تقنين الأحكام الشرعية
ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية

د/ عز الدين كيحل
جامعة بسكرة

د/ عبد المجيد بوكركب
جامعة باتنة

الملخص :

يحاول هذا المقال التعريف بفنّ تقنين الأحكام الشرعية العملية، وبيان تطوّره منذ العهد العثماني إلى يومنا هذا، حيث كان أوّل عمل رسمي للتقنين تمثّل في عمل المجلّة العدلية التي أنجزتها الدولة العثمانية سنة 1276هـ / 1868م، ثمّ تتالت الجهود بعد ذلك وخاصّة في مصر والسعودية والجزائر.

كما يتمّ بعد ذلك توضيح منهجه وموضوعه وضوابطه ومشروعيته. وفي الأخير يبيّن بالأمثلة مدى استفادة المنظومة القانونية الجزائرية –خصوصاً القانون المدني وقانون الأسرة– من تقنين الأحكام الشرعية العملية.

Abstract:

This essay tries to define the codification of the Islamic jurisprudence and its development since the ottoman َs era till nowadays where we found that the first official codification called "EL Adlia" magasine took place by the "Ottomans " in 1868 J.C. then, there was a continuous effort especially in Egypt, Saoudi Arabia and Algeria.

After that, we will make clear its subject, chronology, and legality. Finally, we will show by examples how the Algerian laws benefited from it especially the civil and family laws.

توطئة:

الدارس للأدوار التي مرّ بها تطور الفقه الإسلامي يجد بأنّ مسألة التقنين – جمع أحكامه على صيغة القوانين الوضعية الحديثة – لم تعرف إلاّ في أواخر القرن الماضي **13هـ/19م**، وذلك عندما لجأت الدولة العثمانية سنة 1276هـ/ 1868م إلى تقنين الأحكام المتعلقة بالمعاملات المدنية، والتجارية، رغبة منها في التسهيل على القضاة والمتقاضين في التعرّف على الحكم الشرعي للنّوازل المستجدة، خاصة وأنّ الاختلافات الفقهية في هذا العهد قد استشرت بسبب انعدام الاجتهاد واستفحال ظاهرة التقليد، فكان هذا العمل بمثابة فتح عظيم على الفقه الإسلامي، ممّا دفع بدول العالم الإسلامي والعربي إلى استحسان هذه الفكرة، وجعل الشريعة الإسلامية أهم مصادر قوانينها، من خلال الاستفادة من هذا العمل الجليل، وهو ما سنقوم ببيانه من خلال تحديد مفهوم عملية التقنين وجذورها التاريخية، وموقف العلماء منها، والضوابط التي تحكمها لينتهي البحث في الأخير إلى بسط الكلام حول دور تقنين الأحكام الشرعية العملية في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية.

أولاً: مفهوم تقنين الأحكام الشرعية العملية: سبق وأن أشرت إلى أنّ هذا المركب الإضافي لم يظهر إلاّ في أواخر القرن الماضي، وعليه فإنّه لم يُعرَفْ لدى علماء اللّغة، وعلماء الفقه المتقدمين، وإنّما ظهر عند المتأخرين الذين عملوا على تحديد مفهومه، وضبط [1]عباراته، كما يلي:

– **تعريف التقنين لغة:** عرّفه المعجم العربي الأساسي بأنّه: "من قنّنَ يقنّن تقنّينا، بمعنى: الوضْعُ والسَنُّ، لذلك نقول: وضَع المشرّع القوانين أو سَنّهَا. فالتقنين مشتق من كلمة "قانون" الذي هو مقياس كل شيء، وطريقه، وأصله، قال صاحب المحكم:"وأراها دخيلة([1])، وجاء في تاج العروس: " قيل هي: فارسية، وقيل هي: رومية([2])

يظهر من التعريف أن كلمة "قانون" ليست عربية، بل هي دخيلة عليها، ومنها اشتقت كلمة التقنين التي تجد لها أساسا في القواميس الغربية والتي عرفتها بأنّها: حصر، وجمع نصوص تشريعية أو تنظيمية لموضوع واحد في كتاب معين.

– **تعريف التقنين في الاصطلاح الفقهي:** عرّف الفقهاء المعاصرون هذا المصطلح بتعريفات عدّة جميعها تفيد بأنّه التدوين، والجمع، والترتيب، فنجد مثلا "المحمصاني" يعرّفه بأنّه:"اصطلاح حقوقي جديد، وهو تدوين القوانين"[3]، بينما نجد "مصطفى الزرقاء" يفيض في تعريفه ويقدّم لنا تعريفا وافيا فيقول: " يقصد بالتقنين جمع الأحكام، والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها، وترتيبها وصياغتها بعبارة آمرة موجزة، واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس»[4].

هذا وقد أجمل "صالح بن فوزان الفوزان" ما ذهب إليه "الزرقاء"، فقال بأن المراد بالتقنين هو: "وضع مواد تشريعية يحكم بها القاضي، ولا يتجاوزها [5].

