonial...»

- وإذا أتينا إلى م 2/37 نجدها تنص على أنه من حقوق الزوجة : "النفقة حسب وسع الزوج إلا إذا أثبت نشوزها" وجعل النشوز في ما يقابل عبارة : "Qu'elle a abandonné le domicile conjugal" أي مغادرة وترك بيت الزوجية ، لكن كلمة النشوز في الفقه الإسلامي لا تعني مغادرة بيت الزوجية فقط بل إنه يثبت نشوز الزوجة<sup>(2)</sup> إن لم تغادر بيت الزوجية.

(1) رواه النسائي عن عمر بن خارجه قال : "خطب رسول الله فقال : إن الله أعطى لكل ذي حق حقه ولا وصية لوارث". الألباني، صحيح النسائي باقتصار السند باب إبطال الوصية للوارث ، ج2 (ط1) مكتب التربية العربي لدول الخليج الرياض 1408 ، 1988) ص 774. ورواه عن ابن ماجه حديث رقم 3402

(2) نشوز الزوجة : هو عصيان الزوج وعدم طاعته أو امتناعها عن فراشه أو خروجها من بيته من غير إذنه) سيد سابق ، فقه السنة ج2 (ط7) دار الكتاب العربي ، بيروت 1405 هـ - 1985م) ص 207.

- نأتي إلى الفصل السابع من الكتاب الثالث ، في مسألة التنزيل فبينما جاء النص الفرنسي محددًا للأحفاد في زمرة أبناء الابن المتوفى لا البنت - الذين ينزلون منزلة مورثهم- جاء النص العربي عاما في تنزيل مطلق الأحفاد ، فكان النص الفرنسي أدق بنصه على :  
« ... en laissant des descendants d'un fils décédé... »

- أيضا نصت المادة 85 على أنه : "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة جنون أو العته أو السفه" وفي نصها الفرنسي « Les actes d'une personne atteinte de démence d'imbécillité ou de prodigalité accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls ».  
فقال أنها تصرفات غير نافذة بنص المادة العربي وهي تصرفات باطلة كما جاءت في النص الفرنسي « Nuls » فكان النص الفرنسي أصح .

### المطلب الثاني : من حيث الأسلوب والصيغة .

يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري من حيث الأسلوب التناقض في بعض أحكامه إما من حيث تأصيلها في الفقه الإسلامي أو من حيث تطبيقها والهدف الذي وضعت من أجله ، كما يلاحظ عليه الغموض في أحكام أخرى و هي أمور راجعة كما يبدو إلى الصياغة الركيكة، وعدم الدقة في تقنين الأحكام ، وبالدرجة الأولى إلى كثرة الإحالات في التقنين مع تسجيل قصور في مواد أخرى عند عرض الأحكام بصورة علمية .

### الفرع الأول: التناقض والغموض .

أما من حيث الغموض فهي ميزة جعلت هذا القانون ملئ بالتغرات وأورثت إشكاليات في التطبيق ويمكن ملاحظتها فيما يلي :  
أولا- عندما قرن المشرع الفاتحة بالخطبة وجعلها في مرتبة واحدة حيث نصت المادة السادسة : " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة الخامسة أعلاه".

وواقع الاجتماعي على غير ذلك إذ أنه في معظم مناطق الجزائر وبحسب الأعراف السائدة في البلاد تعتبر الفاتحة عقدا شرعيا ، لما يتم فيه من أركان الزواج من صفة وولي وغيره ، لكن المشرع الجزائري اعتبر في الزواج التسجيل أو التوثيق أي أنه لا يعتبر عقدا يرتب آثاره -ابتداء- إلا ذلك المسجل لدى الحالة المدنية لا غير ، ولم يعط غيره الصفة الملزمة ، وإن كانت هي العقد الشرعي أو العرفي أو الشفهي وكلها في العرف الجزائري يشملها مسمى الفاتحة على أننا نجد المشرع



الجزائري سماها عقدا عرفيا ورتب عليه آثار الزواج في حال تمامه وعليه سار الاجتهاد القضائي إذ جاء في المجلة القضائية التي تصدر عن المحكمة العليا<sup>(1)</sup>: " متى كان الزواج العرفي متوافرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون".

مع الإشارة إلى أن الفاتحة بالصورة التي تتم هي عقد تام الأركان ؛ هذا والناظر إلى موقف المشرع الجزائري من الفاتحة -العقد العرفي- من حيث أنه لم يعطها أي صفة ملزمة ، قبل الدخول ، ورتب عليها بعد الدخول آثار الزواج ، فقد جعلها في مرتبة الزواج الفاسد من حيث الحكم مع افتراق كل منهما من أن الأول يصحح بالتسجيل والفاسد يصحح بمهر المثل.

وكون المشرع جعل التسجيل مناط التصحيح فإنه بذلك لا يرتقي في حكمه إلى البطلان ، وتبقى الفاتحة عقد للزواج تام الأركان .

وفي تسويته بين الخطبة و الفاتحة قبل الدخول والتمييز بينهما بعده قد أثار غموضا في تحديد وجهته وسنده ، إذ أن الفاتحة كما هو معلوم -فقها وشرعا- ترتب عليها آثار الزواج قبل الدخول بنصف الصداق ، وبعده يسمى طلاقا في حال العدول. والمشرع الجزائري إذ يقرن الفاتحة بالخطبة من حيث آثار العدول فإنه قد جعلها في مرتبة واحدة وخالف بذلك الفقه الإسلامي وحتى الشريعة الإسلامية من جهة وناقض نفسه باعتبار الفاتحة -عقدا عرفيا- تثبت آثاره بعد الدخول .

إلا أن يكون قد أراد بالفاتحة كلمات التبرك التي تقال عند الشروع لعقد الزواج<sup>(2)</sup> فقال : "ويمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة" م 06 قانون الأسرة الجزائري ، وهو ما جرى عليه العرف في بلاد المشرق العربي وغير الذي تعارفنا عليه في بلادنا من أنه إذا أطلقت الفاتحة فإنها تنصرف إلى ما يدل على العقد العرفي أو الشرعي وعليه سار الاجتهاد القضائي وزاد عليه التأكيد على "تمام الأركان".

لكن الذي يمكن استخلاصه أن المشرع أراد أن يحتفظ للعقد بقيمته ويحفظ الحقوق التي تترتب عليه ، دافعا بذلك التلاعب عن تصرف له من الخطورة بحيث آثاره العاقدين ومن ثم لم يعط الصفة الملزمة والرسمية إلا للعقد الموثق أو المسجل ، أما الفاتحة وإن كانت عقد إلا أنها لا تقوم وسيلة للإثبات ، والأجدى بالمشرع الجزائري لو أنه سكت عن إيراد حكم الفاتحة ، فلا يجعلها عقدا ملزما ولا يسويها بالخطبة على ما بينهما من تباين لأنه إذ فعل ذلك خالف أحكام الشريعة الإسلامية فأثار العدول عن الخطبة غير آثار العدول عن الفاتحة .

(1) ع 91/04 ص 110 ملف رقم 58224 (قرار بتاريخ 1989/12/25 م) عن يوسف دلانده ، قانون الأسرة مع مبادئ الاجتهاد القضائي (دط باتنة 1993 ) ص 06 .

(2) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ص 27 .

ثانياً - ركبة الصداق:

الصداق كما هو معلوم ركن عند المالكية ، حكم أو أثر للزواج عند الجمهور .  
والمشرع الجزائري نص على ركنية الصداق المادة 09 : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين ،  
وبولي الزوجة وشاهدين وصداق " لكنه رتب آثار الزواج بعد الدخول في حال انعدامه وصححه بمهر  
المثل م 33 : " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت  
بعد الدخول بصداق المثل إذا اختلف ركن واحد..."

ولو كان حقيقة ركناً كما اعتبره المالكية<sup>(1)</sup> لقضى بفسخه لبطلان العقد، الشيء الذي يجعلنا  
نصل إلى أن المشرع لم يعتبره حقيقة ركناً بل سماه ركناً و أراد به شرط الصحة أو كما قال محمد  
محدة : " ركن لكن ذو طبيعة خاصة"<sup>(2)</sup> فسماه ركناً ابتداءً (لما رآه من سلوك الناس فأعطى له الصفة  
الرسمية)<sup>(3)</sup>. هذا والذي نخلص إليه أن المشرع يضع مسمى ولا يلتزم به في محاولة منه للجمع بين ما  
جاءت به الشريعة ومصطلحاتها ، والتشدد في حفظ الحقوق في إطار الصياغة القانونية الحديثة ، وهو  
أمر أوقعه في التناقض والغموض ، والأولى لو احتفظ بمسميات الأمور كما وردت في الشريعة  
الإسلامية التي هي المصدر الأصلي وجعلها حاكمة على واقع الناس لا العكس .

ثالثاً - الولاية في الزواج:

نص على الولاية في المادة (11) بقوله : " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها  
الأولين ، والقاضي ولي من لا ولي له .

والمادة (12) : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه ، وكان أصلح  
لها ، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة التاسعة (09) من هذا القانون ، غير  
أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

والمادة (13) : لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز  
له أن يزوجه بدون موافقتها".

فالمادة (11) تتحدث على الولاية أو ركنية الولي كما هو الحال عند المالكية هذا في فقرتها  
الأولى ؛ أما الفقرة الثانية فقد جعلت القاضي ولي من لا ولي له ، هذا في إشارة إلى الولاية على  
القصر عموماً . فقد استعمل الهاء ضمير عائد على المذكر في قوله "... من لا ولي له"

(1) راجع القرافي ، الذخيرة ج4 تحقيق محمد بوخبرة ، (ط1 دار الغرب الإسلامي ، بيروت 1994) ص 351 .

(2) محمد محددة ، الخطبة والزواج ص 254 - 256 .

(3) المرجع نفسه .

وهو شامل للذكر والأنثى ، ولا ولاية على الذكر إلا في حالة القصر على أن القانون لا يعتبر صحة زواج ناقصي الأهلية إلا في حالة الضرورة ، حينها يتولى أولياؤهم العقد ، لا القاضي ، ومن ثم إضافة عبارة "القاضي ولي من لا ولي له" لا محل لها من حكم الولاية على الزواج بل إنها جعلت المادة غامضة .

هذا ويبدو الغموض أوكد في م 1/11 ثم م 12 و م 13 ، التي جاء فيها النص على ولاية الإيجاب .

إذ أنه يستفاد من الفقرة الأولى م 12 أنه تعطى للقاضي حق الإذن بالزواج من غير ولي إذ امتنع هذا الأخير عن مباشرة هذا العقد وكان هذا الزوج أصلح لها . وتأتي الفقرة الثانية لتتقض هذا الحق وتعيد للولي حق الولاية بل الإيجاب بالمنع إذا كان في ذلك مصلحة للبنات . والغموض يبدو في تقدير "الأصلح" الذي به يأذن القاضي فيما منعه الولي ، والمصلحة التي بها يكون للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج .

ويلاحظ أن المشرع أراد أن ينظم الولاية في الزواج على المرأة مراعاة لها فلم يجعلها مطلقة - وهو أمر مستحسن- إذ فيه تقييد لسلطة أعطتها الشارع للولي ، لكن الإشكال في تقدير المصلحة التي يسقط بها حق الولي في الولاية وتنتقل بها إلى القاضي منعا وإذنا ؟ !

إن المشرع أراد أن يحفظ للمرأة حق الاختيار مع مراعاة شرط الولاية لكنه ككل مرة أوقع نفسه في الخط .

ولو أنه اجتنب الخوض في تفاصيل أحكام الولاية واقتصر على النص على ركنيتها كقاعدة عامة ، لكان أفضل وأوضح ، ولكفت م 222 القاضي الوقوع في الخط بخاصة إذا علمنا أن الجمهور على أن الولي يشارك في اختيار الموافقة على الزواج ويباشر العقد عن المرأة<sup>(1)</sup>.  
رابعاً- في اشتراطية العدل :

مع أن ذلك من مكونات النفس البشرية ولا يقوم معيار العدل " ثم إنه لم يبين ما إذا كان توافرها قبل زمن العقد أو بعده كما اشترط وجوب إخبار الزوجة السابقة واللاحقة دون أن يبين الكيفية"<sup>(2)</sup>.

ولو أنه اكتفى بالنص على شرط العدل ووجوب توفره قبل العقد حتى يضمن تحققه لكان أوضح وأسلم أما بالنسبة لكيفية إعلام الزوجة السابقة واللاحقة فقد جاء في منشور وزارة العدل رقم 84/102، شارحا الطريقة لإعلام الزوجة السابقة واللاحقة : " إن تحقق المبرر الشرعي لديه إذا خبر كلا الزوجتين السابقة واللاحقة وإن حضرنا برغبة الزوج في إبرام عقد الزواج بثانية وسجل بصلب

(1) محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره (دار الفكر العربي القاهرة 1971) ص 154 .

(2) عبد العزيز سعد ، ص 151 .

العقد رضي كل منهما أو اعتراف الزوجة السابقة ليكون حجة ترجع إليه عند التنازع فإن تعذر حضور هذه الأخيرة يتعين إخطارها في أجل معقول بعقد غير قضائي بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي يبرم فيه عقد الزواج الثاني ، فإن حضرت واعترضت سجل الموثق اعتراضها كما سبق وإلا اثبت غيبتها وأبرم العقد. (1)

خامسا - في الطلاق وآثاره :

يلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري قد عالج مسألة الطلاق في الكتاب الثاني الفصل الأول (م 48-57) ثم مسألة العدة في الفصل الثاني والتي جعلها من آثار الطلاق (م 58 - م 61) .

لكن تناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لمسألة الطلاق جاء غامضا ويحمل كثير من التناقضات ، ويبدو ذلك جليا في تعليقه وقوع الطلاق على حكم م 49 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر " ، وكيف ومتى تعتد المرأة ؟ وهو في كلتا المسألتين ناقض ما نص عليه وناقض أحكام الشريعة الإسلامية بل ناقض نفسه مما جعل استقاء الحكم في المسألتين غير يسير .

ويبدو الغموض في تعليق الطلاق على حكم ومناقضته للشريعة فيما يلي :

نعلم أن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الزوج **﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ**

**لِعَدَّتِهِنَّ﴾** الطلاق [1]. كما أنه للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي طلبا للطلاق ، أو تخالع نفسها .

وإذا نحن نظرنا إلى م 48 نجدها جعلت الطلاق يتم بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة ، أو تراضي الزوجين .

لكنه يعود ويجعل الطلاق معلقا على حكم المحكمة بقوله م 49 : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم... " ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالطلاق السابق على تاريخ الحكم والأمر لم يكن ليثير إشكالا لو لم تثبت الشريعة الإسلامية آثارا للطلاق إثر فعل النطق به .

فإثبات الطلاق بحكم أمر تفرضه متطلبات العصر الحديث وما كان ليؤثر ذلك في إيقاع الطلاق لو لم تترتب عليه آثار يبدأ سريانها من تاريخ النطق به ؛ وتعليق ثبوته على حكم يوقعا في الخلط والتناقض وهو الأمر الذي وقع فيه المشرع الجزائري عند تناوله لمسألة العدة التي هي الأثر الأول والأكثر ارتباطا بفعل الطلاق والذي يبدأ مع حصول النطق به . ولا علاقة لذلك بحكم المحكمة والقاضي ، ويبدو جليا ذلك الخلط عند مراجعة م 50 التي تنص على : أنه من راجع زوجته

(1) محمد محدة ، الزواج والخطبة ص 396 .

محاولة الصلح [ومحاولة الصلح هذه من فعل القاضي] لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" فنص المادة على أن الحكم بالطلاق ينفى الرجعة أي يجعله بائنا ومعنى ذلك أنه لا عدة بعد الحكم بالطلاق .

إذا فلا طلاق بغير حكم ولا عدة بعد الحكم من ثم ما فائدة نص المواد 58-59-60-61 .  
و إذ أنه شرعا وقانونا تعدت المرأة للطلاق (م 58) وأن اللجوء إلى القضاء للفصل في قضايا الطلاق يكون بعد نطق الزوج بالطلاق ومن حينها تعدت المرأة وإلى أن يفصل فيها بحكم تكون المرأة قد قضت مدة من العدة أو كل العدة ، وإذ لم تنقض ، فالمادة 50 قانون الأسرة الجزائري سلبت الزوج حق مراجعته زوجته ، أو تكون قد انقضت فلا أثر لمحاولة الصلح إذ تكون عندها أمام بينونة صغرى وللمراجعة يحتاج إلى عقد جديد .

