



الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني الالتزامات أنموذجا

شوقي بنّاسي: أستاذ محاضر ب

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

ملخص

لقد كانت للشريعة الإسلامية السيادة القانونية المطلقة في البلاد الإسلامية، ولكن جرى إقصاؤها تحت ضغط الاستعمار الأوروبي والانبهار بالحضارة الغربية، ووقع إحلال القوانين الوضعية، لاسيما الفرنسية، مكانها. وفي هذه الأجواء صدر القانون المدني المصري سنة 1948 بإشراف القانوني المعروف عبد الرزاق السنهوري، وقد جاء متأثرا إلى حد بعيد بقانون نابليون، وانتقل إلى كثير من البلاد الإسلامية، منها الجزائر. ومع ذلك اعتاد شرّاح القانون على القول بأنه قد استمد كثيرا من أحكامه من الشريعة الإسلامية، وأنه قد أحلّ مبادئ الشريعة الإسلامية مكانا مرموقا إذ جعلها مصدرا رسميا احتياطيا للتشريع. إن البحث العلمي الدقيق يُظهر من جهة، أن الحلول التي يُقال أنها مستمدة من الشريعة هي في معظمها مستمدة من التشريعات الأجنبية، أما تلك التي ثبتت فعلا نسبتها للشريعة الإسلامية فقد أوجدت عدم انسجام مع القانون المدني، ومن جهة أخرى لا يمكن اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا طالما أن العبرة بالمبادئ لا بالحلول التفصيلية، بل إن اللجوء إلى هذه المبادئ يُعدّ فرضية نادرة في ظلّ ظاهرة التضخم التشريعي ووجوب مراعاة المبادئ العامة للقانون.

الكلمات المفتاحية: شريعة إسلامية - قانون مدني - مصدر مادي - مصدر رسمي احتياطي.

Abstract

The chari'a had an absolute legal sovereignty in the Muslim countries, but the visit of the colonial system and the fascination by Western civilisation called her into question. She should therefore be replaced with positive right notably French law. And it is in these same conditions as was issued the Egyptian civil code in 1948 conducted by the famous jurist El Sanhoury who was influenced by the Napoleonic code himself, This Egyptian Civil code was taken back by many Islamic countries of which Algeria. The commentators of this code think that it contains several rules of the chari'a, and that it even gave a big importance to the principles of the chari'a by considering them to be the first subsidiary source of right in the absence of legal measures. A deepened analysis shows however, that on one hand considered solutions as scooped out by the chari'a were inspired in fact by foreign legislation and that on the other hand those taken back exclusively by the chari'a is incoherent with the general principles of the civil code. Moreover to consider the principles of the chari'a as subsidiary source an Utopia so much is it is a matter of general principles and not question of detail. The appeal in these principles is a simple hypothesis of school, considering the legislative inflation and considering the obligation to respect the general principles of right.

Key Words : Chari'a islamya -civil code- material source -official formal source.

مقدمة

كانت للشريعة الإسلامية، قبل ظاهرة الاستعمار الأوروبي الصليبي الحاقدا، السيادة القانونية المطلقة في البلاد الإسلامية طيلة ثلاثة عشر قرنا، فقد حكمت جميع مناحي الحياة من أبسط المعاملات في المجتمع إلى غاية تنظيم شؤون الدولة¹، وقد لعب الاجتهاد القضائي والفقهي دورا كبيرا في تطبيق الشريعة الإسلامية من خلال استنباط الأحكام التفصيلية، في ضوء المبادئ العامة المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وتطبيقها على الخصومات بين الناس²، ولم تجد الشريعة الإسلامية أي صعوبة في التطبيق في البلاد التي فتحها المسلمون، فقد حلت محل القانون الفارسي في البلاد التي كانت خاضعة للإمبراطورية الفارسية، وحلت محل القانون الروماني في البلاد التي كانت خاضعة للإمبراطورية الرومانية³، ومن ثم بسطت يدها على جميع المجالات بما لها من صلاحية للتطبيق في كل بيئة نتيجة مرونة أحكامها وسعة مبادئها⁴.

لقد استمر الوضع على حاله في ظل الخلافة العثمانية، ولكن تحت ضغط الدول الأوروبية بدأت تقتبس من النظم القانونية الأوروبية، وبخاصة الفرنسية، بعض القواعد القانونية تعدل بها الأحكام الشرعية، وانتهت بإحلال القوانين الفرنسية محل الشريعة الإسلامية، حيث نقلت قانون العقوبات الذي أصدرته سنة (1840)، وقانون التجارة في سنة (1850)، وقانون الإجراءات المدنية في سنة (1880)⁵. ومع ذلك قد سعت إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب الحنفي، في مجال المعاملات، من خلال إصدار مجلة الأحكام العدلية من 1869 إلى غاية 1876 على الطريقة الأوروبية في شكل تقنين⁶. وقد استمر تطبيق هذه المجلة، في كثير من البلاد العربية، حتى بعد سقوط الخلافة العثمانية، منها لبنان وسوريا والعراق والأردن والكويت⁷، ولكن يبدو أن موجة التغريب كانت قوية إذ شرعت أغلب البلاد العربية، الواحدة تلو الأخرى، في التخلي عن الشريعة الإسلامية، باستثناء الأحوال الشخصية.

لقد كانت مصر أول بلد مسلم يشرع رسميا في استبعاد الشريعة الإسلامية من الحياة القانونية، وقد زرع هذه الفكرة الجنرال نابليون (1769-1821) إبان حملته على مصر سنة 1798، إذ شرع في إلغاء المحاكم الشرعية وتطبيق القوانين الوضعية، وقال للمصريين زورا وكذبا: "...إنني أكثر من الممالك أعبد لله سبحانه وتعالى وأحترم نبيه والقرآن الكريم.. أيها المشايخ والقضاة والأئمة والأعيان قولوا لأممكم إن الفرنسيين هم أيضا مسلمون مخلصون..."⁸. ومع استيلاء محمد علي باشا (1769-1849) على حكم مصر سنة 1805 أراد إحداث نهضة علمية في البلاد على الطريقة الأوروبية فجلب القوانين الفرنسية لاسيما في مجال المعاملات والعقوبات، وترتب على ذلك أن كل قاعدة كانت تقتبس من القانون الفرنسي كانت تعطل ما يقابلها من قواعد الشريعة الإسلامية⁹. وفي عهد ما يسمى "الإصلاح القضائي" سنة 1875 أيام الخديوي إسماعيل باشا (1830-1895)، وُضعت التشريعات المختلطة ومن بعدها الأهلية اقتباسا من القوانين الفرنسية، وهو ما اعتبره شرّاح القانون "نسجا لما يقابلها من أحكام الشريعة الإسلامية"¹⁰.

ويلاحظ أن واضعي القوانين العربية كانوا، في غالب الأحيان، من الأجانب نذكر من ذلك: - القانون المدني المصري المختلط، فقد صدر سنة 1875 وهو من عمل المحامي الفرنسي Manoury، ثم تلاه صدور القانون المدني الوطني المصري سنة 1883 وهو من عمل المحامي الإيطالي Moriondo. - مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقد صدرت، إبان الاحتلال الفرنسي، سنة 1906 وهي من عمل الأستاذ الإيطالي Santillana.

- قانون الموجبات والعقود اللبناني، وقد صدر سنة 1932، في عهد الانتداب الفرنسي، وهو من عمل القاضي الفرنسي Ropers وأعاد فيه النظر جذريا الأستاذ الفرنسي Josseland.

إن صدور القانون المدني المصري سنة 1948 زاد الأمر سوءاً، فقد جاء متأثراً، إلى حد بعيد، بقانون نابليون في مبادئه العامة، وتكييفاته القانونية، ومصطلحاته الفنية، وقواعده الأساسية¹¹، وانتقل إلى كثير من البلاد العربية منها سوريا وليبيا والجزائر، ولم يترك مجالاً للشرعية الإسلامية إلا في مسائل محدودة، وجعل مبادئها في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، ورغم هذا زعم واضعوه أن ذلك يزيد من أهمية الشرعية الإسلامية¹²!!

يبدو أن القانون المدني المصري قد وُضع في ظروف خاصة نتيجة الامتيازات التي كانت تتمتع بها الدول الأجنبية، ولم تتخلص منها مصر إلا بعد معاهدة مونتري سنة 1936 على أن يكون الإلغاء النهائي لهذه الامتيازات ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949، ويظهر أن ثمن هذا الإلغاء كان باهضاً وهو عدم جعل الشرعية الإسلامية أساس التشريع. وفي تقرير هذه الحقيقة يقول أحد الكتّاب: "وفي هذا الجو السياسي، الذي كان وضع مصر فيه ضعيفاً، قام المرحوم السنهوري بوضع مشروع القانون المدني، الذي صدر في سنة 1948، على أن يطبق ابتداء من 15 أكتوبر 1949، تاريخ نقل اختصاص المحاكم الوطنية المختلطة إلى المحاكم الوطنية"¹³. وبعبارة أوضح يقول أحد فقهاء الشرعية الإسلامية: "وفي سنة 1937 وافقت الدول الصليبية في معاهدة مونترو على إلغاء الامتيازات وإلغاء المحاكم المختلطة في مصر ابتداء من أكتوبر 1949م ولكن هذه الموافقة إنما كانت مقابل تعهد من الحكومة المصرية بأن توضع من القوانين ما من شأنه أن يكون مطابقاً للشرائع الحديثة، يعني إلزام الحكومة المصرية بالتحاكم إلى القوانين الوضعية، والالتزام بإقصاء الشرعية الإسلامية"¹⁴.

