



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

محاضرات في مقياس التقنين الفقهي

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر - السداسي الثاني

- تخصص فقه مقارن وأصوله

إعداد : د/ بوجمعة حمد

السنة الدراسية : 2021/2020

مفردات المادة:

- مفهوم التقنين
- جهود ومحاولات تقنين الفقه الإسلامي
- جهود ومحاولات تقنين الفقه الإسلامي الرسمية
- جهود ومحاولات تقنين الفقه الإسلامي غير الرسمية
- عرض آراء الفقهاء في حكم التقنين
- الفقهاء المجيزون للتقنين وأدلتهم
- الفقهاء المانعون للتقنين وأدلتهم
- بيان الراجح في المسألة
- بواعث التقنين ومزاياه
- ضوابط التقنين
- أثر في الفقه الاسلامي في القوانين العربية -القانون المدني نموذجا -

## مفهوم التقنين:

### التقنين لغة :

كلمة غير عربية وهي مصدر قنن أي وضع تقنيناً ، وقد استعمل القانون في اللغة العربية بمعنى الأصل ، وقيل هو كلمة دخيلة ، فقد جاء في لسان العرب ومختار الصحاح أنها " القوانين الأصول ، والواحد قانون وليس بعربي " ، كما استعمل بمعنى المقياس كما جاء في المعجم الوسيط " القانون مقياس كل شيء وطريقه " ، وقد جاء في القاموس المحيط أنها رومية أو فارسية وقال غيره هي يونانية ، وقد رجح كثير من المختصين أنها يونانية وتعني العصا المستقيمة على الحقيقة ، وعلى المجاز يراد بها القاعدة والمبدأ .

أما التقنين بمفهومنا اليوم فلم يرد إلا في المعاجم الحديثة ، فقد جاء في المعجم الوسيط " التقنين : قنن يقنن تقنيناً ، المشرع وضع القوانين " <sup>1</sup>

### التقنين اصطلاحاً:

يأتي مصطلح التقنين لعدة معان ، فيأتي بمعنى عملية التشريع وخلق نصوص قانونية وابتكارها على أسس ومصادر أحياناً ، كما يأتي بمعنى عملية تجميع القواعد القانونية ، كما يطلق على الوثيقة التي تضم النصوص القانونية فيقال " التقنين المدني – التقنين التجاري ..."

---

<sup>1</sup> انظر ابن منظور ، لسان العرب 3759/5 ، الرازي ، مختار الصحاح : ص 231. المعجم الوسيط

،مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، ط 4 / 2004 ، ص 763.

وقد عرفه الكثير من المعاصرين بتعاريف متقاربة أهمها: تعريف الدكتور محمد زكي عبد البر حيث عرفه بأنه " عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض في مدونة واحدة ، ثم إصدارها في شكل قانون 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 "2.

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه " صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها "3 وعرفه الدكتور مصطفى الجمال بأنه " صياغة أحكام الشريعة الإسلامية في نصوص موحدة منضبطة يكون الرجوع مباشرة إليها على النحو الذي تصاغ به التشريعات الحديثة "4

ومن أجمع التعاريف لمصلح التقنين تعريف الدكتور شيوخ المحاميد حيث عرفه بأنه " صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك

---

<sup>2</sup> محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق ، ص 12

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الفقه الإسلامي ، ص 26

<sup>4</sup> مصطفى الجمال ، الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي ، مجلة الحقوق للبحوث

القانونية والاقتصادية ، 1992 ، ص 311 نقلا عن نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، رافع ليث سعود

جاسم القيسي أ مرجع سابق ص 55.

تطبيقها لاختيار الناس في عبارات آمرة يميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والتضارب<sup>5</sup>

وهذا التعريف احتوى على العناصر التالية : 1/ الصياغة

2/ الترتيب والترقيم

3/ الالتزام

4/ توقيع العقاب على مخالفتها

5/ الوحدة الموضوعية

وهذه الخمس نقاط هي العناصر التي تميز التقنين عن غيره

### الفرق بين التقنين في الفقه الإسلامي والتقنين في القانون الوضعي

التقنين عند فقهاء القانون الوضعي قد يأتي كما سبق بمعنى التشريع أي خلق وإنشاء قواعد قانونية ، ويأتي بمعنى جمع القواعد القانونية ويقصد به أحياناً أخرى تدوين القواعد القانونية في وثيقة ، أما التقنين الذي نحن بصدد الكلام عليه وهو التقنين من الفقه الإسلامي فيأتي بمعنى جمع النصوص والقواعد ، وكذلك عملية تدوينها في وثيقة خاصة يطلق عليها اسم قانون ، فالتقنين إذاً عند فقهاء القانون الوضعي يأتي بمعنى الخلق والإنشاء ، أما عند فقهاء الشريعة فيأتي بمعنى الإظهار والكشف فقط ، ولا يأتي أبداً بمعنى الخلق والإنشاء من عدم لأن الفقيه الذي يريد أن يقن أمراً ما فهو يلجأ إلى مصادر يستعين بها

---

<sup>5</sup> شويش المحاميد ، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر ، عمان ، دار عمار ، د ط ، ت ، ص 437 نقلاً

عن نظرات فقهاءنا الفقهاء الإسلامي ، رافعليش عودجاسما القيسي أمرجع سابق ص 61.

وهذه المصادر إما مصادر أساسية وهي القرآن والسنة والاجماع والقياس ، أو ثانوية وهي كثيرة جدا أهمها المصالح المرسله وسد الذرائع والبراءة الأصلية ... فعمل الفقيه إذا ينحصر في الكشف وإظهار الحكم الشرعي لا أن يخترعه على غير مثال وأصل يستند إليه كما يفعل أحيانا فقهاء القانون الوضعي ، ولذلك فالقصد من عملية تقنين الفقه الاسلامي هي جمع الأحكام الفقهية التي مصدرها الشريعة الاسلامية في كتاب واحد حسب موضوعه فيقنن الفقيه ما يتعلق بالأسرة كله ويجعله في كتاب يسميه قانون الأسرة وهكذا ...

### مجالات التقنين

من المعلوم لديكم أن الفقه على تقسيم جمهور الفقهاء يقسم من الناحية المنهجية إلى عبادات ومعاملات ، والجانب الخاص بالعبادات هو جانب ينظم العلاقة بين العبد وربّه، والناس فيها بين مقل ومكثر ، فلا يعقل أن يأتي القانون ليعاقب من لا يصلي في المسجد أو من لا يتصدق على الفقراء بحجة أن الشريعة أمرت بذلك كله ، ولذلك فمجال التقنين بعيد عن العبادات والتي تترك مسائلها بين العبد وخالقه ، ولو ركزنا على الأركان الخمس نجد أن جميعها مبدؤها هو النية - ولا يعلم صدقها إلا الله - ، ثم النفع فيها يعود على فاعلها فقط مثل الصيام أو الحج أو الصلاة وحتى الشهادتين ، إلا الزكاة فللدولة أن تتدخل في جبايتها ولو بالقوة والقهر لتعلقها بحق الغير .

ولذلك فمجال التقنين أي المسائل المعنية بالتقنين هي الجانب الثاني من قسمة الفقه وهي المعاملات ، ذلك أنها علاقة تربط بين شخصين فأكثر، فلا بد من تنظيمها وتحديد التزامات وحقوق كل طرف حتى يتم القضاء على جميع

الخلافات الواقعة، ويتحقق أيضا استقرار المعاملات بين الناس ونبتعد عن  
الفوضى والظلم والحيث ....

### التقنين يكون من الفقه أو من الشريعة

بداية لا بد أن نفرق بين مصلي الشريعة والفقه فنقول : إن الشريعة  
الإسلامية تشتمل على ثلاثة أقسام رئيسية كما هو معروف لديكم : وهي العقائد  
والأخلاق والأحكام العملية ، وهذه الأخيرة تشتمل على العبادات والمعاملات  
،وعليه فمسائل العبادات والمعاملات تعتبر جزءا من الشريعة فقط، وهي التي  
يتناولها مسمى الفقه ،والذي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية ،وعليه فمسائل  
العقيدة والأخلاق تدخل في مسمى الشريعة ولا تدخل في مسمى الفقه ،فالشريعة  
أعم وأشمل من الفقه.

ثم إن الشريعة هي تلك النصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية بما  
تتضمنه من أقوال وأفعال وتقريراته صلى الله عليه وسلم، سواء كانت تفسيراً أو  
بيانا لنصوص القرآن، أو أحكاما جديدة لم ينص عليها القرآن، أما الفقه فما  
يفهمه العلماء من نصوص الشريعة، وما يستنبطونه منها سواء من نصوص  
القرآن الكريم أو السنة النبوية أو ما شهدت له النصوص بالصحة والاعتبار .

على أن هناك نوعين من الأحكام الفقهية:

النوع الأول أحكام قررتها نصوص القرآن والسنة وهي قطعية في دلالتها  
وثبوتها ،وهي الأحكام التي لم تترك لفهم الناس واستنتاجاتهم ،ولا يجوز مخالفتها  
بحال كالمعلوم من الدين بالضرورة ،مثل وجوب الصلاة والزكاة والصيام وحرمة  
الزنا والقتل وحرمة الجمع بين الأختين ونكاح الأمهات ... وهذه الأحكام الفقهية

تعتبر جزء من الشريعة، أي تشريع إلهي لا يجوز مخالفته، وهذا النوع هو الجزء الأقل مساحة من الأحكام، وإن كان هو الأكبر خطراً وأهمية، لأنه يمثل الأساس المكين لبناء الشريعة كله.

والنوع الثاني: أحكام سكت عنها الكتاب والسنة، أو جاءت بها نصوص ظنية الثبوت أو الدلالة، فهذا النوع الثاني من الأحكام هو محل اجتهاد الفقهاء، وهو يمثل النسبة الأكثر منا الأحكام.

وعليه إن استبعدن النوع الأول فإن النوع الثاني هو الذي يبذل فيه الفقيه جهده في فهم الشريعة وتطبيق نصوصها، وفيه يختلف فهم فقيه عن آخر، ومثاله الخلافات الموجودة بين المذاهب الفقهية، وعليه فما ذهب إليه الفقيه باجتهاده يحتمل الصواب والخطأ، ويكون قابلاً للنقاش، وليس لرأي الفقيه واجتهاده تلك القدسية التي للنصوص، وأن أي تخطئة لاجتهاد فقيه ما ترجع إلى فهم الفقيه للنصوص الشرعية، ولا ترجع إلى تخطئة النص الشرعي، ذلك أن الفقيه يحاول دائماً الوصول إلى المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم، ولا يكون ذلك إلا بالرأي والاجتهاد، ويحتاج إلى النظر والتأمل، ولهذا لا يجوز أن يسمى الله تعالى فقيهاً، لأنه لا يخفى عليه شيء. .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغاً بالصبغة الدينية، لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها وأصولها، ومستقى من نصوصها ومن المصادر التي اعتبرتتها .

وما سبق بيانه يدل على بطلان ما ادعاه بعضهم من وجود علاقة انفصام بين الشريعة والفقه حتى عظم بعضهم الفقيه أعجاباً به، وبكيفية استنباطه

للمسائل وابتكاره ا للحلول والمخارج...متناسين عظمة الشريعة الإسلامية ،أي الأصول التي استمد منها الفقيه فقهه ،والحاصل أن المسائل التي عرضها الفقيه وأوجد لها الحلول المناسبة مهما بلغت من الابتكار والجدية فهي تنسب للشريعة الإسلامية، لأن عمل الفقيه في استنباط الأحكام ليس مطلقا من كل قيد ، بل هو مقيد بأصول الشريعة في الاستدلال.

وعليه فإنما جاء به الفقهاء في حالة إصابتهم الحق لا ينسب إليهم منه إلا حسن السبك ،وبراعة الاستنباط ،ورد الفروع إلى أصولها ،وإيجاد الحكم المناسب للواقعة ...فدور الفقيه إذا يتمثل في إظهار وبيان ماتحويه هذه الشريعة من كنوز، وأنها صالحة لكل زمان ومكان ،وأنها أحاطت بكل الوقائع وأوجدت لها الحلول المناسبة ،بسبب تنوع مصادرها ،ووفرة نصوصها ،وامتيازها بالعمومية والشمولية ،مع ملاحظة أن الفقيه ليس بمعصوم من الخطأ ولا ينبغي أبدا أن نجعل لاجتهاده نفس المكانة مع النصوص التشريعية التي هي وحي الله سبحانه كتابا كانت أو سنة.

ومنه فالتقنين لا يكون من الشريعة ذاتها بل من الفقه ، لأن القانون قد يعدل أو يلغى ، وكذلك حال الفقه فتتغير اجتهادات الفقهاء في الواقعة الواحدة باعتبار الزمان والمكان والحال ، فالشريعة - النصوص - منزهة عن ذلك كله وهي وحي الله تعالى كما سبق بيانه .

### محاولات وجهود تقنين الفقه الإسلامي الرسمية وغير الرسمية :

قبل التطرق الى بيان محاولات التقنين لا بد من التنبيه على أن التقنين يقوم على عنصرين رئيسيين هما التدوين والإلزام ، فلا يتصور أبدا تقنين غير ملزم

إلا إذا كان غير رسمي ، وهو ما يعرف بمشروع تقنين وله نماذج سيأتي ذكرها ، أما ما تعلق بالتدوين فكذلك لا يوجد أبدا قانون غير مدون أي غير مكتوب ، كلية ، إذا قصدنا بالتدوين المعنى الواسع له - مثل الكتب الفقهية التي يستند إليها القاضي في الحكم - خلافا للمعنى الضيق له وهو التدوين المنحصر في كتابة النصوص القانونية الملزمة بين دفتي قانون معين ، وأضرب لذلك مثلا توضيحيا فبعض البلاد العربية مثلا ليس لها تقنين مكتوب ومدون مثل المملكة العربية السعودية فهل يقال أنه ليس لها قانون يحكمها ، أبدا ، فقانونها جمع العنصرين معا العنصر الأول "الإلزام" وهو واضح ، أما التدوين فالقاضي يلجأ الى كتب الفقه الحنبلي المحددة من السلطة الحاكمة سلفا غير أنها ليست مقننة ومدونة مثل القوانين الوضعية بين دفتي كتاب واحد يسمى القانون المدني أو التجاري ...

والذي أريد قوله هو أنه حتى نحكم على بلد ما بأنه له تقنيننا يجب أن يكون هذا التقنين إضافة الى الإلزام به يجب أن يكون مدونا على شكل نصوص يجمعها كتاب واحد ، فإن لم يكون مدونا فلا يقال له تقنين عند أكثر الفقهاء المعاصرين ، لكن أرى أن هذا صحيح إذا نظرنا إلى صفة الكمال من حيث الجانب الشكلي في التقنين ، أما التدوين بالمعنى الواسع كما سبق بيانه فهو بداية الطريق إلى التدوين بالمعنى الضيق .

ولذلك فإن جميع محاولات التدوين التي سنتكلم عنها ترجع جذورها الأولى إلى مرحلة التدوين في الفقه الإسلامي وتطورها ، فبعد تدوين القرآن الكريم بدأت مرحلة تدوين السنة ثم ما لبثت مرحلة الدوين تتطور إلى التأليف المستقل

فظهرت كتب الفقه المطولة ثم المختصرة فالمتون والمنظومات الفقهية المركزة ، وظهرت الشروح وشرح الشرح والتعليق والحواشي حتى وصل الأمر إلى ظهور القواعد والنظريات الفقهية وهي اقتراب واضح من الصياغة القانونية المنظمة والمبوبة .

يذهب عموم الباحثين إلى أن البذور الأولى لتقنين الأحكام الفقهية كانت مبادرة من الأديب المشهور عبد الله بن المقفع (ت 142 هـ) والتي تدور حول ضرورة جمع الناس على رأي واحد في القضاء ، وهي الفكرة التي يدور حولها التقنين اليوم ، فقد أرسل ابن المقفع رسالته المسماة "رسالة الصحابة في طاعة السلطان " والمعروفة باليتيمة والموجهة إلى الخليفة ابو جعفر المنصور (ت 158 هـ) والتي تناولت عدة قضايا أهمها ما يتعلق بفوضى القضاء وضرورة إصلاحه .

تتبعه ابن المقفع إلى وجود كثرة الاجتهادات واختلاف الأحكام فكتب رسالته إلى الخليفة المنصور يحثه على وضع قانون عام لجميع الأمصار ، مصدره الكتاب والسنة والعدل والمصلحة وقد اشتملت الرسالة على أمرين ، الأول : تدوين الأحكام ، والثاني : إصدار قانون موحد ملزم للقضاة .

ويقال إن هذه الرسالة هي التي جعلت المنصور يطلب من الإمام مالك عندما التقى به في موسم الحج أن يكتب للناس كتابا يحملهم عليه ، فرفض الامام مالك ذلك معللا رفضه " بأن لكل قوم سلفا وأئمة، فإن رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل " ، ويعد عشر سنوات كرر الخليفة طلبه هذا من مالك كما يرويه ابن عبد البر بسنده إلى مالك قال : قال الإمام مالك لما حج أبو جعفر

المنصور دعاني فدخلت عليه فحادثته ، وسألني فأجبته ، فقال إني عزمت أن أمر بكتبك هذه التي وضعتها - يقصد الموطأ - فتنسخ نسخا ، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة وأمرهم أن يعملوا بما فيها لا يتعدونه إلى غيره ، ويدعوا ما سوى ذلك ... فإني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة وعلمهم ، فرد الامام مالك بقوله " يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا فإن الناس قد سيقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سيق إليهم وعملوا به ودانوا... وإن ردهم عما اعتقدوه شديد فدع الناس وما هم عليه ، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم . فقال المنصور : لعمرى لو طوعتني على ذلك لأمرت به ، وساورت نفس الفكرة هارون الرشيد إلا أن مالكا رفض ذلك أيضا معللا ذلك بأن صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكل مصيب " ، . فكأن أبا جعفر المنصور يريد أن يجعل من موطأ مالك قانونا يحكم الخلافة كلها ويلزم به القضاة ، وهذين العنصرين هما الركيزتان الأساسيتان للتقنين كما سبق ذكره ، وقد كان رفض الامام مالك لهذه الفكرة لم في ذلك من التضييق على الناس بالزامهم بما لم يعهدوه من الفتاوى والأحكام ، كما أن ذلك وقع قبل تشكل المذاهب الفقهية وكان في زمن كثر مجتهدوه، وكانت تلك الفترة بداية فترة تفتق وازدهار وتطور للفقهاء الاسلامي ، ولو قبل الامام مالك بعرض المنصور لما وصل الفقه الاسلامي إلى ما وصل إليه من عظمة ورقى ، ولكن فطنة الإمام مالك كان لها الدور البارز في ذلك .

## 1/ الفتاوى الهندية (العالمكيرية) في الفقه الحنفي :

ألفت هذه الفتاوى بناء على طلب من السلطان أبي المظفر محمد أورنكزيب بهادر الملقب بعالمكير والمتوفى سنة 1118هـ ، وكان قد حكم الهند مدة 52 سنة ، وقد أعدت هذه الفتاوى لجنة من كبار العلماء في الهند بإشراف الشيخ نظام الدين برهانپوري فوضعوا كتابا جامعا لظاهر الروايات التي اتفق عليها فقهاء الحنفية في مسائل العبادات والعقوبات والمعاملات وكان ذلك سنة 1073هـ ، كما تم تدوين الراجح من فقههم .

وقد تميزت الفتاوى الهندية باختصارها وخلوها من المناقشات ، والاقتصار على القول الراجح فقط في المسألة الواحدة من فقه السادة الحنفية ، وتقترب بذلك هذه الفتاوى من التقنين ، غير أنها تبقى أكثر قربا إلى كتب الفرع الفقهية منها إلى التقنين ، وذلك لاشتمالها على مسائل العبادات التي لا دخل لها في التقنين كما سبق التنبيه عليه .