هذا التناقض ، وذلك الغموض ، قد كان للمشرع نقاديه لو أنه نص على وجوب التسجيل ليوم النطق بالطلاق لدى الموثق أو سجل المحكمة إلى حين إتمام إجراءات الطلاق (الدعوى) والتي عادة ما تكون معقدة وطويلة ، ثم يأتي الحكم بالطلاق إثباتا له كواقعة تحفظ بها الحقوق وترتب عليه آثاره (من حضانة ونفقة) وتبقى مسألة العدة واضحة يرجع فيها إلى السجل الذي علم فيه تاريخ النطق بالطلاق .  
هذا وتجدر الإشارة إلى أنه بذلك نزيل الغموض الذي تثيره المادة (58) والتي تجعل العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق والتي لا يفهم منها إذا كان التصريح يعني به من يوم النطق بالزوج بالطلاق أو يوم فصل القاضي به .  
الفرع الثاني: العموم والنقص والصيغة الركيكة .

هذا ويلاحظ على بعض مواد قانون الأسرة الجزائري العموم مثل : ما جاء في م 132 حيث نصت على : "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

وهي بذلك أعطت لأحد الزوجين إثر الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى ميراث أحدهما للآخر إذا توفي في مدة العدة ، ففي حالة الطلاق الرجعي لا يثار إشكال لأن العلاقة الزوجية قائمة فإن الزوج له أن يراجع زوجته دون العقد لكن بالنسبة للطلاق البائن ، فإن الزوجية منقطعة ، إذ لا تحل له بعقد ، (بل بعد أن تتزوج غيره، ثم تطلق ثم يعقد عليها) ، وإن يتوفى أحدهما في هذه المدة فإنه لا ميراث لأنه لا زوجية قائمة إلا أن يقصد بالطلاق إلحاق الضرر بالزوجة كما هو مبين في كتب الفقه أما أن ترث المطلقة طلاقا بائنا زوجها فهذا الذي لم يقل به أحد من الفقهاء.(1)

(1) محمد محدة ، التركات والموارث ص 71 .

أما النقص فقد جاء في نص المادة 175 أنه : "لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأكدرية وهي : زوج وأم وأخت شقيقة أو لأب وجد..."

لكن الذي عليه في الفقه الإسلامي في مسائل الميراث أنه يفرض للأخت مع الجد الأكدرية - كما نصت المادة 175- وفي مسألة أخرى تعرف بالخرقاء وصورتها : أخت وجد وأم فلأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس . وفي مسائل المعادة <sup>(1)</sup> كأن يموت عن : أخت شقيقة وأخ لأب وأختين لأب ، فللأخت الشقيقة النصف وللجد الثلث وما بقي يأخذه الأخ لأب مع الأختين لأب للذكر مثل حظ الأنثيين .

ومن النقص ما جاء في موضوع موانع الإرث م 138 : "يمنع من الإرث اللعان والردة" وما جاء في المادة 135 المتعلقة بالقتل العمد أو المساهمة فيه ، ولم يتعرض إلى اختلاف الدين ولا يقال أن الردة تشمل بل العكس هو الصحيح فلو نص على اختلاف الدين كمانع لشمّل الردة وغيرها كأن تكون الزوجة كتابية .

أما من حيث الصياغة الركيكة :

مثلها ما جاء في نص م 140 : "ذوو الفروض هم الذين صدرت أسهمهم في التركة شرعا" فما معنى صدرت أسهمهم في التركة شرعا؟! والأولى لو قال : ذوو الفروض هم الذين لهم نصيب محدد بأسهم في التركة شرعا ، مع ملاحظة أن النص الفرنسي أوضح معنى ودلالة . كما جاءت مواد مطولة فجاءت الصياغة ناقصة مثل (المادة 30 في فقرتها الثالثة في الحديث عن المحرمات على وجه التأقيت فصياغتها خاطئة لأنها طويلة واسعة ، والمادة القانونية ينبغي أن تكون صغيرة في مبانيها عميقة في معانيها ) ويطرح سعد بويزري <sup>(2)</sup> عبارة "الجمع بين المحرمين" بدلا عنها.

- كما لم يخل القانون من الإبهام ويبدو ذلك من خلال نص المادة 206 -مثلا- إذ تنص على: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتنتم الحيابة ومراعاة أحكام التوثيق..." ويبدو الإبهام في قوله "وتنتم الحيابة" والظاهر سقوط حرف أو كلمة لأن المعنى يتضح لو قال : "وتنتم بالحيابة" أو "تنتم الحيابة بالقبض" ، والنص الفرنسي يؤكد ذلك : "بتسليم العين" . ولنا أن نستعير ما جاء في م 837 مجلة الأحكام العدلية العثمانية "... وتنتم بالقبض " .

(1) محدة ، التركات والمواريث ص 71.

(2) عن جريدة العالم السياسي لموضوع : "قانون الأسرة في ندوة" (اثر الندوة التي عقدها النادي العلمي شيخ الورتلاني بالمعهد الوطني لأصول الدين الجزائر العاصمة يوم 09 مارس 1998 ) العالم السياسي، (الاثنين 24 ذو القعدة 1418 - 23 مارس 1998 ) ص 16 .

- هذا ويلاحظ على هذا القانون كثرة الإحالات هو أمر يعيب التقنين بالإبهام والغموض خاصة إذا كانت الإحالة برقم المادة لا بموضوعها كما حدث في قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 والمواد التي أحال فيها هي خمسة عشرة مادة :

حيث أحال في المادة السادسة (06) إلى الخامسة (05).

وأحال في م 40 إلى م 32-33-34 .

و في م 48 إلى م 53-54 .

وفي م 53 إلى م 78-79-80 .

وهو عندما أحال في م 53 إلى مواد أخرى كان قد أحال في مادة أخرى إلى هذه المادة إذا

فالمادة نفسها أحال إليها وأحال فيها إلى غيرها ، فهل هناك أكثر من هذا الغموض ؟!

ثم أحال في المادة 67 إلى م 62 .

م 74 إلى م 78 ، 79 ، 80 .

وأحال أيضا في م 92 إلى م 86 ، وكذا المادة 95 أحال فيها إلى م 88 - 89 - 90 ، وأحال في

م 111 إلى م 99 ، وأحال في م 120 إلى م 84 ، وأحال في م 174 إلى م 43 ، وأحال في م 181 إلى م

109 ، 173 ، وأحال أخيرا في م 217 إلى المادة 191 .

هذا بالنسبة للإحالات في قانون الأسرة وبين مواده ، فإننا نجد أيضا يحيل إلى القانون المدني ، في

مسائل النيابة الشرعية حيث أحال في م 82 إلى م 42 ق م ج وكذا م 83 أحال فيها إلى م 42 ق م ج .

ويلاحظ أن كثرة الإحالات جعلت القانون غامضا ، وهي ترهق المتصفح للقانون في أن يعود

في كل مرة إلى المادة المحال عليها في القانون نفسه أو إلى القانون المدني ، وحبذا لو قلل من

الإحالات ، وتفادها إلا في حالة الضرورة وحينها لا تحيل برقم المادة بل بموضوعها لأن ذلك هو

سمة التقنين العلمي وحتى يجتنب الخطأ في الإحالة كما حدث في م 181 حيث أحال إلى م 109 من

قانون الأسرة الجزائري والتي تعرف المفقود بدل أن يحيل إلى م 115 التي لها علاقة بموضوع م 181

والمتمثل في قسمة تركه المفقود والغائب .

كما أن القانون للأسرة الجزائري رقم 11-84 يلاحظ فيه تكرار تناول المواضيع ، وهو تكرار

لم ينقص من قيمة التقنين بل جعل المسائل المتناولة فيه شاملة لأحكام القانون فنجده يتناول مرة مجملة

ويعيد ذكرها في موضع آخر مفصلة ، كما حدث عند تناوله لأركان الزواج م 9 . ثم تناولها بالتفصيل

في م 10 - م 11 - م 12 دون تصريح منه بركنيتها بل يترك ذلك عند حديثه عن الفساد والبطلان

ابتداء من م 33 من القانون .

## الخلاصة:

هل كان قانون الأسرة الجزائري رقم 11 - 84 نموذجاً لعملية تقنين الفقه الإسلامي؟

قد عرضنا قانون الأسرة الجزائري على منهج التقنين ، حتى يتسنى لنا معرفة إذا كان حقيقة هو تقنين للفقه الإسلامي.

ولا يخفى على أحد أن تقنين أحكام الأسرة مستمدة من الفقه الإسلامي يجمع الشتات القواعد الخاصة بهذا الفرع من القانون ويضبط الأحكام ، بتدوينها وصدورها في قانون موحد لمسائل كانت ولا زالت على مستوى العالم الإسلامي ، المجال الذي لم تطله يد التغيير والاستبدال بالقوانين الغربية ، لأنه إلى غاية سنة 1984 كان الفصل في مسائل الأحوال الشخصية -إن صدق التعبير- يوكل إلى اجتهاد القضاة يبحثون عن الحكم في بطون كتب الفقه على توسعها وتعدد الآراء فيها وإلى القوانين الخاصة التي صدرت على مراحل منذ عهد الاستعمار إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 وهي قوانين خاصة لأنها تناولت مسائل متفرقة في الزواج والولاية والطلاق الأمر الذي أحدث فوضى في الساحة القضائية ولا نقول أن قانون الأسرة رقم 11-84 قد قضى عليها ، بل إنه حدّها وسهل سير أعمال القضاة خاصة إذا قورن بما سبقه ذلك أن القانون لم يخل من التناقض والثغرات وهو أمر مردّه سوء استعمال منهج التقنين وقواعده مرة، وسعي المشرع الجزائري إلى مراعاة العرف والمصلحة على حساب القواعد والأحكام والصيغة العلمية مرة أخرى ، واللوم في ذلك يعود على لجنة التقنين التي لم تكن دقيقة في انتقاء الأحكام وصياغتها وبصورة عامة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع الأحوال الشخصية .

فقانون الأسرة ابتداء وعلى الصورة التي خرج فيها هو تقنين لأحكام الفقه الإسلامي لذلك أنثر صدوره مواقف متعددة ومتباينة بل متضاربة وعلى امتداد السنوات الخمسة عشر من تاريخ صدوره ، مازالت الأصوات تتعالى تعبّر عن مواقف تتأرجح بين طلب الإلغاء الكلي وطلب التعديل .

وبين طلب الإلغاء أو طلب التعديل يبدوا تجاه الذي يحدوه كل طرف ويحدد مواقفه وحتى نوابه . فالمطالبون بالإلغاء الكلي هم في جملتهم ممثلين عن أحزاب سياسية وجمعيات نسوية تغريبية ترى في القانون هضماً لحقوق المرأة خاصة وأنه قانون للرجال جاء ليكرس تسلطهم ويخدم مصالحهم . وهو ادعاء باطل إذ أننا رأينا أن المشرع الجزائري قد عمل على مراعاة المصلحة ، -مصلحة المرأة خاصة- لكونها الطرف الضعيف في العقد إلى الحد الذي أوقعه في التناقض بل إلى حد الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية ويكفي مراجعة (موقفه من الفاتحة - الصداق - الطلاق - تعدد الزوجات - الحضانة...)

فهذه إذا دعاوى لا يلتبس المتصفح لها حسن نوايا مدعيها بقدر يبدو أنها أبواق تنفخ ما يملئ عليها سعياً للقضاء على المجال الوحيد الذي بقيت الشريعة الإسلامية فيها المصدر الأصلي .



ويبدو ذلك جليا من خلال مشروع التعديل المقترح مؤخرا (96-1998) شمل المسائل التي يثور حولها الجدل متمثلة في التعدد ، الطلاق ومسكن الزوجية للحاضنة والمطلقة ، الكفالة (التبني) . ولم تتناول الثغرات القانونية التي يعجز بها قانون الأسرة رقم 11-84 والتي أثارَت ولا زالت إشكاليات عند التطبيق .

إذا فقانون الأسرة هو محاولة ينبغي العمل على تشجيعها وتكريسها وتثبيتها بالتنقيح والمراجعة والاستدراك على المشرع الجزائري فيما وقع من أخطاء لا محاولة إلغائها .

خاصة وقد استمد أحكام هذا القانون من الفقه الإسلامي لم يكن إلا يعمل على تطبيق نصوص الدستور م 02 ويعبر عن قيم الشعب الجزائري ومفاهيمه وتطلعاته .

أما وأن يقال أن التقنين لم يقض على المشاكل التي يعجز بها المجتمع ومظاهر الفساد فيه ، فليس مرد ذلك للتقنين "فالتقنين لا يقض على التعسف -كما يقول عبد الحميد عمارة- وغيره من السلوكيات اللإنسانية واللاأخلاقية لأنها سلوكيات حضارية أخلاقية في العمق ومعالجتها تكون بالتربية والإرشاد لا بالتقنين .

وما التقنين وما يصدر به إلا ناظم يضبط سلوك الأفراد ويبين الحقوق والواجبات ، ويقوم حكما للفصل في المنازعات .

---

(1) عن جريدة العالم السياسي ، حوار على هامش : "ندوة حول قانون الأسرة" (الاثنين 24 ذو القعدة 1418 - 23 مارس 1998 ركن عالم الثقافة) ص 16 .

## الخاتمة

التقنين إذا هو صياغة الأحكام في مواد قانونية وتجميعها منظمة ومنسقة في مدونات كل منهما بفرع من فروع القانون وهو تشريع لصدوره عن سلطة ذات الاختصاص ، السلطة التشريعية.

عرفه الفقه الإسلامي مع صدور المجلة وأن ما سبقها هي محاولات أخذت صفة التقنين لكنها مجرد طريقة في التأليف أو التدوين استحدثت في الفقه الإسلامي ؛ هذا وتقنين الفقه الإسلامي جيء به وسيلة تكون به الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد في القضاء وفي معاملات الناس كما يجب أن تكون، مع ملاحظة أن تقنين الفقه الإسلامي هو تنظيم وإعادة صياغة لأحكام الفقه الإسلامي في أسلوب المدونات القانونية الحديثة حتى يسهل تطبيقه في المحاكم ، ولا يصح القول بأنه تشريع لأن التشريع يحمل معنى إنشاء القاعدة القانونية ، وفي الفقه الإسلامي التشريع بمعنى الإنشاء طريقه الوحي ويأتي التقنين من عمل المجتهدين والعلماء مثل الاجتهاد في فهم نصوص الوحي والاستنباط منها .

والتقنين أحد صناعات القانون له جذور امتدت إلى ما قبل التاريخ حتى العصر الحالي ، لتشمل كل فروع القانون بدأت مع جمع الأعراف والأوامر الملكية والأحكام القضائية ، سعياً لتنظيم القضاء وجعل القوانين معروفة لدى الناس ، وللمحد من احتكار القوانين وضعا وتفسيرا من قبل فئة أو طائفة ؛ فكان مرآة عكست الحياة في العصور القديمة وسجل التطور الاجتماعي والسياسي والفكري لدى البشرية في العصور القديمة ، وقد تبين لنا من خلال ذلك قيام علاقة تكاملية بين وحدة القوانين - بالتقنين - وبسط السلطة في البلاد الذي يحقق الاستقرار السياسي ومن ثم التطور والرفي .

وقد أخذ التقنين المفهوم الحالي مع ظهور تقنيات نابليون ، وقد لقي المعارضة والتأييد في الفقه الغربي كما في الفقه الإسلامي اختلف بينهما الاعتراض والتأييد لاختلاف كل منهما عن الآخر ، وإذ يلتقيان عند الجمود الذي يطبع الأحكام عند صبغتها بالتقنين ، ففي الفقه القانوني الوضعي تحول ضخامة الجهود الذي يبذل في إنجازه دون التفكير المستمر في تعديله لمسيرة تطور الجماعة واحتياجاتها ؛ وفي الفقه الإسلامي فإن الجمود هنا يتمثل في تقييد حرية القاضي في الاجتهاد و هو مبدأ في الشريعة الإسلامية و الإلزام برأي واحد و مذهب واحد في مقابل الحكم بالحق الذي - كما يقول الفقهاء - لا يتعين في رأي أو مذهب.

و يلتقيان عند التأييد من حيث كونه يبسر عمل القضاء و يوحد الأحكام في دور القضاء ، ويزيد في الفقه الإسلامي حاجة وتأبيدا ضعف مستوى القضاة لتعذر بلوغهم درجة الاجتهاد في الشريعة، أضف إلى ذلك كثرة القضايا التي تحتاج إلى أحكام بصياغة مضبوطة توفر للقضاة جهد البحث في المؤلفات الفقهية التي تتعدد الأقوال فيها في المسألة الواحدة بين المذاهب بل في المذهب الواحد.