يستفاد من هذه التعريفات أنّ المراد بالتقنين هو: السنّ، والوضع للأحكام الشرعية على شكل مواد مختصرة ذات أرقام متسلسلة يحكم وفقها القاضي في المسائل التي تُعرض عليه، ولا يتجاوزها بحال.

– **التعريف بتقنين الأحكام الشرعية العملية:** بناءً على التعريف السابق لمصطلح التقنين نجد جمهرة الفقهاء المعاصرين قد عرَّفوا هذا المركب الإضافي على النحو الآتي:

قال محمد زكي عبد البر هو: "صياغة الأحكام الفقهية في مواد موجزة على هيئة القوانين بعد اختيار أصحّها، وأقواها دليلا، على أنْ لا يُبدّل فيها شرع اللّه، ولا يُشرَّع فيها من الدين ما لم يأذن به اللّه[6] .

ثم زاد "**الزرقاء**" هذا التعريف وضوحا حين قال: "ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي تطبيق طريقة التقنين الآنفة الذكر على الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد"[7]، أي تبويب، وترتيب، وصياغة الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد – إن أرادت الدولة ذلك– في شكل بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم يتم إصدارها بعد ذلك في كتاب مستقل يسمى التشريع الجنائي أو المدني أو التجاري بحسب الموضوع ...الخ.

يظهر من هذه التعريفات :

– أنّ عملية تقنين الفقه الإسلامي أو الأحكام الشرعية العملية لا بد لها من توافر ركنين وهما الركن الشكلي، ويتمثل في الطريقة التي تكتب وفقها الأحكام الشرعية، والركن

الموضوعي، ويقصد به تلك القواعد، والمبادئ التي تزخر بها الأحكام الفقهية المنظمة للعلاقات المختلفة.

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

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

وعليه فما كان قبلها ما هو إلاّ مجرد محاولة لجمع الناس على مذهب واحد كما حدث "لأبي جعفر المنصور" مع "عبد الله بن المقفع"[8] ومع الإمام "مالك"[9].

ثم بعد تأليف هذه المجلة ظهرت محاولات رسمية أخرى ترنو إلى تقنين الفقه الإسلامي، وذلك في مختلف الدول العربية، والإسلامية. وفيما يلي إطلالة سريعة على محتوى هذه المجلة العظيمة، ثم المرور بعد ذلك إلى التعريف ببعض المجهودات التي بذلت بعدها.

أ – مجلة الأحكام العدلية أول تقنين للأحكام الشرعية العملية: تعد هذه المجلة أول تقنين رسمي للأحكام الشرعية العملية، وللوقوف على أهميتها يحسن بنا التعرض بالشرح للعناصر التالية:

– **سبب تأليف المجلة:** بالنظر إلى الظروف التي أنشئت فيها هذه المجلة يظهر بأن ثمة أسباباً دعت إلى سنّها، لخصها بعضهم في:

1– تنامي الدعوة إلى الإصلاح في أوروبا[10]**:** لقد تميز القرن التاسع في بداياته بالدعوة إلى تدوين القوانين في أوربا، وخاصة بعد تدوين القانون المدني الفرنسي، الذي تأثر به العثمانيون، فكان ذلك دافعا للمطالبة بالإصلاح[11] مما ترتب عليه ظهور تغير في المنظومة القضائية العثمانية حيث برز في القضاء الشرعي ازدواجية المحاكم والقضاء، وتأسس القضاء النظامي إلى جانب القضاء الشرعي، فصدرت بذلك: إرادات سلطانية في

بعض المسائل الفقهية كمنع سماع الدعوى مع مرور الزمن، وعدم نفاذ وقف المدين بالقدر الذي يتوقف عليه تسديد الدّين من أمواله.

2- إنشاء المحاكم النظامية: تعمّدت السلطة العثمانية إنشاء محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية، فَوَّضَت لها بعد ذلك النظر في مختلف الدعاوي التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية، ولأجل التسهيل على قضاة هذه المحاكم الذين لم يكن باستطاعتهم أخذ الحكم الفقهي من الكتب الفقهية دَعَت الحاجة إلى تجميع الأحكام الشرعية المُدعَّمة بالأقوال القوية المعمول بها، فصدرت إرادة سلطانية بتكوين لجنة من مشاهير العلماء لتقنين هذه الأحكام على شكل قانون عام، وكان ذلك في عهد السلطان الغازي "**عبد العزيز خان العثماني**" حيث ابتدأ عملها رسميا عام 1286هـ1989م وانتهى أواسط عام 129هـ1876م و كتبت أولا باللغة التركية ثم ترجمت إلى العربية[12].

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

هذا، وقد رُتبت مباحثها وفق منهج الكتب والأبواب الفقهية التي درج عليها الفقهاء المتقدمون إلاّ أنها ميّزت-فصلت- بينها بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها فجاء مجموعها في ألف وثمان مائة وإحدى وخمسين مادة (1851 مادة)[13].