أما فيما يخص الجزائر فقد كانت، قبل الاستعمار الفرنسي، خاضعة للحكم العثماني، وكان العثمانيون، آنذاك، يمثلون الخلافة الإسلامية، ومن ثم كانت الشرعية الإسلامية أساس التشريع على كل المستويات، ويبدو أنه كان هناك تعايش سلمي بين ثلاثة مذاهب إسلامية: المذهب المالكي الذي كان السائد، من قبل، في الجزائر، والمذهب الحنفي الذي تتبناه رسمياً الخلافة العثمانية، إلى جانب المذهب الإباضي المعروف عند الميزابيين في منطقة غرداية منذ عهد بعيد، دون أن ننسى

الأعراف المحلية التي كانت منتشرة بقوة في ربوع الوطن، سواء كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو مخالفة لها.

لقد وقعت الجزائر، بعد ضعف الخلافة العثمانية، ضحية الاحتلال الفرنسي، سنة 1830م، الذي حاول، منذ الوهلة الأولى، طمس الهوية الجزائرية بمختلف الوسائل القمعية غير المشروعة، فاستبعدت الشريعة الإسلامية من مجال التطبيق - والتي كانت تحكم كل مناحي الحياة - وجلب قوانينه الغربية عن تقاليد المجتمع الجزائري العريقة، ودينه الإسلامي الحنيف، وأعرافه المحلية، وعاداته الأصيلة، وحارب، بكل شراسة، اللغة العربية - لغة الشريعة الإسلامية - وأحل محلها لغته الفرنسية المجهولة عند عامة الشعب الجزائري آنذاك¹⁵، مع أنه قد جاء في المعاهدة المبرمة بين الادي حسين باشا والكونت دي بورمون بتاريخ 5 جويلية 1830 أنه: "تبقى الديانة المحمدية حرة، ولن ينال من حرية السكان من جميع الطبقات ولا من دياناتهم وممتلكاتهم وتجارتهم وصناعتهم"¹⁶.

وبعد الاستقلال تغتت السلطات الجزائرية كثيرا بالشريعة الإسلامية، وأظهرت عزمها، عبر الخطابات الرسمية، على الرجوع إلى هذه الشريعة الغراء باعتبارها تعبيرا صادقا عن ماضي وحاضر الشعب الجزائري¹⁷، ونصت في دستور 1963 على أن الإسلام دين الدولة، واستمر هذا الخطاب إلى غاية فترة السبعينات في خطاب للرئيس الراحل هواري بومدين¹⁸، بل إن عرض أسباب القانون المدني أشار صراحة إلى وجوب الاعتماد على الشريعة الإسلامية¹⁹.

لقد جاء القانون المدني الجزائري - على غرار القانون المدني المصري - مخيبا للآمال، إذ جاء متأثرا إلى حد بعيد بقانون نابليون، ومن ثم لم يجعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يُبنى عليه القانون المدني²⁰، ومع ذلك لا ننكر أنه قد أخذ - عموما - ببعض النظريات من الشريعة الإسلامية، لاسيما في مادة الالتزامات، نذكر من ذلك: التعسف في استعمال الحق (المادة 41 مدني)، مجلس العقد (المادة 64 مدني)، العلم الكافي بالمبيع (المادة 352 مدني)، تبعة هلاك المبيع (369 مدني)، البيع في مرض الموت (المادة 408 مدني) وغيرها من المسائل²¹. كما أنه جعل، حسب المادة 2/1 مدني، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول متقدمة بذلك على العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهو ما رحب به بعض الفقه الجزائري²².

إن موضوع الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني لا يكون، في اعتقادنا، من خلال الاكتفاء بسرد جملة من النصوص ونسبتها للشريعة الإسلامية، والترحيب بموقف المشرع بعدما قدم مبادئ هذه الشريعة على غيرها من المصادر الاحتياطية، وإنما يكون يبحث جملة من المسائل الشائكة: هل استمد المشرع النظريات المنسوبة للشريعة من الشريعة الإسلامية ذاتها أم من القوانين الأجنبية بعدما لحقها من التحوير ما لحقها؟ وما مدى انسجام هذه النظريات مع نصوص القانون المدني علما أنهما ينتميان لنظامين قانونيين متميزين؟ وهل يعتبر القانون المدني، في جوهره، موافقا للشريعة الإسلامية علما أنهما مختلفان من حيث المصادر والتصورات وطرق استنباط الأحكام؟ وهل فعلا يمكن تصور رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أم أن الأمر مجرد فرضية نادرة؟

إن دراسة مكانة الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، وتسليط الضوء على اعتبارها مصدرا للقانون المدني يتطلب البعد عن المبالغة في تضخيم الأمور، والجري وراء الأوهام، وهو ما وقع فعلا من كثير من شرّاح القانون، فقد جرى تصوير الواقع على غير صورته، فكثير من الأحكام نُسبت للشريعة الإسلامية، بل وأصبحت غالبية نصوص القانون المدني موافقة في جوهرها للشريعة الإسلامية، وهذه مبالغة غير مقبولة (I)، كما أن إبراز مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون، واستحسان موقف المشرع، في هذا الشأن، يعتبر مجرد خيال محض (II).

I. الشريعة الإسلامية كمصدر مادي تاريخي: مبالغة غير مقبولة

يُقصد بالمصدر المادي للقانون المادة الأولية التي تتكوّن منها القاعدة القانونية وهي تتمثل في مجموع العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية والأخلاقية وغيرها التي يميّز بها المجتمع²³، ومن هذه الزاوية يُقال أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا ماديا تاريخيا للقانون المدني الجزائري، مثلما يعتبر القانون الروماني مصدرا ماديا تاريخيا للقانون المدني الفرنسي²⁴. إن هذا التحليل لا غبار عليه ولكن المشكلة تكمن في المبالغة غير المقبولة التي تصاحب هذا التحليل، إذ أن إمعان النظر في بعض الحلول التي يقال أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية يظهر أن الأمر يتعلق فعلا بحقيقة ملموسة، ولكنها مشوّهة (1)، وأن محاولة بعض الشرّاح إرجاع غالبية نصوص القانون المدني إلى الشريعة الإسلامية مغالطة كبيرة (2).

1- الحلول المستمدة من الشريعة الإسلامية : حقيقة مشوهة

لقد جرت عادة شرّاح القانون المدني على سرد عدد كبير من الحلول التي يُقال أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولكن عند التدقيق يظهر أن بعض هذه الحلول محل نظر (أ)، كما أنها قد أحدثت عدم انسجام مع القانون المدني (ب).

أ- الحلول المستمدة من الشريعة الإسلامية : زعمٌ محل نظر

إن إمعان النظر في بعض النصوص، التي يقال عادة أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية، يُظهر أنها مستمدة من القوانين الغربية وليس من الشريعة الإسلامية، غاية ما في الأمر أن أصلها معروف في الشريعة الإسلامية، ففرق كبير بين الاستمداد مباشرة من الشريعة الإسلامية وبين الاستمداد بواسطة القوانين الغربية، ولعل أبرز الأمثلة على ذلك: نظرية الحوادث الطارئة (أ1)، وحوالة الدين (أ2).

أ1- نظرية الحوادث الطارئة : نظرية متميزة عن نظرية العذر في الفقه الإسلامي

نظم المشرع نظرية الحوادث الطارئة في المادة 3/107 مدني²⁵، وقد أخذها من القانون المدني المصري (2/147)، وهذا الأخير نقلها، بعد التحوير، من القانون المدني البولوني (المادة 269)، والقانون الإيطالي الجديد (المادة 1467)²⁶. وتميل غالبية الفقه القانوني إلى اعتبار هذه النظرية من جملة النظريات التي استمدها المشرع من الشريعة الإسلامية²⁷.

إن الشريعة الإسلامية تعرف نظرية أخرى هي نظرية العذر، وهي نظرية واسعة تتدرج تحتها القوة القاهرة والحوادث الطارئ وما دونهما، والجزاء المترتب عليها هو الفسخ، فكيف يقال بعد هذا أن نظرية الحوادث الطارئة، حسب المادة 3/107 مدني، مستمدة من الشريعة الإسلامية مع أنها تخالف نظرية العذر في جوانب عديدة لاسيما من حيث الشروط والنطاق والجزاء؟ هذا ما جعل بعض شرّاح القانون ممن تعمقوا في دراسة النظريتين يصرّح بأنه: "يظهر مما سبق أن هذه الدراسة لنظرية الظروف الطارئة قد سمحت لنا بوضع حد لبعض الدراسات التي كانت تشير إلى تأثير المشرع عندنا بما هو مستقر في تطبيقات لهذه النظرية في الفقه الإسلامي، لكن ظهر لنا جليا أن فروع وتطبيقات نظرية الحوادث الطارئة وجدت فعلا في أحكام هذا الأخير، غير أن مضمونها في القانون المدني يختلف عنه اختلافا هاما، فكل ما في الأمر أن تطابق هذه النظرية مع فحوى أحكام الشريعة الإسلامية قد ساعدت المشرع على تكريسها..."²⁸. وفي نفس السياق يقول أحد الفقهاء ممن جمعوا بين الدراسات القانونية والدراسات الشرعية:

"من الخطأ الظن بأن ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في قوانين البلاد العربية وبعض القوانين الأجنبية تطابق في مضمونها ومعاييرها وأحكامها ما استقر في الفقه الإسلامي المقارن، من تطبيقات لها، فثمة فروق واضحة في كل أولئك، مما تأبى الدقة العلمية في البحث إغفالها، فإدعاء بعض الكاتبين هذا التطابق فيه شيء كثير من التزيد"²⁹.
إن ما قيل عن نظرية الحوادث الطارئة ينطبق أيضا على حوالة الدين.