هذا والتقنين له منهج وآليات تخضع لها الأحكام حتى يكون القانون علمي ، وبتقنين الفقه نخضع أحكامه لتلك الآليات ومادامت لا تعارض الشريعة الإسلامية ولا تصادم مقاصدها بل تلتقي معها عند رفع الحرج والتيسير على الأمة وأن التقنين لا يغير حقيقة الحكم فذلك مجرد تنظيم لتيسير الرجوع إليه في مجال القضاء وفي غيره لأن العبرة بموضوع الحكم ومصدره لا بشكله<sup>(1)</sup> ، خاصة إذا دعم بضوابط منها مراعاة مبدأ المشروعية والمصلحة والعرف مع ملاحظة أن دراسة التقنين كمنهج لصياغة الفقه الإسلامي ضرورة يفردهما العصر الحالي وحاجة ملحة في مواجهة القوانين الوضعية هذا والتقنين عمل على العودة إلى دراسة الأحكام تطبيقاً وتنظيماً من خلال الشروح التي انصبت على النماذج التي عرفها الفقه الإسلامي ومن ثم تجديد وبعث الفقه الإسلامي والخروج به عن دائرة التقنين إلى الدراسة التي غالباً ما تكون في الأحكام الواردة في المذاهب المختلفة مقارنة من جهة ومن جهة أخرى الاجتهاد في إيجاد حكم الوقائع المستجدة.

والحاجة إلى التقنين ودراسته تجعلنا نقول بعدم الاكتفاء بما كتب في الموضوع ، لتعلق مسائل به جديرة بالبحث والتي تتطلب في الفصل فيها ؛ لذلك أذكر جملة اقتراحات أراها مفيدة في هذا المجال تكون بها الدراسة في الموضوع مساهمة في تطوير الاستفادة منها في القضاء والتشريع :

أولاً- دراسة آليات التقنين في الفقه الغربي بصورة دقيقة ومعقدة ، من منابعها الأصلية - أقصد ما كتبه فقهاء الغرب باعتباره منشأ التقنين وصاحب التجارب العديدة والأولى فيه- إذا علمنا خاصة أن من كتب فيه من العرب لم يعطه حقه كما يجب باستثناء ما كتبه -عبد الرزاق السنهوري- ولا أدل على ذلك من اختلافهم حول تحديد مفهوم كلمة "التقنين".

(1) وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي . ص 16.

ثانياً - الدعوة إلى تقنين الفقه الإسلامي تأليفاً، بتكثيف الجهود بين المجامع الفقهية والباحثين في هذا المجال ليشمل كل فروع القانون، والشريعة الإسلامية قادرة على أن تف بها، وتطبيقها ، بعرضها والتعريف بوجودها لدى هيئات البرلمان. والدور هنا منوط بممثلي المشروع الإسلامي في هذه الهيئات.

ثالثاً - الدراسة العلمية الفاصلة ، في تحديد مهام السلطة التشريعية ومن يتولها في الفكر الإسلامي، فبينها وبين التأليف "في التقنين" وتطبيقها علاقة تلازم وتكامل .

رابعاً - العودة إلى الشريعة الإسلامية أحكاماً ومبادئ، معاملة وقضاء ، عقيدة وسلوكاً. فأحكام الشريعة الإسلامية لا تقبل التجزئة حتى تعطي ثمارها كاملة. وعلاقة تقنين الفقه بذلك والتوفيق به في النهوض بالأمة بين واضح .

خامساً - ضرورة إعادة النظر في ق.أ.ج لا من حيث كون مصدره الشريعة الإسلامية فيرفض رفضاً منكراً كما ادعى بعضهم، أو المكابرة في تركه كما هو من حيث التعصب للشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصلي له . بل ينظر بوجهة نظر علمية ويقوم على أسس أدوات المنهجية للتقنين كصناعة حتى تسد الثغرات المليء بها وتكمل نقائصه .

# الفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الآيات

الصفحة	رقمها والسورة	الآية
14	279-278 البقرة	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ ... }
73	286 البقرة	{ لَا يَكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ... }
124	4 النساء	{ وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... }
103-66-60	59 النساء	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ... }
7	78 النساء	{ ... فَمَالٌ هَؤُلَاءِ لِقَوْمٍ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا }
7	65 الأنعام	{ أَنْظِرْ كَيْفَ نَصَرَفَ آيَاتٍ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ }
7	91 هود	{ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقْتَ كَثِيرًا مِمَّا قَوْلُ ... }
11	32 الإسراء	{ وَلَا تَقْرُبُوا الزُّبَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا }
7	44 الإسراء	{ ... وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَا يَفْقَهُونَ سُبْحَانَهُ ... }
7	28-27 طه	{ وَأَخْلَلْ عُنُقَهُ مِنْ لَسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي }
124	21 الروم	{ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ... }
71	26 ص	{ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ }
16	18 الجاثية	{ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا ... }
61	12 الممتحنة	{ ... وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ ... }
7	7 المنافقون	{ ... وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَفْقَهُونَ }
73	16 التغابن	{ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ... }
130-124	1 الطلاق	{ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ... }

## فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
125	- إنَّ اللهَ أعطى لكل ذي حق...
62	- السَّمع والطاعة ...
7	- اللَّهُمَّ علِّمهُ الدين ...
61	- من أطاعني فقد أطاع الله ...
9	- نَضَّرَ اللهُ إمْرئاً ...

## فهرس القواعد والضوابط الفقهية

الصفحة	القاعدة أو الضابط
104-63	- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
89	- حكم الحاكم يرفع الخلاف ...
71	- لا ينكر تغيير الأحكام ...
124	- يحرم من الرضاع ما يحرم ...

## فهرس بترجمة الأعلام

الصفحة	العلم وترجمته	رقم الترجمة
43	<p>الأتاسي 1253هـ - 1326هـ - 1837م - 1908م                      خالد بن محمد بن عبد الستار ، ولد بحمص ، وتولى الإفتاء فيها ، وكانت وفاته سنة 1326هـ ، 1908م ، اشتغل بالفقه والأدب ، وصنف شرح مجلة الأحكام العدلية في كتاب البيوع إلى المادة 1728. وأكملة ولده محمد الطاهر من مؤلفاته شرح المجلة ، والأجوبة النفاث في حكم ما يدرس من المقابر والمساجد والمدارس .                      انظر : الزركلي - الأعلام 2/298</p>	1
43	<p>الأتاسي 1276هـ - 1359هـ ، 1860م - 1940م                      الطاهر بن خالد الأتاسي مفتي حمص وفتيها ولد بحمص وتعلم بالأستانة وولي القضاء في أماكن عدة وكانت وفاته بحمص سنة 1359هـ - من مؤلفاته : اتمام شرح المجلة ، الرد على الأحمديّة والقاديانة .                      انظر : الأعلام 3/221</p>	2
46	<p>الخدوي اسماعيل 1245هـ - 1312هـ ، 1830م - 1890هـ                      إسماعيل باشا بن ابراهيم بن محمد علي الكبير ، خديوي مصر ولي مصر سنة 1279هـ ، وهو أول من أطلق عليه لقب الخديوية من رجال أسرته وفي عهده أنشئت المحاكم المختلطة 1876م عزل بطلب من إنجلترا وفرنسا من طرف حكومة الأستانة عزله فعزل سنة 1296هـ - 1879م وقضى بقية أيامه في أوربه، وتركه إلى أن توفي في الأستانة ونقلت جثته إلى القاهرة.                      انظر : - الأعلام الزركلي 1/308 - القاموس الإسلامي 1/106 - معجم أعلام المورد ص 57.</p>	3
7	<p>الأصفهاني : الراغب ، 502هـ ، -1108هـ                      الحسن بن محمد بن المفضل ، أبو القاسم الأصفهاني أو الأصبهاني المعروف بالراغب ، أديب من الحكماء والعلماء من أهل أصفهان سكن بغداد ، واشتهر حتى كان يقرب بالإمام الغزالي.                      من كتبه "محاضرات الأدباء" مجلدان ، "الذريعة إلى مكارم الشريعة" ، "الأخلاق" ..                      انظر : - الأعلام 2/255 - كشف الظنون 1/827</p>	4



112	الأصم ، أبو بكر عبد الرحمن بن كسان شيخ المعتزلة ، مات سنة إحدى ومائتين 201 هـ له تفسير وكتاب خلق القرآن وكتاب الحجة والرسول وكتاب الحركات والرد على الملحدة ، والرد على المجوس ، والأسماء الحسنى وافتراق الأمة ، وأشياء عدة. <u>انظر</u> : - سير أعلام النبلاء 402/9 - كشف الظنون 443/1	5
8	الأمدي سيف الدين 551هـ - 631 هـ ، 1156م - 1253م . علي بن محمد بن سالم التغلبي ، أبو الحسن سيف الدين أصولي ، باحث ، ولد بأمد تعلم في بغداد والشام وانتقل إلى القاهرة فدرس فيها وتوفي بدمشق . له الأحكام في أصول الأحكام ، منتهى الولي ، لباب الألباب . <u>انظر</u> : - ابن خلكان 293/3 - شذرات الذهب 144/4	6
72-65-64	الباجي 403هـ - 474هـ ، 1052م - 1085م . سليمان بن خلف بن سعد النجيبى القرطبي أبو الوليد الباجي ، فقيه مالكي من رجال الحديث مولده في باجا وتوفي بالحرية ، من كتبه : السراج في علم الحجاج ، أحكام الفصول في أحكام الأصول ، الحدود ، المنتقى في شرح الموطأ . <u>انظر</u> : - شذرات الذهب 344/3 - وفيات الأعيان 402/2 - الصلة 194/1 - 195	7
112	البتى عثمان فقيه البصرة أبو عمر واسم أبيه مسلم بن سعد أصله من الكوفة ، حدث عن أنس بن مالك والشعبي وعبد الحميد بن سلمه ، له أحاديث وكان صاحب رأي في الفقه . <u>انظر</u> : - سير أعلام النبلاء 148-149 - الإكمال في رفع الإرتياب 478/1 - الطبقات 191/7	8
62	البخاري 194 هـ - 258 هـ ، 810 م - 870 م . محمد بن اسماعيل بن المغيرة البخاري حبر الإسلام الحافظ لحديث رسول الله صاحب الجامع الصحيح والتاريخ والضعفاء ، خلق أفعال العباد... <u>انظر</u> : - وفيات الأعيان 188/1 - شذرات الذهب 134/2 - تاريخ بغداد 4/2	9
65-63	البغدادي 392 هـ - 463 هـ ، 1002 م - 1072 م	10

	<p>الخطيب أحمد بن علي بن ثابت البغدادي أحد الحفاظ المؤرخين المتقدمين ، مولده في غزيرة مذبوّه ووفاته ببغداد . من مؤلفاته : تاريخ بغداد ، البخلاء ، الكفاية في علم الرواية .</p> <p><u>انظر</u> : - معجم الأدياء 497/1 - ابن خلكان ، وفيات الأعيان 92/1 - شذرات الذهب 311/3</p>	
68-60	<p>أبو بكر الصديق 51 ق هـ - 13 هـ ، 573 م - 674 م .</p> <p>عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر بن كعب التميمي القرشي ، أبو بكر ، أول الخلفاء الراشدين وأول من آمن برسول الله من الرجال ولد بمكة ونشأ بها ، بويح بالخلافة بعد وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - سنة 11 هـ فحارب المرتدين والممتنعين عن دفع الزكاة .</p> <p><u>انظر</u> : - الطبقات 125/3 - شذرات الذهب 24/1 - حلية الأولياء 28/1 .</p>	11
82	<p>Bacon Francis 1561 - 1626 م</p> <p>سياسي وفيلسوف انكليزي يعتبر أحد رواد العلم التجريبي الحديث وضع أول تصنيف للعلوم</p> <p><u>انظر</u> : Petit Larrouse Illustré 1986. P 1144 - موسوعة المورد : 2425</p>	12
31	<p>بيجو دي بريمنو Bigot de Premeneau</p> <p>استشاري قانوني فرنسي ولد بران 1747 - 1825 أحد محرري القانون المدني</p> <p><u>انظر</u> : Petit Larrouse Illustrée 1986. P 1168 .</p>	13
29	<p>تريبونان Tribonien</p> <p>مستشار قانوني ورجل دولة في بيزنطة ولد بـ بمثلي مات حوالي 545 تراس تحرير موته جستينيان - الحاوي ، القانون .</p> <p><u>انظر</u> : Petit Larrouse Illustré - P. 1739 .</p>	14
31	<p>ترونشي Tronchet, François</p> <p>ولد بباريس 1726 وتوفي 1806 محامي ورجل سياسة فرنسي ، دافع عن لويس (16) السادس عشر أمام La Convention أختير من طرف بونايرت ليكون من اللجنة التي وضعت القانون المدني 1800 .</p> <p><u>انظر</u> : - Le Mascidico P. 1616 - Petit Larrouse Illustrée P. 1740 .</p>	15

47	<p>الخدويوي توفيق 1269 هـ - 1309 هـ ، 1852 م - 1892 م</p> <p>خدويوي مصر محمد توفيق 1879 - 1892 م ، أكبر أولاد الخديوي إسماعيل باشا ، رقى العرض بعد أن عزل السلطان عبد الحميد الثاني ، في عهده أعلن عرابي باشا الثورة عام 1882 وبدأ الإحتلال البريطاني لمصر في العام نفسه .</p> <p><u>انظر</u> : منير بعلبكي ، معجم أعلام المورد ص 146 - القاموس الإعلامي 512/1 - الإعلام 65/6</p>	16
64-34-17	<p>ابن تيمية 661 هـ - 728 هـ ، 1263 م - 1328 م .</p> <p>تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخصر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس . تقي الدين ابن تيمية ، الإمام شيخ الإسلام ، من مؤلفاته : السياسة الشرعية ، الفتاوي ، الإيمان ، منهاج السنة ، رفع الملام عن الأئمة الأعلام .</p> <p><u>انظر</u> : - شذرات الذهب 80/6 - نيل طبقات الحنابلة 387/2 - فوات الوفيات 74/1</p>	17
27	<p>ثيودورس الثاني لاسكاريس Theodore II Lascariss 1222 - 1258</p> <p>امبراطور بيزنطي 1254 - 1258 ، ثالث أباطرة الأمبراطورية نيقية ، Nicaea التي أنشأها ثيودورس الأول ، إثر سقوط القسطنطينية في أيدي الصليبيين وطم هذه الأمبراطورية وشن حملتين ظافرتين على البلغار مكرها إياهم على عقد معاهدة معهم عام 1256 .</p> <p><u>انظر</u> : معجم أعلام المورد ص 154 .</p> <p>- Petit Larousse Illustrée 1986 P. 1727</p>	18
21	<p>ثيودورس الصقلي Diodore de Sicile</p> <p>يعرف بالصقلي نسبة إلى جزيرة صقلية أحد الكتاب المؤرخين اليونانيين المشهورين ولد بأجريان Agyrian في القرن الأول قبل الميلاد ، وهو كاتب لمجموعة فريدة عرفت بالمكتبة التاريخية جمع فيها تاريخ العالم منذ البدء حتى موت يوليوس قيصر سنة 60 ق م .</p> <p><u>انظر</u> : بطرس الستاني ، دائرة المعارف [ج6 ص 265] 265/6</p> <p>- Petit Larousse Illustrée 1986 P. 1278.</p>	19
29	<p>ثيوفيلوس Theophilus</p> <p>توفي عام 848 سماه ابن الأثير توفيل ابن مخائيل تميز حكمه بصراع طويل</p>	20

	مع المسلمين أصيب فيه الإمبراطورية البيزنطية ببعض من أقسى النكسات في تاريخها ، انتزع منه الخليفة العباسي المعتصم مدينة العمورية عام 838 م . <u>انظر</u> : ابن الأثير ، الكامل في التاريخ 246/5 . - معجم أعلام المورد 154 .	
60	جابر بن عبد الله 16ق هـ - 18 هـ ، 607 م - 697 م . جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي ، صحابي من المكثرين من الرواية عن النبي -صلى الله عليه وسلم- <u>انظر</u> : الإصابة 214/1 - شذرات الذهب 284/1	21
8	الجرجاني : السيد شريف (740هـ - 816 هـ ، 1340م - 1413 م هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي ويعرف بالسيد شريف فيلسوف من كبار علماء اللغة العربية ولد بتاكو (استرباب) شارك في علوم كثير الفلسفة واللغة العربية . الأصول من مؤلفاته : كتاب التعريفات ، شرح السراجية في الفرائض الكبرى والصغرى في المنطق ، ورسالة في أصول الحديث . <u>انظر</u> : - الضوء اللامع 2 ج 5 ص 338 - الأعلام 7/5	22
17	ابن جزى 693 هـ - 741 هـ ، 1294 م - 1340 م . محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبى ، أبو القاسم من العلماء بالأصول واللغة والقراءات والحديث ، من أهل غرناطة بين كتبه: تقريب الوصول إلى علم الأصول ؛ والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية . <u>انظر</u> - نفع الطيب 514/5 - الديباج المذهب ص 295	23
60	الجصاص 305 هـ - 370 هـ ، 9175 م - 980 م . أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، فاصل من أهل الرأي سكن بغداد ومات فيها إنتهت إليه رئاسة الحنفية وخطب في أن يلي القضاء فامتتع ، ألف كتابا في الأصول ، له شرح مختصر الطحاوي ، شرح الجامع الكبير - أحكام القرآن . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 71/3 - سير أعلام النبلاء 340/16 - الفهرست ص 415 - 416 .	24
41	جودت باشا أحمد 1238 هـ - 1312 هـ ، 1822م - 1895 م .	25