- **محتواهـــا:** الناظر في مضمون هذه المجلة يجد بأنّ أصحابها اتبعوا في تبويب وتنظيم أحكامها نفس المنهج الذي اتبعته القوانين الوضعية الحديثة، حيث قسمت إلى أبواب، وفصول، وأقسام، لكنها تختلف عنها بذكر بعض الأمثلة والتفسيرات في متن المواد ليسهل فهمها وتطبيقها[19] . كما احتوت أيضا على تسع وتسعين قاعدة فقهية[20] وستة عشر كتابا[21] تعالج جميعها المعاملات المدنية والتجارية والأحكام القضائية[22].

- **مـــزايـــا المجلة:** لقد كان صدور المجلة على شكل مواد قانونية فتحا جديدا في تاريخ

الفقه الإسلامي، ذلك لأنها ملأت فراغا كبيرا في عالم القضاء، والمعاملات الشرعية خاصة وأنها كانت مبعثرة، و متناثرة في بطون كتب الفقه فأصبحت منظمة مقننـــة أحسن تقنين ملزمة للأفراد، و للقضاة، بحيث لا يجوز لهم أن يحكموا بغير ما نصت عليه إلا إذا لم يجدوا فيها ما يحكمون به، وبهذا تحقق حلم ابن المقفع –رحمه الله– منذ عهد الخليفة أبي جعفر المنصور.

هذا وقد تميزت هذه المجلة عن المجلة الفرنسية، وغيرها من المجلات بوضع مقدمة عامة بمائة مادة، وتصدير كل فصل و كل كتاب بتمهيد، مع تقديم أمثلة لمزيد شرح المادة، والإسهاب في ذكر التعريفات، ورد المباحث، والفروع إلى مناسباتها، ومظانها.

كما قسمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية، وفرعية كالتعريفات، والشروط والأحكام، وميزتها بفصول مضبوطة محددة، وألحقت كل مسألة بموضوعها، وبهذا يمكن القول بأن هذه المجلة هي بحق أول تقنين في العالم الإسلامي بالمعنى القانوني؛ لأنها اكتسبت صفة الإلزام بصدورها من قبل الدولة وعليه يكون ما سبقها مجرد تأليف علمي حر.

هذا ويؤخذ عليها أنها لم تتطرق بشيء من التفصيل إلى نظرية الالتزامات باستثناء بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي تضمنها كتاب الإتلاف والغصب.

وقد ترتب على هذا النقص تأليف الكثير من القوانين المكملة لها وذلك مثل قانون الأراضي وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة، ونظام إيجار العقار، وغير ذلك من القوانين الجزائية [14] .

ب: التقنين بعد المجلة: استحسن الغالب من علماء الأمـــة العمل الذي قامت به اللّجنة التي ألفت المجلة العثمانية، ولذلك تجدهم في مختلف عواصم البلاد العربية والإسلامية قد اهتموا بهذا العمل.

غير أنّ الناظر في مجوداتهم يجد بأنّ منهم من مال إلى الأخذ من مذهب واحد من المذاهب الأربعة كما قال محمد مخلوف: « ولا مانع من اتخاذ المذهب الفقهي في البلاد أسّا في فروعه، وأصوله في العمل،ويضم إليه من باقي المذاهب ما تدعو الضرورة للأخذ به بدلا من بعض أحكامه تيسيرا على الناس، وأخذا بالأصلح والأعدل في هذا الزمان»[15]. لكن البعض منهم رجّح الأخذ من جميع المذاهب الأربعة، ومن غيرها

شريطة أن تتفق مع روح العصر، وتحقق مصالح الناس، وتنشر العدل والأمن بينهم، وفيما يلي لمحة موجزة عن بعض هذه الجهود الجادة التي قننت الفقه الإسلامي.

– **جهود التقنين في مصر:** تعود الجذور التاريخية لمحاولات تقنين الفقه الإسلامي في مصر إلى عهد"محمد علي" حيث عمل هذا الأخير على توحيد القضاء، واعتماد المذهب الحنفي المذهب الرسمي للدولة ثم بعده قام الشيخ "**محمد الجزائري**" بوضع قانون مدني على شكل قانون" **نابليون**" غير متقيد بمذهب معين إلا أن الظروف الدولية آنذاك أجهضت عمله ثم في عهد "**الخديوي إسماعيل**" طلب هذا الأخير من علماء الأزهر تأليف كتاب في الحقوق والعقوبات لكنهم تمنّعوا بحجة أن فيه خروجا على ما ألفوه ، وكذلك فعلوا مع" **الخديوي توفيق**" حيث رفضوا طلبه المتمثل في وضع تقنين مدني مستمد من الشريعة الإسلامية [16].