2أ- حوالة الدين: جدل فقهي حول وجودها في الفقه الإسلامي

لم يكن القانون الروماني يعرف حوالة الدين نتيجة نظرتة الشخصية الضيقة لفكرة الالتزام، وإنما عرفت حوالة الدين بفضل الفقه الجرمانى الذي كان ينظر للالتزام نظرة مادية، أي باعتباره رابطة بين ذمتين ماليتين، وقد انتقلت هذه الفكرة إلى بعض التشريعات اللاتينية، واقتبسها القانون المديني المصري في المواد من 315 إلى 322، وعنه أخذها المشرع الجزائري في المواد من 251 إلى 257، وبالنظر إلى معرفة الشريعة الإسلامية لفكرة الحوالة يشير كثير من شراح القانون إلى أن تنظيمها في التشريعات العربية كان مستمدا من الشريعة الإسلامية³⁰.

تعرف الشريعة الإسلامية الحوالة استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل"³¹، واختلف الفقهاء المعاصرون في مدى معرفتها لحوالة الدين وفق المفهوم القانوني، فمنهم من رأى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت حوالة الحق وحوالة الدين³²، ومنهم من رأى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت حوالة الحق في مذهب واحد هو المذهب المالكي، وبقيود معينة، ولم تعرف حوالة الدين إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد³³، ومنهم من رأى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت حوالة الحق في مذهب واحد هو المذهب المالكي، وعرفت حوالة الدين في جميع المذاهب³⁴.

إن الحوالة عند عامة فقهاء الشريعة الإسلامية هي نقل الدين من ذمة إلى أخرى، وهي عند الحنفية على نوعين: حوالة مطلقة وحوالة مقيدة، وهو الأمر الذي لا يعرفه الفقه القانوني، مما يدل على أن الحوالة في الفقه الإسلامي نظام قانوني مستقل³⁵، ومع ذلك فهي أقرب ما تكون إلى حوالة الدين المعروفة في القانون. ولكن ما يجب التأكيد عليه أن القانون المدني كان متأثرا، في هذا الشأن، بالقانون الألماني لا بالشريعة الإسلامية، فهذا القانون الأخير يميز بكل وضوح بين الحوالة التي تتم بين الدائن والمحال عليه (المادة 414 مدني ألماني وتقابلها المادة 257 مدني) والحوالة التي تتم باتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال عليه (المادة 415 مدني ألماني وتقابلها المادة

251 مدني). أما الحالة الخاصة لحوالة الدين (حالة بيع العقار المرهون) والتي نص عليها المشرع المصري في المادة 322 مدني ونقلها عنه المشرع الجزائري في المادة 935 مدني فهي الأخرى منقولة عن المادة 416 مدني ألماني.

وهكذا يظهر أن أحكام حوالة الدين مستمدة من القانون المدني الألماني، ورغم معرفة الشريعة الإسلامية لهذا النوع من الحوالة إلا أن القانون المدني لم يستفد شيئاً من ذلك، لا من حيث الاصطلاحات ولا من حيث التصنيفات ولا من حيث التفاصيل، فالفرق شاسع بين القول أن نظام حوالة الدين معروف في الشريعة الإسلامية وبين استمداد معظم أحكامه من القانون المدني الألماني من حيث الاصطلاحات والتصنيفات والتفاصيل. وهذا ما جعل أحد الدارسين المتعمقين في حوالة الدين يقول: "الشريعة الإسلامية... لها من أحكام خاصة تميّزها عن حوالة الدين في القانون الحديث. وأما القانون الألماني... يتفق مع القانون المصري في معظم الأحكام"³⁶. ومما يؤكد هذه الحقيقة - بكل وضوح - أن واضع القانون المدني المصري قد صرح بنفسه أن حوالة الدين قد أخذت عن التشريعات الأجنبية، إذ يقول: "وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنيات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية... أهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار..."³⁷، وهو نفسه كان ينكر معرفة الشريعة الإسلامية لحوالة الدين في مفهومها القانوني، إذ يقول: "ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه"³⁸. إن بعض الحلول مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولكنها قد أدت إلى عدم انسجام مع القانون المدني.

ب- الحلول المستمدة من الشريعة الإسلامية: عدم انسجام مع القانون المدني

إن بعض الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية قد أحدثت عدم انسجام مع نصوص القانون المدني، وهذا أمر طبيعي في اعتقادنا، ذلك أن الشريعة الإسلامية نظام قانوني مستقل قائم بذاته، له منطلقاته وتصوراته وتكليفاته واصطلاحاته، ومن ثم يكون من الصعب جدا إدماج بعض أحكامه في نظام قانوني آخر مستمد من الشريعة اللاتينية له هو أيضا منطلقاته وتصوراته وتكليفاته واصطلاحاته، وما التعارض الواقع، اليوم، بين القانون المدني وقانون الأسرة، بسبب الإحالة المتبادلة بينهما، إلا خير دليل على صحة ما نقول³⁹، ولعل من الأمثلة البارزة في هذا الشأن، العلم الكافي بالمبيع (ب1)، ومرض الموت (ب2).

ب1- العلم الكافي بالمبيع: تردد في تحديد التكييف القانوني

نظّم المشرع العلم الكافي بالمبيع في المادة 352 مدني، وقد استمدّه من القانون المدني المصري (المادة 419)، وعادة يقال أنه مستمد من خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية⁴⁰، بل هناك من يرى أن المشرع قد جمع بين خيار الرؤية وخيار الوصف⁴¹. وعلى أي حال يظهر أن الأمر يتعلق بمحاولة للتوفيق بين خيار الرؤية والمبادئ العامة للقانون المدني⁴². ومما هو جدير بالذكر أن خيار الرؤية معروف في الفقه الحنفي استنادا لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"⁴³، في حين أن الجمهور - الشافعية (في المذهب الجديد) والحنابلة (في أصح الروايتين) - لا يعتقدون به، إذ أن الحديث السابق ضعيف باتفاق علماء الحديث، وإنما يثبون للمشتري خيار فوات الوصف، أي عدم موافقة الصفة لواقع الوصف، أما المالكية فيعترونه خيارا إراديا (أي يحتاج إلى اشتراط من المتعاقد) في بعض صور بيع الغائب⁴⁴.

إن هذا الموضوع يطرح تساؤلات كثيرة: ما هو تكييفه القانوني، هل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في الغلط⁴⁵، أم هو غلط جوهري مفترض⁴⁶ أم هو مفهوم قانوني مستقل⁴⁷؟ ولماذا حصره المشرع في عقد البيع مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية، وفق المذهب الحنفي، يمدونه إلى كل العقود؟ ولماذا جعل المشرع جزاءه القابلية للإبطال، على الطريقة اللاتينية، ولم يجعل جزاءه الفسخ كما هو معروف في الشريعة الإسلامية؟ إن أحكام العلم الكافي بالمبيع تطرح أيضا مشكلة مدى إمكانية تكملة نص المادة 352 مدني بما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية؟ فمثلا لو تعييب المبيع في يد المشتري أو تحول إلى شيء آخر، هل يسقط طلب الإبطال وفقا لأحكام الخيار في الفقه الحنفي أم لا طبقا للمبادئ العامة لأحكام الإبطال؟ وإذا تويب المشتري هل ينتقل الإبطال إلى الورثة طبقا لأحكام انتقال الحق في الإبطال للورثة أم لا ينتقل وفق أحكام الخيار في الفقه الحنفي؟ لقد ذهب جانب من الشراح إلى منع الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية منعا لتضارب الأحكام في التشريع الواحد⁴⁸، في حين ذهب جانب آخر من الشراح إلى وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى المادة الأولى من القانون المدني⁴⁹. وهكذا تضاربت آراء شراح القانون في كل جزئية من جزئيات العلم الكافي بالمبيع إلى درجة التناقض الذي يصعب معه الوصول إلى التوفيق بين الآراء.

إن مرد كل هذه التساؤلات والتناقضات هو أن الشريعة الإسلامية تعرف فكرة الخيارات التي ترد على العقد غير اللازم فيكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو

فسخه، وهي الفكرة التي لم يأخذ بها القانون المدني الذي لا يعرف إلا العقد الملزم الذي لا يجوز نقضه إلا استثناء حسب المادة 106 مدني⁵⁰. هذا ما جعل غالبية شرّاح القانون المدني ترى أن العلم الكافي شرط لسلامة رضا المشتري وجزاء تخلفه القابلية للإبطال⁵¹، في حين رأى جانب آخر من الشرّاح - المتأثر بالفقه الإسلامي - أنه شرط لزوم وجزاء تخلفه طلب العدول، فلا يؤخذ بالإبطال في معناه القانوني، بل يفهم وفق أحكام الشريعة الإسلامية التي استمد منها النص⁵². إن عدم الانسجام يظهر بوضوح بخصوص مرض الموت.

ب2- مرض الموت: نظام غريب عن مبادئ القانون المدني

سار القانون المدني - كأصل عام - على منوال القانون المدني المصري فنظّم أحكام مرض الموت، فجعل القاعدة العامة في المادة 776 مدني أن كل تصرفات الشخص في مرض الموت، بقصد التبرع، تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية، وبما أن هذه القرينة بسيطة فإن المتصرف إليه بإمكانه أن يثبت أن التصرف كان معاوضة ومن ثم تسري عليه أحكام بيع المريض مرض الموت المذكورة في المادة 408 مدني، وهي تميّز بين البيع لوarith وهو يتوقف على إقرار الورثة، والبيع لغير وارث ويكون حكمه القابلية للإبطال⁵³.