	إسماعيل بن علي بن أحمد آغا مؤرخ تركي من الوزراء له أشغال بالعربية ، ولد وتعلم في مدينة لوحة التابعة لولاية طونة ، فولى الوزراء الصدارة المؤقتة ثم نظارة العدلية وتوفي بالأستانة من كتبه بالعربية : خلاصة البيان في جمع القرآن ، التعليقات على أوائل المطول في البلاغة ، التعليقات على الشافية من البلاغة . <u>انظر</u> : معجم المؤلفين 184/1 - الأعلام 108/1	
82	جيني François Geny فرنسوا فقيه قانوني فرنسي ، ولد بـ باكارا 1861 - 1959 م حلل أدوات وآليات التي ليست قانونية خالصة . <u>انظر</u> : Petit Larrousse Illustrée P. 1349	26
61	ابن حجر العسقلاني 773 هـ - 852 هـ ، 1372 م - 1449 م . أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني أبو الفضل : شهاب الدين ابن حجر من أئمة العلم والتاريخ أصله من عسقلان بفلسطين مولده ووفاته بالقاهرة من تصانيفه : الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، لسان الميزان ، تقريب التهذيب ، فتح الباري . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 270/7 - الضوء اللامع م 1 - ج 2 ص 36	27
60	الحسن البصري 21 هـ - 110 هـ ، 642 م - 728 م . بن يسار أبو سعيد ، تابعي إمام أهل البصرة ولد بالمدينة وتوفي بالبصرة . <u>انظر</u> : - وفيات الأعيان 69/2 - حلية الأولياء 131/2 - الشذرات 136/1	28
19-18	حمورابي توفي عام 1750 ملك بابل 1792 - 1750 ق.م وحد ما بين دويلات متناحرة وجعل منها امبراطورية ذات شأن . <u>انظر</u> : - معجم اعلام المورد - P.L.J 1986 P. 1383.	29
88	أحمد بن حنبل 164 هـ - 241 هـ ، 780 م - 755 م . أبو عبد الله الشيباني ، الوائلي ، إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة ولد ببغداد صنّف المسند ، وله كتب في التاريخ : الناسخ والمنسوخ ، والود على من ادعى التناقض في القرآن... <u>انظر</u> : - ابن خلكان 63/1 - شذرات الذهب 96/2	30
-47-41-9	أبو حنيفة 80 هـ - 150 هـ ، 699 م - 767 م .	31

74	<p>النعمان بن ثابت التميمي بالولاء الكوفي ، أبو حنيفة إمام الحنفية الفقيه المجتهد ، المحقق أحد الأئمة الأربعة ، ولد ونشأ بالكوفة ، أراه المنصور العباسي للقضاء فأبى فسخره إلى أن مات ، له مسند في الحديث جمعه تلاميذه ، المخارج في الفقه ، ونسبت إليه رسالة في الفقه الأكبر ، توفي بيغداد . <u>انظر</u> : - وفيات الأعيان 405/5 - الفهرست ص 284 - شذرات الذهب 277/1 .</p>	
43	<p>حيدر علي عالم تركي ، كان أميناً مفتياً ، رئيساً أولاً لمحكمة التمييز العثمانية ، ووزيراً في الدولة العثمانية وأستاذاً للمحلة بمعهد الحقوق في اسطنبول. <u>انظر</u> : مقدمة المترجم ، لدرر الحكام ، ج 1</p>	32
34	<p>الخرشي 1010 هـ - 1101 هـ ، 1601 م - 1690 م . محمد بن عبد الله الخراشي المالكي أبو عبد الله أول من تولى مشيخة الأزهر ستة إلى قرية خراش من البحيرة بمصر فقيهاً فاضلاً ورعاً أقام بالقاهرة وتوفي بها . له الشرح الكبير على متن خليل والشرح الصغير <u>انظر</u> : - الفوائد السنية - الزركلي الأحلام 240/6 - القاموس الإسلامي 227/2 .</p>	33
68-67-60	<p>ابن الخطاب 40 ق.هـ - 23 هـ ، 584 م - 664 م . بن نفيل القرشي العدوي ، أبو حفص ، ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمير المؤمنين ، الصحابي الجليل ، بويح بالخلافة يوم وفاة أبي بكر سنة 13 هـ <u>انظر</u> : - حلية الأولياء 38/1 - الإصابة 511/2 - شذرات الذهب 33/1 .</p>	34
34	<p>الخليل ت 776 هـ ، - 1374 م . خليل بن اسحاق بن موسى ضياء الجندي فقيه المالكي من أهل مصر تعلم بالقاهرة وتوفي بها له المختصر في الفقه ؛ والتوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب ، المناسك . <u>انظر</u> : القاموس الإسلامي 283/2 - الاعلام 315/2</p>	35
23-19	<p>دراكون مشرع اثني من القرن السابع ق.م تولى تطبيق القوانين . عهد إليه بوضع مجموعة من القوانين من مجهوداته إلغاء الحروب الخاصة بين العائلات كما</p>	36

	ألغى الأخذ بالثأر وترك للسلطة القضائية حق إيقاف العقوبات انظر: زهدي يكن ، تاريخ القانون ص 275 .	
8	الدومي دمشقي ... 1346 هـ - 1927 م . عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران ، فقيه أصولي حنبلي عارف بالأدب والتاريخ والشعر ، ولد بدومة قـرب دمشق وعاش وتوفي بدمشق ولي افتاء الحنابلة له : المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ، شرح روضة الناظر ، تهذيب تاريخ ابن عاكر . انظر :- الأعلام 37/4 .	37
25	ديوكلتياتوس Biocletin إمبراطور روما ولد سنة 245 م تولى الحكم سنة 284 م من أعماله إنشاء مباني عظيمة ومدنا كثيرة منها ميلانو و قرطاجنة ، ونقوسيا بالإضافة إلى سن الشرائع ، توفي عن عمر يناهز 68 عام سنة 313 م . انظر : بطرس البستاني ، دائرة المعارف 266/8 - معجم أعلام المورد ص 168 - Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1278 .	38
10	الرازي ، فخر الدين 544 هـ - 606 هـ ، 1150 م - 1210 م . محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين الشيمي البكري أبو عبد الله الإمام المفسر ، مولد يري له : مفاتيح الغيب (تفسير القرآن الكريم) لوامع البيئات شرح أسماء الله الحسنى ، معالم أصول الدين انظر : الوفيات 248/4 - الشذرات 21/5 .	39
60	بن ابني رباح ، عطاء 27 هـ - 114 هـ ، 647 - 732 م . أبو محمد عطاء بن إسلام بن صفوان تابعي من أجلاء الفقهاء . ولد باليمن ونشأ بمكة فكان مقني أهلها ومحدثهم وتوفي بها . انظر : - وفيات الأعيان 261/3 - 263 - حلية الأولياء 310 /3 - 311 - سير اعلام النبلاء 78/5 .	40
65	ابن رشد (الجد) 450 هـ - 520 هـ ، 1058 م - 1126 م . أبو الوليد محمد بن أحمد قاض الجماعة بقرطبة من أعيان المالكية ، جد ابن رشد الفيلسوف ، له تأليف : المقدمات ، البيان والتحصيل ، مختصر شرح معاني الآثار للصحاوي مولده ووفاته بقرطبة انظر : شذرات الذهب 62/4 - الصلة 546/2 - الديباج ص 279	41
34-17	ابن رشد الحفيد 520 هـ - 595 هـ ، 1126 - 1198 م .	42

	<p>من أهل قرطبة ، قاضي الجماعة فيلسوف ، درس الفقه وعلم الكلام . له : بداية المجتهد في الفقه ، الكليات في الطب ، مختصر المستصفي ، مناهج الأدلة في كشف عقائد أهل الملة ، فصل المقال . <u>انظر</u> : - كتاب الصلة 85/1 - تاريخ قضاة الأندلس ص 111</p>	
46	<p>رضا . محمد رشيد 1282 هـ - 1352 هـ ، 1865 - 1935 م محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بن بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني البغدادي الأصل الحسيني النسب صاحب مجلة المنار ، وأحد رجال الإصلاح الإسلامي من الكتاب العلماء في الحديث والأدب والتاريخ والتفسير ، لازم الشيخ محمد عبده وتلمذ عليه ، أصدر مجلة المنار توفي بالقاهرة من آثاره : مجلة المنار ، تفسير القرآن الكريم ، تاريخ الأستاذ محمد عبده ، ونداء للجنس اللطيف . <u>انظر</u> : - الأعلام 126/6 - معجم المؤلفين 310/9 - معجم المفسرين 529/2</p>	43
34	<p>الزهري 51 هـ ، 124 م محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري أبو بكر ، أول من دون الحديث ، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء ، تابعي من أهل المدينة . <u>انظر</u> : - وفيات الأعيان 177/4 - شذرات الذهب 162/1 - الطبقات 348/5</p>	44
60	<p>ابن زيد 789 - 870 هـ أحمد بن محمد شهاب الدين أبو العباس ، فاضل دمشقي من علماء الحنابلة له : محاسن المساعي في مناقب الأوزاعي ، إختصار سورة ابن هشام ، كان من أهل العلم مفتيا وقيها ، باشر نيابة الحكم بالديار المصرية . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 310/7 - الضوء اللامع 71/2 .</p>	45
57	<p>سافيني Savigny فريدريك كارل فون : قانوني وفيلسوف القانون الألماني ، ولد بفرانكفورت 1779 م ، وتوفي سنة 1861 م إليه يعود : دراسة في القانون الروماني 1849 ، تولى زعامة المدرسة التاريخية . <u>انظر</u> : Petit Larousse Illustrée 1986 , p. 1679 - Le Mascido P. 1573 .</p>	46
52	<p>سانتيلانا Santillana</p>	47



	<p>دافيد ولد 9-5-1855 وتوفي 3-12-1931</p> <p>وله بتونس من أسرة يهودية مستشرق من الباحثين في الفقه المالكي ، درس الحقوق بجامعة روما ومارس مهنة المحاماة حتى سنة 1896 م</p> <p>ألف : مجلة العقود والالتزامات ، تقنين لأحكام الالتزام على مذهب المالكي. وشارك في محاكمة عرابي</p> <p><u>انظر</u> : - عبد الرحمن البدوي ، موسوعة المستشرقين ص 341</p>	
60	<p>السدي 127- هـ ، - 745 م</p> <p>اسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السدي أبو محمد ، تابعي حجازي الأصل سكن الكوفة مفسر مشهور كان إماما عارفا بالوقائع والأيام مفسر ومحدث مؤلف في المغازي والسير ، حجازي الأصل ، روى عن أنس بن مالك وابن عباس وغيرهما ، روى له مسلم وأبو داود وابن ماجه له تفسير كبير .</p> <p><u>انظر</u> : شذرات الذهب 1/174 - معجم الأدباء 2/295 - طبقات بن سعد 6/318</p>	48
68	<p>أبو السعود 982 هـ</p> <p>محمد بن محمد بن مصطفى العمادي المولى أبو السعود مفسر شاعر من علماء الترك المستعربين ولد بالقسطنطينية وتقلد منصب القضاء ، وأضيف إليه الافتاء ، وهو صاحب التفسير المعروف بـ : ارشاد العلل السليم إلى مرآة الكتاب الكريم ، وله : تحفة الطالب ورسالة في المسح على الخفين ، حاشية على الكشاف للزمخشري .</p> <p><u>انظر</u> : شذرات الذهب 8/398 - معجم المؤلفين 11/30 - معجم المفسرين 2/626</p>	49
44-42	<p>سليم بن رستم باز 1275 هـ - 1338 هـ ، 1859 م - 1920م.</p> <p>سليم بن رستم باز بن إلياس بن طنوس عالم بالحقوق ، ولد ببيروت وتعلم في لبنان ، احترف المحاماة اعتلى مناصب القضاء مات في حادث له 39 مصنف أشهر كتبه : شرح المحلة ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرقاة الحقوق .</p> <p><u>انظر</u> : الأعلام 3/118 - معجم المؤلفين 4/242</p>	50
68	<p>سليم الثاني 1524 - 1575 م</p> <p>سلطان عثماني 1566 - 1574 م ابن السلطان سليمان القانوني وخليفته ،</p>	51

	انتزع قبرص من أيدي البنادقة (أهل البندقية) 1570 - 1571 فأنشأت أوربا حلفا ضده . انظر : - معجم أعلام المورد ص 241 - الموسوعة السياسية 234/3	
68	سلطان الأول 1495 - 1566 م . سلطان عثماني 1520 - 1566 الإبن الوحيد للسلطان سليم الأول في عهده بلغت أوجها وعرفت نهضة مرموقة في حقول التشريع والأدب وفن العمارة انظر : معجم أعلام المورد ص 242 - الموسوعة السياسية 233/3 - القاموس الاسلامي 464/3 - 465	52
82	السنهوري عبد الرزاق 1312 هـ - 1391 هـ ، 1895 م - 1971 م . عبد الرزاق بن أحمد السنهوري ، الدكتور الكبير من علماء القانون في عصره ، مصري ولد بالإسكندرية . تخرج من كلية الحقوق 1917 تحصل على الدكتوراه 1926 تولى وزارة المعارف عدة مرات ومنح لقب الباشا ، تولى رئاسة مجلس الدولة بمصر (49-54) وضع قوانين مدنية كثيرة بمصر والعراق وسورية ولبنان ، الكويت ، توفي بالقاهرة . له : أصول القانون ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي انظر : الأعلام 3/350 - القاموس الإسلامي 5/139	53
3	ابن سيدة 398 هـ - 458 هـ ، 1007 - 1066 م علي بن اسماعيل ، المعروف بابن سيدة أبو الحسن إمام في اللغة وآدابها ، ولد بمرسية (الأندلس) وتوفي بدانية له : المخصص ، المحكم المحيط انظر : ابن خلكان 3/330 - شذرات الذهب 3/305	54
31	شارل السابع 1403 م 1461 م . ملك فرنسا 1422 - 1461 ، ترقى العرش في وقت كان الإنكليز يحتلون فيه فرنسا الشمالية بكاملها وجزء من أراضيها الجنوبية الغربية ، تعاون مع جان دارك على مقاتلة المحتلين ، فأنزل بهم هزيمة قاسية في أورليان عام 1429 - وأخرجهم سنة 1453 من جميع الأراضي الفرنسية ماعدا كالة . انظر : - معجم أعلام المورد ص 255 Petit Larousse Illustrée 1986 P. 1225.	55
-34-13	الشافعي 150 هـ - 204 هـ ، 768 م - 820 م .	56