لكن بعد" **الخديوي توفيق**" تصدى "**محمد قدري باشا**" **(1306هـ/1888م)** لهذا العمل النفيس وقام بمجهودات فردية تكللت بوضع مشروعات قوانين قننت فيها الأحكام الشرعية العملية على مقتضى المذهب الحنفي ومنها: كتاب "في المعاملات المدنية" الموسوم بـــ:«كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان»، وهو كتاب نفيس اشتمل على ألف وتسعة وأربعين مادة تناول فيها أحكام الأموال، والحقوق المتعلقة بها، وأسباب الملك، والمداينات والضمانات والحقوق عموما. و كتاب: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" على مذهب" أبي حنيفة النعمان" يتكون هذا الكتاب من 647 مادة تناول في مجموعها الأحكام الخاصة بالزواج، والطلاق، والنسب، والوصية، والهجر والهبة، والمواريث، وكتاب:"العدل والإنصاف في حل مشكلات الأوقاف" ويتكون من 646 مادة يشمل الوقف وأحكامه،ولم يكن لهذا الكتاب موضع في المجلة وطبع سنة 1893 [17] .

– **التقنين في ليبيـــــا:** قام الشيخ "محمد عامر" سنة 1937 بوضع بعض القواعد من الفقه المالكي في مجال المعاملات المدنية في صورة مواد قانونية موسومة بـــ " ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك".

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

– **التقنين في السعودية:** لقد عرفت البلاد السعودية رغم نفور أغلبية علمائها من كلمة تقنين محاولة جادة لتقنين الأحكام الشرعية العملية، وتتمثل في العمل القيّم الذي قام به الشيخ "أحمد عبد الله القاري المكي"، والموسوم بـــ:«مجلة الأحكام الشرعية على فقه المذهب الحنبلي»، حيث وضعت على منوال مجلة الأحكام العدلية العثمانية، وتضمنت أحد عشر كتابا موزعة على ألفين وثلاثمائة واثنين وثمانين مادة (2382) تناولت أحكام المعاملات ومسائل القضاء [18] [19].

– **التقنـــــين في الجزائر:** إن المستقرئ لتاريخ تطور الفقه الإسلامي بالبلاد الجزائرية يجد بأنّ أهلها لم يعرفوا قبل الاستعمار الفرنسي مسألة تقنين الأحكام الشرعية العملية، وإنما كانوا يأخذون هذه الأحكام من كتب المالكية والحنفية على اعتبار أنهم كانوا يتمذهبون بهذين المذهبين وخاصة أيام الحكم العثماني للجزائر[20]. لكن بعد دخول فرنسا الاستعمارية إلى التراب الجزائري عملت هذه الدولة على بسط نفوذها، وجعل أهل الجزائر يخضعون لأحكام قانونها، وذلك في جميع التصرفات، والمعاملات ما عدا ما يتّصل بأحكام الزواج والطلاق.

هكذا، وبعد مرور نصف قرن من تجريد القضاء الإسلامي من اختصاصاته، وبعد أن قرروا فصل الدين عن الدولة أصدر في22 مارس 1905 الحاكم العام للجزائر" دومنيك لوسياني" قرارا يقضي بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية لتطبق بعد ذلك على المسلمين الجزائيين[21].

وبناء على هذا القرار عيّن "دومنيك" الأستاذ" مارسيل موران "بإعداد المشروع الموسوم بـــ: "تدوين الحيثيات والخصوصيات في الشريعة الإسلامية المطبقة على المسلمين في الجزائر"، وأسس هذا الأخير سنة 1906 لجنة تكونت من ستة عشر عضوا فرنسيا، وستة علماء جزائريين لتقنين الأحكام الشرعية الخاصة بالأسرة، والوقف، والعقارات، والبيّنات وفق المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي والاباضي.

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

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

كما لم تعترف بها غالبية الجزائريين؛ لأن نية فرنسا مكشوفة، وهي محاولة دمج الشريعة الإسلامية في القانون الفرنسي، وفتح أبواب التجنس، والزواج المختلط، وما يترتب على ذلك من عواقب تؤدي إلى ذوبان الجزائريين في غيرهم، وقد حاول" **موريس فيوليت**" خلال العشرينيات عندما كان حاكما عاما إحياء المشروع عشية الاحتفال المئوي بالاحتلال لكنه فشل أيضا، ومنذ ذلك الحين دفن المشروع إلى أن استقلت الجزائر سنة **1962م**، حيث قام المشرع الجزائري في سنة **1984**م بتقنين أحكام الأسرة، والميراث والأوقاف وفق المذهب المالكي، وأصبح منذ هذا العام قانونا رسميا للدولة الجزائرية[22].

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

الجهة المتصدرة للتقنين: استقر العمل منذ المجلة العثمانية، وإلى يومنا هذا على أن يقوم بهذا العمل الجليل علماء الشريعة، وعلماء القانون الذين لهم دراية، بالمناهج العلمية المختلفة، وهذا ما أبانه الشيخ "**أحمد محمد شاكر**" بقوله: "يسند ذلك إلى لجنة قوية من أساطين رجال القانون، وعلماء الشريعة، ويجب أن تكون موفورة العدد، يُكوَّن منها لجنة عليا تضع الأسس، وترسم المناهج، وتقسم العمل بين لجان فرعية، ثم تعيد النظر فيما صنعوا ووضعوا لتنسيقه، وتهذيبه ...حتى إذا ما استقر الرأي عليه عرض على السلطات التشريعية لإقراره، وإصدار القانون للعمل به"[23].