لقد جرت عادة شرّاح القانون المدني على القول بأن المشرع قد استمد نظام مرض الموت من الشريعة الإسلامية، دون أدنى إشارة إلى جملة من الحقائق المهمة التي بواسطتها يمكن فهم حقيقة مرض الموت في الفقه الإسلامي والتحوير العميق الذي أدخله المشرع عليه إلى الحدّ الذي جعله غير منسجم مع أحكام القانون المدني⁵⁴:

أولا: إن تقييد تصرفات المريض مرض الموت حماية للورثة أمر معروف عند الحنفية والحنابلة، في حين أن المالكية يعتبرون تصرفاته صحيحة نافذة ولازمة إلا في أحوال معينة عندما تتوفر التهمة في المريض، وعلى هذا الرأي أيضا الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة⁵⁵. **ثانيا:** إن الحنفية والحنابلة يعتبرون مرض الموت من عوارض الأهلية، ويصنّفونه ضمن العوارض السماوية، ويصبح المريض كالمحجور عليه⁵⁶، في حين أن هذه العوارض في القانون المدني هي الجنون والعتة والسفه والغفلة، وليس من ضمنها مرض الموت⁵⁷. **ثالثا:** إن الأحكام التي جاء بها المشرع بخصوص مرض الموت لا تتفق في كثير من تفاصيلها مع الفقه الإسلامي⁵⁸.

لقد أعرض المشرع عن رأي المالكية - مع أنه المذهب السائد في الجزائر - وراح يقلّد مذهب الحنفية بواسطة القانون المدني المصري، ثم عمل على تشويه أحكام هذا

المذهب، فمن ناحية أولى أقر مرض الموت ولكنه لم يعتبره عارضا من عوارض الأهلية، ثم أنه من حيث التفاصيل لم يميز بين كون البيع بثمن المثل أو بغبن يسير أو بغبن فاحش، ولم يميز بين كون التركة مستغرقة بالديون أم لا. ومن ناحية ثانية إن المادة 776 مدني تقيم قرينة بسيطة مفادها أن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر تبرعا، فإذا أثبت المتصرف إليه أنه قد دفع عوضا سرت عليه أحكام المادة 408 مدني، والسؤال المطروح كيف يمكن إثبات عكس هذه القرينة إذا كان المتصرف في شكل رسمي، فمن المعلوم أنه لا يجوز، حسب المادة 324 مكرر5 مدني، الطعن في مثل هذه العقود إلا عن طريق التزوير؟ ومن ناحية رابعة إن الحكم الذي جاءت به المادة 2/408 مدني مخالف لجميع مذاهب الفقه الإسلامي. إن الأمر يزداد سوءا إذا ما قارنا بين المادة 408 مدني في نصها الفرنسي - وهو النص الأصلي - وفي نصها العربي - وهو النص الرسمي -، فمن ناحية أولى لا يعتد النص الأول، في فقرته الأولى، بأي مرض، وإنما بالمرض الذي يقع في فترة الاشتداد (la période aigue)، في حين أن النص الثاني لا يذكر هذا القيد. ومن ناحية ثانية يشير النص الأول في فقرته الأولى إلى جزاء عدم الصحة (n'est valable)، في حين أن النص الثاني يشير إلى جزاء (لا يكون ناجزا) ولعله يقصد غير نافذ. ومن ناحية ثالثة يفترض النص الأول، في فقرته الثانية، أن التصرف لغير وارث قد وقع دون رضا صحيح (présumée avoir été faite sans consentement valable)، في حين أن النص الثاني لا يذكر ذلك.⁵⁹

يبدو أن نقل نظام مرض الموت من الفقه الإسلامي (الحنفية والحنابلة) مع تحويله تحويرا عميقا، قد أدى إلى هذا الاضطراب التشريعي، مما جعل اجتهاد المحكمة العليا لا يستقر على رأي، وفتح الباب واسعا لتضارب القرارات وتناقضها⁶⁰، وهكذا يكون التنظيم التشريعي لمرض الموت، في القانون المدني الجزائري، عبارة عن خليط غير متجانس، فقد نقل المشرع المادة 776 مدني من القانون المدني المصري (المادة 916)، ثم خالفه في المادة 408 مدني عندما ميز بين البيع لوارث والبيع لغير وارث، متأثرا في ذلك ببعض آراء الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنفي، ثم بعد ذلك اقترب من القانون الفرنسي الذي يقضي حسب المادة 909 ببطالان التصرفات المبرمة في مرض الموت للأطباء والصيدالة ورجال الدين. إن القانون المدني مخالف للشرعية الإسلامية في جوهره وبعض حلوله الجزئية، وأي محاولة لتجاوز هذا التباين هي مغالطة كبيرة.

2- تخريج نصوص القانون المدني على الشريعة الإسلامية: مغالطة كبيرة

يرى بعض الشراح أن القانون المدني في غالبية نصوصه لا يختلف في جوهره مع الشريعة الإسلامية، بل إن الشرائع لا تختلف فيما بينها في باب المعاملات، وعلى هذا الأساس - كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري⁶¹ - يمكن تخريج نصوص القانون المدني على الشريعة الإسلامية. إن هذا التحليل يتضمن مغالطة كبيرة، إذ أن التوافق بين القانون المدني والشريعة الإسلامية لا يعدو أن يكون توافقا عارضا في بعض الجزئيات لا في الأصول (أ)، كما أن هذا التحليل يغض النظر عن مخالفة القانون المدني لنصوص الشريعة الإسلامية في مسائل كثيرة (ب)⁶².

أ- القانون المدني والشريعة الإسلامية: توافق عارض في بعض الجزئيات

إن مما لاشك فيه أن القانون المدني قد استمد من مصادر أجنبية، فهو منقول بطريقة شبه حرفية من القانون المدني المصري، وقد جاء هذا الأخير متأثرا إلى حد بعيد بقانون نابليون، مما يصح معه القول أن القانون المدني - عموما - مجرد تقليد لقانون نابليون في غالبية نصوصه⁶³. ولا يخفى على رجال القانون أن قانون نابليون قد جاء مرتبطا بجذوره الأوروبية ممثلة في القانون الروماني، ومتصلا بنظريات القانون الكنسي⁶⁴، ومعبرا عن روح الثورة الفرنسية القائمة على أفكار المساواة والإخاء والحرية⁶⁵. إن الزعم بعدم اختلاف القانون المدني - ذي الأصول الأجنبية - عن الشريعة الإسلامية، من حيث الجوهر، يتضمن إهمالا حقيقيا للبعد العقائدي لأحكام الشريعة (1أ)، وإعراضا عن اعتبارها نظاما مستقلا قائما بذاته (2أ).

1أ- إهمال البعد العقائدي لأحكام الشريعة الإسلامية

إن أحكام الشريعة الإسلامية ذات بُعد عقائدي عميق ترتبط أولا وأخيرا بالإيمان بالله ورسله وكتبه، وهو مما يفتقده القانون المدني، وغيره من القوانين الوضعية، جملة وتفصيلا، ذلك أن كل أحكام الشريعة الإسلامية ترتبط بفكرة العبودية لله تعالى، سواء تعلق الأمر بالعبادات أو المعاملات، فالله هو من شرع الأحكام وهو من حدد غاية هذه الأحكام، أي المصلحة المقصودة من وراء هذه الأحكام، ومن ثم لا يمكن الفصل بين الأحكام وأبعادها التعبدية العقائدية، وهو ما لا تعرفه القوانين الوضعية إطلاقا⁶⁶.

إن القانون المدني - وغيره من القوانين الوضعية - يهتم أولا وأخيرا بتحقيق العدل الذي يحتاجه الناس في معاملاتهم الدنيوية، في حين أن مدار الأحكام في الشريعة

الإسلامية مبني على قاعدتين أساسيتين: الأولى تحقيق العبودية لله تعالى، والثانية تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة⁶⁷. وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: "الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية... فإن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عبادا لله..."⁶⁸.

تعرف الشريعة الإسلامية - مثلا - فكرة التعسف في استعمال الحق، وهي ذات الفكرة التي عرفتتها بعض القوانين الأجنبية والاجتهادات القضائية، ولكن الاختلاف عميق بين التصورين، فالشريعة الإسلامية ترى أن الحق منحة ربانية وما على العبد إلا طاعة الله تعالى في استعمال الحق للغرض المحدد له شرعا وإلا اعتبر متسعفا في ذلك، في حين أن القوانين الأجنبية، وبعدها كانت تتطلق، تحت تأثير تعاليم المذهب الفردي، من فكرة السلطات المطلقة لصاحب الحق، أخذت تقيده تحت تأثير المذاهب الاجتماعية⁶⁹.

إن القانون المدني - على خلاف الشريعة الإسلامية - جاء معبرا عن الروح العلمانية نتيجة تأثره بأصول قانون نابليون، إذ أن هذا الأخير جسّد روح الثورة الفرنسية التي أحدثت القطيعة مع أحكام الكنيسة، وفصلت الدين عن المعاملات، وفي هذا المعنى يقول الفيلسوف هيربرت سبنسر (1820-1903): "بعد الثورة الفرنسية أخذ المشرعون الأوروبيون في تجريد القوانين من كل ما له مساس بالدين والأخلاق والفضائل الإنسانية فاقترنت رسالة القانون على تنظيم علاقات الأفراد المادية وما يمس الأمن ونظام الحكم..."⁷⁰. أما الشريعة الإسلامية فمرتبطة غاية الارتباط بالعقيدة، إذ الإسلام عقيدة وشريعة، وكلاهما يشكل وحدة متجانسة، ومنهجا متكاملا، فالعقيدة تحكم باطن المسلم، والشريعة تحكم ظاهره، ولا يمكن أبدا الفصل بينهما⁷¹.