أما من حيث لزوم هذه الفتاوى في القضاء فقد اختلف في ذلك أهل الدارسون لهذه الفتاوى فمنهم من قال أنها غير ملزمة للقضاء وأن للقاضي الحكم بخلاف ما فيها وهو ما أكد الدكتور صبحي محمصاني والدكتور محمد سلام مدكور... في حين رأى آخرون أنها ملزمة بمرسوم ملكي أصدره الملك عالميكر ، وحتى

لو ثبت ذلك فهي تعد شبه تقنين إذا نظرنا الى مفهوم التقنين بالمعنى المعاصر<sup>6</sup>

## 2/ مجلة الأحكام العدلية :

تعتبر هذه المجلة بمثابة قانون إسلامي مدون تم وضعه من طرف الدولة العثمانية وتم العمل به في الأراضي التابعة لها ، وقد كتبت المجلة باللغة التركية ثم ترجمت إلى العربية .

كما تضمنت مجلة الأحكام العدلية جملة من الاحكام المتعلقة بالبيع والقضاء ... واستغرق العمل على إنجازها سبع سنوات كاملة ابتداء من سنة 1869 برئاسة الشيخ أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية ، وكانت بداية العمل بأحكامها سنة 1876 باعتبارها قانونا للمعاملات المدنية .

وقد تألفت المجلة من 1851 مادة مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتابا ، وتتضمن هذه الكتب جميعها 64 بابا تحت كل باب فصول ، وقد توجد فصول تحتها مباحث ، إضافة إلى بعض الملاحق ، كالآتي :

مقدمة ( احتوت على بيان القواعد الفقهية من المادة 1 إلى 100 )

1/ كتاب البيع من المادة ( 101-403 ) وقد اشتمل على 7 أبواب و19

فصلا .

---

<sup>6</sup> رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الاسلامي ، مركز نماء للبحوث والدراسات بيروت

، لبنان، ط1/2015، ص94-96.

2/ كتاب الاجارة من المادة ( 404-611 ) وقد اشتمل على 8 أبواب و 33 فصلا .

3/ كتاب الكفالة من المادة ( 612-672 ) وقد اشتمل على 3 أبواب و 8 فصول .

4/ كتاب الحوالة من المادة ( 673-700 ) وقد اشتمل على بابين وفصلين .

5/ كتاب الرهن من المادة ( 701-761 ) وقد اشتمل على 4 أبواب و 9 فصول .

6/ كتاب الأمانة من المادة ( 762-832 ) وقد اشتمل على 3 أبواب و 4 فصول .

7/ كتاب الهبة من المادة ( 833-880 ) وقد اشتمل على 3 أبواب و 7 فصول .

8/ كتاب الغصب والاتلاف من المادة ( 881-940 ) وقد اشتمل على بابين و 7 فصول .

9/ كتاب الحجر والاكراه والشفعة من المادة ( 941-1044 ) وقد اشتمل على 3 أبواب و 8 فصول .

10/ كتاب الشركة من المادة ( 1045-1448 ) وقد اشتمل على 8 أبواب و 36 فصلا .

11/ كتاب الوكالة من المادة ( 1449-1530 ) وقد اشتمل على 3 أبواب و 6 فصول .

12/ كتاب الصلح والإبراء من المادة ( 1531-1571 ) وقد اشتمل على 4 أبواب و4 فصول.

13/ كتاب الإقرار من المادة ( 1572-1612 ) وقد اشتمل على 4 أبواب و3 فصول .

14/ كتاب الدعاوى من المادة ( 1613-1675 ) وقد اشتمل على بابين و4 فصول .

15/ كتاب البيينة والتحلف من المادة ( 1676-1783 ) وقد اشتمل على 4 أبواب و14 فصلا.

16/ كتاب القضاء من المادة ( 1784-1851 ) وقد اشتمل على 4 أبواب و6 فصول .

### شروح مجلة الأحكام العدلية :

لقد شرحت المجلة بشروح عديدة نقتصر على أهمها وأشهرها فقط :

1/ شرح المجلة لسليم رستم باز وهو حقوقي ولد في بيروت واحترف مهنة المحاماة

وكان عربيا نصرانيا في دولة تركية مسلمة ، وكان يشغل منصب عضو في أعضاء شورى الدولة ، وقد ألف كتابه هذا وهو لا يتجاوز سن 19 سنة .

2/ درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، شرحه بالتركية وترجم للعربية وهو أشهر شرح للمجلة .

3/ تحرير المجلة لمحمد حسين كاشف الغطاء وهو شيعي وزاد في شرحه كثيرا من مسائل الإمامية .

4/ شرح المجلة لخالد الأتاسي مفتي حمص ( ت 1908 ) وأكملها ولده طاهر بن خالد الأتاسي مفتي حمص أيضا بعد والده ( ت 1940 ) وبعد هذا الشرح من أكبر شروح المجلة .

5/ الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية في قسم الحقوق المدنية من تأليف الاستاذ سعيد مراد الغزي ، وقد درس المجلة في معهد الحقوق بدمشق ( ت 1927 ) ويحتوي تأليفه هذا على مقابلات كثيرة مع القانون الوضعي

6/ شرح مجلة الأحكام العدلية من تأليف محمد سعيد بن عبد اللطيف الراوي

7/ شرح مجلة الأحكام العدلية من تأليف محمد سعيد بن أبي الخير

8/ مرآة المجلة تأليف مسعود أفندي .

9/ شرح المجلة تأليف منير بن خضر بن يوسف البغدادي

### مميزات وعيوب المجلة :

من مميزاتهما :

1/ إظهار الراجح من الأقوال فقط إلا في بعض الحالات الخاصة

2/ البعد عن الخوض في المناقشات.

3/ أثبتت استقلالية الفقه الإسلامي وقدرته على مواكبة العصر بتشريعات حديثة

مبوبة ومرتببة.

4/ بينت إمكانية الجمع بين الأسلوب المعاصر القانوني وأسلوب كتب الفقه

القديمة .

## من عيوب المجلة :

1/ احتوت على مسائل لا علاقة لها بالقانون المدني مثل الدعاوى والمرافعات

...

2/ أكثر من التمثيل الفقهي في موادها .

3/ لم تحتوي على نظرية عامة في الالتزام ماعدا بعض مسائل المسؤولية

التقصيرية ، كما أنها لم تتطرق الى النظريات الفقهية العامة .

4/ تقيدت بالمذهب الحنفي فقط .

## من أسباب وضع مجلة الأحكام العدلية :

تعددت أسباب وضع مجلة الأحكام العدلية بين أسباب علمية وأخرى إدارية

واختلف إلى حد ما في هذه الأسباب بين موسع لها ومضيق ، ولكن الذي ظهر

لي أن أسباب وضعها أن الخلافة العثمانية ألجئت إلى ذلك بسبب إنشاء محاكم

تجارية أساسها القوانين الأوروبية وكانت هذه القوانين تحيل كثيرا إلى القانون

المدني وهذا الأخير غير موجود فلو استمدته الدولة العثمانية من القوانين الغربية

لأدى إلى فوضى كبيرة ولأن القانون المدني أو ما يعرف بقانون المعاملات

المالية له ارتباط كبير بنشاط الناس ومعاملاتهم فلا يقبلون باستمداده من

القوانين الأجنبية ، كذلك بالنسبة للقضاة الذين كانوا أجنبيا خصوصا في محاكم

التجارية لم يكونوا على دراية بالفقه الإسلامي ويصعب عليهم الرجوع إلى كتبه

والحصول على المعلومة من مظانها، فلذلك كله واستباقا لأن لا تقدم السلطة

الحاكمة على استمداد القانون المدني كذلك من القانون الفرنسي أسرعرت الجمعية

المكلفة بعمل قانون معاملات مالية على نسق القانون المدني في الدول الغربية في عملها وأنجزت ما سمي بمجلة الأحكام العدلية .

وقيل غير ذلك فقد جاء عن الحجوي حول القصد من وضع المجلة أنه قال :  
" وكان القصد منها ضبط نصوص الأحكام التي يتلاعب بها المفتون ، والقضاء بأنواع التأويل وتطبيقها على القضايا حسب الأهواء والشهوات ، حتى أن القضية الواحدة يحكم فيها القاضي اليوم بالإباحة وغدا بالمنع ، ويجد في النصوص فسحة وإجمالاً يسوغ له الوصول إلى ما بيد الطالب للإباحة أو الطالب للمنع من غير حياء ولا احتشام " .<sup>7</sup>

### 3/ جهود قدري باشا في مصر :

محمد قدري باشا ( ت 1886 ) فقهية مصري حنفي المذهب ، تولى وزارة الحقانية بمصر " وزارة العدل " وكانت له جهود كبيرة في إبراز قدرة الفقه الإسلامي على مواكبة التطورات وقابليته للتقنين، وأن يكون المصدر الأساس لجميع القوانين المصرية، وفي سبيل ذلك ألف العديد من الكتب أهمها :

1/ كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : هو تقنين في فقه الأسرة عدد مواده 646 مادة ، قام بشرحه العلامة محمد زيد الأبياني مدرس الشريعة بكليات الحقوق بمصر والمتوفى سنة 1936 ، اشتهر هذا الكتاب كثيرا

---

<sup>7</sup> تكلم بإسهاب حول مجلة الاحكام العدلية : سامر مازن القبيح ، مجلة الاحكام العدلية مصادرها وأثرها

في قوانين الشرق الاسلامي ، دار الفتح للدراسات عمان ، الاردن ط1/2008.

واعتمدت عليه الكثير من الدول العربية في قوانينها في الأحوال الشخصية ،  
والكتاب تقنين في الفقه الحنفي .

2/ كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على  
مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم  
الإسلامية : تجنب فيه مؤلفه الأخطاء التي وقعت فيها مجلة الأحكام العدلية ،  
احتوى على 1035 مادة، واستمد منه القانون المدني المصري العديد من  
النصوص القانونية .

3/ قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف : واحتوى على  
646 مادة كذلك .

وهذه التقنيات التي أصدرها قذافي باشا كانت محاولات منه لإقناع الخديوي  
إسماعيل بالعدول عن الاستمداد من القوانين الفرنسية لكنها لم تلق سبيلاً إلى  
تطبيقها لأسباب عديدة، وبقيت مجرد محاولات فردية غير رسمية لوضع تقنيات  
مستمدة من الفقه الإسلامي .

#### 4/ مجلة أحكام جوهور :

جوهور هي إحدى ولايات دولة ماليزيا ، وكان سبب تأليف هذه المجلة هو زيارة  
ملك جوهور السلطان أبو بكر " ت 1895" إلى الدولة العثمانية ، وعند هذه  
الزيارة تعرف على هذه المجلة وأعجب بها، مما جعله يفكر في اعتماد مجلة

مثلها في مملكته، ووقع ذلك فعلا وظهرت مجلة أحكام جوهور سنة 1893،  
وقيل هي ترجمة تكاد تكون حرفية لمجلة الأحكام العدلية وقيل غير ذلك<sup>8</sup>.

#### 5/ قانون العائلة العثماني :

وهو أول تقنين رسمي لمسائل الأحوال الشخصية استمد من الفقه الإسلامي ،  
كما أنه لم يعتمد على الفقه الحنفي فقط بل استمد من عدة مذاهب ، عدد مواده  
157 مادة ، طبق سنة 1917 وتم إلغاؤه بعد سنتين فقط من تطبيقه أي سنة  
1919 ، غير أنه ظل ساري المفعول في الدول التابعة للخلافة العثمانية الى  
أوقات طويلة .

#### 6/ جهود الشيخ محمد ابن عامر في ليبيا :

كان للشيخ محمد ابن عامر الفقيه المالكي دور كبير في تقنين الفقه الإسلامي  
في القطر الليبي ومن أهم ما ألف كتابه القيم ملخص الأحكام الشرعية على  
المعتمد من مذهب المالكية ، وجعله في 927 مادة ضمنه الأحوال الشخصية  
والمعاملات المالية ، طبع سنة 1937.

#### 7/ جهود قاضي مكة المكرمة الشيخ أحمد بن عبد الله القاري " ت 1359هـ "

:

الشيخ أحمد القاري فقيه حنفي معروف كان قاضيا بمكة ولإطلاعه على مجلة  
الأحكام العدلية استطاع أن يضع على مثالها مجلة في الفقه الحنبلي وهو

<sup>8</sup> راجع في هذه المسألة رافعليشعور دجاسمالقيسي، مرجع سابق ص 129 .

مذهب المملكة آنذاك فكتب كتابه الموسوم بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، وهي تختلف في ترتيبها عن مجلة الأحكام العدلية في عدة مسائل من حيث التقديم والتأخير ، وقد احتوت هذه المجلة على 2382 مادة قسمها صاحبها إلى مقدمة و 22 كتابا ، لكن المتخصص المطلع عليها سيكتشف للوهلة الأولى أنها تصلح أن تكون كتابا على المذهب الحنبلي مبوبا ومفهرسا ومرقما ، ذلك أنها وإن كانت تشبه التقنين من حيث الشكل العام فإنها تختلف عنه في كونها تذكر اختلاف الفقهاء وأقوالهم في كثير من موادها ولا تفصل في المسائل المختلف فيها أحيانا ، وتعد هذه المجلة من المحاولات الغير رسمية لتقنين الفقه الاسلامي ، ولم تجد طريقها للتطبيق بسبب النفور الكبير لعلماء المملكة في تلك الفترة من فكرة التقنين وإنكارها .

#### 8/ جهود مجمع البحوث الإسلامية التابع لجامعة الأزهر:

شكل مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر لجنة متكونة من 28 عالما من المذاهب الأربعة ، 13 من المذهب الحنفي ، و5 من المذهب المالكي ، و6 من الشافعية ، و4 من الحنابلة ، قاموا بتقنين الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة ، وكان هذا التقنين مقتصرًا كمرحلة أولى على المعاملات المالية فقط ، فجاء عملهم في 16 مجلدا ، 4 مجلدات لكل مذهب من المذاهب الأربعة ، وجعلوا لكل تقنين مذكرة إيضاحية ضافية تشرح وتفسر مواد ونصوص التقنين ، غير أن المنشور من هذه المجلدات هو المجلد الأول من كل مذهب ، والذي تناول مسائل البيوع والربا والمعاملات المصرفية ، وقد قام الدكتور الكبير توفيق العطار بجمع هذه المجلدات المنشورة في كل مذهب وجعلها في كتاب واحد، لم

يقتصر وينتقد فيه بمذهب واحد، ولكن جمع بين جميع المذاهب وأصدر كتابه المسمى " توحيد تقنيات الأزهر للشريعة الإسلامية - البيوع . الربا . المعاملات المصرفية " وهو منشور في مجلدين .

هذه التقنيات لم تجد طرقها إلى التطبيق كذلك ولكن كانت محاولة مؤسساتية لإبراز مكانة وقدرات الفقه الإسلامي وصلاحيته ليكون القانون الذي تحتكم إليه الأمة وأن فيه من المرونة ما يؤهله لأن يكون هو المصدر الأساس الذي يجب أن تستمد من جميع القوانين المصرية .

### 9/ مشاريع القوانين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي أعدها مجلس

#### الشعب المصري 1982:

تعتبر مشاريع القوانين هذه أكبر عمل تقنيي للفقه الإسلامي في هذا العصر في مصر أعده مجلس الشعب عندهم برئاسة الفقيه القانوني الكبير صوفي أبو طالب رحمه الله، وقد قام بهذا العمل لجان متخصصة في الشريعة والقانون ومجمع البحوث الإسلامية وعمداء كليات الشريعة ، وراجعها الأزهر بعد اكتمالها ، وقد استغرقت اللجان في وضعها وصياغتها مدة 40 شهرا ، وقد كان أمام اللجان التي وضعت هذا العمل طريقان لصياغة قوانين الشريعة الإسلامية ، الطريق الأول هو عرض القوانين الوضعية على أحكام الفقه الإسلامي فما وافق الفقه الإسلامي في أي مذهب من مذاهبه أبقوه وما كان مخالفا لأحكامه عدلوه أو حذفوه .

والطريق الثاني هو انشاء قوانين من خلال استقراء كتب الفقه الإسلامي وهذا الطريق الثاني متعب جدا وإن كان هو الأفضل في رأيي ، غير أن اللجنة

اختارت الطريق الأول لسهولة وتأديته للمقصود من تحكيم الشريعة الإسلامية وجعلها المصدر الأول الذي يحكم به القاضي ، هذا وقد بينت اللجنة المصادر التي اعتمدت عليها في تقنينها لكل فرع من فروع القانون .

ومشاريع القوانين التي أصدرتها هي : مشروع قانون المعاملات المدنية 1044 مادة ، مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية 182 مادة ، مشروع قانون التقاضي 512 مادة ، مشروع قانون العقوبات 635 مادة ، مشروع قانون التجارة 776 مادة ، مشروع قانون التجارة البحري 443 مادة .

### 10/ مشاريع جامعة الدول العربية :

انعقد مؤتمر جامعة الدول العربية بالرباط سنة 1971 وأكد فيها وزراء العدل العرب على ضرورة الوحدة التشريعية في البلاد العربية ، وأقرت هذه الخطة في المؤتمر الثاني المنعقد بصنعاء اليمن سنة 1981. وقد كلفت عدة لجان بهذه العملية على أن يكون المصدر الأساس لهذه القوانين هو الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه، فصدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1985 وقانون المعاملات المالية الموحد سنة 1984 ، وكان أبرز عضو شارك في إعداده هو الفقيه الشامي الكبير مصطفى الزرقا ، غير أنها لم تلق من يرحب بتطبيقها وبقيت أدراج الرفوف .

وهناك العديد من المحاولات الفردية مثل محاولة الشيخ مصطفى الزرقا في تقنيه لنظرية التعسف فألف كتابه " صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق " استمد نصوصها من الفقه الإسلامي ، وغيرها من المحاولات الفردية وهي كثيرة جدا .

## اختلاف الفقهاء في مسألة التقنين<sup>9</sup>:

بداية بالنسبة للغرب فإن موضوع التقنين قديم عندهم جدا وقد سبق وأن درسنا في موضوع المدارس القانونية العديد من التقنيات القديمة الشرقية والغربية ، ولكن عند المسلمين لم يعرف التقنين بمعناه المعروف اليوم إلا بداية مع وضع مجلة الأحكام العدلية ، ولما تحررت الدول الإسلامية من رقة الاستعمار الذي ألزم الدول المستعمرة بتطبيق قوانينه ، بدأ التفكير في ضرورة أن تكون القوانين المطبقة نابعة من صميم العادات والأعراف والتقاليد فضلا عن موافقتها للدين والمعتقد، فكان أن فعلت ذلك فعلا بعض الدول العربية، لكن أكثرها بقيت تطبق قوانين المستعمر مع بعض التعديلات بين الفينة والأخرى ، في حين أن بعض الدول العربية الأخرى والتي لم يدخلها الاستعمار أبدا لأسباب عديدة ، ونعني بها بلاد نجد والحجاز والتي توحدت العديد من قبائلها فيما بعد وسميت المملكة العربية السعودية ، لم تقم بتقنين أحكام الفقه الإسلامي وبقي القضاء فيها تقليديا كما هو معروف ، ولا زالت الى اليوم تتجنب تقنين أحكام الفقه، وتتخذ موقفا معاديا لها حسب مؤسسة الإفتاء الرسمية فيها ، ولذلك سنتكلم باختصار على مواقف الفقهاء من موضوع التقنين بين مجيز -وأحيانا موجب له- وبين محرم .

---

<sup>9</sup> راجع في هذا الموضوع: أوان عبد الله فياض ، أصل الخلافات الفقهية في مسألة تقنين أحكام الشريعة

الإسلامية ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، 2015. رافعليشعودجاسمالقيسي، مرجع سابق.

وقبل التطرق الى بيان مواقف الفقهاء من موضوع التقنين نشير أيضا إلى أن الخلاف الحقيقي في مسألة التقنين يكمن في الإلزام به ولا يكمن في الصورة والشكل وإن كان هناك من الفقهاء من قال بالثاني .