وهذا ما طبقته جميع الدول العربية، وخاصة منها الجزائر التي أسندت جهة تقنين قانون الأسرة في سنة 1984م إلى أعضاء المجلس الأعلى الإسلامي، وإلى ثلة من القضاة، وعلماء القانون، وعليه يمكن القول بأن هذه المهمة النفيسة لا يجوز أن يتصدر

لها فرد واحد، وأن يتوفر في الأعضاء شرط الاجتهاد، والإلمام بالمناهج القانونية المعاصرة، والمجالات العلمية الحديثة.

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

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

– أن يكون التبويب متماسكا ومنطقيا، ويتم هذا إذا ما روعي فيه تبيان الأهمية العلمية لهذه الأحكام، واجتناب إظهار الجانب النظري للأحكام، و تنظيم الأبواب والفصول بحسب ورودها في المؤلفات الفقهية الأصلية، لأن التبويب الحسن يُعِين على الفهم والاستيعاب، ومن الأحسن أن يتقدم – يتصدر – جميع الأبواب باب يتضمن القواعد العامة، وذلك مثل ما قامت به اللجنة المؤلفة للمجلة العثمانية، وفي ذلك تسهيل على القضاة، وربط للأحكام بالأصول الفقهية.

هذا ولا شك أن حسن التبويب يترتب عليه – كما قال "السنهوري" – عدة محاسن والتي منها غلبة الروح العلمية على الروح العملية، والفقهية، ويتحقق هذا بتجنب ذكر الأمثلة، والأسباب والتعليل والتعريفات، والتقسيمات الفقهية وتجنب الإحاطة بكل الجزئيات؛ لأن ذلك من مهمة الفقهاء والقضاة[24].

– **الأسلوب:** يقصد به تقنين الأحكام بألفاظ سهلة لا تعلو على إدراك المثقفين، ولا تنبو عنها أذواق المتخصصين بحيث يمكن فهمها دون اللجوء إلى التأويل، وهذا لتفادي ما وقعت فيه المجلة العثمانية[25].

– **المصطلحات:** اتّفق جمهور الباحثين على وجوب اعتماد المصطلحات الفقهية التي درج عليها المتقدمين في كتبهم[26].

رابعا– موضوع التقنين : يقصد به مجاله، ومحتواه ، حيث ذهب أغلب الباحثين إلى أن مجاله ليس جميع الأحكام الشرعية من عقائد وأخلاق، وعبادات، وإنما هي الأحكام المتعلقة بقسم المعاملات فقط، وهي عادة تَثبت إما بنصوص قطعية الدلالة والثبوت، وإما

بنصوص ظنية الدلالة، والثبوت وإما لم يرد بشأنها نص لا قطعي، ولا ظني وهو مجال خصب للتقنين.

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

سادسا- ضوابـــط التقنين: أقصد بالضوابط تلك الأسس التي تجعل الأحكام الشرعية المقننة ملزمة للمسلمين؛ لأن الصياغة لا تكفي وحدها لتحقيق هذا المقصد النبيل، وعليه يمكن تلخيص هذه الضوابط في: - أن تكون الشريعة مصدرا للتقنين. - وأن تراعى مقاصد الشارع من التشريع وكذا العرف[27].

مما تقدم يتبيّن بأن عملية تقنين الأحكام الشرعية العملية لا يمكنها أن تكتسب الصفة الإلزامية إلا إذا تقيدت بمنهج واضح ومحدد، والتزمت بضوابط معينة، وبهذا تتميز عن غيرها من التقنينات الوضعية.

سابعا- دور الأحكام الشرعية العملية المقننة في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية : الناظر في محتوى المنظومة القانونية الجزائرية بقسميها العام والخاص، يجد بأن المشرع الجزائري قد اعتمد بالأساس على المدونة الفرنسية و على الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه المختلفة وخاصة فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأسرة التي استنبط أحكامها من المذهب المالكي بشكل أساسي مع أخذه ببقية المذاهب في بعض المناسبات.

وللوقوف على هذه الحقيقة يكون من الواجب تقديم نماذج لدور الأحكام الشرعية في إثراء هذه المنظومة لأن المساحة المسموح بها في مثل هذا المقال لا تمكننا من التطرق لجميع فروعها، وفيما يلي عرض لدور هذه الأحكام في إثراء **القانون المدني وقانون الأسرة.**

أولا: دورها في إثراء القانون المدني[28]: الدارس لهذا القانون يجد بأن المشرع الجزائري قد أثرى نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية المقننة وذلك في الكثير من الحالات أذكر منها على سبيل التمثيل:

– **أخذه بنظرية التعسف في استعمال الحق**[29] : لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية وخصص لها المادة 41 ق م وجعل لها تطبيقات في العديد من المواد والتي من أهمها المادة 343 ق م، والمادة534 ، وغيرهما من النصوص التي تشرحها [30].