90-74-63	محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه نسبة الشافعي وقد ولد بغزة وتوفي بمصر ، له تصانيف كثيرة : الأم في الفقه ، المسند في الحديث ، الرسالة ، أحكام القرآن انظر : - الذبيح ص 227 - شذرات الذهب 9/2 - الفهرست ص 294 .	
91-86-82	شاكر أحمد محمد 1309 هـ - 1377 هـ ، 1892 م - 1958 م أحمد بن محمد شاكر بن أحمد بن عبد القادر من آل علماء الحسين شمس الدين أبو الأشبال ، محدث ، مفسر فقيه ، قرأ عن والده القرآن والتفسير والحديث والأصول والمنطق والنحو بالأزهر وحاز الشهادة العليا وعين مدرسا ، فموظفا قضائيا ، فقاضيا فعضوا بالمحكمة العليا ، حقق ونشر عددا من الكتب من آثاره : نظام الطلاق في الإسلام والشرع واللغة ، أبحاث في أحكام الفقه والقضاء والقانون انظر : معجم المؤلفين 368/13 - معجم المفسرين 78/1 .	57
112	ابن شبرمة عبد الله بن شبرمة الضبي القاضي روى عن أنس والتابعين ، قال أحمد العملي كان عفيفا صارما وعاقلا ، شبه النساك ، شاعرا جواد قال عنه ابن سعد : كان ثقة فقيه قليل الحديث. انظر : شذرات الذهب 215/1 - الطبقات 337/6	58
92	الشاطبي ت - 790 هـ - 1388 م أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي عالم مجتهد محقق في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة توفي سنة 790 هـ له : الموافقات ، شرح الخلاصة في النحو ، الاعتصام. انظر : فهرس الفهارس 134/1 - نيل الإبتهاج هامش الذبيح ص 46-47	59
41	أبو الحسن الشيباني 131-189 هـ ، 748 م - 804 م . محمد بن الحسن بن خرق أبو عبد الله إمام بالفقه والأصول ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة ، ولاة الرشيد القضاء ببغداد ، له كتب كثيرة في الفقه والأصول تفقه على يد أبي حنيفة ثم أبي يوسف . له : المخارج في الحيل ، الآثار ، الجامع الصغير . انظر : الفهرست ص 287 - الوفيات 184/4 - شذرات الذهب 321/1	60
8-7	الشيرازي أبو إسحاق 393 هـ - 476 هـ ، 1003 م - 1083 م .	61

	<p>ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشافعي الملقب بجمال الدين ولد بفيروزآباد ببلاد فارس وتفقه بشيراز وقدم إلى البصرة ثم بغداد واستوطنها وظهر نبوغه في علوم الشريعة ، كان مرجع الطلاب ، ومفتي الأمة بنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية ، كان يدرس فيها ويديرها. كن تأليفه : المهذب في الفقه ، التبصرة واللمع في أصول الفقه ، طبقات الفقهاء.</p> <p>انظر : وفيات الأعيان 29/1 - شذرات الذهب 349/3.</p>	
62	<p>صولون 630 ق م - 560 ق م</p> <p>أحد حكماء اليونان التسعة من عائلة نبيلة ومتوسطة الثروة ابتداءً حياته ، تاجراً وأخطر للإقامة في اليونان عهد إليه بالحكم ، ومنح سلطة كاملة عرف بنزعه إلى الإصلاح أنهى سيطرة الأرستقراطيين ، وأصدر مجموعة قوانين اتسمت بطابع إنساني .</p> <p>انظر : زهدي يكن تاريخ القانون ص 274 - معجم أعلام المورد ص 272</p>	21-19-26-25-23
63	<p>الطرطوشي 451 هـ - 520 هـ ، 1059 م - 1126 م.</p> <p>أبو بكر محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري الطرطوشي المالكي الزاهد .</p> <p>من مؤلفاته : سراح الملوك ، كتاب بر الوالدين كتاب الفتن ، مختصر تفسير الثعالبي ، والكتاب الكبير في مسائل الخلاف ، وكتاب شرح رسالة أبي زيد القيرواني . انظر : وفيات الأعيان 3/393 - نفح الطيب 2/88 - شذرات الذهب 4/62</p>	73-65-64
64	<p>الطهطاوي 1216 هـ - 1290 هـ ، 1801 م - 1873 م .</p> <p>رفاعة رافع بن بدوي بن علي الطهطاوي يتصل نسبه بالحسين البسيط العالم المصري ، من أركان نهضة مصر العلمية في العصر الحديث وتعلم بالأزهر ، أرسلته الحكومة إمام للصلاة والوعظ مع بعثة من الشبان أوفدتهم إلى أوربه لتلقي العلوم الحديثة ترجم إلى الفرنسية كتب كثيرة (قلائد المفخر في غرائب الأوائل والأوجز ... توفي بالقاهرة.</p> <p>انظر : الأعلام 3/29 - معجم المؤلفين 4/168</p>	47
65	<p>أبو العالية</p> <p>رفيع بن مهران الرياحي ، أدرك الجاهلية وأسلم بعد وفاة النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو من الثقات التابعين المشهورين بالتفسير عالماً بالقرآيات</p>	60

	توفي 90 هـ - انظر : حلية الأولياء 217/2 - شذرات الذهب 102/1	
66-65-13	ابن عابدين 1198 هـ - 1252 هـ ، 1784 م - 1836 م . محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره مولده ووفاته بدمشق له : رد المحتار على المدار المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ، نسمات الأسحار شرح المنار ، الرحيق المختوم ، الفرائض مجموعة رسائل . انظر : اعلام الزركلي 216/2 - معجم المؤلفين 77/9 - القاموس الإسلامي 5/5	66
41	ابن عابدين 1244 هـ - 1828 م علاء الدين ولد بدمشق عام 1244 سار على طريقه والده وجلس للقضاء في طرابلس وفي عام 1285 هـ - 1868 م استدعي إلى اسطنبول إبان تولي الوزير جودت باشا رئاسة ديوان الأحكام العرفية واشترك في اصدار المحلة وبعد عودته إلى مسقط رأسه عين رئيسا ثانيا لمجلس المعارف ووضع التكملة لحاشية أبيه انظر : - القاموس الإسلامي 6/5	67
39	عاكلمير أبو المظفر ، محي الدين محمد أرنك زيب بهادر عاكلمير أو عالم جـير ؛ اللقب الذي عرف به السلطان أرنجيب وهو الذي خلف أبا شاه جان على الإمبراطورية بالهند في أواخر عام 1069 هـ - 1669 م ملك العالم أو فاتح الدنيا سن المؤلفات التي تحمل اللقب منها سيرة عالمكير نامه لمحمد كاظم المطبوع تلكتنا عام 1868 . انظر : القاموس الإسلامي 29/5	68
60-38-7	ابن عباس ، أبو العباس 3 ق.هـ - 68 هـ . عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عم النبي صلى الله عليه وسلم - عرف بذكائه ووفرة علمه وفقهه وكثرة اطلاعه لقب بحبر الأمة كتلك المزايا توفي بالطائف بعد أن كف بصره سنة 68 هـ . انظر : شذرات الذهب 75/1 - الإصابة 322/2 - حلية الأولياء 314/1	69
65	ابن عبد البر 368 هـ - 463 هـ ، 978 م - 1071 م يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النبري القرطبي المالكي أبو عمرو	70

	<p>من كبار حفاظ الحديث مؤرخ أديب ، يقال له حافظ المغرب ولد بقرطبة وولي قضاء لشبونة وتوفي بشاطبة من كتبه : الدرر في اختصار المغازي والسير ، الإستيعاب في التراجم ، المدخل في القراءات الإنتقاء ، التمهيد ، الكافي في الفقه .</p> <p><u>انظر</u> : شذرات الذهب 314/3 - 315 - الصلة 640/2</p>	
50	<p>الملك عبد العزيز 1293 هـ - 1373 هـ ، 1876 م - 1953 م</p> <p>عبد العزيز بن عبد الرحمن بن فيصل بن تركي بن عبد الله بن محمد بن سعود ملك الملكية العربية السعودية ومنتشورها ولد بالرياض وأسس المملكة عام 1351 هـ - 1932 م وتوفي بالطائف .</p> <p><u>انظر</u> : الأعلام 19/4-20 - القاموس الإسلامي 150/5 .</p>	71
41	<p>السلطان عبد العزيز خان 1245 هـ - 1830 .</p> <p>ثاني وثلاثون سلاطين الدولة العثمانية وهو ابن السلطان محمود الثاني . خلف أخاه عبد المجيد الأول بعد وفاته عام 1277 ، 1861 ودام حكمه نحو 15 سنة عمل على إدخال الإصلاحات في الدولة.</p> <p><u>انظر</u> : تاريخ الدولة العلية العثمانية ص 297</p> <p>- القاموس الإسلامي 139/5</p>	72
46	<p>عبد محمد 1266 هـ - 1323 هـ ، 1849 م - 1905 م .</p> <p>محمد عبده بن عبد بن حسن خير الله من آل التركماني مفتي الديار المصرية ، من كبار رجال الإصلاح والتجديد في الإسلام ، عمل بالتعليم وكتب في الصحف أصدر مع جمال الدين الأفغاني "العروة الوثقى" بفرنسا وتولى مناصب القضاء بمصر . وجعل مستشارا بمحكمة الإستئناف فمفتيا للديار المصرية سنة 1317 هـ ، واستمر إلى أن توفي بالإسكندرية له : تفسير القرآن ، رسالة التوحيد ، الرد على مهانوتو ، رسالة الواردات ، شرح نهج البلاغة</p> <p><u>انظر</u> : الأعلام 6/252 - زعماء الإصلاح ص 280 - معجم المؤلفين 273-272/10</p>	73
68-63	<p>عثمان بن عفان ولد سنة 47 ق.هـ توفي سنة 35 هـ</p> <p>عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية من قريش أمير المؤمنين ذو النورين ثالثا الخلفاء الراشدون وأحد العشرة المبشرين بالجنة من أعماله جمع القرآن</p>	74

	انظر : حلية الأولياء 55/1 - الإصابة 455/2	
34	العدوي 1112 هـ - 1189 هـ ، 1700 م - 1775 م علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي فقيه مالكي مصر كان شيخ الشيوخ في عصره ولد في بني عدي وتوفي بالقاهرة من كتبه حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، حاشية على شرح الخرشي انظر : الزركلي 280/4 - القاموس الاسلامي 303/5	75
65	ابن العربي 468 - 546 محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي (468 - 546 هـ ، 1076 - 1148 م) قاضي من حفاظ الحديث ولد في إشبيلية وله كتب في الحديث والفقه والأصول والأدب والتاريخ ولي قضاء إشبيلية ومات بقرب فارس من كتبه : العواصم من القواسم ، عارضه الأحوذى شرح الترمذي ، إحكام القرآن . انظر : وفيات الأعيان 292/3 - شذرات الذهب 216/1 - الديباج ص 281	76
65	ابن عطية 48 هـ - 54 هـ ، 1088 م - 1148 م أبو محمد بن غالب عبد الحق المحاربي الغرناطي أبو محمد مفسر فقيه أندلسي من أهل غرناطة ولي قضاء المرية ، له : المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، كان أديبا بارعا ، شاعرا عارفا بالأحكام والحديث والتفسير . انظر : الصلة 367/1 - تاريخ قضاة الأندلس ص 109 - الديباج ص 174 - 175 .	77
62	ابن عقيل 431 هـ - 513 هـ ، 1040 م - 1119 م علي بن عقيل البغدادي الظفري أبو الوفاء يعرف بابن عقيل عالم العراق وشيخ الحنابلة الفقيه الأصولي الواعظ المتكلم له تصانيف أعظمها كتاب الفنون ، وكفاية المفتي ، الأصول ، عمدة الأدلة ، المفردات ، التذكرة . انظر : شذرات الذهب 35/4 - نيل طبقات الحنابلة 35/3	78
60	عكرمة البربري 25 هـ - 105 هـ ، 645 - 723 م. عكرمة بن عبد الله البربري المدني ، أبو عبد الله مولى عبد الله بن عبلس تابعي كان من أعلم الناس بالتفسير والمغازي.	79

	انظر : حلية الأولياء 326/3 - شذرات الذهب 130/1 - الوفيات 265/3	
46	علي محمد 1184 هـ - 1265 هـ ، 1770 م - 1849 م . محمد علي بن إبراهيم أغا بن علي المعروف بمحمد علي الكبير مؤسس آخر دولة ملكية بمصر الباني الأصل ، مستعرب ، ولد في قوت احترف التجارة ، الدخان ، فأنثرى ، كان أميا ، تولى مصر 1220 هـ . انظر : الأعلام 191/7 - معجم أعلام المورد ص 220	80
38	ابن عمر عبد الله 10 ق.هـ - 33 هـ ، 613 م - 692 م . أبو عبد الرحمن القرشي العدوي من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أسلم مع أبيه وهو صغير وهاجر إلى المدينة ، كان ورعا كثير الإتباع لأثار رسول الله - صلى الله عليه وسلم . انظر : الوفيات 28/3 - شذرات الذهب 81/1 - الإصابة 135/3	81
65	عياض 467 هـ - 544 هـ القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن موسى بن عياض اليحصي السبتي ولد بمدينة سبته 476 هـ ، وتوفي بمراكش سنة 544 هـ . إمام أهل الحديث في وقته وعلوم الحديث وعلوم النحو واللغة ، وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم استقضى ببلده (سبته) ثم قضاء غرناطة من مؤلفاته: الإكمال في شرح كتاب مسلم كمل به المعلم في شرح كتاب مسلم ، مشارك الأنوار في تفسير غريب الحديث ، التنبهات ، ترتيب المدارك . انظر : وفيات الأعيان 152/3 - قضاة الأندلس 101 - الديباج ص 289	82
8	الغزالي 450 هـ - 505 هـ ، 1058 م - 1111 م محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد حجة الإسلام ، فيلسوف متصوف أصولي فقيه مولده ووفاته بالطبران له : إحياء علوم الدين ، تهافت الفلاسفة ، المستصفى ، المنحول ... انظر : وفيات الأعيان 216/4 - شذرات الذهب 10/4	83
43	الغزي محمد سعيد المراد الغزي اسمه الكامل : محمد سعيد بن عطاء الله بن إبراهيم الغزي ، عالم حقوقي ، أصله من غزة تولى تدريس الحقوق المدنية في بيروت وفي مدرسة الحقوق في دمشق ، توفي سنة 1336 هـ - 1927 م من مؤلفاته : الأدلة الأصولية ، شرح المجلة العدلية	84



	انظر : الأعلام 142/6 .	
8	ابن فارس 329 هـ - 395 هـ ، 941 م - 1004 م أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي من أئمة اللغة والأدب بصير بفقّه مالك مناظر متكلماً على طريقة أهل الحق ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين. انظر : الفهرست ص 119 - سير أعلام النبلاء 103/17 - الوفيات 118/1	85
27	فالنتين الثالث 419 م - 455 م امبراطور روماني الغرب 425 - 455 ظل تابعاً له ثيودوسن الثاني إمبراطور الشرق . قتل من طرف أنصار إيثيوس الذي قتل سنة 454 ليتحرر من الوصاية . انظر : Petit Larousse illustrée 1986 . p. 1752 .	86
73-65-64	ابن فرحون ت - 799 هـ ، - 1397 م . ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمري عالم بحاث ، ولد ونشأ ومات في المدينة مغزّي الأصل ، رحل إلى مصر والقدس والشلم سنة 792 تولى القضاء بالمدينة سنة 793 مات عن نحو 70 سنة وهو من شيوخ المالكية . له : الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب المالكية ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام ، شرح مختصر ابن الحاجب . انظر : - تعريف الحلف برجال السلف 200/1 - شذرات الذهب 357/6	87
89-50	القاري 1309 هـ - 1359 هـ ، 1891 م - 1940 م . أحمد عبد الله القاري بن محمد بشرخان قاضي حجازي من أصل هندي ، تعلم في المدرسة الصولتية بمكة وعلم بها ، وعين قاضياً بجدة 1340 هـ - جعل من أعضاء مجلس الشورى سنة 1349 فرئيساً للمحكمة الشرعية الكبرى فأحد أعضاء رئاسة القضاة سنة 1357 إلى أن توفي ، له : مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ، كانت وفاته بالطائف . انظر : الأعلام 163/1 - معجم المؤلفين 298/1	88
73-64	ابن القاسم 133 هـ - 191 هـ أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي بالولاء الفقيه المالكي تلميذ الإمام مالك صحبه عشرين سنة صاحب المدونة التي رواها	89