ونقصد بالإلزام عدم جواز خروج القاضي على نصوص التقنين إلا في الحالات التي يحددها التقنين نفسه ، ويبقى القاضي مقتصرًا على تطبيق نصوص القانون ، وهو ما يعرف عند الفقهاء بموضوع الزام القاضي بمذهب معين، وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء قديما، وخلصتها أن المتقدمين من الفقهاء يقولون أن القاضي لا بد أن يكون مجتهدا حتى يمكنه تولي القضاء ما عدا الحنفية الذين أجازوا تولي المقلد للقضاء ، أما عامة المجتهدين المتأخرين على جواز تولية المقلد للضرورة، والسبب هو قلة المجتهدين في الأزمنة المتأخرة ، وفي ذلك يقول الشاطبي في الاعتصام : " إنهم اتفقوا أو كادوا يتفقوا على أن القضاء بين الناس لا يحصل إلا لمن رقي رتبة الاجتهاد ، وهذا صحيح على الجملة ، ولكن لو فرض خلو الزمان عن مجتهد يظهر بين الناس ... فلا بد من إقامة الأمتل ممن ليس بمجتهد ، لأننا بين أمرين : إما أن نترك الناس فوضى ، وهو عين الفساد والهرج ، وإما أن يقدموه فيزول الفساد بته ، ولا يبقى إلا فوات الاجتهاد ، والتقليد كاف بحسبه ، وإذا ثبت هذا فهو نظر مصلحي يشهد له وضع أصل الإمامة ، وهو مقطوع به بحيث لا يفتقر في صحته وملاءمته إلى شاهد ، هذا وإن كان ظاهره مخالفا لما نقلوه من الإجماع ، فإن الإجماع في الحقيقة انعقد على فرض أن لا يخلو الزمان من مجتهد ، فصار مثل هذه المسألة مما لم ينص عليه ،

فصح الاعتماد فيه على المصلحة ". وهذه نظرة مصلحة مقاصدية مهمة في هذه المسألة وبها قال الغزالي وابن تيمية وغيرهم

وينقل لنا في هذا الموضوع الإمام ابن فرحون عن الشيخ أبو بكر الطرطوشي أنه قال : أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولو رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته ، قال الشيخ أبو بكر : وهذا جهل عظيم منهم ، قال ابن فرحون : وقال الشيخ أبو بكر ذلك لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان ، فتكلم عن أهل زمانه وكان معاصرا للإمام أبي عمر ابن عبد البر والقاضي أبي الوليد الباجي وأبي الوليد ابن رشد وأبي بكر ابن العربي... وغير هؤلاء من نظرائهم، وقد عدم هذا النمط في زماننا في المشرق والمغرب ."

ويقابل مسألة الزام القاضي بمذهب معين لا يتجاوزه مسألة التزام القاضي بنصوص التقنين اليوم وأن عليه العمل به، وألا يجتهد إلا عند عدم النص، وعليه أن يطبق ما هو مسطور في التقنين وإن كان يرى خلاف ذلك اجتهادا منه . ولذلك سوف نتطرق الى المانعين من التقنين وأدلتهم بصفة إجمالية ثم نتطرق إلى المجيزين :

**1/ المانعون وأدلتهم :** سنقتصر على أهم ما أوردوه من أدلة فقط :

- **مصطلح قانون** أينما ذكر لا يأتي بخير ذلك أنه مرتبط ارتباطا وثيقا بإسقاط الشريعة الإسلامية وإبعادها عن ساحة القضاء ، وكل بلد يدخلها التقنين إنما هي خطوة لإلغاء الشريعة ، وهذا فيه نفور واضح من هذا المصطلح ولذلك استبدل بالمسطرة وفي بعض الدول مثل

السعودية بالنظام وفي دول أخرى بالمجلة والمدونة ، لكن لا مشاحة في  
الإصلاح ولا عبرة باللفظ من غير نظر إلى فحواه ، ثم إن هذا المصلح  
استعمله كثير من علماء المسلمين فهذا ابن جزي المالكي يسمي كتابه  
ب: "قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية " ، وابن العربي  
المالكي يسميه " قانون التأويل " ولابن سينا " القانون في الطب " ، وهناك  
كتب كثيرة على هذه الشاكلة ، كما استعمل لفظة قانون الكثير من الفقهاء  
في كلامهم منهم ابن تيمية وابن رشد والماوردي والغزالي والرازي ...

- **التقنين ينقل القضاة من النظر في الكتاب والسنة إلى النظر في مواد  
مقننة وهي دائرة ضيقة ، وهذا اعتراض ليس في محله ذلك أن الزام  
القاضي بعدم مخالفة التقنين ليس معناه أبدا إبعاده عن النظر في الكتاب  
والسنة ، ذلك أن التقنين مصدره الأول هو الكتاب والسنة واليهما يرجع  
القاضي في فهم النص القانوني وإيضاحه والتدليل عليه .**

- **اعتراض الإمام مالك على أبي جعفر المنصور في الإلزام بموطئه فيه  
دليل على عدم جواز التقنين ، ويعترض على هذا أن الإمام مالكا علل  
ذلك بأن الناس افترقوا في البلاد ولهم علماء اتبعوا أقوالهم ودانوا بها فلا  
يجوز أبدا ردهم إلى قول واحد اجتهد صاحبه فيه، لا يدري أهو مصيب أم  
مخطئ ، ولكن لو رجع كل قوم إلى علماء أصقاعهم وبلادهم فلا أظن  
مالكا رحمه الله ينكر ذلك وهو صاحب مذهب متبوع .**

ثم إن ما هم به المنصور بعيد عن التقنين لأنه فرض منهجية فقهية واحد  
على الأمة بأسرها وكل مخالف لها يكون حظه السياط ، أما باقي

المجتهدين فلا عبرة بأقوالهم ، وفي زمان مالك كان هناك من لا يقل عنه شأنًا كأبي حنيفة والليث بن سعد وغيرهم ، أما التقنين اليوم فهو من عمل هيئة بأكملها، كما أنه لا يكون من مذهب واحد فضلا عن أن يكون من فقيه واحد .

- **التقنين يؤثر على حركة الفقه عامة وعلى القضاة خاصة ويوقف حركة الاجتهاد** ، أي أنه يعطل نمو وسير الفقه بل يعطل حتى الثروة الفقهية الموجودة ، وهذا فيه نظر ذلك أن القضاة اليوم لا يستطيع أي أحد أن يدعي أنهم وصلوا إلى رتبة الاجتهاد حتى يقول بأن حركة الاجتهاد تتعطل ، ومع هذا للقاضي أن يجتهد في تنزيل النص القانوني على الواقعة المعروضة عليه ، ثم إن القضايا والمستجدات كثيرة والنصوص القانونية تأتي مواكبة لذلك كله فهي تلغى أحيانا أو تعدل وفي ذلك تنشيط لحركة الفقه وإصاقها بالواقع وتصبح جميع المستجدات لا بد لها من نصوص قانونية تضبطها فلا يقال أبدا أن حركة الفقه تخمل أو أن الاجتهاد يتعطل .

- **التقنين لا يرفع الخلاف بين الفقهاء فلا فائدة فيه** : وهذا صحيح فليس من مهمة التقنين رفع الخلاف ، لكن من مهمته توحيد الأحكام القضائية في الواقعة الواحدة حتى لا تتضارب وتسقط بذلك هيئة القضاء ، ففي جانب القضاء لا بد من الالتزام بالتقنين أما خارج ساحة القضاء فللفقهاء أن يختلفوا كما شاءوا وهو ما يعود على التقنين بالنفع لأن واضع التقنين

سيرجع إلى تلكم الأقوال عند إعادة النظر فيه ، ذلك أن التقنين ليس جامداً أو غير قابل للتعديل والتبديل .

- ظهور التواكل وفتور الهمم عند القضاة : وهذه تبقى على حسب همة كل قاض ، ثم إن كثرة القضايا المعروضة في المحاكم تفرض وضع تقنين يرجع إليه القاضي ذلك أن البحث في كل مسألة معروضة عليه يأخذ وقتاً، وفي ذلك مفسدة كبيرة لتعطيل مصالح الناس .

- التقنين نصوص تؤدي إلى الجمود في الفقه ويصبح الفقه بذلك عاجزاً عن تلبية حاجيات الناس : وهذا اعتراض فيه نظر كذلك لأن النصوص القانونية ليس ثابتة وجامدة، ذلك أنها قابلة للتعديل والإلغاء حسب المصلحة والواقع والدليل ، ثم هي من وضع فقهاء متخصصين وتخضع للتحيين حسب مقتضيات ، إضافة إلى ذلك فالفقه يلبي حاجيات الناس إذا كان يسير معهم أما إذا تخلف عن الركب وابتعد عن ساحة القضاء واقتصر على المساجد ودور التعليم فذلك هو التراجع والجمود والعجز الحقيقي عن مسايرة الواقع وحتى لا نصل إلى ذلك لا بد من تقنينه وتحكيمه في كل صغيرة وكبيرة .

- لا يمكن نسبة نصوص التقنين إلى الله تعالى وهي من صنع البشر بخلاف الشريعة الإسلامية : وهذا أمر مقطوع بصحته ولا أحد يقول به من القائلين بجواز أو وجوب التقنين في هذا العصر ذلك أن التقنين نصوص فقهية في غالبها وليست عبارة عن آيات أو أحاديث نبوية ، والشريعة كما سبق بيانه " نصوص الكتاب والسنة " تتسبب لله جل وعلا ،

أما الفقه عموماً - فضلاً عن التقنين - والذي هو من صنع الفقهاء وإن كان مصدره الأساس الكتاب والسنة فلا ينسب إلى الله تعالى لأنه ممزوج باجتهادات يدخلها الصواب والخطأ ، فما يقال في الفقه يقال في التقنين .

- **التعديلات القانونية تهز ثقة الناس في الشريعة :** وهذا في نظر ، ذلك أن الفقهاء كثيراً ما يعيدون النظر في اجتهاداتهم وينقضونها وهو أمر معروف ، والتقنين هو أقوال الفقهاء وآراؤهم في الغالب فتعديل القانون أو إلغاؤه هي ظاهرة إيجابية تحسب له لا عليه

- **حكمتنا الشريعة الإسلامية 13 قرناً ولم تكن مقننة فلماذا اليوم نتكلم عن التقنين :** رد المجيزون على هذا الاعتراض بأن التقنين يأتي اليوم ليمثل مرحلة جديدة من مسيرة الفقه الإسلامي وتطوره ففي السنوات الأخيرة ظهر ما يسمى بالنظريات الفقهية وقد أبدع فيها الفقهاء ولم يعرفها فقهاؤنا الأوائل، واليوم ظهرت الحاجة إلى التقنين ولم تكن بحاجة إليه فيما مضى لأسباب كثيرة منها الارتباط والتعامل مع الدول الأجنبية ولا يكون ذلك إلا بإصدار قوانين وتنظيمات تحكم العلاقة، وغير ذلك من الأسباب التي سنتعرف عليها عند إيراد أدلة المجيزين للتقنين .

- **الاعتماد على رأي واحد يؤدي إلى إهمال باقي الاجتهادات :** رد المجيزون للتقنين بأن هذا ليس بصحيح أبداً، فإن تلك الاجتهادات قد يُحتاج إليها في عملية التعديل أو تطوير التقنين، وهي في كل الأحوال رصيد وخزان يُلجأ إليه عند الحاجة .

**2 / القائلون بالجواز :**

أكثر الفقهاء المعاصرين اليوم على جواز تقنين أحكام الفقه الإسلامي ومن أشهر من قال بذلك الإمام محمد عبده والشيخ رشيد رضا والشيخ المحدث أحمد شاکر والشيخ محمد أبو زهرة والشيخ مصطفى الزرقا ووهبة الزحيلي ويوسف القرضاوي ومحمد سلام مذكور ... كما ذهب إلى هذا بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية لما عرضت عليهم قضية التقنين وخرجت اللجنة بقرار أغلبي مؤداه رفض التقنين ورأى بعضهم الجواز ومنهم الشيخ صالح بن غصون عبد المجيد بن حسن وعبد الله خياط عبد الله بن منيع عبد العزيز من محمد بن ابراهيم آل الشيخ وغيرهم من أعضاء الهيئة ، ولا يتسع المجال لحصر القائلين بالجواز لكثرتهم ، ومن أدلتهم بإيجاز :

- أن ولي الأمر إذا أمر بما ليس بمعصية وفيه مصلحة للأمة حسبما يراه فطاعته واجبة والتقنين ليس فيه معصية والآيات والأحاديث التي تدل على وجوب طاعة ولي الأمر في المعروف معروفة مشهورة . واعترض المانعون للتقنين بأن القاضي إذا حكم بما خالف ما أدى إليه اجتهاده معصية في حقه ولا يجوز لولي الأمر أن يلزمه بذلك في المسائل الاجتهادية .

- مسألة التدوين ليست أمر مبتدع في الدين إنما هو من قبيل المصالح المرسلة كما هو معروف ومن ذلك جمع القرآن الكريم والسنة وتدوين الفقه ... واعترض المانعون أن هذا مما لا خلاف فيه وأن الاشكالية في التقنين مرتبطة بالإلزام لا بالتدوين.

- مقاصد الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفساد وواقع القضاء اليوم يدعو إلى التقنين للمصالح الكثيرة التي يؤدي إليه إذا ما قورن ذلك بمفسده ، وللمعترض أن يجيب - في تقديري - أن جلب المصالح ودرء المفساد وتقديرهما يختلف من فقيه إلى فقيه ونحن نرى عكس ما ذهبتم إليه

- أجاز أغلب الفقهاء تولية المقلد القضاء ، فإذا كان سيقلد مذهبه فإن ذلك لا يختلف أبدا عن التزامه بالتقنين وعدم الخروج عليه . وللمعترض أن يجيب بأن الكلام على تلك الوثيقة المسماة بالتقنين والتي تجعل القاضي مقيدا بها، أما المذهب الفقهي فللقاضي أن يتخير منه ما شاء ذلك أن المذهب الواحد فيه من الآراء والأقوال - الخلاف النازل - الشيء الذي يجعل في المذهب مرونة كبيرة جدا في استمداد القاضي منه خلافا للتقنين الذي لا تجد فيه إلا رأيا واحدا مما يدل على جموده

- الفقه الإسلامي لا ينمو اليوم إلا في ظل قانون ملزم يرجع إليه القضاة ، فذلك مدعاة الى الاهتمام به وتطويره ، وللمعترض أن يجيب أن الفقه الإسلامي تطور وبلغ أوج تطوره ونموه في فترات سابقة ولم يكن مقننا ، فتطور الفقه لا علاقة له بالتقنين إنما علاقته بتطبيقه والتحاكم إليه .

- ترك القضاة يحكمون بما أدى إليه اجتهادهم يحدث فوضى عارمة سببها تعارض واختلاف الأحكام القضائية الذي قد يكون في المحكمة الواحدة فضلا عن التعارض بين محاكم مختلفة ، وللمعترض أن يجيب أن هذا

ممكن في حالة كون القاضي مجتهدا ، أما والقاضي يتقيد بمذهبه فلا تكون هناك اختلافات الا بقدر معين .

- المستجدات المتسارعة والكثيرة تحول دون تمكن القضاة من التآني في اجتهاداتهم ، وللمعترض أن يجيب بأن القضاء اليوم على عدة درجات فإذا أخطأ القاضي في حالة اجتهاده فإن قضاة الدرجة الأعلى ينقضون حكمه ويصحونه .

- عدم وجود تقنين يؤدي إلى الاستبداد بالسلطة .

- الحاجة إلى قانون إسلامي لتيسير المقارنة بالقوانين الوضعية .

- التقنين يقضي على الخلاف ويوحد الأحكام القضائية .

- التقنين يجعل أغلب الناس على دراية ومعرفة كاملة بما يتحاكمون إليه ، الأمر الذي يسهل على القضاء ويرفع عنهم الحرج بل والتهمة أحيانا أخرى ، كما يجعل الناس مطمئنين نسبيا .

- لا وجود لأي بلد مسلم اليوم فيه القضاة متحررون ويحكمون بما يؤدي إليه اجتهادهم والبلد الذي ليس فيه تقنين مثل المملكة العربية السعودية يلزمون القضاة بالحكم على أساس المذهب الحنبلي وفق كتب محددة سلفا وهي من أمهات المذهب إلا في حالات استثنائية للقاضي أن يخرج فيها على أحكام المذهب .

ومن خلال ما سبق بيانه من عرض لأقوال الفقهاء في موضوع التقنين يتبين لنا أن أظهر الأقوال هو القول بالجواز لما في ذلك من مصالح كثيرة سبق بيانها مع ملاحظة أن المانعين للتقنين مجمل أدلتهم تركزت على عدم جواز

الزام القاضي بالتقنين لما في ذلك من قتل لروح الاجتهاد عند القضاة وقد سبق وأن بينا أن غالبية الفقهاء على جواز تولي المقلد القضاء للضرورة ولا يستطيع أحد اليوم أن يدعي أن القضاة اليوم مجتهدون، فما الفرق بين قاض ملزم بتطبيق أحكام مذهب ما وبين قاض ملزم بتطبيق أحكام تقنين ما، مع ملاحظة أن المختصرات الفقهية تكاد تكون تقنينا ولا فرق بينهما تقريبا، فهل نجيز للقاضي تطبيق ما جاء في مختصر خليل مثلا ونقول له لا يجوز لك أن تلتزم بالتقنين الذي هو أيضا مأخوذ من الفقه الإسلامي، وهذا هو ما عليه اليوم جميع الدول الإسلامية فالمملكة العربية السعودية اليوم- وباعتبارها لا زالت لم تقنن أحكام المعاملات المالكية فيها، وهذا لا يعني أبدا أنها لا تعرف القوانين أو لا تطبقها بل تستمد أحيانا قوانين أجنبية موافقة للفقه الإسلامي وتطبقها وهذا لا مانع منه طبعا ومن ذلك نظام الشركات - مع ملاحظة أن مصطلح نظام عندهم مرادفة لمصطلح قانون في باقي الدول العربية - وهو النظام الذي صدر بوجب مرسوم ملكي في عهد الملك فيصل 1385/03/22هـ ، والذي تضمن 334 مادة موزعة على 15 بابا ، وهو قانون أجنبي لا يختلف عن القوانين الغربية وحتى العربية مثل مصر ودول الخليج وسائر البلاد العربية والشركات التي نص عليها لا يعرفها الفقه الإسلامي ولكن موافقة لأحكامه ( شركة التضامن ، التوصية ، ذات مسؤولية محدودة ....)- تفرض على القضاة الحكم على أساس المذهب الحنبلي إلا في حالات استثنائية ، فهي تلزم القاضي بكتب معينة في المذهب لا يتجاوزها سيأتي النص عليها لاحقا الا إذا لم يجد فله الرجوع إلى مذاهب

أخرى ، هذا ما تعلق بالإلزام، أما تدوين النصوص الفقهية على هيئة وصورة القوانين الوضعية اليوم فهي أمر شكلي فقط، وللتقنين على هذه الصورة في المختصرات الفقهية قديمها وحديثها أسوة، ولم يقل أحد من الفقهاء أنه لا يجوز اختصار الأحكام الفقهية ، وبقي فقط أن ترتب وتنظم على شكل مواد وأبواب ، ولا نرى مانعا من ذلك أبدا مثل ما جاء في مجلة الأحكام العدلية وغيرها .

أضف إلى ذلك أن الحكومات اليوم في أغلب الدول العربية والتي ألفت التقنين وطبقته والمستمد في أغلبه من القوانين الغربية، من المستحيل أن يفتتخوا بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي من غير وضع ذلك في تقنين على شاكلة القوانين الوضعية المألوفة لديهم لما في ذلك من قلب للأوضاع والتقاليد في هذا الجانب، ومن مصلحة الدعاة إلى تحكيم الشريعة الإسلامية تقنين أحكامها حتى تكون حجة على الحكام والمسؤولين، وحتى لا نقع في ما وقع فيه الأزهر كما يحكيه الشيخ رشيد رضا في مجلة المنار من أن الخديوي إسماعيل لما أراد تقنين القوانين في مصر لتكون على شاكلة القوانين الوضعية التي كان معجبا بها إلى حد بعيد ، فطلب من علماء الأزهر وضع قوانين مأخوذة من الفقه الإسلامي ليطبقها في مصر فامتنعوا من ذلك، لأنهم لم يعرفوا هذا من قبل، وأنه لا يجوز فعله ويجب أن يبقى الفقه على عهده الأول ، فقام مباشرة بتطبيق القوانين الغربية وألزم بها الناس، وصار أولئك العلماء الذين أبوا بالأمس تقنين القوانين من الفقه الإسلامي يتحاكمون هم أنفسهم إلى القوانين الوضعية اليوم .

ولذلك فمن الجائز - والواجب أحيانا - تقنين الفقه الإسلامي ولا مضرّة في ذلك، لأن المصالح المترتبة من ذلك أعظم بكثير من المفسد المتوقعة والله أعلم .