لقد نتج عن هذا الانفصال بين العقيدة والقانون بالنسبة للدول الإسلامية التي هجرت الشريعة الإسلامية تخبط هذه الدول في مشكلتين أساسيتين: - العجز عن الوصول إلى تصور عام للحياة الإنسانية لاسيما القانونية، فأصبحت تشريعاته تنتقل من الفردية إلى الاجتماعية، ومن الذاتية إلى الموضوعية، دون الوصول إلى تصور مقنع ينفذ إلى أعماق الفرد المسلم. - العجز عن إيجاد أساس يبرر التزام الأشخاص بالقانون نابع من ضمير الإنسان، فالجزء الذي توقعه الدولة لا يكفل وحده مثل هذه الطاعة، وإنما الأمر يتطلب عقيدة راسخة تدفع الأشخاص إلى احترام القانون تلقائيا رجاء الثواب⁷². إن الشريعة الإسلامية نظام قانوني مستقل قائم بذاته، مما يميزه عن بقية الأنظمة القانونية.

2أ- الشريعة الإسلامية نظام مستقل قائم بذاته

إن الشريعة الإسلامية - في باب المعاملات - نظام قانوني قائم بذاته، ولا يهيمه بعد ذلك إن كان القانون المدني وغيره من القوانين الوضعية، يوافقه في بعض الأحكام، فما هي إلا موافقة عارضة في بعض الحلول الجزئية، نتيجة الاختلاف العميق، بين النظامين، في النشأة والمصادر والتصورات والمصطلحات والغايات والمناهج⁷³، ومن ثم لا نوافق بعض شرّاح القانون ممن يرون دراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن⁷⁴.

إنه من الغريب جداً، من الناحية المنهجية، أن نضع قانوناً مدنياً مستمداً من مصدر أجنبي ثم نبحث بعد ذلك عن مدى موافقته للشريعة الإسلامية، أليس الأولى أن نضع قانوناً مدنياً (قانون المعاملات الشرعية) مستمداً، مباشرة، من الشريعة الإسلامية؟ لقد فتح المسلمون البلاد التي كانت خاضعة للإمبراطورية الرومانية ومع ذلك لم يلتفتوا إطلاقاً للقانون الروماني ليقينهم التام أن شريعة ربهم بمصادرهما الثرية تغنيهم عن هذا القانون، ففكرة "ما لا يخالف الشريعة الإسلامية" لم تظهر إلا بعد ضعف المسلمين وانهازمهم نفسياً أمام الحضارة الأوروبية، فشرعوا في تبرير القوانين الوضعية، لاسيما في الشق المدني بعبارة "ما لا يخالف الشريعة الإسلامية"⁷⁵.

لقد بدأت هذه المنهجية الخاطئة في الظهور يوم أن جلب الخديوي إسماعيل (1830-1895) - ذو التكوين الأوروبي - قوانين نابليون للبلاد المصرية، وكلف رفاعة الطهطاوي (1801-1873) بترجمة القانون المدني الفرنسي ثم أراد أن يبحث عن مسوغ لذلك فأمر الشيخ مخلوف المنيأوي بإعداد دراسة لبيان مدى موافقة قانون نابليون لمذهب الإمام مالك رحمه الله⁷⁶. ويبدو أن هذه المنهجية المعوجة هي التي سار عليها إعداد مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906)، إذ عمد الأستاذ الإيطالي (Santillana)⁷⁷ إلى الاقتباس من القوانين الأجنبية - وعلى رأسها قانون نابليون - على ألا تكون مخالفة للشريعة الإسلامية. وقد تأثر بهذه المجلة كلا من قانون الالتزامات والعقود المغربي (1913) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (1932)⁷⁸ وقانون الالتزامات والعقود الموريتاني (1989).

إن هذه المنهجية تُعتبر قلباً للأمر رأساً على عقب، فالواجب الصدور من أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة، والاستمداد رأساً من نصوصها، ويمكن الرجوع إلى القوانين الأجنبية - استثناءً - في إطار ما يسمى بالمصالح المرسله وفق ضوابط صارمة⁷⁹، ولكن واضعي القوانين المذكورة أعلاه انطلقوا من القوانين الأجنبية، فجعلوا من

المصالح المرسله مصدرا أصليا للشريعة الإسلامية، والكتاب والسنة من المصادر الاحتياطية⁸⁰. أما القانون المدني الجزائري - اقتداءً بالقانون المدني المصري - فهو أكثر مجازفة من هذه القوانين إذ عمد مباشرة إلى الاقتباس من قانون نابليون ذي الأصول الرومانية ولم يهتم بمدى موافقته أم مخالفته للشريعة الإسلامية. ولاشك أن العميد السنهوري رحمه الله كان يدرك ذلك تمام الإدراك، إذ كتب يقول في التعبير عن أمنيته: "والهدف الذي قصدت إليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يشتق رأسا من الشريعة الإسلامية..."⁸¹.

إن الزعم بأن القانون المدني لا يتعارض، في جوهره، مع الشريعة الإسلامية يقودنا إلى القول بأن قانون نابليون - باعتباره المصدر المادي للقانون المدني - هو الآخر لا يختلف في جوهره مع الشريعة الإسلامية، والأكثر من ذلك أن القانون الروماني - باعتباره المصدر المادي لقانون نابليون - هو الآخر لا يتعارض في جوهره مع الشريعة الإسلامية، ويترتب عن مثل هذا التحليل أمران خطيران: من ناحية أولى أنه يخدم مصلحة من يرى من الفقهاء الأوروبيين الحاقدين أن الشريعة الإسلامية مستمدة من القانون الروماني!! ومن ناحية ثانية أنه لا حاجة إطلاقا لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية مادام أن قانون نابليون والقوانين المستمدة منه تعبّر عن جوهر الشريعة الإسلامية!!

إن المعوّل عليه في القول بالاتفاق في الجوهر بين نظامين قانونيين هو أن يكون التوافق بينهما قائما في المبادئ العامة والأصول الكلية، أما التشابه في بعض الحلول الجزئية فلا يُعتد به، ولاشك أن الشريعة الإسلامية متميزة عن القانون المدني وغيره من القوانين الوضعية، من حيث الجوهر، نتيجة استقلال مصادرها، وتميّز طرقها في استنباط الأحكام الشرعية. وإلى جانب الاختلاف من حيث الجوهر يتضمن القانون المدني مخالفات ثابتة لا يمكن إنكارها.

ب- القانون المدني والشريعة الإسلامية: مخالفات ثابتة

إن الأمر لا يتوقف في حدود التمايز الموجود بين القانون المدني والشريعة الإسلامية من حيث الجوهر، بل يتعدى إلى المضمون، إذ يتضمن القانون المدني، في بعض النصوص، مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن إنكارها، نكتفي، في هذا المقام، بذكر: التعامل بفائدة (ب1) وعقود الغرر (ب2).

ب1- التعامل بفائدة: مخالفة لتحريم الربا

منع المشرع، بموجب المادة 454 مدني، القرض بفائدة بين الأفراد، إذ أنه اشترط صراحة أن يكون القرض بين الأفراد دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك. ولكنه في مقابل ذلك أجاز، بموجب المادة 455 مدني، لمؤسسات القرض التعامل بفائدة، إذ أنه سمح لها في حالة إيداع أموالها أن تمنح فائدة يحدد مقدارها بقرار من وزير المالية، كما أجازت المادة 456 لمؤسسات القرض أن تأخذ فائدة نظير منح قروض. إن هذا التمييز مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، فالفائدة تعتبر ربا سواء في المعاملات بين الأفراد أو في المعاملات بين الأفراد والمؤسسات، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع، وقد صدرت فتاوى كثيرة تؤكد ذلك من أكبر المجامع الفقهية الإسلامية⁸²، مهما حاول بعض أهل العلم التحايل على هذا الحكم الشرعي⁸³.

ب2- عقود الغرر: مخالفة للنهي عن الغرر

نظم المشرع عقود الغرر في الباب العاشر من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود، وشمل هذا الباب ثلاثة فصول: القمار والرهان، المرتب مدى الحياة، وعقد التأمين⁸⁴. وإذا كان المشرع قد حظر القمار والرهان في المادة 1/612 مدني فإن في مقابل ذلك استثنى من هذا الحظر، في الفقرة الثانية من ذات المادة، الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائي، ولاشك أنه استثناء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنها من ألعاب الحظ المحض، ويدور بين الغنم والغرم، وهو القمار بذاته (الميسر). أما المرتب مدى الحياة (613-618 مدني) فيجوز إذا كان مصدره عقد تبرع، ولا يجوز إذا كان مصدره عقد معاوضة، وهي التفرقة التي لا يأخذ بها القانون المدني، ومن ثم يكون قد وقع في المحذور. والأكثر من ذلك فقد نظم المشرع التأمين التجاري، وهو في نظر غالبية الفقه المعاصر، لاسيما المجامع الفقهية⁸⁵، محرم شرعا بالنظر إلى احتوائه جملة من المخالفات الشرعية هي: الربا، والغرر الفاحش، والغبن، والقمار، والجهالة⁸⁶.

II. مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي: خيال محض

يُقصد بالمصدر الرسمي الاحتياطي ذلك المصدر الذي يرجع إليه القاضي عند عدم وجود المصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع. ويظهر من نص المادة الأولى مدني أن هناك ثلاثة مصادر رسمية احتياطية وهي على التوالي: مبادئ الشريعة الإسلامية⁸⁷، العرف، وقواعد القانون الطبيعي والعدالة. ويمدح بعض الشراح موقف المشرع الجزائي، على أساس أنه جعل مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد التشريع⁸⁸، ذلك

أن "إحالة المشرع الجزائري على مبادئ الشريعة الإسلامية في حد ذاتها أمرا مهما للغاية وذلك نظرا لما يمكن أن يترتب على هذه الإحالة من أثر واضح في الاجتهاد وإنهاض الفقه الإسلامي وإحيائه بعد سبات عميق، ومن شأن هذا العمل أن يعزز الدور الذي تلعبه الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري على الأقل كمصدر مادي وتاريخي في مختلف المجالات التي ينظمها القانون بوجه العام وليس فقط في مجال قانون الأسرة"⁸⁹، وأن ما قام به المشرع يعتبر "وفاء منه بحق الشريعة الإسلامية، التي ظلت طوال قرون عديدة حلت شريعة البلاد الأولى"⁹⁰، ولكن الحقيقة في نظرنا خلاف ذلك، إذ أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا طالما أن العبرة بالمبادئ لا بالحلول التفصيلية، فالأمر يتعلق بمجرد استلهاهم (1)، بل إن مثل هذا الرجوع يعتبر فرضية نادرة في ظل ظاهرة التضخم التشريعي ووجوب مراعاة المبادئ العامة للقانون (2).

1- رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية: مجرد استلهاهم

جدير بالذكر أن المشرع قد جعل، حسب المادة الأولى من القانون المدني، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون المدني بعد التشريع وقبل العرف، إذ نصت المادة المذكورة في فقرتها الثانية على ما يلي⁹¹: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁹². إن هذا النص منتقد، في اعتقادنا، إذ وضع عراقيل كثيرة أبرزها: الاقتصار على مبادئ الشريعة الإسلامية (أ)، والإحالة على الشريعة الإسلامية دون الفقه الإسلامي (ب).

أ- الاقتصار على مبادئ الشريعة الإسلامية: تضييق غير مبرر

إن النص يشير إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية" كمصدر من مصادر القانون، وليس إلى "الشريعة الإسلامية"، فما المقصود بهذه العبارة؟ تكاد تتفق كلمة شرّاح القانون على أن المقصود بـ "مبادئ الشريعة الإسلامية" الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية دون أحكامها التفصيلية⁹³، وهو معنى مستمد من الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري⁹⁴، ويعلّلون اختيار المشرع لـ "مبادئ الشريعة الإسلامية" بتفادي إحالة القاضي على الاختلافات الفقهية للمذاهب الإسلامية، ومن ثم فإن الإحالة على المبادئ هي إحالة على جوهر الشريعة الإسلامية، وهو واحد لا اختلاف فيه بين الفقهاء⁹⁵، فالعبرة إذن بالمبادئ الكلية دون المسائل التفصيلية، أي بالمسائل التي لا خلاف فيها بين فقهاء المذاهب الإسلامية.

والواقع أن الاقتصار على مبادئ الشريعة الإسلامية تضييق غير مبرر على القاضي في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والاستفادة من نصوصها، فالفرض أن التشريع قد فاته تنظيم مسألة جزئية دقيقة، بمعنى أن القاضي قد وجد ثغرة في التشريع، ففي مثل هذه الحالة يتوجب عليه الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لسد هذه الثغرة، ولكن الاقتصار على "المبادئ" يجعل مهمته معقدة جدا، ذلك أن الأمر يقتضي الرجوع إلى تفاصيل الشريعة الإسلامية لسد هذه الجزئية، في حين أن القاضي ممنوع من ذلك، فالنص قد أحاله - بكل وضوح - على المبادئ دون التفاصيل، لهذا فمن غير المقبول، في اعتقادنا، ما يذهب إليه بعض الشراح من أن على القاضي أن يرجع أولا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم بعد ذلك يبحث في الآراء الفقهية في المذاهب الإسلامية ليختار منها ما يتفق مع القانون⁹⁶، إذ لو كان الأمر كذلك لما احتاج المشرع إلى ذكر اصطلاح "مبادئ"، ونص مباشرة على "أحكام الشريعة الإسلامية" أو "الفقه الإسلامي" ليتمكن القاضي من الرجوع إلى الحلول التفصيلية⁹⁷. ولا شك أن الاكتفاء بإحالة القاضي إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية" من أجل استنباط حكم جزئي لتطبيقه على النزاع المعروض عليه ليس بالأمر الهين في ظل اكتفاء كليات الحقوق بتدريس القوانين الوضعية دون مادتي أصول الفقه وفقه المعاملات الشرعية.

إن الإحالة على "مبادئ الشريعة الإسلامية" يطرح، بشكل جدي، بيان حقيقة هذه المبادئ⁹⁸، ذلك أن جانبا كبيرا من شراح القانون لا يذكرون أمثلة لهذه المبادئ، ويكتفون بالتصريح أنها تمثل كليات الشريعة الإسلامية دون مسألتها الجزئية وحلولها التفصيلية⁹⁹، في حين أن جانبا ثان لا يشير إلى حقيقة هذه المبادئ ويكتفي بذكر مثال أو مثالين في الرجوع إلى هذه المبادئ من ذلك حالة اعتبار التصرف الذي يعقده الوكيل مجاوزا في ذلك حدود الوكالة تصرفا موقوفا طالما أنه لا يوجد نص تشريعي يمنع من ذلك¹⁰⁰. بينما جانب ثالث يرى أن المقصود بالمبادئ هو القواعد الضابطة كقاعدة دفع المضار مقدم على جلب المنافع، وقاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات¹⁰¹، بينما يشير جانب رابع إلى جملة من المبادئ منها: مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، مبدأ حرية التراضي، مبدأ وجوب الوفاء بالعقود، مبدأ تحريم الغش، مبدأ عدم جواز الإضرار بالغير¹⁰².

إن هذا التردد يكشف، بكل وضوح، اضطراب شراح القانون في تحديد حقيقة هذه المبادئ، فالفريق الأول عجز عن تقديم أمثلة ملموسة لهذه المبادئ واكتفى

بتأصيل نظري لا يقدم شيئا كثيرا ، أما الفريق الثاني فقدّم أمثلة تندرج ضمن تفاصيل الفقه الإسلامي لا ضمن مبادئ الشريعة الإسلامية ، أما الفريق الثالث فقد خلط بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقواعد الفقهية في الفقه الإسلامي ، أما الفريق الرابع فقد قدّم فعلا جملة من الأمثلة الملموسة ، ولكنها في الواقع مبادئ عامة يعترف بها القانون الوضعي ، مما يقود إلى القول بأن ما يطلق عليه المشرع اصطلاح "مبادئ الشريعة الإسلامية" ، في نظر هذا الفريق ، يقترب كثيرا - إن لم نقل يطابق - المبادئ العامة للقانون المدني.

يبدو أن بعض الشراح لم يكن بعيدا عن الصواب - عموما - عندما رأى أن مبادئ الشريعة الإسلامية ليست مصدرا رسميا احتياطيا ، وإنما هي من جملة المبادئ العامة للقانون¹⁰³ ، وتعليل ذلك ، في نظرنا ، أن القاضي يبحث عن حل تفصيلي لجزئية غفل عنها التشريع ، فهو بعبارة أدق يبحث عن قاعدة قانونية تفصيلية تحل النزاع المعروض أمامه وهو ما لا يمكن أن يجده في "مبادئ الشريعة الإسلامية" لأن الأمر يتعلق بمبادئ عامة لا بحلول تفصيلية ، وفي مثل هذه الحالة يتعين عليه أن يستلهم الحل من هذه المبادئ ، أي أن يستعين بها لتحديد القاعدة القانونية التفصيلية التي يبحث عنها ، وبالتالي تكون "مبادئ الشريعة الإسلامية" مجرد مصدر مادي للقاعدة القانونية التي سيقوده إليها اجتهاده¹⁰⁴ ، وبعبارة أخرى إذن له بالاجتهاد ، في إطار هذه المبادئ ، للوصول إلى حل يُطبق على النزاع.

ويلاحظ أن عبارة "استلهم" كانت موجودة في المادة الأولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، فقد كانت الفقرة الثالثة من هذه المادة تنص على أن القاضي: "يستلهم... الأحكام التي أقرها القضاء والفقه ، مصريا كان أم أجنبيا ، وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية". وقد رأى الأستاذ السنهوري أن هذا النص لا يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون فاقترح أن تكون هذه المبادئ بعد العرف وقبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ونقل المشرع الجزائري هذا النص مع تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف. إن التعديل الذي أدخله الأستاذ السنهوري - والذي انتقل إلى القانون المدني الجزائري - لا يؤدي الغرض الذي سعى إلى تحقيقه وهو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون ، إذ طالما أن العبرة بالمبادئ الكلية دون الحلول التفصيلية فإن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد استلهم لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ومن ثم لا يرتقي إلى درجة مصدر رسمي احتياطي. لقد كان الأولى بالمشرع أن يحيل القاضي إلى الفقه الإسلامي.