الحق أن المشرع الجزائري قد أخذ أحكام هذه النظرية من نصوص القرآن[31] والسنة[32]، ومن مختلف القواعد الفقهية الكلية كقاعدة "**لا ضرر ولا ضرار**"، وقاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" والقواعد الجزئية المندرجة تحتهما وهي جميعها مبحوثة في كتب القواعد الفقهية.

– **الأخذ بالإرادة الظاهرة**[33]: بالنظر في نصوص القانون المدني وخاصة منها المادة (62) نجد المشرع الجزائري قد اعتمد إلى جانب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة في إبرام العقود، وهو بهذا يكون قد وافق المذهب الحنفي والشافعي وخالف المذهب المالكي والحنبلي لأنهم لا يعتدون بها[34].

– وأخذ أيضا بهذه النظرية في العقود غير الواضحة، وهذا ما يستشف من نص الفقرة الثانية من المادة 112م حيث نصت على انه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة الواردة في بعض العقود في غير مصلحة أحد أطرافها وهذا يستدعى العمل بالإرادة الظاهرة[35].

– **الأخذ بنظرية الظروف الطارئة:** استفاد المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية في الأخذ بهذه النظرية التي تقضي بأن التزام المدين لا ينته عند وقوع حادث طارئ لم يكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، والذي يترتب عليه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد حيث لا يجعل تنفيذ المدين مستحيلا، وإنما مرهقا له، فيتدخل القاضي لتعديل العقد، وردِّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[36].

هذا وقد اِنبنت هذه النظرية في الشريعة الإسلامية على قول النبي **(ص)**: «**لا ضرر ولا ضرار**»[37]، وعلى قواعد فقهية كثيرة كقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، و" قاعدة" الضرر يزال" وقاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة».

إذن، بهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية، وخالف المشرع الفرنسي الذي ما يزال يقول بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز تغييره مهما تغيرت الظروف[38].

– **الأخذ بنظرية "الإرادة المنفردة:** إضافة إلى النظريات السابقة نجد المشرع الجزائري يأخذ أيضا بنظرية الإرادة المنفردة التي تبنتها الشريعة الإسلامية كمصدر للالتزام والمستنبطة من قوله تعالى {**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**}[سورة يوسف: الآية 72].

– **تبنى المشرع الجزائري في المادة 352م خيار الرؤية:** متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية، ومخالفا للقانون الفرنسي الذي لم يأخذ بهذا المبدأ.

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

– رتب للجار، ولمالك الحائط في المادتين 691 و704 التزامات كثيرة آخذا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية فقط .

– جعل الشفعة سببا من أسباب كسب الملكية كما دلت على ذلك المادة 794، وهو بهذا يكون قد أخذ بالنظام الإسلامي الذي لا تعرفه المنظومة الغربية.

– ذهب المشرع الجزائري في المادة 510م إلى أن الإيجار لا ينقضي بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه وهذا الحكم مستمد في أحكام الشريعة الإسلامية ولا يأخذ به المشرع الفرنسي[39].

هذه إذا عيّنة من بعض الأحكام التي استمدها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية، وثمة أحكام أخرى لم أذكرها خشية التطويل.

ثانيا: إثراء الأحكام الشرعية لقانون الأسرة:

الناظر في محتوى قانون الأسرة الجزائري الذي صدر في 9 رمضان 1404هـ الموافق، لـ 9 يونيو 1984 يجد بأن أغلب أحكامه قد قننت بالاعتماد على الأحكام الشرعية التي تضمنتها المذاهب الفقهية الأربعة، وخاصة منها المذهب المالكي الذي كان سائدا في البلاد الجزائرية قبل صدوره[40].

هذا وقد بوب المشرع الجزائري هذه الأحكام في أربعة كتب[41] موزعة على مائتين وأربع وعشرين مادة، وفيما يلي ملخص لمضامينها:

مضمون الكتاب الأول: جعله للكلام عن أحكام الزواج والطلاق، ولذلك قسمه إلى بابين، حيث عالج في الأول الأحكام المتعلقة بالخِطبة، وبأركان الزواج، وموانعه، وحقوق

وواجبات الزوجين، ثم ختمه بالكلام عن النسب، وأما الثاني فجعله لتوضيح مسألة انحلال عقدة الزواج أو ما يعرف بالطلاق، فتكلم عن تعريفه وعن إثباته وعن آثاره.

أما مضمون الكتاب الثاني فقد جعله **للكلام** عن الولاية الشرعية التي تضمنت العديد من المباحث مثل: الولاية والوصاية، والتقديم، والحجر، والمفقود والغائب، والكفالة.

وأما مضمون الكتاب الثالث: فقد تناول فيه الميراث حيث بيَّن فيه أسبابه وشروطه، ومن يستحقه، ومن لا يستحقه وأصناف الورثة ومسألة التنزيل، والمسائل الخاصة كالأكدرية، والمشتركة، والباهلة ثم ختمه بالكلام عن قسمة التركات.