### بواعث التقنين ومزاياه :

من الأسباب التي تدفع إلى التقنين ما يلي :

1/ صعوبة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي اليوم لغالبية الناس وهي أحكام منتشرة في كتب الفقه التي لا تحصى كثرة ، ولكن لو اختصرت أحكام هذا الفقه في تقنين فسيكون ذلك مكسبا عظيما .

2/ التقنين من الفقه يعتبر بمثابة سدا لذريعة استيراد القوانين الوضعية والتي هي سهلة المأخذ والتميزة بالتنظيم .

3/ ظهور التناقض بين الأحكام الاجتهادية الكثيرة وكثرة الآراء الفقهية ، غير التقنين يؤدي إلى ضبط الراجح من الأقوال ودفع تضارب الهيئات القضائية في الأحكام القضائية في المسألة الواحدة .

4/ قلة الاجتهاد وغلبة التقليد في السلك القضائي اليوم والتقنين هو الذي يسهل المهمة على القاضي المقلد خصوصا .

5/ مسايرة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد وصلاحيتها لكل زمان مكان .

6/ جهل العامة بالكثير من الأحكام الفقهية وعدم قدرتهم على البحث في أحكام الفقه الإسلامي باعث كبير على ضرورة التقنين اليوم .

7/ في التقنين وسيلة لإشراف الدولة على سلامة سير عملية تطبيق الشريعة ومباشرتها لذلك .

8/ حماية هيبة القضاء ورجاله من الشكوك والانتقاص وادعاء وجود تأثيرات

خارجية على القضاة وذلك كله موجود في ظل عدم وجود تقنين واضح .

9/ تعريف غير المسلمين بالشريعة الإسلامية وحلولها وكيفية معالجتها

لمسائل الفقه وذلك حتى يستفيد الغير من ذلك ونقصد بالغير غير المسلمين وقد

استفادوا من فقها الاسلامي في كثير من المسائل من أبرزها اليوم موضوع

المعاملات البنكية والمصرفية الإسلامية.

### ضوابط التقنين :<sup>10</sup>

من أهم الضوابط التي يجب أن يلتزم بها الفقهاء الذين يباشرون عملية التقنين

ما يلي :

#### **الضابط الأول : عدم مخالفه أحكام الشريعة.**

ينبغي أن يكون تقنين مستمدا من الشريعة وأحكامها الفقهية ومبادئها

العامة، وأن يرجع في فهم النصوص والتشريع، إلى القواعد الأصولية الضابط

لذلك، فيجيب التقيد بما ورد في الشرع من أحكام، وعدم احتواء التقنين على أي

مواد تتعارض مع الشرع ونصوصه، فلا يخالف نصا، لا يهدم أصلا من أصول

الشريعة ومبادئها العامة، ولا يكون ابتداعا لا يدعمه نص ولا يحتاجه واقع و لا

يعكس ومقصدا شرعيا ولا تفرضه مصلحة عامة ظاهرة ولا يعدو أن يكون

محض سياسة ليست خاضعة لروح الشريعة ومقاصدها وقواعدها.

#### **الضابط الثاني : مراعاة المقاصد الشرعية.**

---

<sup>10</sup> انظر في هذه الضوابط وغيرها : رافع ليث سعود جاسم القيسي ،مرجع سابق ص265 وما بعدها .

فيجب مراعاة مقاصد الشرع الحنيف في التقنين ذلك أن المقاصد الشرعية لها الأثر الكبير، فهي تسهم بشكل مباشر مراعاة حضور المكلفين وذلك بجلب المصالح لهم وتكثيرها ودرء المفسد عنهم وتقليلها، فينبغ أن يتحقق فقه المقاصد عند المجتهد وذلك بالعلم في فقه الموازنة بين حدود كل مقصد منها، وذلك حين يحل ظاهر التعارض بين مقصدين شرعيين، كتضمن الصناع، فقد قال الشاطبي<sup>11</sup> : إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمن صنع، قال علي  $\tau$  ( لا يصلح الناس إلا ذلك)<sup>12</sup>

### الضابط الثالث الوضوح في ما يتعلق بالمعاملات المحرمة.

فعلى المواد المقننة أن تكون واضحة في ما يتعلق بمحرمات المعاملات، من ربا، وغرر، وخيانة واحتكار، واستغلال، وغش، وكذب، ونجش، والاكنتاز، وقمار، وميسر، ومنع أداء الحقوق، وبيع ما ليس عنده، والمحاولة، والمزابنة، وبيع الدين، وبيع وشرط، والغبن، وغيرها، وعدم الين في هذه الأمور خصوصا الربا لأي ذريعة كانت، وهذه النواهي بعمومها يندرج تحتها مجموعة من القواعد منها : ما أدى إلى حرام فهو حرام، واستباحة المحرم بالحيل المحرمة، الحرام لا يؤثر فيه المقصد والنية الحسنة، واتقى شبهات.<sup>13</sup>

### الضابط الرابع : العناية بالأحكام ذات الخصوصية في الفقه الإسلامي<sup>14</sup>.

---

11 الشاطبي : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، تحقيق : مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى - 1417هـ / 1997م. ج 4 / ص 291.

12 أخرجه البيهقي "6 / 122".

13 عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمارات والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، مكتبة وهبة، القاهرة، ص 16 - 26. بتصرف

14 رافع ليث سعود جاسم : نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، ص . بتصرف

إبراز التقنين للأحكام التي لها طابع خاص في الفقه كأحكام، إيجار الوقف، والأراضي الزراعية، وهلاك الزرع، والمريض مرض الموت، والخيارات، وتبعة الهلاك.

#### **الضابط الخامس : في الترجيح بين أقوال الفقهاء المتقدمين.**

فيجب أن يكون الحكم الشرعي في القضايا الفقهية التي تناولها المتقدمون، بعيدا عن الترجيح الشخصي، الخارج عن الخلافات الفقهية المعتمدة، ويكون الاختيار من بين هذه الأقوال، مبنيا على الآراء التي مستندتها الدليل شرعي، وإن استندت كلها، فيرجح الدليل الأقوى، ولا يؤخذ بالآراء الشاذة ، وضعيفة، والمرجوحة، المخالفة للنصوص والإجماع.

#### **الضابط السادس : التزام النزعة المادية الموضوعية التي تراعي الإرادة**

#### **الظاهرة في العقد.**

وذلك بوضع مقاييس مادية تهتم بالعرف، مع عدم إغفال النزعة الشخصية، اعتمادا على قاعدة : "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، و قاعدة : " الأمور بمقاصدها"، فتكون ذات طابع الموضوعي معتمدة على فقه الواقع، ومن ثم تعنى بالإرادة الظاهرة، وتراعي في نفس الوقت المعاني والمقاصد.

#### **الضابط السابع : الالتزام بأحكام الفقه الإسلامي في ما يتعلق بالفعل**

#### **الضار.**

فلا يربط المسؤولية بالتمييز، بل تقام على الضرر لا على الخطأ، وقد أخذ بذلك القانون الأردني، والقانون الالتزامات السويسري، والقانون الألماني البولوني، على خلاف ما ذهب إليه القانون الفرنسي ومن أخذ عنه، كما يجب أن يميز التقنين بين أحكام العقود وحقوقها، عملا بأحكام الفقه.

### الضابط الثامن : الالتزام بسياقات النصوص الفقهية.

فلا يصح أن يقوم المقنن بنزع النص الفقهي من سياقه، أو أن يُنصّف رأياً لا يقبل القسمة، أو أن يخرج به عن موضوعه، وهذا منهج تلفقي ضعيف ومرفوض بلا يجوز، وليس بمنهج لتطوير التشريع، أو صياغة التقنين.

### الضابط التاسع : مراعاة الضرورات المنهجية التي يستدعيها الواقع.

وذلك برفع الحرج على الناس من خلال فضاء المتسع للمذاهب، فمثلاً اختلفت القوانين الوضعية في مسؤولية عديم التمييز، فالقوانين اللاتينية تعتبر عديم التمييز غير مسؤول، لأنها تتطلب في المسؤولية التقصيرية الخطأ، والخطأ لا يتصور من عدم التمييز، أما القوانين الجرمانية فعدلت عن هذا المعيار النفسي، وأوجبت مسؤولية عدم التمييز بقدر محدود، وذهب التقنين الألماني عملت بإلزام عديم التمييز بالتعويض عن الضرر، باختلاف بينها إذ أن الروابط المدنية إنما توجد بين مال ومال، لا بين شخص وشخص، وعلى هذا يكون التعويض واجباً متى وجد الضرر، فتبنى المسؤولية المدنية على فكرة السببية، لا على فكرة الخطأ، وقد عملت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ، بل وتوغلت في الأخذ بمسؤولية عديم التمييز كثيراً، فعملت على تعقب الفساد في المعاملات ومنع الإضرار بالغير، ولو عدم التكليف والتمييز.<sup>15</sup>

### الضابط العاشر : بيان وجه المصلحة عند الترجيح المصلحي.<sup>16</sup>

فينبغي على المقنن إذا بني تربيحه على مصلحة، أن يبين وجه هذه المصلحة على أن تكون ظاهرة عامة.

---

15 رافع ليث سعود جاسم : نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، ص 315-316. بتصرف

16 نفس المصدر ، ص 318. بتصرف

**الضابط الحادي عشر: تقديم المصالح العامة والجماعية على المصالح الخاصة والفردية.**

فيجب أن يكون التقنين مبنيًا على فهم النصوص في إطار المصالح الجماعية، فالشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد، ولذا أولى الفقهاء العلل والأسباب والمعاني والحكم والبواعث والمقاصد عناية بالغة لربط الاجتهاد المقاصد وتحقيقًا لذلك قيّد الفقهاء الحقوق الفردية بالمصالح الجماعية المتعلقة بحياة المجتمع، مع مراعاة النوازع الفطرية والتوفيق بين أحكام التقنين وواقع الحياة المتغير.

**الضابط الثاني عشر: تكامل التقنين.**

فلا بد أن يكون التقنين متكاملًا، فبتقنين جزء وترك جزء لاجتهاد القاضي إنما يعكس خلا في بناء التشريعي، فالعمل التشريعي المحكم لا بد أن يكون متكامل ويسد هذا الفراغ.

**الضابط الثالث عشر: التجرد من التفصيلات لضمان سريان النصوص على كل الأحكام.**

فتصاغ مواد التقنين صياغة تجعلها سارية على كل الوقائع التي تتوفر فيها الشروط المحددة، وأن تجرّد مواد التقنين الصفات والشروط الخاصة التي قد تقتصر تطبيقها على شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها.

**الضابط الرابع عشر: البعد عن الاهتمام بموافقة مضمون القوانين الوضعية.**

فلا يكون المقصود بتقنين الفقه الإسلامي أن يتفق أو يختلف عن القوانين الوضعية، فللغة الإسلامية أسلوب ولغة وصياغة ومنهجية الخاصة به، مما يجعله كامل الاستقلالية عن أي نظام قانوني آخر.

**الضابط الخامس عشر: المرونة التي تكفل للقاضي إنزال النصوص على كل الوقائع.**

فتكون صياغة التقنين المنشود صياغة مرنة محكمة لا جامدة، فالمرونة تعطي القاضي معيارا يجعل له سلطه في التقدير، فالتقنين يوجب حسن النية في العقود، إلا أنه لا يحددها، إنما يترك ذلك لتقدير القاضي بحسب الظروف والوقائع ومعطياتها. فالصياغة المرنة تجعل الحكم يتلائم مع الظروف المختلفة والمتغيرة، إلا أنها كذلك تؤدي إلى تباين في التقدير بين القضاة.

**الضابط السادس عشر: التوفيق بين التجديد في التعريفات الاصطلاحية، والالتزام في المصطلحات الفقهية.**

إن تجديد التعريفات الاصطلاحية ذات أهمية بالغة، وذلك من حيث الجمع بين تعريفات المتقدمين والمتأخرين والمعاصرين، والخروج بتعريف جديد جامع مانع، يضاف بحسب ما تراه لجنة التقنين في هامش التقنين أو المتن أو المذكرة الإيضاحية مع شرحه فيها، كما يجيب على التقنين الإسلامي ان تنطلق مصطلحاته من الفقه لا للقانون الوضعي، فقط تتشابه مصطلحات و لفظيا وتختلف في المعنى، كما يجب بالالتزام بمصطلحات المذهب المعتمد، لوجود الاختلافات الإصلاحية بين المذاهب، فمصطلح " العين " عند السادة الحنفية يختلف عن استخدامه عند السادة المالكية.<sup>17</sup>

**الضابط السابع عشر: عدم إغفال جوانب الإلزام في العقود.**

فيجيب أن تبين مواد التقنين جانب الإلزام في العقود التي تتناولها، كبيع المرابحة للأمر بالشراء مثلا، أو تبين مواد التقنين مدى ثبوت الخيار للمتعاقدين،

---

17 محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، ص 96. بتصرف

ونوع الخيار الثابت، ففي بعض المعاملات يثبت خيار معين أو أكثر وفي بعضها لا يثبت.

### الضابط الثامن عشر: مراعاة الأعراف الجارية في العقود.

فيجب مراعاة المألوف في تعامل والمتعارف عليه بين الناس في أحكام العقود على اختلافها وبشروطه الشرعية، إلا أن اعتماد التقنين على منهجية تخصيص القضاء بالزمان والمكان والظروف وتغير الأعراف من لوازم منهجية التقنين.

### الضابط التاسع عشر: التفريق بين ما قد يقع فيه الخلط. فمثلا

لا بد أن يفرّق التقنين بين المال الذي يجب بسبب جنائية، (كالدية، والأرش، وحكومة العدل)، وبين المال الواجب تعويضا عن الضرر،. ففي الحالة الأولى إنما يستحق هذا المال المجني عليه أو ورثته، عملا بالنصوص والأحكام الشرعية، وفي الحالة الثانية إنما يكون الاستحقاق بحسب قدر التضرر الواقع على المتضرر عملا بالمصلحة المرسلة.

الضابط العشرون صياغة القواعد الفقهية والأصولية والنظريات والقواعد العامة.

فتوضع القواعد الفقهية والأصولية المنظمة والموجهة للنظر الفقهي والحكم القضائي، كما يجب أن تبين القواعد التفسيرية للتقنين بناء على القواعد الأصولية، وتكمن أهمية القواعد الفقهية في أنها تنظم الأحكام الفقهية المبتوثة في أبواب الفقه، مما يسهل على الفقيه والقاضي عند استيعاب القاعدة أن يطبق مدلولها على ما يعرض عليه من قضايا.<sup>18</sup>

---

18 رافع ليث سعود جاسم : نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، ص 330. بتصرف.

**الضابط الحادي والعشرون :** عدم انحياز التقنين بعمومه إلى مذهب فقهي أو نظرية أو اتجاه اجتماعية المعين.

فمن الضروري عدم انحياز التقنين إلى نظرية أو اتجاه الاجتماعية المعين أو التعصب لمذهب فقهي واحد، بل يجب أن يوفق بين ذلك كله مراعيًا حقوق الفرد والجماعة، قاصداً العدل والخير والمصلحة والوسطية، فحينما ينطلق التقنين من الفقه الإسلامي فإنه سيعكس المذهب الوسطي الذي تمثله الشريعة، والذي يتوسط بين المذهب الجماعي والمذهب الفردي، فالمذهب الجماعي يسعى إلى تحقيق المصالح الجماعية دونما اهتمام بالمصلحة الفردية..

**الضابط الثاني والعشرون :** إظهار الجانب الأخلاقي في التقنين.

تقتصر دائرة الخطاب القانون الوضعي على بعض سلوك المجتمع وتترك الباقي لدخائل النفوس والضمير الإنساني، ولا تهتم بقواعد الأخلاق، حيث بدأت هذه النظرة التي تفصل بين القانون والأخلاق عند فلاسفة الإغريق وبالتحديد عند أرسطو وتبعه الرومان في تقنيناتهم.

أما التقنين الإسلامي فيجب أن يولي الأخلاق اهتماماً ليشمل قواعد سلوكية، وتظهر الجوانب الأخلاقية في تقنيناته المعاملاتية، فالغاية المثالية في الشريعة تتطلب عدم الفصل بين قواعد القانون وقواعد الدين والأخلاق، وعدم الفصل هذا بني عليه الكثير من النظريات القانونية الفقهية، كنظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الضرورة، ومن تطبيقاتها في التقنيات الوضعية : نظرية الظروف الطارئة.

**الضابط الثالث والعشرون :** الاهتمام بنظرية الحق.

يجب أن يجعل التقنين من الحق نظرية عامة لتكون أساساً كلياً لإقرار العدالة في المعاملات، ومنع إساءة استعماله أو التعسف فيه، وبيان أقسامه، ومصادره

بحسب نوعه، وذلك كله يكون مع مراعاة خصائص نظرية العقود في الفقه الإسلامي، إذ أن العقود هي أهم الوسائل في المبادلات والمعاملات بين الناس والشركات والمؤسسات والمصارف والدول، ومع ظهور عقود جديدة غير مسماة في الفقه الإسلامي التقليدي، فإن ضبطها وجعلها موافقة للفقه الإسلامي يكون بتطبيق خصائص نظرية العقود في الفقه.

#### **الضابط الرابع عشر: تغليب الطابع العملي على العلمي التقليدي.**

فيجب أن يغلب على التقنين الطابع العملي لا العلمي، لأن المقصود من التقنين تيسير فهم المخاطبين به، فيكون بعيدا عن إيراد التعريفات والتقسيمات الفقهية، ففي باب الالتزام أو العقد لا يورد تعريفهما، ودون تعرض لتقسيمها وترتيبها، فهذا دور الفقه لا التقنين.

كما أنه يجب التنبيه إلى أمور إجرائية منهجة بعضها يدخل في الضوابط الشكلية كالترقيم والتبويب وبعض يتعلق بالصياغة والأسلوب والمراجعة ...

#### **صياغة التقنين:**

ينبغي للصياغة التشريعية حتى تكون وظيفية، أن تتجنب بعض الأساليب المعتمدة في نظم الفقهي القائم على إيراد التعريفات، والغوص في التفرعات، وتفصيل في التعليقات، وتعداد التمثيلات، فهذه وغيرها صور لصميم عمل الفقيه، بيذا أنها لا تتلاءم وطبيعة التشريع ووظيفته، وموضوعها الأنسب هو الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية.<sup>19</sup>

---

19 حمادي عبد الفتاح : الأسس المنهجية للضوابط التقنين الفقهي. وتحديد مجالاته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعه زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 3، سبتمبر: 2019م، الرقم التسلسلي 15.ص : 74.

## أسلوب التقنين :

و يقصد به التنسيق النظامي العام الذي تنتظم ضمنه الصياغة الفنية للأحكام الفقهية، وحتى يكون هذا النظم وظيفيا، ينبغي أن يتميز بثلاثة مميزات

- **الوضوح :** فتصب المبادئ الفقهية في قوالب نقية الوضوح في صورة مبسطة وميسرة الفهم للقاضي والمتقاضي على حد سواء.

- **الإيجاز :** أن تكون النصوص المصاغة محبوكة على نحو دقيق وموجز بحيث.