ب- الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية: حرمان من الاستفادة من الفقه الإسلامي

استعمل النص اصطلاح "الشريعة الإسلامية" وليس "الفقه الإسلامي"، ولا شك أن هناك فرقا جوهريا بين الإصطلاحين. إن الشريعة الإسلامية هي ما شرّعه الله تعالى من الأحكام الثابتة بالأدلة من الكتاب والسنة، وما تفرّع عنها من الإجماع والقياس والأدلة الأخرى. أما الفقه الإسلامي فهو العلم المتعلق باستنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية¹⁰⁵.

إن الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الإسلامي، إذ هي تتضمن الأحكام العقائدية والأحكام الأخلاقية والأحكام العملية، في حين أن الفقه الإسلامي لا يتضمن إلا الأحكام العملية، أي الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقاته بربه (العبادات) ومع غيره (المعاملات)¹⁰⁶.

ويلاحظ أن النصوص الشرعية تتضمن نوعين من الأحكام: أحكام ثابتة وصريحة في دلالتها على الحكم، وأحكام تحتاج إلى اجتهاد واستنباط من أدلة الكتاب والسنة، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تخصيص الأحكام الأولى باصطلاح الشريعة الإسلامية كونها تعبّر مباشرة عن موقف الإسلام الذي لا يحتمل إلا الصواب، والأحكام الثانية باصطلاح "الفقه الإسلامي" كونها تعبّر عن فهم الفقهاء للنصوص الذي يحتمل الصواب والخطأ¹⁰⁷. ومع ذلك فإن الراجح من أقوال الفقهاء أن الفرق بين الشريعة والفقه هو أن الشريعة هي الأحكام نفسها المنزلة من عند الله تعالى، أما الفقه فإنه يمثل الأحكام التي استخلصها الفقهاء من نصوص الشريعة الإسلامية أو بالدلائل الاجتهادية¹⁰⁸.

وعلى أي حال من الواضح أن اصطلاح "الشريعة الإسلامية" في المادة الأولى مدني لا يتعلق بالأحكام العقائدية والأحكام الأخلاقية، وإنما يتعلق بالأحكام العملية من معاملات دون العبادات باعتبار أن القانون المدني ينظم العلاقات المالية بين الأشخاص. ويظهر أن المشرع قد تبادى اصطلاح "الفقه الإسلامي" وفضل اصطلاح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، كون الأول يرمز لكثرة التشريعات واختلاف المذاهب، بل إلى اختلاف الفقهاء في المذهب الواحد، في حين أن الثاني يرمز للكليات التي لا اختلاف فيها بين المذاهب.

لقد كان الأولى بالمشرع - في اعتقادنا - أن يحيل القاضي إلى الفقه الإسلامي لا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا كان فعلا يريد أن يجعل أحكام الشريعة الإسلامية (القطعية والظنية) مصدرا رسميا من مصادر القانون، إذ الإحالة إلى مبادئ الشريعة

الإسلامية هي مجرد دعوة للاستلهام من هذه المبادئ، في حين أن الإحالة إلى الفقه الإسلامي يمنح القاضي الرجوع إلى الحلول الجزئية التي تشكل فعلا قواعد قانونية محددة، مما يجعلنا فعلا أمام مصدر رسمي للقانون، ومن ثم لا نوافق بعض شرّاح القانون ممن يرى أن الشريعة الإسلامية لا تطبق إلا بعد دراستها دراسة علمية واسعة¹⁰⁹. ومع ذلك يميل بعض شرّاح القانون إلى ترجيح موقف المشرع لسببين: أولهما أن الفقه الإسلامي يصلح أن يكون مصدرا للتشريع لا للقانون. وثانيهما أن الفقه الإسلامي بحر لا ساحل له مما يؤدي إلى تيهان القاضي في الاختلافات الفقهية المعروفة في المذاهب الإسلامية. وفي اعتقادنا أن هذه الحجج مردود عليها:

من ناحية أولى إن الارتقاء بالفقه الإسلامي كمصدر للتشريع هي أمنية من أعز الأمناني، فيكون هو المصدر الرئيسي للتشريع، ولكن في ظل التأثير الكبير بالقوانين الأجنبية لا يوجد مانع قانوني من جعل الفقه الإسلامي مصدرا للقانون يلي التشريع، وذلك أضعف الإيمان، فهل يُعقل أن يصلح العرف كمصدر للقانون في حين أن الفقه الإسلامي لا يصلح لذلك، مع أن العرف مجرد مصدر من مصادر الفقه الإسلامي؟ ومن ناحية ثانية إن الاختلافات الفقهية في المذاهب الإسلامية لا تعتبر منقصة، بل هي ثروة عظيمة لكل باحث، وستمنح القاضي فرصة العثور على أقوال جزئية تسد الثغرات التشريعية - ولو مع صعوبة الانسجام مع القانون المدني - وتتلاءم مع روح العصر، ولا يقال في مثل هذه الحالة أن ذلك سيؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية نتيجة اختلاف اختيارات القضاة، إذ من المعلوم أن المحكمة العليا تسعى إلى توحيد الاجتهاد.

ومن ناحية ثالثة إن كثيرا من شرّاح القانون يرجّحون - دون شعور - الرجوع إلى الفقه الإسلامي¹¹⁰، إذ بعد تحديد المقصود بـ "مبادئ الشريعة الإسلامية" على أنها المبادئ الكلية لهذه الشريعة التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها الجزئية، يشيرون إلى أن على القاضي أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب معين من هذه المذاهب¹¹¹. فكيف يمكن الجمع بين عدم الرجوع إلى الحلول الجزئية والبحث عن الحل في أي مذهب من المذاهب؟؟؟ إن بحث القاضي عن الحل في أي مذهب من المذاهب لا يستقيم - بداهة - إلا بالرجوع إلى الفقه الإسلامي. ومع ذلك يظهر أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لا يعدو أن يكون مجرد فرضية نادرة الوقوع.

2- رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية: فرضية نادرة

إن الجدل حول تحديد المقصود بـ "مبادئ الشريعة الإسلامية" أو محاولة إبدال ذلك باصطلاح "أحكام الشريعة الإسلامية" أو "الفقه الإسلامي" لا يفيد كثيرا طالما أن الأولوية للتشريع، فما للجوء إلى المصادر الاحتياطية - على رأسها مبادئ الشريعة الإسلامية - إلا فرضية نادرة، ذلك أن التشريع يكاد يحيط بكل شيء في ظل ظاهرة التضخم التشريعي (أ) ويزداد الأمر انكماشاً عند فرض مراعاة المبادئ العامة للقانون حفاظاً على انسجام القانون المدني وتناسق نصوصه (ب).

أ- التضخم التشريعي: مانع من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية

إن التشريع قد أصبح في عالمنا المعاصر لا يترك شاردة ولا واردة، وكل كبيرة وصغيرة إلا وتناولها بالتفصيل، سواء عن طريق التشريع العادي أو التشريع الفرعي، إلى درجة أن أصبح الكلام يجري عن ما يسمى بالتضخم التشريعي، ومن ثم حق لنا أن نتساءل: ماذا بقي لمبادئ الشريعة الإسلامية؟ بل ماذا يبقى للفقه الإسلامي لو افترضنا أن القاضي بإمكانه البحث في آراء المذاهب الإسلامية؟

لقد اتفقت كلمة شراح القانون المدني الجزائري على أن رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أصبح أمراً نادراً¹¹². ويظهر أن الأمر أكثر سوءاً في القوانين المدنية العربية - كالقانون المصري ومن حذى حذوه - التي قَدِّمَت العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، إلى درجة أن بعض الشراح قد وصف ذلك بـ "السراب" على أساس أن "التشريع في الدول الحديثة يكاد يستوعب كل شيء، وإذا وجد مجال يحتمل أن تقوم فيه بعض الثغرات، فإن العرف من وراء التشريع محيط في شبه شمول، ولا يبقى لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا النزر اليسير"¹¹³. ومما يؤكد هذه الحقيقة أن الرجوع إلى مجموعات الاجتهاد القضائي يتعذر معه العثور على قرار واحد طُبِّق فيه القاضي مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي¹¹⁴.

ويلاحظ أن القانون التجاري في مادته الأولى مكرر (بعد تعديل 1996) لم يشر إطلاقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، إذ نصت المادة المذكورة: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء". وهكذا إذا كان القانون المدني قد جعل الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمراً نادراً، فإن القانون التجاري قد أقصى الشريعة الإسلامية في جراحة عجيبة مع أن أطول آية في القرآن الكريم قد وردت في آخر سورة البقرة وتتعلق

بالمعاملات لا بالعبادات!! يظهر أن التضييق لا يقتصر على عدم وجود نص تشريعي، بل يمتد إلى قيد آخر وهو وجوب مراعاة المبادئ العامة للقانون.

ب- وجوب مراعاة المبادئ العامة للقانون: قيد للانسجام والتناسق

إن الأمر يزداد سوءا إذا علمنا أنه من الشروط التي يجب مراعاتها، عند غالبية شرّاح القانون، في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، عدم مخالفتها للمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني¹¹⁵. وهكذا أصبح التشريع أصلا والشريعة الإسلامية فرعا، وبعبارة أخرى أصبحت الشريعة الإسلامية غريبة في عقر دارها، فلا يجوز الأخذ بأحكامها إلا إذا لم تخالف المبادئ العامة للتشريع الوضعي.