وأما مضمون الكتاب الأخير: فقد أبان فيه التبرعات، ولخصها في الهبة، والوصية، والوقف.

ثم في آخر هذه الكتب الأربعة ختم المشرع هذا القانون بأحكام عامة أشار فيها إلى أن هذا القانون يطبق على جميع المواطنين الجزائريين، وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني[42]. كما نبه أيضا إلى وجوب اللجوء إلى أحكام الشريعة فقط في حالة انعدام النص في هذا القانون[43].

خاتمـــة:

في الختام، يمكن تلخيص ما تمّ طرقه في النقاط التالية:

- التقنين فَنٌّ نفيس، به تنضبط الأحكام الشرعية العملية، وتندفع شبهة جمود الشريعة، وعدم مواكبتها ومسايرتها للنوازل والمستجدات، وبه يسهل أيضا على القاضي والمتقاضي الرجوع إلى الحكم الشرعي للقضية موضوع التقاضي والفصل.

ثمّ إن التقنين الذي ننشده هو الذي قال به أغلب علماء الأمّة، المأخوذ من مختلف المذاهب الفقهية، المراعي للرأي الراجح المتّسم باليسر والسهولة والتخفيف لأنّ شريعتنا انبنت على هذه المبادئ مصداقا لقوله تعالى: **{وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}** [سورةالحجّ: الآية 78].

- من الأفيد والأحسن أن تختصّ كلّ دولة من دول العالم الإسلامي بتقنين مستقلّ مراعاة للأعراف والعادات والتقاليد.

- تعدّ مجلة الأحكام العدلية العثمانية أوّل عمل حقيقي، ورسمي لتقنين الأحكام العملية، ثمّ تلتها أعمال كثيرة في مختلف الدول العربية والإسلامية، وخاصّة فيما يتعلّق بأحكام الأسرة.
- كانت البلاد الجزائرية قبل الاحتلال تطبّق الأحكام الشرعية، ولم تعرف محاولة واحدة لتقنين هذه الأحكام إلاّ في سنة 1905 عندما أمر حاكمها العام "**موران**" بتقنين أحكام الأسرة، غير أنّها لم تعتمد بصفة رسمية، ممّا أدّى إلى التخلّي عنها، وعدم العمل بها.
- لقد جنح المشرّع الجزائري بعد الاستقلال إلى تقنين منظومة قانونية تضمّنت فروع القانون العام والخاص، وقد اعتمد في وضعها –إذا ما استثنينا قانون الأسرة – على المدوّنة الفرنسية والمصرية، وفي بعض الأحيان على الشريعة الإسلامية، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى تأثّره بآراء المشرّع الفرنسي الذي استعمرت بلاده البلاد الجزائرية من سنة 1830 إلى 1962م.
- لقد اعتمد المشرع الجزائري سنة 1984 في تقنينه لأحكام الأحوال الشخصية على المذهب المالكي مع استئناسه وأخذه ببعض المذاهب الفقهية الأخرى وأحكام القانون المدني.

في الختام يمكن القول بأنّنا مطالبون بالاعتناء بذخيرتنا الفقهية من حيث التحقيق، والضبط والتمحيص ثمّ التقنين لكي نقيم الدليل للآخر على أنّها المصدر لكلّ القوانين الوضعية وأنها قادرة على مسايرة النوازل والمستجدّات، وأحسب أنّ هذا الأمر النفيس لا يتأتّى إلاّ بتكاثف الجهود بين المجامع الفقهية والعلماء، والباحثين في مختلف دول العالم الإسلامي.

المصادر والمراجع:

[1]– ابن سيده، أبو الحسن على ابن إسماعيل، **المحكم والمحيط الأعظم في اللغة**، ط1، تح: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1421ه/ 2000 م، ج6/ ص86.

[2]– الزبيدي، محب الدين محمد مرتضى الحسيني الواسطي الحنفي، **تاج العروس**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1414 ه/1994م، ج9 / ص315.

[3]– المحمصاني، صبحي، **الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها**، ط1، دار العلم للملايين، بيروت،1957م، ص 149.

[4] – مصطفى الزرقاء، **المدخل الفقهي العام**، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1419ه/1998م، ج 1/ص313 ؛ ويوسف القرضاوي، **مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط3، مكتبة وهبة، دمشق، سوريا،1997م، ص11.

[5] – صالح بن فوزان الفوزان، **تقنين الشريعة الإسلامية بين التحليل والتحريم**، ص11.

[6] – محمد زكي عبد البرّ: **تقنين الفقه الإسلامي**، ص21.

[7] – الزرقاء: **المدخل الفقهي**، 313/1.

[8] – حيث بعث له برسالة يدعوها فيها إلى إصلاح القضاء، ومؤسسات الدولة، وذلك بجمع، وتدوين أقضية الصحابة وفتاويهم. أحمد زكي حمزة، **رسائل العرب في العصور العربية الزاهرة**، ج3/ ص48/30.