- **التبسيط :** لأنه الطريق الأنجع إلى تسهيل فهم تقنين، وتيسيره للناس المخاطبين به بأبسط عبارات وأبين فكرة.<sup>20</sup>

**لغة التقنين :** هي الوجه المعبر عن روح التقنين والأداة المجسدة له في الصياغة، ومن هنا يتعين أن تصاغ القواعد المعتمدة عن الفقه الإسلامي في لغة تتسجم وأسس الأسلوب التقني المعتمد من حيث الوضوح والدقة والبساطة، في غير ما إغلاق أو غموض.<sup>21</sup>

## الضوابط الشكلية، ( الناحية الخارجية).

وهي ناحية تعنى بالقضايا الشكلية والإجرائية للتقنين، وهذه المسائل تقبل الأخذ والرد والتطوير والاقتراح، فهي بحسب الإمكانيات وواقع البلد وأوضاعه لذا قد نجد الكثير من الاقتراحات والتصورات المختلفة بخصوص هذه المسألة، فمن الضوابط الشكلية :

## أولا : الترتيب والتبويب والترقيم :

---

20 حمادي عبد الفتاح : الأسس المنهجية للضوابط التقنين الفقهية. وتحديد مجالاته، ص: 73.بتصرف

21 نفس المصدر. ص 75.بتصرف

وهي مرحلة ذات طابع طبيعي العلمي بحث، فيعتبر ترقيم التقنين وطريقته عملية مهمة وحيوية و من أهم مميزات التقنيات الحديثة فحدوث أي تناقض وخلل في الترقيم من شأنه أن يؤدي إلى عواقب وخيمة. أما التبويب : فخير تبويب للتقنين هو ما يلاحظ فيه أمران: أحدهما- أن يكون منطقياً. والآخر- أن يكون عملياً. فيقسم التقنين إلى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأحكام الشرعية العملية وتخفى الأحكام الفقهية النظرية، على أن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم. ويحسن أن يتقدم كل الأبواب باب تمهيدي يكون موضوعه الأحكام العامة التي تسيطر على جميع مناحي القانون، والتي لا تنحصر في مسألة في باب معين، على أن يصاغ هذا الباب التمهيدي صياغة عملية لا فقهية نظرية.<sup>22</sup> فالتبويب يجيب أن يتدرج تدرجا هرميا تنازليا على الوجه الآتي :

**الأبواب :** وتنقسم إلى فصول ويعكس عنوان. كلي باب جوهره عناويني فصوله.

**الفصول :** و تدرج تحتها فروع وعنوانه تعكس ما تحويه أقسامها.

**الأقسام :** و تدرج تحتها مواد.

**أما الأقسام الجزئية :** فهي صلب أحكام التقنين، المتمثل في المواد والتي تحمل أرقاما متسلسلة، وتنقسم المواد إلى:

1 - البنود : وتحمل أرقاما متسلسلة تواضعوا في شكل يختلف عن شكل ترقيم المواد، وتحوي البنود أحكاما مستقلة بذاتها، والتي تتعلق بمسائل معينة بعينها، وإذا كان البند يحتوي على حكم من عام ينطبق على أكثر من حالة، فيقسم إلى فقرات.

---

22 محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي، ص 89. بتصرف

2 - الفقرات : وتكون مرقمة أبجدياً، لتمييز عن ترقيم المواد أو البنود أو الشرائح، وان كانت الفقر وتحتوي حكماً عاماً ينطبق على أكثر من حالة، فتقسم شرائح.

3 - الشرائح : وتكون مراقبه بطريقه متسلسله تتميز بها عن المواد والبنود والفقرات.<sup>23</sup>

### ثانياً : القضايا الإجرائية.<sup>24</sup>

يجب أن يسلك في التقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعته وهي تقتضي الدقة، ويكون ذلك على قواعد أربعة:

#### (أ) - تكوين لجنة فنية للقيام بوضع مشروع التقنين :

فيجب أن تكون محدودة العدد حتى يكون إنتاجها متسقاً يسوده روح الوحدة والانسجام.

#### (ب) - تكوين لجنة لمراجعة المشروع بعد صياغته :

فيجب أن توكل إلى لجنة أكثر عدداً لمناقشة المشروع، ويحسن أن يمثل في هذه اللجنة العنصر القضائي للاستئناس بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل أو ما يحسن أن يجرى عليه العمل في المستقبل.

#### (ت) - رسم طريقة منتجة لعرض هذا المشروع للاستفتاء العام على أوسع

نطاق :

---

23 رافع ليث سعود جاسم : نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، ص 366 - 370. بتصرف

24 المصدر السابق، ص 96. بتصرف

وأما عرض المشروع للاستفتاء على رجال الفقه والقضاء فلأن التقنين لا يمكن أن يكون كاملاً من كل الوجوه مهما عنيت به اللجنة التي وضعت مشروعه إذ تبقى كثير من الكفايات والهيئات التي ينبغي أخذ رأيها.

### (ث) - رسم طريقة لإصدار التقنين :

فإذا تم ذلك عرض المشروع على الهيئة التشريعية المختصة بإصداره، ومما يجب ملاحظته في هذه المرحلة خصوصاً الحرص على أن يكون التقنين وحدة متكاملة، فلا يناقش نصاً نصاً في الهيئة التشريعية. وإذا رأت هذه الهيئة إدخال شيء من التعديل أعيد الأمر إلى اللجنة التي قامت بوضعه لتقوم هي بصياغة التعديل المطلوب، بحيث لا يخل التعديل بتناسق المشروع ووحدته.

### ثالثاً : مراجعة التقنين وتعديله .

وذلك بمراجعة التقنين من وقت لآخر، في ظل مسايرة الظروف المتطورة في المجتمع، ومتمشياً مع القضاء والفقه، وإلا صار التقنين قديماً متخلفاً لا يساير الظروف المتطورة، فيكون ضرر التقنين أكبر من نفعه،

ففي الفقه الإسلامي ميدان التعديل واسع بالأخذ بالمذاهب والآراء الأخرى غير المذهب الذي أخذ به التقنين بما يحقق المصلحة المتجددة، فضلاً عن أن العرف له في الشرع اعتبار.<sup>25</sup>

---

25 محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي، ص، 98 - 99. بتصرف

## المحور الثاني :

### أثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية :

سأقتصر على بيان أثر الفقه في القانون المدني فقط ، طبعاً إذا استثنينا قانون الأسرة لأنه في أغلب الدول العربية والتي منها الجزائر هو مستمد في الأساس من الفقه الإسلامي ، وفي حالة لم يجد القاضي حلاً للنزاع في نصوص القانون فإنه يلجأ إلى أحكام الفقه الإسلامي بجميع مذاهب وهو ما نصت عليه المادة 222 ق أ ج ، وهذا لا يعني أبداً عدم وجود العديد من الملاحظات على قانون الأسرة في البلاد العربية عموماً ومنها بلادنا على وجه الخصوص، فقد جاء فيه الكثير من النقاط السوداء التي يجب أن يعاد النظر فيها ومن أبرزها مسألة الزواج بولي تختاره المرأة نفسها وقد لا يكون أباهاً ، وموضوع الحضانة، والطلاق العرفي وثبوته ...

وعلى كل فقانون الأسرة مستمد من الفقه الإسلامي وهو ما جعلنا نستبعده ، وسأقتصر على بيان أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني باعتبار أن الفقه الإسلامي هو المصدر الأول الاحتياطي بعد التشريع في القانون المدني الجزائري والسوري والليبي والثاني بعد العرف في القانون المدني المصري وغيره **ولذلك سنقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة محاور أساسية:**

1/ الدول التي استمدت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي مثل السعودية غير أنها لم تلجأ إلى تقنينه و اليمن 1992م ، والأردن 1976م ، والإمارات العربية 1985 م، والسودان في قانونها الجديد الصادر سنة 1984م الذي استمدته من القانون الأردني وغيره.

2/ الدول التي زاوجت في الاستمداد في قانونها المدني بين الفقه الاسلامي و القانون الغربي أو ما يمثله كالقانون المدني المصري، مثل العراق في قانونها الصادر سنة 1952م ، وقبله مجلة الالتزامات والعقود التونسية 1906م التي أعدها المستشرق الإيطالي سانتيلانا على أساس من الفقه الاسلامي ، مما جعل البعض يجزم بأنها مستمدة من الفقه الاسلامي كلها ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي 1913م ، الذي جعل من المجلة التونسية أصلا له.

3/ الدول التي استمدت قانونها المدني جله من الفقه الغربي - إلا بعض المسائل - مثل القانون المدني اللبناني ، والقانون المدني المصري 1948م ، والدول التي اتخذت القانون المدني المصري أصلا لقوانينها مثل القانون المدني السوري 1948م، والقانون المدني الليبي 1954م، والقانون المدني الجزائري 1975م، والقانون المدني القطري 2004م...

**المحور الأول : الدول التي استمدت قانونها المدني كله من الفقه الاسلامي**  
من هاته الدول التي استقت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي الدول التي لم تخضع لأي استعمار غربي فساعدتها ذلك على الاستمرار في تطبيق الشريعة الإسلامية في جميع شؤونها، مثل الحجاز بأقاليمه واليمن ، ومنها التي خضعت للاستعمار مثل الأردن ...

أما بالنسبة للدول التي لم تخضع للاستعمار فكانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة الوحيدة والقانون الوحيد الذي يحكم جميع معاملاتها، ويمثل هذه الدول السعودية واليمن .

## أولاً: المملكة العربية السعودية

المملكة العربية السعودية قبل توحيدها وتسميها بهذا الاسم كانت عبارة عن إقليمين أساسيين هما إقليم نجد وما يتضمنه من مناطق محيطة به ، وإقليم الحجاز الذي من أهم مدنه مكة والمدينة ، والمناطق المجاورة مثل ينبع وعسير...، وما يهمننا في هذا التقسيم هو النظام القانوني السائد في كل منها ، ثم نتكلم عن القانون السائد وخصوصاً في جانب المعاملات المدنية في المملكة السعودية بعد توحيدها .

أما بالنسبة لإقليم نجد والمناطق المحيطة به ابتداء من قيام الدولة السعودية الأولى حتى بدايات الدولة السعودية الثالثة كان النظام القانوني الذي يحكم المعاملات المدنية هو عبارة عن خليط بين مذهب الإمام أحمد بن حنبل وبين النظام القانوني القبلي، في حين كان القضاء في المدن الكبرى ولا سيما الخاضعة لحكم آل سعود يلتزم بتطبيق الراجح من مذهب الإمام أحمد ، في حين أن القرى والبوادي الخارجة عن سيطرة آل سعود كان حكم المعاملات المدنية فيها حكماً قلوباً ويعرف "بقضاء البدو" ، وغالباً ما يكون القاضي هو شيخ القبيلة ، ويعتمد هذا القضاء على العرف والتقاليد الموروثة الملزمة لأبناء القبيلة الواحدة ، سواء وافق ذلك الشريعة الإسلامية أو خالفها<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> سليم أيمن سعد، نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين ، مجلة مصر المعاصرة ، مجلد 98

أما بالنسبة لإقليم الحجاز فهو إقليم يتميز عن سابقه بالانفتاح والمرونة والتنوع لكونه يعد مكانا تلتقي فيه جميع شعوب الأرض من كل حذب وصوب لآداء المناسك الدينية .

وكان هذا الإقليم خاضعا للخلافة العثمانية قبل توحيد المملكة السعودية ، ولذلك فقد تأثر بالنظام القانوني الذي كان يحكم الدول والأقاليم الخاضعة لسلطان هذه الخلافة ، وكما هو معلوم فإن تشريعات الخلافة العثمانية كانت مستمدة من الفقه الإسلامي وبالضبط من المذهب الحنفي ، غير أنه ببزوغ نجم الدول الأوروبية ، وظهور علامات سقوط الخلافة العثمانية ، حتى وصفت بالرجل المريض ، بدأت هذه الخلافة في مهادنة الدول الأوروبية ، ومن مظاهر تلك المهادنة اقتباس النظم القانونية الأوروبية وتطبيقها في الخلافة العثمانية ، فمن ذلك على سبيل المثال اقتباس قانون العقوبات الفرنسي سنة 1840م ، وقانون التجارة سنة 1850م ، وقانون الإجراءات المدنية سنة 1880م ...، أما القانون المدني فقد انبرى له جماعة من الفقهاء وهم سبعة فقهاء أشهرهم ابن عابدين الحنفي ، وقننوه في ما يسمى بمجلة الأحكام العدلية من سنة 1970-1977م.<sup>27</sup>

وطبقت مجلة الأحكام العدلية كتقنين للمعاملات المدنية مستمد من الفقه الحنفي على بلاد الخلافة العثمانية الخاضعة لحكمها ، ومن تلك البلاد إقليم الحجاز ، وبالضبط المدن الكبرى من هذا الإقليم فقط ، كمكة والمدنية شرفهما

---

<sup>27</sup>سليم أيمن سعد ، مرجع سابق ، ص 95-96.

الله تعالى ، وينبع والطائف ، لأنها هي التي كانت خاضعة بصورة فعلية للخلافة العثمانية ، بخلاف القرى والبوادي الذين كانوا يحتكمون إلى القانون القبلي .

وبعد أن استولى الملك عبد العزيز على الحجاز كان لزاما فيما يرى هو أن أنسب وسيلة لتمهيد إنشاء المملكة العربية السعودية هو إصدار تنظيم قانوني موحد يحكم المعاملات ، أساسه الشريعة الإسلامية مستمدا من المذاهب الأربعة جميعها<sup>28</sup> ، لأنه لم يكن يريد فرض المذهب الحنبلي على أهل الحجاز وهم في أكثرهم حنفية كما هو معروف، ووضع لذلك خطة عمل ، غير أنها لم تكلل بالنجاح لأسباب أهمها :

- طول المدة التي يستغرقها المشروع ، فإذا كانت مجلة الأحكام العدلية وهي على مذهب واحد دام إنجازها في مدة عشر سنوات تقريبا ، فكيف بمن يريد تقنينها على أربعة مذاهب ، ذلك أن الملك آنذاك كان يسارع الزمن من أجل توحيد المملكة .

- عدم تحمس العدد الكافي من العلماء الممثلين للمذاهب الأربعة لهذا العمل

.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup>سليم أيمن سعد ، مرجع سابق ص 101.

<sup>29</sup>سليم أيمن سعد ، مرجع سابق ، ص 103-110. مقدمة محقق مجلة الأحكام الشرعية لأحمد عبد الله

القاري، تحقيق : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد علي، مطبعة تهامة ، جدة ، ط1/

بعد تعثر مساعي الملك عبد العزيز للأسباب الفارطة أصدرت هيئة الرقابة القضائية بديلا عن خطة العمل التي أرادها الملك ، تتمثل في جعل المذهب الحنبلي هو المصدر الأساسي لحكم المعاملات المالية في المملكة السعودية ، وربما كان ترجيحهم لذلك كونهم كانوا في أكثرهم حنابلة ، وتصديقا على ما رأته الهيئة القضائية أصدر الملك مرسوما ملكيا يحدد من خلاله مصادر الفقه الحنبلي التي يجب اعتمادها في القضاء، وفي حال القضاء بمذهب آخر في حالات استثنائية يجب ذكر دليل ومستند الرأي المعمول به ، وهذه المصادر المعتمدة في الفقه الحنبلي حسب المرسوم الملكي هي :

\* شرح منتهى الإرادات 00 المتن للفتوحى (ت 972هـ) ، والشرح للبهوتى (ت 1051هـ) .

\* شرح الإقناع . المتن للحجاوى (ت 948هـ) والشرح للبهوتى . فما اتفق عليه الشرحان أو انفرد به أحدهما فعليه العمل وما اختلفا فيه فيقدم ما في المنتهى .

\* شرح زاد المستقنع المسمى بالروض المربع ، المتن للحجاوى والشرح للبهوتى .

\* شرح دليل الطالب المسمى منار السبيل ، المتن لمرعى الحنبلى (ت 1032هـ) والشرح لابن ضويان (ت 1353هـ) .

\* المغنى للموفق أحمد ابن قدامة (ت 620هـ) .

\* الشرح الكبير لعبد الرحمان بن أبي عمر بن قدامة (ت 682هـ).<sup>30</sup>

ولقد قام بهذه المهمة وانبرى لها القاضي الشرعي أحمد بن عبد الله القاري<sup>31</sup>، حيث قام بصياغة مواد هذه المجلة من الكتب المذكورة في المرسوم الملكي متأسيا بمجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران لقدرى باشا ، حيث وصلت موادها إلى 2382 مادة في مقدمة و 21 كتابا<sup>32</sup>.

غير أن هذا التقنين لم يكن ملزما للقضاة ، ولكن مصادر هذا التقنين لم يكن يجوز للقاضي الخروج عنها إلا في حالات خاصة ، وهو ما نص عليه المرسوم الملكي ، ولأن التقنين كان من ميزات الدول الغربية ، ولأسباب أخرى أيضا ، لم تقم المملكة بتقنين الفقه والإلزام به ، غير أن ذلك لم يدم طويلا فقد قننت المملكة الكثير من القوانين الجزئية المنظمة لمسائل خاصة بالعقارات مثلا،

---

<sup>30</sup> راجع المرسوم في موقع المجلس الأعلى للقضاء على الرابط التالي :

<https://www.scj.gov.sa/About>

<sup>31</sup> ومن العجيب أن الشيخ عبد الله القاري كان حنفي المذهب نشأة ومشيخة ، غير أنه ممن مارس القضاء

على المذهب الحنبلي ، ولجمعه بين المذهبين استطاع أن يجاري مجلة الأحكام العدلية في تقنين المذهب

الحنبلي، وانظر ترجمة الشيخ بإسهاب في مقدمة المحقق ، أنظر عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية،

تحقيق : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد علي، مطبعة تهامة ، جدة ، ط1/ 1981 ،

<sup>32</sup> محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ المنهج التطبيق ، دار إحياء التراث ، قطر ، ط2/

1986 ، ص 61.

وأمالك القصر ، وحقوق المؤلف<sup>33</sup> وغيرها ...وعليه وبعد صدور العديد من التقنيات الجزئية المنظمة لمسائل كثيرة مرتبطة بالمعاملات أصبح من المهم بمكان أن تجمع في تقنين واحد حتى يسهل على القاضي الحكم في القضايا التي صدرت في حقها هاته القوانين المستمدة طبعاً من الفقه الإسلامي<sup>34</sup> ، وبهذا كله لم يصبح لمسألة الاختلاف في التقنين معنى وخصوصاً بعد صدور الكثير من التقنيات كما سبق.

### ثانياً : القانون المدني للجمهورية العربية اليمنية :

اليمن من الدول التي لم تخضع لأي احتلال لاتساع أراضيها ، ولأن الدول المستعمرة لم ترها ذات فائدة ، فظلت بذلك بعيدة عن الغزو الأجنبي ، وبقيت تطبق الشريعة الإسلامية في كافة مجالاتها ، وهو ما أكدته موثيق وديساتير الجمهورية اليمنية ، وآخرها دستور سنة 2001م، والذي نص في المادة الثالثة منه على ما يلي " الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات " ، وهو ما جاء واضحاً جلياً في المادة الأولى من القانون المدني اليمني "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى ، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن

<sup>33</sup> وانظر الكثير من هذه التقنيات في موقع المجلس الأعلى للقضاء السعودي على الرابط التالي :

<https://iservices.scj.gov.sa:9113/home/pdflist>

<sup>34</sup> وهو ما أكدته دستور المملكة في مادته السابعة " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من

كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة."

تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة. "

وجاء في تقديم هذا القانون ما يلي " فإن الجمهورية العربية اليمنية تقدم للبشرية عامة وللأمة الإسلامية خاصة ( القانون المدني ، المعاملات الشرعية) مستمداً من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ، والأخذ بأقوى ما في كل مجموعة المذاهب الاجتهادية...<sup>35</sup> وهذا يدل على أن القانون المدني مستمد من الفقه الإسلامي غير مقيد بأي مذهب من المذاهب الاجتهادية ، وقد صدر هذا القانون على فترتين ، في كل فترة يصدر فيها كتابان، وكلما صدر كتابان من الكتب الأربعة التي تشكل القانون المدني اليمني طبق وعمل به من يوم إصداره .

- فقد صدر الكتاب الأول " أحكام عامة في المعاملات " و الكتاب الثاني "الحق والالتزام به "بقانون رقم 10 لسنة 1979 يوم 21 أبريل 1979.

---

<sup>35</sup> كان هذا التقديم من طرف رئيس مجلس الشعب التأسيسي - نائب رئيس الجمهورية السيد : عبد الكريم

بن عبد الله العرشي في مقدمة القانون المدني لسنة 1992.

- ثم صدر الكتاب الثالث " العقود المسماة في الفقه الشرعي " والكتاب الرابع "الملكية وما يتفرع عنها " قانون رقم 16 لسنة 1983 يوم 20 يونيو 1983م .  
وبعدها ألغيت هذه القوانين ووقع تعديل طفيف في الكتب السابقة وصدر القانون المدني بقانون رقم 19 لسنة 1992م، غير أنه تم تعديله أيضا وصدر بقانون رقم 14 لسنة 2002م .

ومما يلاحظ على هذا القانون أنه أخذ عن القانون المدني المصري مواد كثيرة ، وخصوصا في الكتاب الثاني المتعلق بالحق والالتزام به ، بحجة أنها لا تخالف الشريعة الإسلامية مع أنهم لم يشاروا إلى هذا في المذكرة الإيضاحية .وعلى كل حال فهذا القانون هو قانون مستمد من الفقه الإسلامي ، ويرجع في تفسير نصوصه إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله حسب نص المادة الأولى منه كما سبق.