	عن الإمام مالك انظر : ترتيب المدارك 433/1 - وفيات 311/2 - الشذرات ص 329	
38	ابن قتيبة 213 هـ - 276 هـ ، 828 م - 889 م . عبد الله بن مسلم ، الدينوري أبو محمد من أئمة الأدب ولد ببغداد وتوفي بها وسكن الكوفة وولي القضاء بنور مدة فنسب إليها ، من كتبه : تأليف مختلف الحديث ، أدب الكاتب المعارف ، عيون الأخبار ، الإمام والسياسة . انظر : الشذرات 169/2 - الوفيات 42/3 - الفهرست ص 115 .	90
71	ابن قدامة 541 هـ - 620 هـ ، 1146 م - 1223 م أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، موفق الدين فقيه من أيام الحنابلة ، له : المغني ، شرح به مختصر الخرمي ، روضة الناظر ، المقنع ، العمدة ، الكافي ... انظر : الشذرات 88/5 - نيل طبقات الحنابلة 133/2 - سير أعلام النبلاء 166-165/22	91
6-47-87-89	قدري محمد 1237 هـ - 1306 هـ ، 1821 م - 1888 م . محمد قدري باشا من رجال القضاء بمصر ولد بها وأصل أبيه من الأناضول ، وأمه مصرية حسنية تعلم بلموى والقاهرة ودخل مدرسة الألسن ، فأتم فيها دروسه ونبع في معرفة اللغات واختاره الخديوي مرييا لولي عهده وولي مناصب عدة : مستشارا في المحاكم المختلطة فناظر للحقانية ، ووزير للمعارف ووزيرا للحقانية وهي آخر مناصبه ، توفي بالقاهرة ، من كتبه الدر المنتخب من لغات الفرنسيين والعرب ، مرشد الحيران ، كتاب الأحكام الشرعية ، العدل والإمام . انظر : الأعلام 10/7	92
73-7	القرافي 684 هـ - 1285 م أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المالكي المشهور بالقرافي الملقب بشهاب الدين ، ولد بمصر ونشأ فيها وبرع في الفقه والأصول والتفسير وعلوم أخرى ، له : الذخيرة ، شرح تنقيح الفصول ، أنوار الفروق وأنواء الفروق . انظر : الديباج ص 62 - معجم المؤلفين 158/1	93
60	القرطبي 671 هـ - 1273 م . أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الأندلسي من كبار المفسرين ، صالح	94

	متعبد من أهل قرطبة توفي بمصر ، من كتبه ، الجامع لأحكام القرآن الكريم. <u>انظر</u> : شذرات الذهب 355/5 - الأعلام 322/5	
27	قسطنطين 280 م - 370 م Constantint le grand إمبراطور روما بين 312 - 337 م في العهد المسيحي أعاد بناء بيزنطة وسماها باسمه القسطنطينية . <u>انظر</u> : معجم أعلام المورد ص 348 Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1249	95
8-34-61-68-67-62	ابن قيم الجوزية 691 هـ - 751 هـ ، 1292 م - 1350 م محمد بن أبي بكر عبد الله شمس الدين مولده ووفاته بدمشق . تلميذ الشيخ ابن تيمية له تصانيف كثيرة منها : أعلام الموقعين ، الروح ، القوائد ، الطرق الحكيمة ، إغاثة الألفان ، مفتاح دار السعادة . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 168/6 - نيل طبقات الحنابلة 447/2 - كشف الظنون 125/1 .	96
43	آل كاشف الغطا 1294 هـ - 1373 هـ ، 1874 م - 1954 م . من مجتهد الشيعة الإمامية إنتهت إليه الرياسة في الفتوى والاجتهاد عند الشيعة توفي بإيران ونقل إلى النجف ودفن فيها له : المراجعات الربانية ، أصل الشيعة وأصول الدين والإسلام ، تحرير المجلة. <u>انظر</u> : معجم المؤلفين 252/9 - الأعلام 106/6 .	97
26	كلوديوس أبيوس رجل سياسي روماني في القرن الرابع والخامس قبل الميلاد ، مرتين قنصل (307 و 296 ق.م) ديكتاتور وقاضي إحصاء ، أخذ مقاييس مفيدة للطبعة الشعبية بالمدينة ، دعا إلى تحرير العبيد أسس لافيا آيبا (Lavia Appia) وأول قناة مائية لروما . <u>انظر</u> : P.L.J. 1986 P. 1239	98
47	لطفی عمر 1284 هـ - 1329 هـ ، 1867 م - 1911 م . عمر لطفی بن یوسف عاشور المصري ، مؤسس النهضة التعاونية لمصر من علماء القانون أصله من المغرب مولده بالإسكندرية ووفاته بالقاهرة ، أنشأ نادي المدارس العليا بمصر ، وكثيرا من النقابات الزراعية وغيرها ، وناب عن مصر في مؤتمر المستشرقين بجنيف (1894) صنف كتبها	99

	الإمتميازات الأجنبيية ، الوجلز في شرح القانون الجنائي وإنشاء شركات التعاون. انظر : الأعلام 59/5 - معجم المؤلفين 30/7.	
31	لويس 14 1638 - 1715 ملك فرنسا 1643 - 1715 ابن لويس الثالث عشر، في عهده بلغت الملكية المطلقة أوجها في فرنسا ، ومع رفعه الدولة في اتجاه الشرق على حساب آل هاسبورغ ، شجع الفنون والصناعة وشيّد قصر فرساي يعرف بملك الشمس ، الملك العظيم . انظر : - معجم أعلام المورد ص 395 - Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1481	100
31	لويس 15 1710 - 1774 ملك فرنسا 1715 - 1774 رقي العرش في عمر خمس سنوات اتسم حكمه باللافعالية مما أدى إلى انحطاط السلطة الملكية ومهد لنشوب الثورة الفرنسية 1789 ، خسرت فرنسا في عهده نتيجة حرب السنوات السبع 1756 - 1763 معظم ممتلكاتها وراء البحار انظر : معجم أعلام المورد ص 365 Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1481	101
25	ليون الثالث Leon III L'Igauen ولد بجرمانيا عاش 675 - 741 إمبراطور الشرق من 717 - 741 نظم حالة الإمبراطورية في مقاتلة العرب. انظر : Petit Larrousse Illustrée P. 1463	102
38	المأمون 170 هـ - 218 هـ ، 786 م - 833 م. عبد الله بن هارون الرشيد بن المهدي بن أبي جعفر المنصور أبو العباس ، سابع الحلفاء العباسيين في العراق وأحد أعظم الملوك في سيرته وعلمه وسعة ملكه ، ولى الخلافة بعد وفاة أخيه الأمين سنة 1198 اهتم بالعلم والفلسفة والترجمة ، وفي عهده حدثت قضية خلق القرآن. انظر : - تاريخ بغداد 183/10 - الفهرست ص 168 - الشذرات 39/2.	103
-31-11	مالك 93 هـ - 179 هـ ، 712 م - 795 م	104
-47-34	بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري أبو عبد الله إمام دار الهجرة وأحد	

53-64-73-74	الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنسب المالكية مولده ووفاته بالمدينة له : الموطأ ، ورسالة في الوعظ وكتاب في المسائل وتفسير غريب القرآن ، المدونة . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 1/289 - الديباج ص 17 - سير أعلام النبلاء 8/43	
9	ابن مالك ، أنس 10 ق.هـ - 93 هـ ، 612 م - 712 م أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم النجاري الخزرجي الأنصاري أبو شامة أو أبو حمزة صاحب رسول الله وخادمه روى عنه البخاري ومسلم مولده بالمدينة ووفاته بالبصرة <u>انظر</u> : طبقات ابن سعد 7/10 - الشذرات 1/100	105
60-62-71-72-74-75	الماوردي 363 هـ - 450 هـ ، 974 م - 1058 م . أبو الحسن علي بن محمد قاضي القضاة من فقهاء الشافعية ولد بالبصرة وتوفي ببغداد من مؤلفاته : أدب الدنيا والدين ، الأحكام السلطانية ، الحلوي في فقه الشافعية ، الإقناع .. <u>انظر</u> : وفيات الأعيان 1/282 - شذرات الذهب 3/285	106
47	مبارك ، علي 1239 هـ - 1311 هـ ، 1824 م - 1893 م علي بن مبارك بن سليمان السروحي وزير مصري من المؤرخين العلماء العصاميين التوابع ولد بمصر وسافر إلى فرنسا مع بعثة إلى باريس ، تقلد مناصب عسكرية ثم نصب ناظر للأوقاف المصرية ، أضيفت إليه المعارف ، أنشأ المدارس ودار الكتب المصرية بالقاهرة له : الخطط التوفيقية في 20 جزء . <u>انظر</u> : - الأعلام 4/322 - زعماء الإصلاح ص 184 - معجم أعلام المورد ص 416 .	107
60	مجاهد بن جبر 21 هـ - 104 هـ ، 642 م - 722 م . أبو الحجاج المكي مولى بن مخزوم ، تابعي مفسر من أهل مكة ، شيخ القراء والمفسرين أخذ التفسير عن ابن عباس . <u>انظر</u> : - حلية الأولياء 3/279 - شذرات الذهب 1/125 - الطبقات 6/19	108
43	المحاسني محمد سعيد : هو محمد سعيد بن أبي الخير المحاسني ولد بدمشق وتخرج	109

	في كلية الحقوق في القسطنطينية وتقلد عدة مناصب منها وزارة الداخلية ونقابة المحامين درس بمعهد الحقوق توفي سنة 1374 هـ من مؤلفاته شرح مجلة الأحكام العدلية . <u>انظر</u> : معجم المؤلفين 29/10 .	
38	ابن مسعود - 32 هـ ، - 653 م عبد الله بن غافل بن حبيب الهندي أبو عبد الرحمن صحابي أكابرهم فضلا وعقلا وقربا من رسول الله من أهل مكة ومن السابقين إلى الإسلام ومن المكثرين للرواية توفي بالمدينة . <u>انظر</u> : - حلية الأولياء 124/1 - شذرات الذهب 38/1 - الإصابة 360/2 .	110
37-36 39-38	ابن المقفع 106 هـ - 142 هـ ، 724 م - 759 م . عبد الله من أنمة الكتاب أولى من عني بالترجمة لكتب المنطق ، أصله فارسي ولد بالعراق مجوسيا وأسلم على يد عيسى بن علي وولي كتابة الديوان للمنصور العباسي ، وترجم له كتباً لأرسطو طالس وترجمة كليلية ودمنة ، له رسالة في الأدب الصغير والأدب الكبير ، ورسالة الصحابة والتميمة ، أتهم بالزندقة فقتل بالبصرة . <u>انظر</u> : سير أعلام النبلاء 208/6 - الفهرست ص 172 .	111
82	منتسكيو Montesquieu Charles de Secondat كاتب فرنسي ولد بقصر براد بالقرب من بوردو بفرنسا 1689 وتوفي 1755 م كتب رسائل الفرسنة 1721 ، ملاحظات حول أسباب تفوق الرومان وفشلهم 1734 وروح القوانين 1748 هذا الأخير مؤلف استلهم من دستور 179 فكان مصدر الفقه الدستوري التحريري الذي يقوم على الفصل بين السلطات القضائية ، التشريعية ، التنفيذية . <u>انظر</u> : Petit Larrouse Illustrée P. 1533	112
37-36 39-38	المنصور 95 هـ - 158 هـ ، 714 - 775 م عبد الله بن محمد بن علي بن عباس أبو جعفر ثاني الخلفاء بني العباس وأولى من عني بالعلوم من ملوك العرب ولي الخلافة بعد أخيه السفاح سنة 136 هـ توفي بمكة وهو من بني مدينة بغداد . <u>انظر</u> : شذرات الذهب 244/1 - تاريخ بغداد 53/10 .	113
47	مخلوف المنيأوي - 1295 هـ ، 1878 م .	114

	محمد البدوي المنيأوي أزهرى مصرى له حواش ورسائل منها حاشية على حلية اللب المصون من البلاغة ، وحاشية على الرسائل البيانية. انظر : الأعلام 194/7.	
44	منير القاضي منير بن حضر بن يوسف القاضي البغدادي أديب حقوقي مارس التعليم في مختلف مراحلها وعمل في القضاء وتولى عمادة كلية الحقوق في بغداد سنة 1940 تقلد الوزارة وصار عضوا في المجمع العلمي العربي بدمشق ، ورئيسا للمجمع العلمي العراقي توفي سنة 1389 هـ - 1969 م. من مؤلفاته : أدب القصة في القرآن الكريم - محاضرات في القانون المدني - شرح المجلة . انظر : الأعلام 309/7	115
-31-19 -33-32 -46-40 58-47	نابليون 1769 - 1821 . إمبراطور فرنسا 1804 - 1855 تقلد عدة مناصب عسكرية ، أحد عظماء القادة العسكريين ، غزا مصر 1798 م ، حاول احتلال روسيا لكنه ارتد عنها خائبا عام 1812 ، تنازل عن العرش عام 1814 ، ونفي إلى جزيرة أيبيا . حاول استعادة حرسه لكنه فشل ثم نفي إلى سانت هيلانا انظر : معجم أعلام المورد ، ص 450 . Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1545	116
62	نافع 117 هـ - 737 م أبو عبد الله من أئمة التابعين بالمدينة كان علامة في فقه الدين كثير الرواية للحديث ثقة ، مولى ابن عمر . انظر : وفيات 150/2	117
39	النظام - 1036 هـ ، 1627 م . نظام الدين بن عبد الشكور الملخي الهندي مفسر من فقهاء الحنفية مشارك في بعض العلوم من كتبه : " رياض القدس في تفسير الجزء الأخير من القرآن ، الكريم . انظر : - معجم المفسرين 702/2	118
70-42	ابن نجيم - 970 هـ ، 1563 م . زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم فقيه حنفي من العلماء ،	119

	مصري له تصانيف منها الأشباه والنظائر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. <u>انظر</u> : شذرات الذهب 7/358 - الأعلام 3/64	
69-65-38	هارون الرشيد 149 هـ - 193 هـ ، 766 م - 809 م. ابن المنصور العباسي أبو جعفر خامس الخفاء العباسيين في العراق بويح بالخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة 170 هـ ، كان عالما بالأدب وأخبار العرب والحديث والفقه دامت ولايته 23 سنة توفي بطوس. <u>انظر</u> : - شذرات الذهب 1/334 - سير أعلام النبلاء 9/286 - شذرات الذهب 1/334	120
29	هادريان هادريانوس 76 - 138 امبراطور روماني 117 - 138 وحد الإمبراطوريات الرومانية الواسعة ووطد أركانها ، كان شاعرا موهوبا شديد الإعجاب بالحضارة الإغريقية بنى السور المنسوب إليه في انكلترا وأعاد تشكيل هيكل البانتون Panthon روما. <u>انظر</u> : معجم أعلام المورد ص 463 . Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1380	121
60	أبو هريرة 21 ق.هـ - 59 هـ ، 602 - 679 م. عبد الرحمن بن صخر الدوسي الملقب بأبي هريرة صحابي كان أكثر الصحابة حفظا لرواية الحديث أسلم سنة 7 هـ. وتوفي بالمدينة . <u>انظر</u> : - حلية الأولياء 1/376 - الإصابة 4/300 - الشذرات 1/63 .	122
-41-34 72-68	أبو يوسف 113 هـ - 182 هـ ، 731 م - 798 م. الحنفي يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه ، فقيها محدثا ولي قضاء بغداد أيام المهدي والهادي والرشيد ومات في خلافته ، عرف بقاضي القضاة. من كتبه : الخراج ، الآثار ، أدب القاضي . <u>انظر</u> : - الشذرات 1/218 - الوفيات 6/378 - الفهرست ص 286	123
27	يوليوس قيصر Jules Cesar 100 - 44 ق م سياسي مؤرخ قائد عسكري روماني دكتاتور روما 49-44 ق م <u>انظر</u> : معجم أعلام المورد ص 350 . Petit Larrousse Illustrée 1986 P. 1218	124



# فهرس المصادر والمراجع

## أ - المؤلفات باللغة العربية

- ابن الأثير ، أبو الحسن علي
- 1- الكامل في التاريخ . ط6 دار الكتاب العربي ، بيروت .
- الأشقر ، عمر سليمان
- 2- تاريخ الفقه الإسلامي . قصر الكتاب ، الجزائر . 1990 .
- الأصفهاني ، الراغب
- 3- المفردات في غريب القرآن الكريم . ضبط ومراجعة محمد خليل عيناني . ط1 دار المعرفة بيروت 1418 - 1998 م .
- الأصفهاني ، أبو نعيم
- 4- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، مطبعة السعادة ، مكتبة الخانجي ، مصر 1355 هـ - 1936 م .
- الألباني ، ناصر الدين محمد .
- 5- صحيح سنن الترمذي . ط1 مكتبة التربية العربية لدول الخليج الرياض ، 1408 هـ - 1988 م .
- 6- صحيح سنن ابن ماجه . ط3 مكتبة التربية العربية لدول الخليج ، الرياض . 1408 هـ - 1988 م .
- 7- صحيح النسائي باختصار السند . ط2 مكتبة التربية العربية لدول الخليج ، الرياض 1408 هـ - 1988 م .
- الألويسي ، محمود
- 8- روح المعاني ، في تفسير القرآن الكريم . الطباعة المنيرية . مصر .
- إمام ، محمد كمال الدين
- 9- أزمة المنهج في الدراسات الفقهية المعاصرة . جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية . المعهد العالمي للفكر الإسلامي مقدمة إلى ندوة قضايا المنهجية في الفكر الإسلامي ، قسنطينة الجزائر 9-12 سبتمبر 1989 .
- الأمدي ، سيف الدين
- 10- الإحكام في أصول الأحكام . ط1 دار الكتب العلمية بيروت 1405 هـ - 1985 م .