[9] – حيث استجاب الإمام مالك لطلب الخليفة فألف كتابه الموطأ الذي يعد تقنينا لأحكام الفقه، إلاّ أنّه رفض حمل الناس عليه، جمال الدين عطية، "تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية"، **مجلة المسلم المعاصر**، 1397هـ/1977م، العدد 11، ص39.

[10]– المحمصاني، **الأوضاع التشريعية**، ص162 ؛ ووهبة الزحيلي، **جهود تقنين الفقه الإسلامي**، ط1، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1408هـ–1987م، ص48.

[11]– وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص48 ؛ محمد إبراهيم بوزغيبة، **حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية**، مركز النشر الجامعي، تونس1857هـ–1965م، ص46.

[12]– محمد عبد الجواد محمد، **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1411هـ/1991م، ص22.

[13]– الزرقاء، **المدخل الفقهي**، 240/1 ؛ عبد الستار الخويلدي، "الخصائص المنهجية لمجلّة الأحكام العدلية العثمانية"، **المجلة التاريخية العربية للدراسات العثمانية**، تونس، زغوان، مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات، العدد 13–14 أكتوبر، 1996م، ص130.

[14]– علي الندوي، **القواعد الفقهية**، ط2، دار القلم، دمشق، 1415هـ/1996، ص145 ؛ عبد الستار الخويلدي، الخصائص المنهجية لمجلة الأحكام، ص130.

[15]– قاسم عبد الرحمن عبد العزيز، **الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية**، ط المدني، مصر 1386هـ/1977م، ص255.

[16]– رضا، محمد رشيد: تاريخ الإمام محمد عبده، القاهرة، 1350هـ/1931م، ص 620/1.

[17]– جمال الدين عطية، "تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية"، ص42.

[18]– قام بدراسة وتحقيق المجلة عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد، ولم يقع طبعها إلاّ سنة 1420هـ /1998م.

[19]– الزحيلي وهبة: جهود تقنين، ص53–54 .

[20]– أبو القاسم سعد الله، **تاريخ الجزائر الثقافي**، دار الغرب الإسلامي، 1998م، ط1، 528/4 وما بعدها ، و104/7 وما بعدها.

[21]– جمال الدين عطية، تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية، ص45 ؛ محمد بوزغيبة، تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية، ص56.

[22]– سيأتي الحديث بالتفصيل عن دور الأحكام الشرعية العملية في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية.

[23]– شاكر، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرين للقوانين في مصر 43.

[24]– وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد 70.

[25]– محمد عبد الجواد، بحوث في الشريعة والقانون، ص37.

[26]– شهرزاد بوسطلة، **تقنين الفقه الإسلامي**، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر 2000م، ص97–98.

[27]– جمال الدين عطية، تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية، ص60.

[28]– حسين صغير، **النظرية العامة للقانون**، ص51–53 ؛ وخليل أحمد حسن قدادة: **شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري**، ص 55–56.

[29]– علي علي سليمان، **نظرات قانونية مختلفة**، ص45 ؛ نادية فوضيل، **دروس في المدخل للعوم القانونية**، ص61.

[30]– ومن ذلك: م 690 و م 691 و م 7/708، وم 946، وم 958 ف م ج.

[31]– من ذلك قوله تعالى:« **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**.....» البقرة 233.

قوله تعالى:« **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**» البقرة 233.

[32]– ومنها: عن ابن عباس: قال رسول الله (ص):« لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» البخاري ومسلم. وقوله: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره» رواه الجماعة والنسائي، وقوله أيضا: «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك في الموطأ.

[33]– الزرقاء، **المدخل**، ج1/ ص436 –437.

[34]– وقد احتج هؤلاء بكون الأحكام الدنيوية لا تبنى إلا على الظاهر لقوله "ص":«**إنما أنا بشر إنكم لتختصمون إلي، ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقضي له بقطعة من النار فليأخذها أو فليتركها** .الزرقاء: المدخل، ج1/ ص437.

[35]– حمودي حليمة آيت العربي، **نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية**، والقانون الوضعي، دار الحداثة، لبنان بيروت، ص 63.

[36]– وهذا ما أكدته المادة 1007 ق.م

[37]– أخرجه الإمام مالك: الموطأ 529، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 1426.

[38]– علي علي سليمان، **نظرات قانونية مختلفة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م، ص46.

[39]– علي علي سليمان، ص46.

[40]– نادية فوضيل، **دروس في المدخل**، ص60 ؛ شهر زاد بوسطلة، **تقنين الفقه الإسلامي**، ص112 ؛ وهبة الزحيلي، **جهود تقنين الفقه الإسلامي**، ص39.

[41]– وزارة العدل: **قانون الأسرة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993م، ص68 وما بعدها.

[42]– وهذا ما أكدته المادة 221 فيه.

[43]– وهذا ما أكدته أيضا المادة 222 منه.