### ثالثا : القانون المدني للمملكة الأردنية:

لقد بقيت مجلة الأحكام العدلية هي القانون الذي يحكم المعاملات المدنية بالأردن إلى غاية صدور القانون المدني الأردني في أغسطس 1976م ، وهذا القانون بدأ التحضير له، وشكلت له لجنة بتاريخ 1971/6/3، وبقيت اللجنة في عملها هذا حتى انتهت منه سنة 1976، وقد بلغت مواده 1449مادة وجاء من حيث الترتيب العام على نسق القانون المدني المصري مقسما إلى أربعة كتب وباب تمهيدي .

الباب التمهيدي : يتناول الأحكام العامة من المادة 1-86.

الكتاب الأول : يتناول الحقوق الشخصية من المادة 87-464.

الكتاب الثاني : يتناول العقود وينقسم إلى خمسة أبواب من المادة 465-

1017

الكتاب الثالث: يتناول حق الملكية وينقسم إلى بابين من المادة 1018-

.1321

الكتاب الرابع : يتناول التأمينات العينية وينقسم إلى ثلاثة أبواب من المادة

.1449-1322

بل وقبل صدور القانون بربع قرن تقريبا ثار الحوار لدى السلطات التشريعية

في القطر الأردني حول النهج الذي يتعين أن يسلكه واضع القانون المدني

الأردني الجديد ، أهو نهج القانون المدني العراقي المتأثر بمجلة الأحكام العدلية

بنسبة كبيرة أم القانون المدني المصري ، وغيره من القوانين المدنية العربية

المتأثر بالقوانين الغربية؟ .

لقد اختار واضع القانون المدني نهجا جديدا يميل إلى القانون المدني العراقي

، ويتفوق عليه<sup>36</sup>، وهو ما جاء صريحا في كلمة رئيس مجلس الأعيان حسب ما

ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: " لأول مرة في تاريخ العرب

الحديث تقوم المملكة الأردنية الهاشمية بإعداد مشروع قانون مدني، يتناول

أحكام المعاملات ، مستمدا من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة

على الحياة ، وقواعده المتطورة دائما مع متطلبات العصر ، والصالحة للغد

---

<sup>36</sup> محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية

العربية ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ن ط2/2001، ص11-12.

ولتبدل الأزمان<sup>37</sup> ، فاقْتباس القانون المدني الأردني من الفقه الإسلامي لم ينحصر على مذهب من المذاهب ، بل استمد نصوصه من قواعد الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ، كما استمد الكثير من نصوصه من مجلة الأحكام العدلية ، وكذلك بعض القوانين الوضعية<sup>38</sup> التي لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي<sup>39</sup> ، وقد استمد الكثير من المواد عن القانون المدني المصري وخصوصاً في الكتاب الأول من حيث تقسيم الحق الشخصي وتحديد آثاره ، أو

---

<sup>37</sup> نقلا عن المرجع السابق ، هامش ص 11.

<sup>38</sup> عدنان إبراهيم سرحان ، شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية ، دراسة مقارنة ، 1997 ، ص 703.

<sup>39</sup> وقد جاء عن هيئة تحرير مجلة هدى الإسلام بمناسبة صدور القانون المدني الأردني أن هذا القانون قد اعتمد في مصادره على " مجلة الأحكام العدلية ، والقوانين الأردنية المعمول بها ، ومشروع القانون المدني الأردني السابق الذي تم رفضه سنة 1966م ، والتشريعات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي . ومن العلماء الذين شاركوا في إعداد المشروع : الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، والأستاذ زكي عبد البر ، والأستاذ عبد القادر الأسود ، ومحمد مصطفى المنفلوطي ....ومن القوانين العربية التي استعانوا بها : القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، والقانون المدني العراقي ، واستعانوا كذلك عند أعداد القانون والمذكرة الإيضاحية ، بالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ومؤلفات الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وخاصة كتابه الوسيط في شرح القانون المدني . " انظر : هيئة التحرير . القانون المدني . هدى الإسلام - الأردن ، مج 20 ، ع 5،6 ، (1976) ، ص 84-85 ، ولقد رأيت كلاما كثيرا في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني منقولاً حرفياً عن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، وانظر على سبيل المثال مسألة التعسف في استعمال الحق .

ما يعبر عنه بالالتزام وآثاره ، ويظهر ذلك جليا واضحا لمن قارن بين نصوص القانونيين مع أن القانون المدني الأردني خالف كثيرا غيره من القوانين الوضعية المستمدة من القانون المدني المصري، من حيث ترتيب مواد هذا الجزء المتعلق بأحكام الالتزام كبدهه بالتنفيذ الاختياري أي بالوفاء ، أو ما يعادل الوفاء ثم التنفيذ الجبري ...<sup>40</sup>

ولتأكيد المشرع المدني الأردني تمسكه بالاستمداد من الفقه الإسلامي نص في المادة الثانية 2/02 من الباب التمهيدي على ما يلي : " فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " ، ثم نص في الفقرة الثالثة من نفس المادة عن العرف وقواعد العدالة بشرط عد المخالفة لأحكام الفقه الإسلامي، ونص في المادة الثالثة من الباب التمهيدي على مايلي: " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي." "

---

<sup>40</sup> ومع ذلك قد ادعى بعضهم أن القانون المدني الأردني استمد أكثر أحكامه من القوانين الجرمانية مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية . عبد السلام الترماني ، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، ط/2 ، الكويت ، 1982 ، ص 61. ومنهم من ادعى بأن أكثر مواد القانون المدني الأردني مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي وهو ما أكده مفتي المملكة الأردنية الهاشمية ، الشيخ عبد الله القليلي ، انظر : القليلي، عبدالله. نقد مشروع القانون المدني. مجلة هديا لإسلام - الأردن ، مج 9 ، ع 1 ، (1964)، ص

وهكذا يكون القانون المدني الأردني حقيقة هو أول قانون مدني عربي مستمداً أحكامه من الفقه الإسلامي ، ونص في مصادره الاحتياطية على الرجوع إلى الفقه الإسلامي أولاً ثم الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية... إلخ ، وإن كان استمد بعض النصوص من قوانين متأثرة بالفقه الغربي ، فإنه قطع الصلة بينها وبين الفقه المستمدة منه بنصه في المادة الثالثة كما سبق ، من أن تفسير النصوص وفهمها ودلالاتها يرجع فيها إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي، وهي الفكرة التي نبه عليها العلامة عبد الرزاق السنهوري في خاتمة مقاله " من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي" <sup>41</sup>.

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن القانون المدني لم يلغى بصدوره مجلة الأحكام العدلية تماماً، بل نص في المادة ما قبل الأخيرة (1448) " يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية" أي أنه لا يزال معمولاً بها فيما لا يتعارض مع نصوص القانون المدني الجديد. <sup>42</sup>

#### رابعا : القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة :

بعد نهاية الحماية البريطانية على المنطقة في مطلع السبعينات من القرن الماضي سارعت الإمارات السبع للاتحاد وبدأت في توطيد الاتحاد على كافة المجالات ومن ذلك الاتحاد القانوني ، فصدر في مجال المعاملات القانون

<sup>41</sup> عبد الرزاق السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مجلة القضاء ، السنة 02

، مارس 1936، بغداد ، ص : 64-65.

<sup>42</sup> وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ص 11.

الاتحادي رقم 05 في 15/12/1985 المتضمن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ويتألف هذا القانون من 1528 مادة مقسمة إلى باب تمهيدي وأربعة كتب رئيسية ، متأسيا في ذلك بترتيب القانون المدني المصري والأردني.

الباب التمهيدي : يتناول الأحكام العامة من المادة 1-123.

الكتاب الأول : يتناول الالتزامات أو الحقوق الشخصية من المادة 124-488.

الكتاب الثاني: يتناول العقود من المادة 489-1132.

الكتاب الثالث : يناول الحقوق العينية الأصلية من المادة 1133-1398.

الكتاب الرابع : يتناول التأمينات العينية التبعية من المادة 1399-1528.

ولقد كان مصدر القانون المدني لدولة الإمارات هو الفقه الإسلامي<sup>43</sup> وقد جعل من القانون المدني الأردني أصلا له<sup>44</sup> ، وخالفه في بعض المسائل ، وزاد عليه في بعضها الآخر .

---

<sup>43</sup> سرحان، عدنان، إبراهيم تقييم موقف التشريع و القضاء الإماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ، ع 2 سنة 2010 ، ص 93 ، سرحان، عدنان إبراهيم ، مباحث في أساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة. مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر ، ع 13 ، 2005 ، ص 91.

<sup>44</sup> وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص 13.

وقد نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على جعل الشريعة الإسلامية هي المصادر الأول الاحتياطي في حالة عدم وجود نص في المسألة المعروضة على القضاء ، على أن يكون المذهب المالكي والحنبلي في المقدمة ، فإن لم يجد القاضي فيهما أنسب الحل لل قضية المعروضة عليه نظر في المذهبين الشافعي والحنفي ، ثم العرف الموافق للشريعة الإسلامية ، وهذا هو نص المادة الأولى : " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساع للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحل من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة. "

ومما يؤكد استمداد قانون المعاملات المدنية الإماراتي من الفقه الإسلامي نص المادة الثانية "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله الى قواعد وأصول الفقه الإسلامي " وذلك لأن نصوص هذا القانون مستمدة من الفقه الإسلامي ، وحتى وإن استمد بعضها من غير الفقه الإسلامي - مثل ما فعل القانون المدني الأردني - فإنها لا تخالف أحكامه ، ولذلك يرجع في فهمها إلى قواعد الفقه الإسلامي ، مما يدل على قطع الصلة بينها وبين المصدر الذي استمدت منه

حتى لا يقول قائل إن مصدر تلك المادة هو القانون الفرنسي أو الإيطالي فيجب الرجوع إليهما لفهم هاته المادة .

### خامسا :قانون المعاملات المدنية السوداني :

بقي القانون الإنجليزي هو القانون الذي يحكم البلاد السودانية حتى قيام بعض الثورات التي من مطالبها ضرورة تبني تشريعات عربية بدل القوانين الأجنبية ، فأعلن الرئيس السوداني في ذلك الوقت السيد جعفر نميري في 31/08/1970م بدء الثورة التشريعية ، وبصفة عاجلة أحضرت لجنة من كبار المستشارين المصريين بمعية بعض القضاة السودانيين ، وفي فترة وجيزة انتهت اللجنة من عملها فجاء القانون في 917 مادة مقسمة على أربعة كتب ، وجاء تقريبا نسخة عن القانون المدني المصري<sup>45</sup> بل حتى في مذكرته التفسيرية هي مأخوذة عن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، غير أن هذا القانون لم يدم العمل به إلا سنتين ، بسبب احتدام الصراع ، فألغي ، ورجع العمل بالقانون الإنجليزي في شأن المعاملات المدنية بالإضافة إلى السوابق القضائية ، وإصدار بعض القوانين الجزئية ، مثل قانون العقود ، وقانون البيع ، وقانون الوكالة ، وذلك سنة 1974 ، وتوالت صدور بعض القوانين الجزئية حتى سنة 1984م ، وهي السنة التي ولد فيها قانون المعاملات المدنية الجديد نتيجة ظهور رغبة رئيس البلاد السيد جعفر النميري نحو النهج الإسلامي تلبية لطلب الغالبية العظمى من الشعب السوداني ، فبدأ تجسيد هذه الرغبة بالنص في دستور 1973 م في

---

<sup>45</sup> فاطمة محمد عبد العليم ،مرجع سابق ،ص 429.

مادته التاسعة " الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع" ، وفي سنة 1977م تشكلت لجنة لمراجعة القوانين السودانية وتعديلها لتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وفي 11 / 2 / 1984م صدر قانون المعاملات المدنية والذي شمل 819 مادة ، مستمدا بعض أحكامه من بعض قوانين الدول العربية وخصوصا القانون المدني الأردني ، ومشروعات قوانين بعض دول الإمارات العربية المتحدة قبل صدور قانونها المدني الموحد ، ومصر ، والكويت ، واليمن ، كما استعان في كثير من مواده بفقهاء المذهبين الحنفي و المالكي ، ليصبح قانونا مستمدا من الشريعة الإسلامية<sup>46</sup> ، غير أن هذا القانون تعرض لحملة شرسة ، منها ما هو جدير بالذكر والبيان مثل إغفال القانون المدني لكثير من المسائل المهمة كالمبادئ العامة لآثار الالتزام من تنفيذ عيني جبري أو بمقابل ، ثم ما يتعلق بأوصاف الالتزام ، وما يتعلق بانقضاء الالتزام سواء بالوفاء أو ما يعادل الوفاء أو بالإبراء...<sup>47</sup> ، ومنها ما هو مبالغ فيه كادعاء بعضهم بأن نصوصه تكاد تطابق نصوص القانون المدني القديم لسنة 1971 بنسبة 75 % تقريبا مع بعض التحوير والتغيير<sup>48</sup> .

---

<sup>46</sup>المكاشفي طه : تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة ، الزهراء للأعلام العربي ، د

ت ن ص : 19.

<sup>47</sup> وانظر المؤاخذات على هذا القانون في : أحمد عثمان عمر ، أثر التشريعات الإسلامية في النظام

القانوني السوداني، الشركة العالمية للطباعة والنشر ، ط/2006، ص239 وما بعدها .

<sup>48</sup> أحمد عثمان عمر ، مرجع سابق ، ص238.

المحور الثاني : الدول التي زاوجت في الاستمداد في قانونها المدني بين

الفقه الاسلامي و القانون الغربي :

من أهم الدول التي تمثل هذا الاتجاه هي العراق ، وهذا بشهادة أكثر فقهاء القانون ، وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري ، الذي كان رئيسا للجنة التي أعدت المشروع ، أما بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود التونسية التي هي أصل قانون الالتزامات والعقود المغربي والموريتاني فإن الفقهاء لم يستقروا من حيث مدى تأثرها بالفقه الإسلامي على رأي كما سنرى في محله ، وقد آثرت أن أضعها في نفس المكانة مع القانون المدني العراقي لكثرة المسائل التي استمدتها من الفقه الإسلامي إذا ما قورنت بالاتجاه الثالث والأخير .

أولا : القانون المدني العراقي :

ظلت مجلة الأحكام العدلية هي المطبقة في العراق إلى غاية صدور القانون المدني العراقي الجديد ، ففي سنة 1936 ألفت الحكومة العراقية لجنة من رجال القانون لوضع مشروع قانون مدني جديد يقوم على أساس من الفقه الإسلامي مع إدخال ما تقتضيه ظروف التطور من القوانين الحديثة ، وكان من بين أعضاء تلك اللجنة الأستاذ السنهوري ، وكان في ذلك الوقت عميدا لكلية الحقوق في بغداد ، فوضع مشروعا تمهيدا لأحكام عقد البيع ، ثم توقفت اللجنة عن عملها . وفي عام 1943م تألفت لجنة جديدة برئاسة الأستاذ السنهوري لهذه الغاية ، فأنجزت عملها في مدة ثلاث سنوات ، ثم عرض على مجلس الأمة فوافق عليه بتاريخ 1951/9/8 ، على أن يطبق بعد سنتين من تاريخ

نشره.<sup>49</sup> وقد جاء هذا القانون في 1383 مادة تنقسم إلى باب تمهيدي وقسمين رئيسيين:

القسم الأول يتناول الالتزامات والعقود وينقسم إلى كتابين

الكتاب الأول : الالتزامات بوجه عام المواد من 73-505.

الكتاب الثاني : يتناول العقود المسماة المواد من 506-1047.

القسم الثاني يتعلق بالحقوق العينية ، وينقسم إلى كتابين

الكتاب الأول : يتناول الحقوق العينية الأصلية ، المواد من 1048-1284.

الكتاب الثاني : يتناول الحقوق العينية التبعية ، المواد من 1285-1383.

أما بالنسبة لمصادر هذا القانون فقد جاء في لائحة الأسباب الموجبة لهذا

القانون ما يلي : " وقد أخذت الأحكام الواردة في هذا المشروع من :

- المشروع المصري: والذي هو في جملته صفة مختارة من القواعد التي

استقرت في أرقى التقنيات الغربية.

- القوانين العراقية الحالية : وفي طليعتها مجلة الأحكام العدلية وقانون

الأراضي .

- الشريعة الإسلامية .<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص 9.

<sup>50</sup> لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني طبعة في مقدمة القانون المدني العراقي في نسخته الأصلية ص

إذا مصادر القانون المدني العراقي هي " القانون المدني المصري الذي يمثل القانون الغربي ، والقوانين المعمول بها في العراق وأهمها مجلة الأحكام العدلية ، والشريعة الإسلامية ويدخل فيها جميع المذاهب الفقهية وبعض مشاريع القوانين مثل مرشد الحيران لقديري باشا الذي اعتمد عليه في كثير من الأحيان المشرع العراقي "

وبذلك تعتبر العراق من أول الدول العربية التي اعتزت بتراثها وحفظته من الضياع، وجعلت من الفقه الإسلامي أساسا لقرابة النصف من مواد قانونها المدني<sup>51</sup>، أو أكثر من النصف كما أثبتته الدكتور أحمد عبيد جاسم في أطروحته الموسومة بالتأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، وذلك بعد أن رد أكثر نصوص القانون المدني إلى مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران، وبعض مدونات الفقه الإسلامي<sup>52</sup>.

فعلى سبيل المثال في الباب التمهيدي يحتوي على 8 مواد من مجلة الأحكام العلية.

وفي الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام من الكتاب الأول من القسم الأول ، والمشتمل على 173 مادة نقل منه ما يقرب من 76 مادة من المجلة ، وما

---

<sup>51</sup> محمد زكي عبد البر ، مرجع سابق، ص 61.

<sup>52</sup> انظر أطروحة الدكتوراه للأستاذ احمد عبيد جاسم ، التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، منشورات زين

الحقوقية ، ط1/ 2013. وخصوصا النتائج التي توصل إليها كما سبق ص 489.

يقرب من 22 مادة من مرشد الحيران، مع وجود الكثير من المواد المتقاطعة والمتشابهة بين المجلة ومرشد الحيران .

وفي الباب الثاني الخاص بآثار الالتزام من نفس الكتاب المشتمل على 39 مادة، نقل منه 5 مواد من المجلة.

وفي الباب الثالث الخاص بالأوصاف المعدلة للالتزام والمشمول على 54 مادة ، نقل منها 13 مادة من مجلة الأحكام العدلية ، و14 مادة من مرشد الحيران ... وهكذا في جميع الأبواب والكتب<sup>53</sup>.

وفيما يخص مكانة الشريعة الإسلامية من بين المصادر الاحتياطية التي يرجع إليها القاضي فقد جاءت في المرتبة الثانية بعد العرف والعادة ، مقلدا في ذلك القانون المدني المصري ، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون، وليته لم يفعل ، لأن ابتعدوا خطوة عن الفقه الإسلامي ، وهم الذين يريدون أن يتميزوا عن بقية القوانين بقربهم من الفقه الإسلامي حسب ما تم ذكره في لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي .

ومن الموضوعات التي استمدها القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي إجمالاً نجد : بعض القواعد الفقهية مثل : المادة 2 " لا مسأغ للاجتهااد في مورد النص " ، المادة 3 " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه " وهكذا من القواعد إلى المادة 5 .

---

<sup>53</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 494-495.

نجد أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 07 ) ، الرضا كأحد أركان العقد ( مواد 77-92 ) ، الأهلية ( مواد 93-111 ) ، أحكام تفسير العقد ، والتي هي عبارة عن قواعد فقهية ( مواد 155-167 ) ، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام ( مواد 184-185 ) ، حوالة الدين ( مواد 339-361 ) ، الإبراء من الدين بإرادة منفردة ( مواد 420-424 ) ، خيار الشرط ( مواد 509-513 ) ، الهبة كأحد العقود التي تقع على الملكية ( مواد 601-625 ) ، وبعض أنواع الشركات كشركة الوجوه ، وشركة المضاربة ، وشركة الأعمال ( مواد 658-683 ) ، إيجار الأراضي الزراعية ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمغارسة كأنواع للإيجار ( مواد 794-833 ) ، وحقوق الارتفاق ، والعلو والسفل والحائط المشترك والميراث والوصية كسببين لكسب الملكية والشفعة

54 ...