- أمين ، أحمد
- 11- زعماء الإصلاح دار الكتاب العربي لبنان بيروت 1979 م .
- بن أنس ، مالك
- 12- المدونة الكبرى في الفقه ، مطبعة السعادة ، مصر 1323 هـ .
- إيمار أندري .
- 13- تاريخ الحضارات العام . ج 1 - الشرق الأدنى واليونان القديمة- ، ط 1 ، منشورات عويدات بيروت 1964 م .
- 14- تاريخ الحضارات العام ج 3 - القرون الوسطى- . ط 1 منشورات عويدات 1965 .
- الياحسين ، يعقوب
- 15- القواعد الفقهية . ط 1 مكتبة الرشيد ، الرياض 1418 - 1998 م .
- البدرأوي ، عبد المنعم
- 16- المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية 1966 .
- بدوي أحمد زكي
- 17- معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري القاهرة دار الكتاب اللبناني، بيروت 1410 هـ - 1989 م .
- بدوي عبد الرحمن
- 18- موسوعة المستشرقين . ط 3 دار العلم للملايين بيروت لبنان ، يوليو 1993 .
- البستاني ، بطرس
- 19- كتاب دائرة المعارف ، دار المعرفة بيروت .
- ابن بشكوال ، أبو القاسم خلف
- 20- كتاب الصلة مراجعة غ. الحسيني ، ط 2 مكتبة الخانجي القاهرة 1414 هـ - 1994 م .
- بعلبكي ، منير
- 21- موسوعة المورد ، دار العلم للملايين ، بيروت 1980 .
- 22- معجم أعلام المورد ، دار العلم للملايين ، بيروت 1992 .
- البوطي ، محمد سعيد رمضان .
- 23- على طريق العودة إلى الإسلام ، ط 8 الرحاب الجزائر 1408 هـ - 1987 م .
- تركي ر، كباي م
- 24- القاموس القانوني - عربي فرنسي- ، مع نماذج للعرائض القانونية ، المطبعة الرسمية الجزائر .

- التفازاني ، سعد الدين
- 25- شرح التلويح على التوضيح ، وبهامشه شرح التوضيح للتقيح . دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان .
- تناغو ، سمير عبد السيد
- 26- النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1984 م .
- التهانوي ، محمد فاروق
- 27- كشاف اصطلاحات الفنون ، تعليق : لطفی عبد البديع ، دار الثقافة والإرشاد والمؤسسة المصرية 1382 هـ - 1963 .
- ابن تيمية ، أحمد تقي الدين
- 28- مجموع فتاوي ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم . ط1 ، مكتبة المعارف ، الرباط 1381 هـ .
- الجراح ، شفيق
- 29- دراسات في تاريخ الحقوق ، -المؤسسات الحقوقية البابلية- ط2 ، المطبعة الجديدة، دمشق 1397 - 1398 هـ - 1977 م 1979 م .
- الجرجاني ، السيد شريف
- 30- كتاب التعريفات ، تحقيق عبد المنعم الحقي ، دار الرشاد.
- ابن جزري ، عبد الرحمن المالكي
- 31- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملايين بيروت 1976 .
- جستنيان
- 32- المدونة في القانون الروماني تعر. عبد العزيز فهمي ط1 دار الكتاب المصري ، القاهرة 1946 .
- الجصاص ، أبو بكر الرازي
- 33- أحكام القرآن . تحقيق محمد الصادق القمحاوي ، دار المصحف شركة ، مكتبة ، مطبعة عبد الرحمن محمد . القاهرة .
- جماعة من علماء الهند
- 34- الفتاوي الهندية ، ط2 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- جماعة من كبار اللغويين
- 35- المعجم العربي الأساسي ، لاروس Alesco 1989 المنظمة العالمية للثقافة والفنون . Unesco

- أبو جيب سعيد
- 36- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ط2 دار الفكر ، دمشق سوريا 1408 هـ - 1988 م .
- ابن حجر العسقلاني ، أبو الفضل شهاب الدين .
- 37- الإصابة في تميز الصحابة ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- 38- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت .
- ابن حزم ، أبو محمد علي الظاهري
- 39- المحلى بالآثار في الفقه تحقيق أحمد محمد شاكر الطباعة المنيرية مصر 1347 هـ .
- الحفناوي
- 40- تعريف الخلف برجال السلف تحقيق محمد أبو الأجنان عثمان ، مطبعة مؤسسة المكتبة العتيقة 1402 - 1982 م .
- الحفناوي ، عبد المجيد محمد
- 41- تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار الكتاب الليبي ليبيا .
- الحطاب
- 42- شرح ورقات الجويني ط3 المطبعة التونسية 1351 هـ .
- حيدر علي .
- 43- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - ط1 دار الجيل بيروت 1415 هـ - 1991 م .
- الخطيب البغدادي أبو بكر
- 44- كتاب الفقيه والمتفقه ، تصحيح وتعليق إسماعيل الأنصاري . ط2 دار الكتب العلمية بيروت 1400 هـ - 1980 م .
- 45- تاريخ بغداد ومدينة السلام ، دار الكتاب العربي بيروت .
- ابن خلكان ، أبو العباس شمس الدين
- 46- وفيات الأعيان وأنباء الزمان ، تحقيق إحسان عباس دار صادر ، بيروت .
- خليفة ، حاجي
- 47- كشف الظنون عن أسامي الكتاب والفنون ، وكالة المعارف الجلييلة 1941 م - 1360 هـ .
- دروزة ، محمد عزة .
- 48- الدستور القرآني في شؤون الحياة ، دار إحياء الكتاب العربية .
- الدسوقي ، محمد بن عرفه
- 49- حاشية الدسوقي على شرح الكبير المطبعة الأزهرية ، مصر 1353 هـ - 1934 م .
- دسوقي ، محمد
- 50- الاجتهاد والتقليد ، ط1 دار الثقافة قطر 1407 هـ - 1987 م .

- الدومي ، عبد القادر الدمشقي
- 51- نزهة خاطر العاطر ، شرح روضة الناظر ، د ط ، د ت ، دن
- ديوارنت ول ، قصة حضارة
- 52- ج1 المجلد الثالث ، -قيصر والمسيح أو الحضارة الرومانية - . تر : محمد بدران ط3  
القاهرة لجنة التأليف والترجمة والنشر 1972 .
- 53- ج1 المجلد الرابع - عصر الإيمان - تر محمد بدران ط3 القاهرة لجنة التأليف والترجمة  
والنشر 1964 .
- 54- ج1 المجلد الأول - الشرق الأدنى- ، تر ، محمد بدران لجنة التأليف والترجمة والنشر  
القاهرة.
- 55- ج3 المجلد الأول - الهند وجيرانها- ط3 ، تر. زكي نجيب ، لجنة التأليف والترجمة  
والنشر القاهرة 1968 .
- 56- ج2 المجلد الثاني - حياة اليونان- ط1 تر. محمد بدران لجنة التأليف والترجمة والنشر  
القاهرة.
- الذهبي ، شمس الدين
- 57- سير أعلام النبلاء مؤسسة الرسالة بيروت
- الذنون ، عبد الحكيم
- 58- التشريعات البابلية ط1 دار علاء الدين ، دمشق 1992 .
- الرازي ، فخر الدين
- 59- المحصول في علم الأصول ط1 لبنان دار الكتب العلمية 1408 هـ - 1988 م .
- الرازي ، محمد بن أبي بكر
- 60- مختار الصحاح ط1 دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان 1415 هـ - 1985 م .
- ابن رجب زين الدين البغدادي الحنبلي
- 61- كتاب الذيل على طبقات الحنابلة دار المعرفة
- ابن رشد ، أبو الوليد القرطبي
- 62- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط8 ، دار الطباعة والنشر بيروت لبنان 1406 هـ - 1986 م .
- رشيد، محمد رضا
- 63- تاريخ الإمام محمد عبده ط1 مصر ، مطبعة المنارة 1350 هـ - 1931 م .
- الزحيلي ، محمد مصطفى

64- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية ، دار الفكر

دمشق 1982 .

- الزحيلي ، وهبة .

65- أصول الفقه الإسلامي ط1 دار الفكر الجزائر سورية 1410 هـ .

66- جهود تقنين الفقه الإسلامي ط1 مؤسسة الرسالة 1408 - 1987 .

67- الفقه الإسلامي وأدلته ط1 -النظريات الفقهية والعقود- دار الفكر دمشق .

- الزرقاء ، مصطفى أحمد

68- المدخل الفقهي العام ط9 دار الفكر دمشق 1967 - 1968

- الزركلي ، خير الدين

69- الأعلام ط5 بيروت دار العلم للملايين 1980 .

- أبو زهرة ، محمد

70- محاضرات في عقد الزواج وآثاره دار الفكر العربي القاهرة 1971 .

- أبو زيد ، بكر بن عبد الله

71- التقنين والإلزام ط2 دار الهلال الرباط 1983 م .

- الزيلعي ، فخر الدين

72- تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ط2 دار الكتاب الإسلامي القاهرة .

- سابق ، سيد

73- فقه السنة ط7 دار الكتاب العربي ، بيروت 1405 هـ - 1985 م .

- السخاوي، شمس الدين

74- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، منشورات دار مكتبة الحياة

- سعد ، عبد العزيز

75- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط2 دار البعث قسنطينة الجزائر 1989 م .

- سعد ، فضيل

76- شرح قانون الأسرة الجزائري -الزواج والطلاق- المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري

. 1986

- ابن سعد ، محمد

77- الطبقات الكبرى ط5 تح محمد عبد القادر ، دار الكتب العلمية بيروت 1410 هـ -

. 1990 م

- السنهوري عبد الرزاق

- 78- مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر للطباعة والنشر  
- ابن سيدة ، علي بن إسماعيل
- 79- المحكم المحيط الأعظم في اللغة ط4 تحقيق عبد الستار محمد فرج معهد المخطوطات  
جامعة الدول العربية  
- السيوطي ، جلال الدين
- 80- الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية بيروت 1992  
- شاکر ، أحمد محمد
- 81- الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرًا للقوانين في مصر ، د ط دار السنة القاهرة 1986 .  
- الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم.
- 82- الموافقات ط1 ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية 1417 هـ -  
1997 م .  
- الشاوي ، توفيق
- 83- سيادة الشريعة الإسلامية في مصر ، الزهراء للإعلام العربي
- 84- فقه الشورى والاستشارة ، ط2 دار الوفاء للطباعة والنشر المنصورة ، مصر 1413 هـ -  
1992 م .  
- شلبي ، محمد مصطفى
- 85- مدخل في التعريف بالفقه الإسلامي -نظرية الملكية والعقود- دار النهضة العربية ، لبنان  
1985 م .
- 86- أحكام الأسرة في الإسلام ، ط2 لبنان دار النهضة العربية 1393 هـ - 1977 م .  
- صادق ، هشام علي
- 87- تنازع القوانين ، منشأة المعارف الإسكندرية 1993 .  
- صدة ، عبد المنعم فرج
- 88- أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت 1978 م .  
- الصراف ، عباس ؛ جورج حزبون
- 89- المدخل إلى علوم القانون ، ط2 مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع الأردن 1991 .  
- صفوت ، أحمد زكي
- 90- جمهرة رسائل العرب ج3 -في العصور العربية الزاهرة العصر العباسي الأول... -  
د ط المكتبة العلمية ، بيروت - رسالة رقم 26.  
- أبو طالب ، صوفي

- 91- تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ط2 دار النهضة العربية بيروت ؛ مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي 1408 هـ - 1987 م .
- الطماوي ، سليمان
- 92- السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ، ط6 دار الفكر العربي مصر 1416 - 1996م .
- ابن عابدين ، محمد أمين
- 93- حاشية رد المختار على شرح الدرر المختار ط2 دار الفكر 1386 هـ - 1966م .
- 94- مجموعة رسائل ابن عابدين عالم الكتب
- عبد البر ، محمد زكي
- 95- تقنين الفقه الإسلامي -المبدأ ، المنهج ، التطبيق- ط2 دار إحياء التراث العربي قطر 1407 - 1986 م .
- عبد التواب ، معوض
- 96- موسوعة الأحوال الشخصية ط6 منشأة المعارف الاسكندرية 1995 م .
- عبد الجواد ، محمد
- 97- بحوث في الشريعة الإسلامية والقانونية -المجموعة الثانية- مطبعة الجامعة والكتاب الجامعي القاهرة 1977 م 1397 هـ
- 98- بحوث في الشريعة الإسلامية -تقنين الشريعة - الإسكندرية منشأة المعارف 1411 هـ - 1991 م .
- 99- التطور التشريعي في الممكة العربية السعودية مطبعة الجامعة والكتاب الجامعي . القاهرة 1977 .
- عبد الصمد ، محمد وجدي
- 100- الاعتذار بالجهل بالقانون -دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- ط3 عالم الكتاب القاهرة 1988 م .
- العضد
- 101- شرح العضد المختصر المنتهى على هامش حاشية النفذاني على الشرح ، المطبعة الأميرية الكبرى 1316 هـ .
- العربي بلحاج
- 102- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1994 .
- العريني ، محمد



- 103- الدولة البيزنطية (323 - 1081 م) دار النهضة العربية بيروت 1988 م.
- العطار ، عبد الناصر توفيق
- 104- مبادئ القانون ، مطبعة السعادة ، مصر ، د ت ، د ط
- 105- مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط2 دار النهضة العربية القاهرة.
- عطية ، جمال الدين
- 106- النظرية العامة للشريعة ط1 1407 هـ - 1987 م
- التنظير الفقهي ط1 1407 هـ .
- عطية الله ، أحمد
- 107- القاموس الإسلامي ط1 مكتبة النهضة المصرية القاهرة 1390 هـ - 1970 م.
- علي سليمان ، علي
- 108- وجوب إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 .
- 109- نظرات قانونية مختلفة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994.
- ابن عماد ، أبو الفلاح عبد الحي .
- 110- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، دار الآفاق الجديدة بيروت .
- عوض ، محمد
- 111- دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي ، المطبوعات الجامعية كلية الحقوق ، الإسكندرية 1977 م
- عياض ، موسى بن السبتي القاضي
- 112- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المملكة المغربية .
- الغزالي ، محمد
- 113- المستصفي في علم الأصول ط3 المطبعة الأميرية القاهرة 1322 هـ
- الغندور ، أحمد
- 114- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية ، وما عليه العمل في محاكم الكويت ط2 مكتبة الفلاح ، الكويت 1402 - 1982 م .
- الغنيمي ، محمد طلعت
- 115- قانون السلام في الإسلام -دراسة مقارنة- منشأة المعارف الإسكندرية د ط ، د ت
- ابن فارس ، أبو الحسن زكريا

- 116- معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام هارون ط3 مكتبة الخارجي 1402 هـ - 1981م.
- الفراء ، أبو يعلى
- 117- الأحكام السلطانية - تعليق محمد حامد الفقي - دار الكتب العلمية ، بيروت 1403 هـ .
- ابن فرحون ، برهان الدين
- 118- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ط1 المطبعة العامرة الشرقية 1301هـ.
- 119- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، ط1 مطبعة السعادة 1329 مصر .
- فريد بك ، محمد
- 120- تاريخ الدولة العلية العثمانية ، دار الجيل بيروت 1397 هـ - 1977 م .
- الفيروز آبادي
- 121- القاموس المحيط ط3 المطبعة المنيرية بولاق مصر 1301 هـ
- الفيومي ، أحمد بن علي المقري
- 122- المصباح المنير ط3 المطبعة الكبرى مصر 1316 هـ
- القاسم ، عبد الرحمن
- 123- الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ، ط1 مطبعة المدني ، مصر 1966 .
- ابن قتيبة ، عبد الله بن مسلم
- 124- الإمامة والسياسة تحقيق طه محمد الزيني ، دار المعرفة بيروت .
- القرافي ، محمد بن إدريس
- 125- الذخيرة ط1 تحقيق محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي 1994.
- 126- شرح تنقيح الفصول المطبعة التونسية تونس 1328 هـ - 1910 م .
- القرضاوي ، يوسف
- 127- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ط2 دار القلم الكويت 1410 - 1989 .
- القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الأنصاري
- 128- الجامع لأحكام القرآن دار الكتاب العربي ، بيروت.
- ابن قدامة المقدسي موفق الدين
- 129- المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت 1393 هـ - 1973 م .
- ابن قيم الجوزيه
- 130- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق محمد حامد الفقي دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- 131- أعلام الموقعين، تقديم ومراجعة طه عبد الرؤوف مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة .

- الكتاني ، محمد حسنين أبو المفاخر .  
132- فهرس الفهارس وإثبات المشيخات والمسلسلات ، المطبعة الجديدة 1347 هـ فاس  
المغرب .
- الكتبي ، محمد بن شاعر  
133- فوات الوفيات ، تحـ إحسان عباس دار الثقافة بيروت .  
- كحالة ، محمد رضا  
134- معجم المؤلفين دار إحياء التراث العربي  
- الكيالي ، عبد الوهاب  
135- الموسوعة السياسية ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر .  
- كيرة ، حسن  
136- المدخل للقانون ، منشأة المعارف الإسكندرية 1984 م .  
- مالكي محمد الأخضر  
137- القانون الدولي الخاص ، ج1 تنازع القوانين الدولية ، مطبوعات جامعة ، دار البعث  
قسنطينة ، الجزائر ، 1983 .  
- الماوردي ، أبو الحسن علي  
138- النكت والعيون ، تفسير القرآن الكريم ، تحقيق خضر محمد خضر ط1 مطابع مقهوي  
الكويت .
- 139- الحاوي الكبير تحقيق محمود مسطر جي دار الفكر بيروت 1414 هـ - 1994 م .  
140- الأحكام السلطانية والسلطات الدينية تعليق خالد عبد اللطيف العلمي ط1 دار الكتاب  
العربي 1410 - 1990 م  
- المباركفوري  
141- تحفة الأحوذني شرح جامع الترمذي ط1 دار الكتب العلمية بيروت 1410 - 1990 م  
- متولي ، عبد الحميد  
142- الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور ط1 منشأة المعارف الإسكندرية .  
- محدة ، محمد  
143- التركات والمواريث  
144- أحكام الأسرة ، الخطبة والزواج ، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية ، دار  
الشهاب ، باتنة 1994 .  
- محمد علي ، عبد الجليل

- 145- مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة ، دراسة مقارنة ط1  
عالم الكتب ، القاهرة 1984 م .
- المحمصاني ، صبحي  
146- الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ، -ماضيها وحاضرها- ط4 دار العلم للملايين  
1981.
- 147- فلسفة التشريع في الإسلام ط3 دار العلم للملايين بيروت 1380 هـ - 1961 م .
- مذكور ، محمد سلام  
148- المدخل للفقهاء الإسلامي ، تاريخه ، مصادره ، نظرياته العامة ، ط4 ، دار النهضة العربية  
القاهرة 1389 هـ - 1969 م .
- مرير ، محمد  
149- كتاب الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية ، منشورات الجنرال فرانكو للأبحاث  
العربية الإسلامية ، تطوان المغرب 1951 م .
- مسلم ، بن حجاج النيسابوري  
150- صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط2 دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .
- المقري ، أحمد  
151- مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ، تحقيق ودراسة عبد الوهاب أبو سليمان ، محمد إبراهيم  
أحمد علي ، مطبوعات تهامة المملكة العربية السعودية .
- ابن منظور ، جمال الدين محمد بن أكرم  
152- لسان العرب ، دار المعارف .
- النبهاني ، أبو الحسن  
153- قضاة الأندلس المكتب التجاري ، بيروت  
- الندوي ، علي  
154- القواعد الفقهية ، ط2 دار القلم ، دمشق 1415 ، 1996 م .
- ابن النديم  
155- الفهرست ، المكتبة الرحمانية مصر .
- نويهض ، عادل  
156- معجم المفسرين ط1 مؤسسة نويهض الثقافية .
- وزارة الأوقاف الكويتية والشئون الإسلامية  
157- الموسوعة الفقهية ، الكويت 1984 .
- وزارة الأوقاف المصرية ، المجلس الأعلى الإسلامي

158- موسوعة الفقه الإسلامي ، دار الكتاب المصري القاهرة ، دار الكتاب اللبناني ، لبنان ،

1410 - 1990 م .

- أبو الوفاء ، أحمد

159- تاريخ النظم والشرائع ، الدار الجامعية للطباعة والنشر 1984 .

- الوكيل ، شمس الدين

160- دروس في القانون ط1 دار المعارف ، مصر 1966 م .

- يكن ، زهدي

161- تاريخ القانون ط2 دار النهضة العربية ، لبنان بيروت 1969 .

### ب - الدوريات والمقالات .

- إمام ، محمد كمال الدين

1- "الخلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية" . المسلم

المعاصر ، سنة 15 ، العدد 58 . ربيع الثاني جمادى الأولى الثاني 1411 هـ ، نوفمبر

ديسمبر 1990 يناير 1991 ص 55 - 80 .

- أفزاز ، أحمد

2- "نظام الأسرة في الفقه الإسلامي" مجلة الميادين ، عدد خاص جامعة محمد الخامس كلية

العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المملكة المغربية 1409 هـ - 1989م ص 34

وما بعدها .

- آل الشيخ ، عبد العزيز

3- "إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين الوضعية في كافة البلاد الإسلامية" ندوة محاضرات

موسم الحج 1388 هـ . رابطة العالم الإسلامي ص 143 وما بعدها .

- بابكر الحسين ، خليفة

4- "القواعد الفقهية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - طبيعتها

وكيفية استخدامها في التفسير القضائي" مجلة الأمن والقانون ، كلية الشرطة ، دبي السنة

السادسة العدد الأول رمضان 1418 هـ - 1998 م . ص 108-144 .

- بوضياف ، عمار بن التهامي

5- "معالم استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية" مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الثامنة ،

العدد 30 . 1417 هـ ص 120-155 .

- حماني ، أحمد
- 6- "حول مشاكل الأسرة" ، الأصالة السنة الثالثة العدد 13 صفر ربيع الأول 1393 هـ ، ماي  
أفريل 1973 م .
- خميس ، محمد عطية
- 7- "تقنين الشريعة الإسلامية" مجلة الأزهر ، السنة الخامسة المجلد الأول ، الجزء الرابع  
جمادى الأولى 1399 هـ إبريل 1979 ص 805-816 .
- الخويلدي ، عبد الستار
- 8- "الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام العدلية" المجلة التاريخية العربية للدراسات العثمانية ،  
تونس (زغوان) مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات ، العدد 13-14 أكتوبر 1996 م  
ص 51-58 .
- سليمان ، علي علي
- 9- "التعارض بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الجزائري" ، مجلة الشرطة العدد  
49 مديرية الأمن الوطني الجزائر ، أكتوبر 1992 ص 11-13 .
- السنهوري، عبد الرزاق
- 10- "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" . مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، العدد  
الأول ، شوال سنة 1354 هـ يناير 1936 م ص 3-144 .
- السنهوري ، أحمد فرج
- 11- "التقليد بين أحكام المذاهب" مجلة البحوث ، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية ،  
شوال 1383 هـ مارس 1964 م . ص 67-97 .
- شهبون، عبد الكريم
- 12- "التشريع والقضاء في المغرب وارتباطه بالتشريع الإسلامي" الميادين عدد خاص -مدونة  
الأحوال الشخصية المغربية- وتطور الواقع الاجتماعي في المغرب ، ص 15-66 .
- عطية ، جمال الدين
- 13- "تاريخ التقنين" المسلم المعاصر . العدد 11 ، رجب شعبان رمضان 1397 هـ ، يونيو  
أغسطس 1977 م . بيروت لبنان ص 37-75 .
- 14- "مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ" مجلة المسلم المعاصر العدد 12 . شوال  
ذي الحجة 1397 هـ أكتوبر ديسمبر 1977 ص 45-80 .
- الغنيمي ، محمد طلعت
- 15- "العرف في القانون الدولي" مجلة الحقوق مصر، المجلد التاسع العدد 3-4 السنة التاسعة  
1959-1960 ص 277 .

- أبو الفتوح ، أبو المعاطي.

16- "تقنين الأحكام الشرعية" مجلة العلوم الإسلامية جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، الجزائر . العدد الثالث جمادى الثانية 1412 هـ - جانفي 1992 م .

- مخلوف ، ماجدة

17- "أهمية تقنين الفقه الإسلامي - أحمد جودت باشا- ودور مجلة الأحكام العدلية في التقنين" .  
المجلة العربية ، المملكة العربية السعودية رمضان 1407 هـ - ماي 1987 . ص 86-87 .

- منصور ، علي علي

18- "الفكر الإسلامي يواجه فكرة التطبيق" المجتمع تستعرض تجربة ليبيا في التقنين الإسلامي .  
مجلة المجتمع العدد 95 . صفر 1392 هـ ، إبريل 1973 م ، ص 20 .

- النبهان ، فاروق

19- "تأملات في مسيرة الفقه الإسلامي" الشريعة والفقه والقانون مطبوعات الأكاديمية المغربية الرباط 1989 سلسلة الندوات والمحاضرات ، ص 51-58 .

20- "المجمع العلمي للفقه الإسلامي" العربي 1983 المجلد الثاني العدد 299 ص 225 .

- ميكو ، محمد

21- "إنطباعات حول أزمة القاعدة الفقهية" ، ندوة الشريعة والفقه والقانون الأكاديمية المغربية الرباط 1989 ، ص 121-138 .

- هندي ، عبد العزيز

22- "جهود الأزهر في تقنين الشريعة الإسلامية" ، مجلة الأزهر . سنة 54 المجلد الأول ربيع الثاني 1402 هـ يناير 1983 م ص 868-878 .

23- جريدة العالم السياسي -عالم الثقافة- الاثنين 24 ذو القعدة 1418 هـ 23 مارس 1998  
ص 16 .

## ج - الوثائق القانونية

- 1- دستور الجزائر 1989 .
- 2- القانون المدني الجزائري 1991 ط1 الصادر بأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 89-01 المؤرخ في 7 أبريل 1989 - الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991.
- 3- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م. منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1990.
- 4- يوسف دلانده ، قانون الأسرة مع مبادئ الاجتهاد القضائي (د ط باتنة 1993).

## د - مراجع باللغة الفرنسية

- 1- Le Mascido, Masci dictionnaire ; édition de la connaissance 1996 .
- 2- Marcel Morand ; Introduction au droit Musulman Algérien, Alger Ancienne Maison Basti dujudamjules caborel 1921 .
- 3- La grande Encyclopédie Tome 5 , librairie Larrousse Paris 1973 .
- 4- Petit larousse Illustrée 1986 Librairie Larrousse ; Canada .



# فهرس الموضوعات

المقدمة

- 1 ..... الفصل الأول : مفهوم التقنين وجذوره التاريخية.
- 2 ..... المبحث الأول : مفهوم تقنين الفقه الإسلامي
- 2 ..... المطلب الأول : تعريف التقنين
- 2 ..... الفرع الأول : في تعريف التقنين لغة
- 3 ..... الفرع الثاني : تعريف التقنين اصطلاحا
- 7 ..... المطلب الثاني : تعريف الفقه الإسلامي
- 7 ..... الفرع الأول : تعريف الفقه لغة
- 9 ..... الفرع الثاني : تعريف الفقه اصطلاحا
- 13 ..... الفرع الثالث : تقسيمات الفقه
- 15 ..... المطلب الثالث : التعريف بتقنين الفقه الإسلامي
- 15 ..... الفرع الأول : تعريف مصطلح تقنين الفقه الإسلامي
- 16 ..... الفرع الثاني : تقنين الفقه الإسلامي أم تقنين الشريعة
- 17 ..... الخلاصة
- 18 ..... المبحث الثاني : الجذور التاريخية للتقنين
- 18 ..... المطلب الأول : الجذور التاريخية للتقنين في التشريعات الوضعية
- 19 ..... الفرع الأول : القوانين الشرقية
- 19 ..... أولا - قانون حمورابي
- 21 ..... ثانيا - قانون بوكخوريس
- 22 ..... ثالثا - قانون مانو
- 22 ..... الفرع الثاني : القوانين الغربية
- 23 ..... أولا - قانون دراكون
- 23 ..... ثانيا - مجموعة صولون
- 24 ..... ثالثا - القانون الروماني
- 25 ..... أ - قانون الألواح الاثني عشر
- 27 ..... ب - قانون جستنيان
- 31 ..... رابعا - القانون الفرنسي
- 33 ..... الخلاصة
- 34 ..... المطلب الثاني : الجذور التاريخية لتقنين الفقه الإسلامي
- 36 ..... الفرع الأول : التقنين في عصر ما قبل المجلة

- أولا - ابن المقفع وتقنين الفقه الإسلامي ..... 36
- ثانيا : الإمام مالك وفكرة التقنين ..... 38
- ثالثا : الفتاوي الهندية أو العالمكيرية ..... 39
- الفرع الثاني : التقنين في عصر ما بعد المجلة العثمانية ..... 40
- أولا - التقنين في الدولة العثمانية ..... 40
- 1 - مجلة الأحكام العدلية ..... 40
- أ - التعريف بها ..... 40
- ب - شروحها ..... 42
- ج - مميزاتها ..... 44
- 2- قانون حقوق العائلة ..... 45
- ثانيا - تقنين الفقه الإسلامي في مصر ..... 46
- أ - التقنينات الرسمية ..... 46
- ب - التقنينات غير الرسمية ..... 47
- ثالثا : مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ..... 50
- رابعا - نماذج لتقنين الفقه الإسلامي في بلاد من المغرب العربي ..... 50
- 1- في الجزائر ..... 50
- 2 - في تونس ..... 52
- 3 - في ليبيا ..... 52
- خامسا - تقنين الفقه الإسلامي في العصر الحالي ..... 53
- الخلاصة ..... 55
- الفصل الثاني : مشروعية تقنين الفقه الإسلامي ..... 57
- المبحث الأول : تقنين الفقه الإسلامي من حيث المبدأ ..... 60
- المطلب الأول : طاعة أولي الأمر ومشروعية التقنين ..... 60
- الفرع الأول : أولو الأمر ، ومتى تجب طاعتهم ؟ ..... 61
- أولا - المقصود بأولي الأمر ..... 61
- ثانيا - حدود ومجال سلطة أولي الأمر ..... 63
- الفرع الثاني : حكم إلزام أولي الأمر باتباع مذهب معين أو رأي ..... 64
- أولا - القانون بالمنع ..... 64
- ثانيا - القائلون بالجواز ..... 66
- ثالثا - سند كل فريق في ما ذهب إليه ..... 67
- المطلب الثاني : مبدأ حرية الإجتهد للقاضي في الفقه الإسلامي والتقنين ..... 71
- الفرع الأول : مبدأ حرية إجتهد القاضي في الفقه الإسلامي ..... 71

73	الفرع الثاني : أثر التقنين على حرية الإجتهداء في القضاء .....
76	المبحث الثاني : مزايا وعيوب التقنين .....
76	المطلب الأول : مزايا التقنين .....
78	المطلب الثاني : عيوب التقنين .....
81	الخلاصة .....
82	الفصل الثالث : منهج التقنين وضوابطه .....
84	المبحث الأول : منهج تقنين الفقه الإسلامي .....
84	المطلب الأول : إجراءات التقنين .....
84	الفرع الأول : الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الغربي .....
85	الفرع الثاني : الجهة الواضعة للتقنين في الفقه الإسلامي .....
88	المطلب الثاني : الناحية الداخلية للتقنين .....
88	الفرع الأول : موضوع التقنين .....
88	أولا - نطاقه .....
89	ثانيا - مصدره .....
89	1- مسألة التخير بين المذاهب .....
91	2- توحيد الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة .....
91	3- مسائل تتعلق بالمصدر .....
94	الفرع الثاني : الخطوات المنهجية لعملية التقنين .....
94	أولا - التتويب والصياغة .....
97	ثانيا - الأسلوب .....
98	ثالثا : اللغة والمصطلحات .....
100	المبحث الثاني : ضوابط تقنين الفقه الإسلامي .....
101	المطلب الأول : الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع في الدستور .....
104	المطلب الثاني : مبدأ المشروعية وتقنين الفقه الإسلامي .....
106	المطلب الثالث : مراعاة المصلحة والعرف وضوابطهما .....
107	الخلاصة .....
108	الفصل الرابع : دراسة في ق أ ج ح نموذج لعملية التقنين في الفقه الإسلامي .....
110	المبحث الأول : في مفهوم قانون الأسرة .....
110	المطلب الأول : تحديد مصطلح "ق أ ج" وعلاقته بمسمى الأحوال الشخصية .....
110	الفرع الأول : التعريف بقانون الأسرة .....
111	الفرع الثاني : تعريف المركب الإضافي وعلاقته بمسمى الأحوال الشخصية .....
113	المطلب الثاني : المراحل التي مر بها ومصادره وموضوعه وشروحه .....