كانت هذه بعض الأمثلة فقط التي تبين مدى استمداد القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي ، والقانون العراقي يعد نموذجا خاصا للقوانين التي جمعت بين أحكام الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنبا إلى جنب ، مع تغليب الفقه الإسلامي وجعله هو الأساس الأول الذي يبنى عليه التقنين.

#### ثانيا : القانون المدني التونسي و المغربي و الموريتاني :

لم تصطلح بعض هذه الدول على القانون المنظم للمعاملات المالية بين الأفراد المصطلح الغربي المعروف، بل فضلت مصطلح المجلة، على غرار

---

<sup>54</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 495-498. احمد عبيد جاسم ، مرجع سابق .

مجلة الأحكام العدلية ، فسنت تونس قانونها المدني ب: مجلة الالتزامات والعقود ، وتعتبر مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة سنة 1906م هي أصل قانون الالتزامات والعقود المغربي ، والذي صدر سنة 1913م ، وقد حدثت فيه تعديلات عديدة اختصرها الأستاذ السنهوري بقوله " ولكن التقنين المراكشي جاء أكثر اختصاراً من التقنين التونسي ، إذ حذفت بعض النصوص المتعلقة بالإجراءات لا تطبق في مراكش ، ولا شأن لها بالقانون المدني ، وحذفت كذلك بعض النصوص تتعلق بقانون التجارة ، وأخرى بقانون الأراضي لا محل لتطبيقها بمراكش ، وأخيراً حذفت نصوص استمدت أحكامها من عادات محلية بتونس ، كما عدلت بعض المواد... " وهاته الثانية هي الأصل لقانون الالتزامات والعقود الموريتاني الصادر سنة 1989م، مع حدوث بعض التعديلات المتعلقة بالأعراف والعادات ... ولأن مصدر هذه القوانين الثلاثة المذكورة هو مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنقتصر عليها فقط.

لما أعلن الفرنسيون الحماية على تونس قرروا إصدار نظام قانوني يحكم البلاد ، فألفوا لجنة مكونة من خمسة أعضاء ، كلهم من رجال القانون الفرنسي بتاريخ 1896/09/06م<sup>55</sup> ، ومهمتها وضع مشروع لتقنين حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود والتجارة ، وعين مقرراً لهذه اللجنة محام إيطالي معروف بتمكنه من الفقه الإسلامي ، اسمه دافيد سانتيلانا.

---

<sup>55</sup>بوزغيبية محمد ، حركة تقنين الفقه الاسلامي في البلاد التونسية ، مركز النشر الجامعي 2003 ، ص

وقد بذلت هذه اللجنة جهدها في التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي وأحكام القوانين الغربية وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>56</sup> مع مراعاة الأعراف والعوائد التونسية<sup>57</sup>، وبعد أن أتمت اللجنة عملها نوقش المشروع على مدار سنة كاملة ، ثم عرض على لجنة أخرى متكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ، وعشرة من علماء الشريعة ، منهم خمسة من أساتذة الشريعة في جامع الزيتونة، وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية وهاته اللجنة هي التي قامت بالترجمة أولاً ، ثم راجعته مراجعة دقيقة ، وخرجته على أحكام الشريعة الإسلامية ، ولم تجد فيه ما ينافيها ، وقد اعتمدت في عملها هذا على الأسس الآتية :

- جواز الاقتباس من الغير .

- ملاحظة مقاصد الشريعة فيما يقتبس من القوانين .

- تجاوز التعصب المذهبي عند الترجيح أو التخريج.<sup>58</sup>

فصدر بذلك مرسوم الباي في 15 ديسمبر 1906م<sup>59</sup> مصادقا على عمل

اللجنة ، وبذلك خرج هذا التقنين إلى الوجود باسم مجلة الالتزامات والعقود .

**تأثر مجلة الالتزامات والعقود بالفقه الاسلامي :**

---

<sup>56</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ص

.20

<sup>57</sup> بوزغيبية محمد ، مرجع سابق ، ص 202.

<sup>58</sup> أجمد أدريوش . أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الرباط 1996م ، ص 177 وما بعدها .

<sup>59</sup> بوزغيبية محمد ، مرجع سابق ، ص 202.

لقد تباينت وجهات النظر من حيث مدى استمداد مجلة الالتزامات والعقود التونسية من الفقه الإسلامي إلى عدة أقوال أهمها :

**القول الأول :** يتزعمه محمد عبد الجواد الفقيه القانوني الكبير ، والمناضل لأجل تطبيق الشريعة وإحلالها محل القوانين الوضعية ، ومن انتصر له كالدكتور ابن زغبية في أطروحته " حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية" والكثير من الباحثين المغاربة ، يقول الدكتور محمد عبد الجواد : تعليقا على قول سانتيلانا - "بأنه لا يوجد بهذا المشروع أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء الإسلام .... هذا العمل من أعمال الحضارة السامية التي بادرت فرنسا به ، والذي يمكن لها أن تفخر به أمام التاريخ ..- " فإني أؤيده كل التأييد ، وليتهمني من شاء بما شاء ، في أن لفرنسا الاستعمارية أن تفخر بأن وكلت إلى مستشرق إيطالي أن يضع قانونا يستمد من الشريعة الإسلامية ، في الوقت الذي عمدت فيه مصر بواليتها أو خديويتها المسلم، واستقلالها وأزهرها ، وعلمائها الدينيين والمدنيين إلى نقل القوانين الفرنسية وإصدارها إلى مصر"<sup>60</sup>.

**القول الثاني :** ويتزعمه الأستاذ السنهوري الذي يرى بأن هذا القانون ينتمي إلى الثقافة القانونية الغربية اللاتينية ، حيث يقول " فوضعت اللجنة المشروع ، وبذلت بعض الجهد في التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي وأحكام القوانين

---

<sup>60</sup> نقلا عن بوزغبية محمد ، مرجع سابق ، ص 206-207.

الغربية وأحكام الفقه الإسلامي ، ولكن أحكام القانون الفرنسي كانت هي الأساس الذي بني عليه العمل<sup>61</sup> .

ولعل اللبس الذي حدث بالنسبة للفريق الأول خصوصا لما عرض المشروع على جماعة من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية ، وخرجوا نصوصه على أحكام الفقه الإسلامي ، ثم عرض المشروع للمراجع التي استمد منها هذا القانون، وهي متنوعة ما بين كتب في الفقه المالكي كالتبصرة لابن فرحون ، والعقد المنظم لابن سلمون ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ، وتحفة محمد بن عاصم ... وفي الفقه الحنفي : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ورد المحتار لابن عابدين ، والفتاوى الهندية ، ومجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، كذلك كان من بين المراجع المعتمدة القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي، والإيطالي والألماني... وللإجابة على هذا اللبس نطرح التساؤل التالي : هل كل قانون نستطيع تخريجه على أحكام الفقه الإسلامي يصير قانونا إسلاميا؟، فالأولون لما رأوا أن مجلة الالتزامات والعقود لما كانت تحيل إلى مراجع في الفقه الإسلامية تتضمن نصوص مواد المجلة ، قالوا بأنه أخذ نصوصه عن الفقه الإسلامي ، أو أن هذه النصوص مادامت لا تتعارض مع الفقه الإسلامي، ونستطيع تخريجها على أحكامه ومقاصده فهي داخلة في دائرة الفقه الإسلامي ، وهو العمل الذي قام به علماء الشريعة الذين عرض عليهم المشروع.

---

<sup>61</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ص

أما من قال بالقول الثاني فهم يرون أنه وإن استطعنا تخريج جميع أحكام القانون على أحكام الفقه الإسلامي فلن تكتسي هذه النصوص الصبغة الإسلامية ، ولا يوصف القانون بأنه مستمد من الفقه الإسلامي ، بل يقولون هو قانون غربي النزعة موافق للفقه الإسلامي ، ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن هذا القانون - أي المصري - نستطيع تخريجه كله على أحكام الفقه الإسلامي<sup>62</sup> ، ومع هذا هم يقولون أنه غربي النزعة يمثل الثقافة القانونية الغربية حق تمثيل<sup>63</sup> .

ولاضطراب الآراء في مدى استمداد هذا القانون من الفقه الإسلامي رأيت أن أضعه في نفس المكانة مع القانون المدني العراقي من حيث الاستمداد من الفقه الإسلامي ، وإن كان قد ورد في لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي في تعداد القوانين اللاتينية النزعة فذكر منها القانون المدني التونسي والمغربي ، وجعلهم في نفس المرتبة مع القانون المدني المصري والسوري<sup>64</sup> .

هذا ولا ينكر تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامي فقد أخذ عنه الكثير من أحكامه مثل مسائل الأهلية ( مادة 6-7 ) ، الجعل ( مادة 19 ) ، مجلس العقد ( مواد 27-36 ) ، الإكراه ( مادة 50 ) ، الغبن ( مادة 61 ) ، عقد السكران ( مادة 58 )

---

<sup>62</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 20/1.

<sup>63</sup> عبد الرزاق السنهوري ، أبحاث حقوقية ، القانون المدني العربي، مجلة القانون (وزارة العدل - سوريا)، ع

01، السنة 18، كانون الثاني 1967م. ص:7

<sup>64</sup> لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي ص 03.

، التعسف في استعمال الحق ( مادة 103 ) ، اليمين ( مادة 427 ) ، بيع المريض مرض الموت ( مادة 565 )، تحريم بيع الغرر ( مواد 571-574 )، بيع الزيل ( 575 ) ، بيع الطعام ( مادة 584 )، الفضالة ( مادة 1179 )، عقد القراض ( مواد 1195-1225 ) ، الخماسة ( مادة 1369 )، المساقاة والمغارسة ( مواد 1395-1426 )<sup>65</sup> . إضافة إلى الكثير من القواعد الفقهية المنثورة بين دفتي هذا القانون<sup>66</sup>.. كانت هذه بعض المسائل التي تأثر به القانون المدني التونسي بالفقه الإسلامي ، والشيء نفسه يقال عن القانون المدني المغربي والقانون المدني الموريتاني .

**المحور الثالث: الدول التي استمدت قانونها المدني جله من الفقه الغربي**

**إلا بعض المسائل :**

**أولا : القانون المدني المصري ومن حذا حذوه كالقانون السوري والليبي**

**والجزائري ... :**

لأن القانون المدني المصري يعد أصلا لمجموعة من القوانين المدنية العربية

مثل القانون المدني السوري لسنة 1949م والقانون المدني الليبي لسنة 1953م

---

<sup>65</sup> محمد بوزغيبية ، الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات و العقود ، مقال ضمن وحدة بحث ، كتاب مئوية مجلة

الالتزامات والعقود 2006 ، ص 43-51. وانظر أيضا فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 451-

454.

<sup>66</sup> محمد بوزغيبية ، الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات و العقود ، مرجع سابق ص 52-56.

، والقانون المدني الجزائري لسنة 1975م<sup>67</sup>، فهذه القوانين الثلاثة على الخصوص تكاد تكون نسخة طبق الأصل عن القانون المدني المصري ، ما عدا بعض الاختلافات البسيطة التي تميز بها كل بلد من حيث الأعراف والعادات ، أو حذف بعض المواد ، ومن المسائل التي تميزت بها القوانين الثلاثة السوري والليبي والجزائري عن القانون المدني المصري تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف خلافا للأصل المصري الذي قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص ، وبعض المسائل مثل تحريم الفوائد الربوية بين الأفراد كما في القانونين المدنيين الليبي والجزائري خلافا للقانون المدني المصري .

ولذلك سوف أقتصر على القانون المدني المصري ، وكل ما يقال عن القانون المدني المصري من حيث استمداده من الفقه الإسلامي ينصرف إلى بقية القوانين المذكورة .

---

<sup>67</sup>لم أشأ الحديث عن القانون المدني الجزائري للسبب الذي سبق ذكره وهو أنه يكاد يكون نسخة طبق

الأصل عن القانون المدني المصري إلا بعض المسائل استمدتها من القانون المدني الفرنسي كتعريف العقد

وأنواع العقود ، والقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية ، ومشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي ، أو ما

استمده من القانون المدني الليبي فيما يتعلق بتحريم الفوائد الربوية بين الأشخاص الطبيعية ، وبعض المسائل

استمدتها من مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقانون الالتزامات والعقود المغربي ... هذا من ناحية ، ومن

الناحية الأخرى أن هذا الموضوع نفسه يعد موضوع رسالة دكتوراه للباحث نفسه بعنوان "أثر الفقه الإسلامي

في القانون المدني الجزائري" ، ولذلك اكتفيت عن ذكر القانون المدني الجزائري بالقانون المدني المصري

الذي يعد أصلا له .

إن أول قانون مدني في مصر هو القانون المدني المختلط سنة 1875م ، الذي وضع ضمن حركة الإصلاح القضائي التي تم الاتفاق عليها بين مصر والدول صاحبة الامتيازات . ثم صدر القانون المدني الأهلي بعد ثماني سنوات في سنة 1983م ، لتطبيقه المحاكم الأهلية في الدعاوى التي تقوم بين المواطنين دون غيرهم .

وبعد أن ألغيت الامتيازات الأجنبية بمعاهدة مونترو 1937م ، كلف الأستاذ السنهوري بوضع مشروع جديد للقانون المدني ليحل محل القوانين المدنية الأهلي والمختلط<sup>68</sup> ، فصدر القانون بعد معارك طويلة بين من يريده قانونا إسلاميا خالصا كالـدكتور محمد صادق فهمي ، وبين من يريده غربي النزعة كواضعه الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، كما تروي ذلك لنا مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون<sup>69</sup> ، وصدر القانون سنة 1948م ، وطبق بعد سنة من صدوره ، وجاء مشتملا على 1149 مادة ، مقسما إلى باب تمهيدي وقسمين رئيسيين :

القسم الأول : الالتزامات أو الحقوق الشخصية ، وجاء مقسما إلى كتابين

- الكتاب الأول : الالتزامات بوجه عام ( مواد 89-417 )

- الكتاب الثاني : العقود المسماة ( مواد 418-801 )

القسم الثاني : الحقوق العينية

- الكتاب الأول : الحقوق العينية الأصلية ( مواد 802-1029 )

---

<sup>68</sup>فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 410.

<sup>69</sup> انظر مقدمة الجزء الأول من مجموعة الأعمال التحضيرية .

- الكتاب الثاني : الحقوق العينية التبعية ( مواد 1030 - 1149 )

مصادر القانون المدني المصري :

استقى القانون المدني المصري نصوصه من ثلاثة مصادر هي :

- القانون المدني المصري السابق ( نصوصه وقضاؤه ، وهو قانون فرنسي

إقليميا ) .

- القوانين الغربية الحديثة من جرمانية ولاتينية وغيرها وقد وصلت إلى قرابة

20 قانونا .

- الفقه الإسلامي ، يقول السنهوري " للفقه الاسلامي مكان ملحوظ بين

المصادر الثلاثة ، فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من

أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، واستحدثت أحكاما جديدة أخذها عن هذا الفقه

، وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد

النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>70</sup>"

- القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين المصري الجديد:

وهذه المسائل هي : بيع المريض مرض الموت ( مادة 477-478 ) ،

الأهلية ( مادة 44-48 ، 109-119 ) ، الشفعة ( مادة 935-948 ) ، الهبة

( مادة 486-504 ) ، سداد الديون قبل قسمة التركة ( مادة 891-899 ) ، الغبن

في بيع القاصر ( مادة 845 ) ، خيار الرؤية ( 419-422 ) ، تبعة الهلاك في

---

<sup>70</sup> وهل تقدم الفقه الاسلامي على مبادئ القانون الطبيعي فيه فضل للفقه الاسلامي !!!؟ هذا الترتيب عليه

المبيع ( 437)، غرس الأشجار في العين المؤجرة ، الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ( مادة 856-869)، وبالحائط المشترك (مادة 814-818)، ومدة التقادم ( مادة 968-969) .

- الجديد من الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد :

بعض هذه الأحكام هي مبادئ عامة أو نظريات ، وبعضها مسائل تفصيلية .

المبادئ العامة :

1/ النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيرا من نصوصه ، وهي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

2/ نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 05 ) : لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي ، وخصوصا معايير التعسف ...

3/ حوالة الدين ( مادة 315-322 ) : وكذلك الأمر في حوالة الدين أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي ، فأخذ بها التقنين .

4/ ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ( الظروف الطارئة ) ( مادة 2/147 ) : أخذ بها بعض التقنينات الحديثة ، فرجح التقنين الجديد الأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة ، ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .

الأحكام التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد واستمدها من الفقه

الإسلامي :

من هذه المسائل كما يقول السنهوري " الأحكام الخاصة بمجلس العقد ( مادة 94-97 ) ، وإيجار الوقف ( مادة 628-634 ) ، وبالحكر ( مادة 999-1014 ) ، والمسائل المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعدر فقد نصت عليهم المواد (610-627) ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ( مادة 371-372 ) " <sup>71</sup>.

ثم يقول السنهوري " هذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلف بها الصدور ، وتنطوي عليها الجوانح ، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن . " <sup>72</sup> وقال في مكان آخر - فيمن يدعي أن بعض النظريات القانونية كنظرية البطان وعيوب الرضا ونظرية السبب ونظرية الفسخ ، هي نظريات يمكن الأخذ بها كما هي مبسطة في القوانين الحديثة مع نسبتها

---

<sup>71</sup> هذا ما نص عليه السنهوري من حيث الاستمداد من الفقه الإسلامي انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط3 / 2000م ، ج1/56-59.، وهو ما أثبتته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري كما جاء في مجموعة الأعمال

التحضيرية للقانون المدني المصري ج1 / 131-132

<sup>72</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1 / هامش 60

إلى مذاهب فقهية تتعارض معها كل التعارض<sup>73</sup> - " وبدهي أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هي الأمانة العلمية ، ولا يعيب الشريعة الإسلامية أنها لا تطوع في بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يعيبها أن تشوه مبادئها وأن تمسخ أحكامها"<sup>74</sup> .

ثانيا: القانون المدني اللبناني :

ظلت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المطبق في لبنان حتى سنة 1934م ، وكان لبنان وقتها تحت الانتداب الفرنسي ، فكلف الأستاذ روبرس بوضع مشروع للالتزامات والعقود ، ولما تم إرساله إلى الأستاذ جوسران، عميد كلية الحقوق بليون ليعيد فيه النظر ، ثم حول إلى اللجنة الاشتراعية الاستشارية بلبنان لتتقيحه ووضعه في صيغته النهائية ، وصدر هذا القانون في 1932/03/09م ، ونشر في الجريدة الرسمية في 1932/04/11م ، وعمل به في أواخر سنة 1934م ، وسمي هذا القانون بقانون **الموجبات والعقود**، وجاء

---

<sup>73</sup> وهو تعريض بالمشروع الذي قدمه الأستاذ محمد صادق فهمي والذي أعده مع بعض علماء الأزهر

وبعض فقهاء القانون على أنه مستمد من الفقه الإسلامي ، وكان متعلقا بنظرية العقد فقط ، ودار جدال كبير بين الدكتور محمد صادق فهمي والأستاذ السنهوري بهذا الخصوص . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون

المدني المصري ج1/ 85-89.

<sup>74</sup> عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق ، ج1/هامش ص 61.

مشتملا على 1106 مادة ، مقسما إلى قسمين رئيسيين ، كل قسم يحوي مجموعة من الكتب <sup>75</sup>.

أما مصادر هذا القانون كما يقول السنهوري " ولكنه تأثر تأثرا كبيرا بالتقنين المدني الفرنسي وبالمشروع الفرنسي الإيطالي ، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما ... كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما أورده من أحكام وأحكام الشريعة الإسلامية ، بل اقتفى أثر تركيا ومصر <sup>76</sup> ، في نبذه للشريعة الإسلامية " ، وفي ذلك يقول نائب رئيس اللجنة الاشتراعية في تقريره " فخليق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية ، وبأقرب جاراتها أعني تركيا ومصر ... " <sup>77</sup>.

ومع هذا فإن هذا القانون جاء متأثرا بالشريعة الإسلامية في جملة من الأحكام ، أهمها : نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 124 ) ، الإثراء بلا سبب ( مواد 140-146 ) ، الوعد بمكافأة ( مادة 179 ) ، التعاقد بين غائبين ( 184 ) ، حوالة الدين ( مواد 287-289 ) ، الغبن ( مادة 213-214 ) ، خيار

---

<sup>75</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ص

21-22. فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 469.

<sup>76</sup> يقصد مصر في قانونها المختلط ( 1875م ) ، و الأهلي ( 1883م ) ، لا قانونها الجديد الذي جاء متأخرا

عن القانون المدني اللبناني .

<sup>77</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ص 22.

الشرط ( 84-87 ) ، الشفعة ، المغارسة ، المزارعة ، المساقاة ، بيع السلم ، أحكام مرض الموت<sup>78</sup> .

### ثالثا : القانون المدني الكويتي :

بقيت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المطبق في الكويت حتى سنة 1980 ، غير أنه عندما كلف الأستاذ السنهوري بوضع مشروعات قوانين دولة الكويت قام بنقل الجزء الخاص بالالتزامات في القانون المدني المصري إلى القانون التجاري الكويتي مما أبعث تطبيق المجلة في هذا الجزء ، وفي سنة 1977م أصدر مجلس الوزراء الكويتي قرارا بتشكيل لجان يكون مهمتها وضع قوانين مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لأحكام الدستور الذي نص في مادته على أن " الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " ، و متمشية مع واقع الكويت وتقاليد ، ومن هذه اللجان لجنة التشريعات المدنية ، والتي اسفر عملها على صدور القانون المدني الكويتي الحالي في أكتوبر 1980 م ، والذي ألغى في مادته الأولى العمل بمقتضى مجلة الأحكام العدلية ، وجاء هذا القانون في 1082 مادة ، وجاء من حيث التقسيم موافقا للتقنين المدني المصري تماما .

وقد استمد هذا القانون كغيره من قوانين الدول العربية بعضا من أحكامه من الفقه الإسلامي ، وما استمده من باقي القوانين العربية والغربية خرج على أحكام الشريعة الإسلامية ، فقد جاء في مقدمة هذا القانون ما يلي : " إن هذا القانون قد جاء في أحكامه متوافقا تماما مع أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف

---

<sup>78</sup>فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 470-472.

مذاهبه ، حتى إنه لا يوجد فيه يحكم يستعصى تخريجه على مذهب من هذه المذاهب ، أو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية السمحة ، وذلك مع الاستفادة في الوقت ذاته مما وصل إليه الفكر القانوني المعاصر من تقدم رائع في فن صناعة التشريع وأساليبه الحديثة... وأصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع ، ومتفق مع أحكام الشرع الإسلامي الأغر<sup>79</sup>.

وقد جعل القانون المدني الكويتي في مادته (الأولى فقرة 02) أحكام الفقه الإسلامي المصدر الثالث بعد العرف ، تقليدا للقانون المدني المصري ، والعراقي ، غير أن هذه المادة عدلت بعد ذلك ، فقدمت أحكام الفقه الإسلامي على العرف ليكون النص كالاتي " فإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف" وكان هذا التعديل بمبادرة من اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، التي شكلت بالمرسوم رقم 1991/139م ، لوضع خطة لتهيئة الأجواء لاستكمال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية<sup>80</sup>.

**ومن مظاهر أثر الشريعة الإسلامية في هذا القانون ما يلي :**

---

<sup>79</sup> وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، هامش ص 12.

<sup>80</sup> حشاد حسام. تقنين الفقه الإسلامي كخطوة لتوحيد التشريعات في البلاد العربية و الإسلامية. حلقات

نقاشية لرابطة الجامعات الإسلامية حول - التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل - المنظمة

بالأزهر في الفترة الممتدة بين 21-23 أبريل 1999م، مصر ، مج 2 (1999)، ص 182.

نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 30 ) ، مجلس العقد ( مادة 46-50 ) ، الغبن في عقد القاصر ( 163 ) ، الوعد بجائزة كتطبيق للإرادة المنفردة ( 121-122 ) ، ضمان أذى النفس ، ويقصد به التعويض بالدية الشرعية ( مواد 248-252 ) ... وكثير من المسائل التي تدل على الأثر الواضح للشريعة الإسلامية في هذا القانون ، وخصوصا أن جميع مواده لا تعارض الشريعة الإسلامية كما سبق نقله <sup>81</sup>.

**وفي الأخير** لقد رأينا كيف أن الفقه الاسلامي أثر في جميع قوانين الدول العربية التي تطرقنا إليها - بل وحتى التي أغفلناها لكي لا يطول البحث ، وخصوصا أنه يقال فيها ما يقال في مثيلاتها ، كالقانون المدني القطري لسنة 2004م ، والقانون المدني البحريني ، والقانون المدني لسلطنة عمان..- فلقد رأينا أن بعض الدول بلغ تأثير الفقه الاسلامي فيها ميلا كبيرا ، وبعضها كان تأثير الفقه الاسلامي موازيا لتأثير القانون الغربي ، وبعضها كان أثر الفقه الإسلامي فيها قليلا ، وهي أكثر الدول العربية للأسف ، وحاولنا في هذا البحث إعطاء بعض الأمثلة التوضيحية من خلال عرض بعض النصوص القانونية من كل القوانين المدروسة .

وفي الختام نقول إن تشريع كل أمة هو من خصائصها ، وله ارتباط وثيق بأخلاقها ، وتقاليدها ، وجوهرها ، وأرضها ، وما هو إلا مظهر من مظاهرها الاجتماعية ، ومرآة لحالتها الاقتصادية ، وإذا ألقينا نظرة على مختلف الأمم التي

---

<sup>81</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ص 481-485..

لها مجد في الحياة، وشخصية تعتر بها، وجدنا أن قانونها هو منها ، وهي مصدره الأول ، فها هو القانون الفرنسي ما هو إلا قانون تلك الأمة التي توارثته عن تاريخها القديم ، وعدلته طبقا لحاجاتها الحديثة ، كذلك الحال بالنسبة للقانون الألماني ، فهو مطبوع بطابعهم ، وهو مظهر لعقليتهم وروحهم ، وتقنين لما جرت به تقاليدهم وأنظمتهم ... وهكذا القانون الإنجليزي والإيطالي وغيره<sup>82</sup>، ويثبت نسب القانون للأمة كلما ثبت ميلاده فيها ، أو اتصاله بتاريخها وتأثره بعاداتها وتقاليدها ، ومسايرته لحالتها الاجتماعية والسياسية والدينية ، وإذا ثبت نسب القانون للأمة فقد ثبتت شرعيته وأهليته لحكمها ، ولم تجد الأمة غضاضة في احترام القانون وطاعته، لأن الأمة في هذه الحالة إنما تحكم نفسها بنفسها ، وتخضع لما تدين به من عاداتها وتقاليدها وآدابها ونظمها وعقائدها ، ولهذا كله حرص المقننون في كل بلاد العالم إذا ما أخذوا لأمة من قوانين أمة أخرى على أن يعدلوا ما يأخذونه حتى يأتلف مع قوانين الأمة الآخذة ، ويتفق مع أنظمتها ، لأنهم يعلمون حق العلم أن إلزام أمة قانون أمة أخرى دون مراعاة لما بين الأمتين من تخالف معناه إلزام إحدى الأمتين بالتخلي عن عاداتها ، وتقاليدها ،

---

<sup>82</sup> محمد صادق فهمي ، محاضرة بعنوان : الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن ، كتاب المؤتمر الثاني

للمحاميين العرب ، المنعقد بالقاهرة من 3-8 مارس 1956م ، طبع بإشراف نقابة المحامين ، مصر ،

مطبعة حجازي ، سنة 1956م ، ص 246.

وآدابها ، ومميزاتها، ونظمها ،وشرائعها<sup>83</sup> ، ومن ذلك ما يفخر به بعض الفقهاء السويسريين - وهو الفقيه رسل - في مؤلفه القانون المدني السويسري حيث يقول: " قد استمددنا القانون المدني السويسري من مصادر هي مصادرها ، استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى ، وإذا كان طبيعياً أن توجد مسائل مشتركة بين تقنينا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مدنيا لأي من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدنيا لهما إلا في بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول إن تقنيننا قد نُسج على منوال طباعنا ، وأخلاقنا ، وعقليتنا ، إذ أنه حقا تشريع سويسري قبل كل شيء. "84

والله الموفق لأن ترجع دولنا العربية للاستمداد من الفقه الإسلامي وحده ، - وهو الأمل الذي كان يرجوه السنهوري رحمه الله ، وكتب فيه مقاله الرائع الموسوم بالقانون المدني العربي الموحد<sup>85</sup> ، الذي يكون مصدره الوحيد هو الفقه الإسلامي - ، ولتأكيد صلاحية الفقه الإسلامي لأن يكون نظاماً قانونياً يرجع إليه ، وأنه يزاحم الأنظمة القانونية الكبرى اللاتينية ، والجرمانية ، والأنجلو سكسونية ، تلك الشهادات التي أدلى بها بعض مؤتمرات القانون

---

<sup>83</sup> عبد القادر عودة ، الإسلام وأوضاعنا القانونية ، نشر دار المختار الإسلامي ، ط5 / 1977م ، ص

.25

<sup>84</sup> محمد صادق فهمي ، مرجع سابق ، ص 246.

<sup>85</sup> نشر هذا المقال في مجلة القانون ، وزارة العدل ، سوريا ، عدد 1 ، سنة 18 ، 1967.

المقارن<sup>86</sup>، والكثير من أفراد فقهاء القانون في هذا العصر من العرب والعجم ،  
من ذلك :

- يقول المؤرخ الإنجليزي " ويلز " في كتابه ملامح تاريخ الإنسانية : " إنَّ  
أوروبا مدينة للإسلام بالجانب الأكبر من قوانينها الإدارية والتجارية "<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> مثل المؤتمر الدولي للقانون المقارن سنة 1932م ، وفي دورته الثانية سنة 1937 م ، ومؤتمر المحامين  
الدولي سنة 1938 م ، والمؤتمر المنعقد في كلية الحقوق جامعة باريس للبحث في الفقه الإسلامي سنة  
1951 م ، تحت شعار " أسبوع الفقه الإسلامي " ،... حيث شهدت جميع هذه المؤتمرات بمكانة الشريعة  
الإسلامية ، وأنها نظام قانوني قائم بذاته . انظر في ذلك بالتفصيل : انظر : د/ساجر ناصر حمد الجبوري  
،التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية دار الكتب العلمية ،بيروت ، ط / الأول سنة  
2005 م ، ص : 244-247 ، د / شوكت محمد عليان ،التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ،دار الشواف  
،ط / 1996 م ،ص:196.، سيد عبد الله علي حسين ،المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع  
الإسلامي ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ،تحقيق مركز الدراسة الاقتصادية والفقهية :  
د / محمد أحمد سراج وآخرون ،دار السلام للطباعة والنشر،ط/ الأولى، 2001 م ،ص 9-10 ، عبد الكريم  
زيدان ،نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ،مؤسسة الرسالة، بيروت،ط/ الأولى، 2011 م ،ص  
: 15 ، محمد وحيد الدين سوار ،التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع  
،عمان ،الاردن ط/ الثانية، 1998 ،ص،ب . محمد الصباغ ،التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه ، المكتب  
الإسلامي ،ط/ الثانية ،بيروت 1977 مص 13 - 14 .

<sup>87</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ،مرجع سابق. ص 243.

- يقول المستشرق المجري "فمبيري" على الفقه الإسلامي قائلاً: "إنّ فقهم الإسلامي واسع جداً ، إلى درجة أنّي أعجب كلما فكّرت في أنّكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"<sup>88</sup>.

- وفي مصر نصح الأستاذ "بيولا كازيلي" الإيطالي مستشار وزارة العدل ورئيس قضايا الحكومة حينذاك بالأخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية حيث يقول: "إنّه يجب على مصر أن تستمدّ قانونها من الشريعة الإسلامية فهي أكثر اتفاقاً من غيرها مع روح البلد القانونيّة"<sup>89</sup>.

- يقول الدكتور علي منصور: ولقد عثرت أخيراً على مقال للأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تحت عنوان "تجميع القوانين والشريعة الإسلامية"، ورد فيه: "لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911-1920 م كان أستاذنا لامبير يرى أنّ الفقه الإسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلاً وضع الدكتور محمد فتحي رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين ،

---

<sup>88</sup> بلحاج العربي ،أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون

الجزائر 1996 مج2 / ص 542.

<sup>89</sup> بيولا كازيلي ،مقال في مجلة مصر العصرية 1921 م مجلد 12 ص : 195 . نقلاً عن تقنين الفقه

الإسلامي ،مرجع سابق ، ص 13

وما كادت الرسالة تطبع في كتاب حتى نفذت في ستة أشهر ، وكتبت عنه المجالات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

- وما كتب الفقيه الألماني " كوهلر " في مقال له " إنَّ الألمان كانوا يتيهون عُجبا على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 م ، أما وقد ظهر كتاب "الدكتور فتحي" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ...<sup>90</sup>.

وفي الأخير إذا كان يقال إن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان أقول إن الزمان والمكان لا يصلحان إلا بالشريعة الإسلامية .

---

90 من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م نقلا عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية

والقوانين الوضعية، مرجع سابق . ص 41-42 .

## قائمة المصادر والمراجع:

### 1/ القوانين :

- القانون المدني الأردني
- القانون المدني الكويتي
- القانون المدني المصري
- القانون المدني العراقي
- القانون المدني الجزائري
- القانون المدني الليبي
- قانون الموجبات والعقود اللبناني
- القانون المدني اليمني
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي
- قانون المعاملات المدنية السوداني
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية

### 2/ مراجع عامة :

- أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ، د/ بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1996 م ج 2 / .
- الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقہ الاسلامي والمدونات المدنية العربية ، محمد وحيد سوار ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ن ط 2001/2م.

- أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني، أحمد عثمان عمر ، الشركة العالمية للطباعة والنشر ، ط/2006م.
- الإسلام وأوضاعنا القانونية ، عبد القادر عودة ، نشر دار المختار الإسلامي ، ط/5 /1977م.
- أصل الخلافات الفقهية في مسألة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ،أوان عبد الله فياض ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، 2015 .
- أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي ، أحمد أدريوش . الرباط 1996م .
- التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه ، محمد الصباغ ،المكتب الإسلامي، ط/ الثانية ، بيروت 1977م.
- التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية د/ساجر ناصر حمد الجبوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط/ الأولى سنة 2005 م .
- التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، د / شوكت محمد عليان ، دار الشواف ، ط / 1996 م
- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، محمد وحيد الدين سوار ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ط/ الثانية ، 1998م .
- تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة ، المكاشفي طه الزهراء للأعلام العربي ، د ت ن.

- تقنين الفقه الإسلامي المبدأ المنهج التطبيق ، محمد زكي عبد البر ، دار إحياء التراث ، قطر ، ط2/ 1986م.
- جهود تقنين الفقه الاسلامي ، وهبة الزحيلي ،
- شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية ، دراسة مقارنة ، عدنان إبراهيم سرحان ، 1997م .
- الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن ، محمد صادق فهمي ، كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب ، المنعقد بالقاهرة من 3-8 مارس 1956م ، طبع بإشراف نقابة المحامين ، مصر ، مطبعة حجازي ، سنة 1956م .
- القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، عبد السلام الترماني ، ط2/ ، الكويت ، 1982م.
- لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني طبعة في مقدمة القانون المدني العراقي في نسخته الأصلية
- مجلة الأحكام الشرعية لأحمد عبد الله القاري، تحقيق : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد علي، مطبعة تهامة ، جدة ، ط1/ 1981م .
- مجلة الاحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الاسلامي ، سامر مازن القبج ، دار الفتح للدراسات عمان ، الاردن ط1/2008.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مطبعة دار الكتاب العربي ، 1950، ج1/20.

• مسيرة الفقه الاسلامي المعاصر ، شويش المحاميد ، عمان ، دار عمار ،  
د ط ، ت ، ص 437

• المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي ، مقارنة بين  
فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ، سيد عبد الله علي حسين ،  
تحقيق مركز الدراسة الاقتصادية والفقهية : د / محمد أحمد سراج وآخرون  
، دار السلام للطباعة والنشر ، ط/ الاولى ، 2001 م .

• نظراتنا في الفقه الاسلامي ، رافعليش عود جاسمالقيسي ، مركز نماء للبحوث  
والدراسات بيروت ، لبنان ، ط1/2015.

• نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، عبد الكريم زيدان ،  
مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط/ الأولى ، 2011 م .

• الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السنهوري ، منشورات  
الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط3/ 2000م.

### 3/ مقالات :

• أبحاث حقوقية ، القانون المدني العربي ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة  
القانون (وزارة العدل - سوريا) ، ع 01 ، السنة 18 ، كانون الثاني 1967م.

• الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي ، مصطفى  
الجمال ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، 1992.

• الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات و العقود ، محمد بوزغبية ، مقال  
ضمن وحدة بحث ، كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود 2006م .

- تقنين الفقه الإسلامي كخطوة لتوحيد التشريعات في البلاد العربية و الإسلامية. حشاد ، حسام. حلقات نقاشية لرابطة الجامعات الإسلامية حول - التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل - المنظمة بالأزهر في الفترة الممتدة بين 21-23 أبريل 1999م.
- تقييم موقف التشريع و القضاء الإماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار ، سرحان، عدنان إبراهيم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ، ع 2 سنة 2010م .
- حمادي عبد الفتاح : الأسس المنهجية للضوابط التقنين الفقهي. وتحديد مجالاته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعه زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 3، سبتمبر: 2019م
- مباحث في أساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة. سرحان، عدنان إبراهيم ، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر ، ع 13 ، 2005م .
- من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة القضاء ، السنة 02 ، مارس 1936م، بغداد .
- نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين ، سليم أيمن سعد ، مجلة مصر المعاصرة ، مجلد 98 ، عدد 488 ، سنة 2007م .
- نقد مشروع القانون المدني، القلقيلي ، عبدالله، مجلة هدي الإسلام - الأردن ، مج 9، ع 1، (1964م).

- هيئة التحرير. القانون المدني. هدي الإسلام - الأردن ، مج 20، ع 5,6، (1976).

#### 4/ الأطروحات الجامعية :

- أثر الدين في النظم القانونية ، فاطمة محمد عبد العليم ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 2001م .
- التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، أحمد عبيد جاسم ، منشورات زين الحقوقية ، ط1/ 2013. أصلها أطروحة علمية بجامعة بالعراق.
- حركة تقنين الفقه الاسلامي في البلاد التونسية ، بوزغيبية محمد ، مركز النشر الجامعي 2003م . أصلها أطروحة جامعية بأحد جامعات تونس .

#### 5/ مواقع إلكترونية :

- موقع المجلس الأعلى للقضاء على الرابطين التاليين :

<https://www.scj.gov.sa/About>

<https://iservices.scj.gov.sa:9113/home/pdflist>

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
2	مفهوم التقنين لغة واصطلاحا
3	الفرق بين التقنين في الفقه الاسلامي والتقنين في القانون الوضعي
3	مجالات التقنين
4	التقنين يكون من الفقه أو من الشريعة
5	محاولات وجهود تقنين الفقه الإسلامي الرسمية وغير الرسمية
7	الفتاوى الهندية ( العالمكيرية) في الفقه الحنفي
8	مجلة الأحكام العدلية
10	جهود قدرى باشا في مصر
11	مجلة أحكام جوهور
11	قانون العائلة العثمانى
11	جهود الشيخ محمد ابن عامر في ليبيا
12	جهود قاضى مكة المكرمة الشيخ أحمد بن عبد الله القارى

12	جهود مجمع البحوث الإسلامية التابع لجامعة الأزهر
13	مشاريع القوانين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي أعدها مجلس الشعب المصري
14	اختلاف الفقهاء في مسألة التقنين
20	بواعث التقنين ومزاياه
21	ضوابط التقنين
22	أثر الفقه الإسلامي في القوانين العربية
45	المصادر والمراجع
49	فهرس الموضوعات