لقد أراد بعض شرّاح القانون التخفيف من هذا القيد فرأى أنه يتعين التمييز بين فرضين: **الفرض الأول** أن من المبادئ العامة للقانون ما يرد ضمن نصوص التشريع نفسه، وفي هذه الحالة يتوجب تقديم هذه المبادئ - باعتبارها واردة في نص تشريعي - على مبادئ الشريعة الإسلامية. **الفرض الثاني** ألا ترد المبادئ العامة للقانون ضمن قواعد التشريع، وفي هذه الحالة يتعين تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على مبادئ القانون¹¹⁶. والواقع أن هذا التمييز بين الفرضين المذكورين أعلاه محل نظر، ذلك أن المبادئ العامة للقانون لا ترد دائما في نصوص تشريعية مكتوبة، إذ من الممكن استخلاصها من مجموعة من النصوص القانونية المتفرقة التي يمكن الربط بينها، أو استخلاصها من روح التشريع أو من النظام القانوني في جملته، فهي تجد سندها في النصوص القانونية أو فحواها¹¹⁷. ومما يؤيد هذا التحليل، أن المادة الأولى مدني في فقرتها الأولى تنص على القانون يسري: "...على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها". وعلى ذلك فإن مبادئ القانون يمكن أن ترد في شكل نصوص، ويمكن أن تمثل فحوى النصوص، وفي هذه الحالة يمكن استخلاصها عن طريق إشارة النص أو عن طريق دلالته أو مفهومه¹¹⁸.

إن العلة من تقديم المبادئ العامة للقانون على مبادئ الشريعة الإسلامية واضحة وهي المحافظة على انسجام القانون المدني، وتناسق نصوصه، وهو ما ذكره واضع القانون المدني المصري صراحة، إذ كتب يقول: "...يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه..."¹¹⁹. ولا شك أن هذا القيد ينطبق أيضا على القانون المدني الجزائري، فمادام أن التشريع هو المصدر الأصلي للقانون،

فلا بد إذن أن تسيير المصادر الاحتياطية في ركبه، فلا تخالف نصوصه سواء من حيث اللفظ أو من حيث الفحوى.

يظهر أن بعض الفقه الجزائري كان محققا، إلى أبعد الحدود، عندما رأى أن "العمل بمبادئ الشريعة الإسلامية، سواء كما جاء في عرض الأسباب أو في المادة الأولى من القانون المدني فهو مجرد شعار سياسي دون مضمون حقيقي في الواقع، ولعل ما يؤكد هذا هو المكانة الحقيقية لمبادئ الشريعة الإسلامية في المنظومة القانونية. صحيح أن كل الدساتير الجزائرية المتعاقبة كرست (الإسلام دين الدولة) كمبدأ دستوري، غير أنه من حيث الواقع ليس هناك مجال لتطبيقه، لأن كل جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية وغيرها تخضع لمبادئ دستورية أخرى. وأما القانون المدني، باعتباره شريعة عامة، فلم يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية سوى مصدر رسمي احتياطي يلجأ إليه حالة عدم وجود تشريع...بالإضافة إلى ذلك فإن الأخلاق من صدق وثقة وأمانة وتعاون وغيرها تعتبر عنصرا أساسيا في أحكام الشريعة الإسلامية، في حين أنها مستبعدة تماما في الفكر القانوني الغربي..."¹²⁰.

خاتمة

إن الشريعة الإسلامية، في اعتقادنا - لا تُخدم عن طريق المبالغات والمغالطات من خلال الزعم أن كثيرا من نصوص القانون المدني مستمدة من الشريعة الإسلامية، مع أنها في حقيقتها مستمدة - في غالبيتها - من القوانين الأجنبية، غاية ما في الأمر أن لها سندا في الشريعة الإسلامية، ولا الزعم أن القانون المدني موافق في جوهره للشريعة الإسلامية، في حين أن الحقيقة خلاف ذلك تماما، فقد كان الأولى بمروّجي هذه المزاعم الانكباب على دراسة كتب الفقه الإسلامي لاستخراج كنوزه، بدل نسبة نظريات أوروبية المنشأة لأحكام الشريعة الإسلامية، بل والانغماس في القوانين الوضعية تحت ستار "ما لا يخالف الشريعة الإسلامية". إن هذه المزاعم تضر الشريعة الإسلامية أكثر مما تخدمها، فتكاد تسلبها خصوصياتها، وتصوّرها على أنها نظام قانوني كغيره من الأنظمة القانونية المقارنة، ولا تتميز عنها إلا في بعض المسائل، وهذا ما فتح الباب واسعا لأعداء الإسلام للإدعاء أن الشريعة الإسلامية ما هي إلا قانون روماني في شكل عربي !!

لقد جرت عادة بعض الكُتاب على القول بأن إعراض الدول العربية عن الشريعة الإسلامية كان بسبب الضغوط التي مارستها وتمارسها الدول الاستعمارية، ولكن يجب الاعتراف أيضا بحقيقتين ساهمتا، بقوة، في استبعاد الشريعة الإسلامية، فمن

جهة لمست السلطات جمودا فقهيها عند كثير من الدارسين في فترة رواج القوانين التي أصدرها الجنرال نابليون، إذ ظهرت الشريعة الإسلامية وكأنها عاجزة عن مسايرة مستجدات العصر، فكان ذلك حافزا قويا لاقتباس هذه القوانين باعتبارها تمثل النهضة العلمية في أوروبا، ومن جهة أخرى رأت ذات السلطات انفتاحا في أقوال بعض الفقهاء وكثير من شرّاح القانون تزعم أن القوانين الوضعية، لاسيما المدنية، موافقة في جوهرها للشريعة الإسلامية، فكان ذلك سببا في الإبقاء على هذه القوانين، بل والانغماس فيها.

إن خدمة الشريعة الإسلامية تتطلب أموراً ثلاثة: من ناحية أولى يتعيّن عرضها كنظام قانوني مستقل في منطلقاته وتصوّراته واصطلاحاته، ولا يهم بعد ذلك إن وافقت القوانين الوضعية أو خالفتها، وعلى ذلك فمن الخطأ البين، في نظرنا، ما يردده بعض شرّاح القانون من وجوب دراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن، ذلك أن الشريعة الإسلامية حاكمة على القوانين لا محكومة بهذه القوانين، فالأولى عرض القوانين على الشريعة الإسلامية لا عرض الشريعة على القوانين. ومن ناحية ثانية يجب العمل على تطبيقها ولو تدريجيا، لا كما يردد بعض شرّاح القانون أنه يمتنع تطبيقها إلا بعد دراستها دراسة علمية، فقد أثبتت التجربة أنه كلما مرّ الوقت إلا وتغلغلت القوانين الوضعية في المجتمع أكثر فأكثر إلى درجة أن أصبحت الشريعة الإسلامية غريبة في عقر دارها. ومن ناحية ثالثة يلزم الشروع عاجلا في تدريس أحكام الشريعة الإسلامية على مستوى كليات الحقوق من خلال التركيز على دراسة أصول الفقه وفقه المعاملات الشرعية من أجل تكوين جيل يجمع بين الأصالة والمعاصرة.

لقد كان الدستور صريحا في النص على أن الإسلام دين الدولة، ولكن لم تصاحبه، منذ الاستقلال، أي إرادة سياسية في تطبيق الشريعة الإسلامية وتجسيد أحكامها على أرض الواقع من خلال وضع آليات تسهر على تفعيل هذا النص الدستوري تدريجيا، وفي ظل غياب مثل هذه الآليات يبقى الحديث عن الإسلام دين الدولة أو مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني مجرد شعارات دون أثر قانوني.

الهوامش

- 1- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 16، 2003، ص 7.
- 2- مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 1 المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 2004، ص 50.
- 3- صوفي أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، مكتبة نهضة مصر، 1954، ص 3.
- 4- انظر في مرونة الفقه الإسلامي وسعته: يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 2001، ص 135 وما بعدها.
- 5- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، المجموعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 29-30.
- 6- انظر في التعريف بالمجلة وشرحها: سليم رستم باز، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988. علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 7- استمر العمل بمجلة الأحكام العدلية في لبنان إلى سنة 1934، وسوريا إلى سنة 1949، والعراق إلى سنة 1951، والأردن إلى سنة 1976، والكويت إلى سنة 1980.
- 8- عبد المنعم الهاشمي، الخلافة العثمانية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003، ص 409.
- 9- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1988، ص 232.
- 10- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1 المدخل للعلوم القانونية، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، منشورات مكتبة صادر، ط 6، 1987، ص 439.
- 11- « *Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français...* ». P. Arminjon, B. Boris Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950, T2, p618.
- لقد نقل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا الكلام ولم يعقب عليه، مما يدل على موافقته عليه. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2000، ص 89، هامش رقم 3.
- 12- يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني المصري، وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولاشك في أن ذلك يزيد كثيرا في أهمية الشريعة الإسلامية...!!". المرجع نفسه، ص 59.

13- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، المجموعة الثانية، المرجع السابق، ص 42.

14- عمر سليمان الأشقر، الشريعة الإلهية، دار النفاثس، الأردن، ط 3، 1991، ص 97.
15- « *Les autorités coloniales françaises avaient nié pratiquement tous les aspects de la culture algérienne, en s'attaquant non seulement à la langue arabe...mais aussi à la religion musulmane* ». A. Filali, *Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit Algérien*, in Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial, 2012, p 93.

16- جمال قتان، نصوص سياسية جزائرية في القرن التاسع عشر (1830 - 1914)، ج 3، منشورات وزارة المجاهدين، 2009، ص 368.

17- « *La législation de chaque nation...est l'émanation de son présent et de son passé...ce qui s'entend pour l'Algérie, d'un retour aux sources du droit musulman et une adaptation aux besoins et aux objectifs de notre législation socialiste* ». Cité par Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, RASJEP, 2013.n°1, p 25.

18- « *L'Algérie est parfaitement consciente du fait que ses lois actuelles lui sont étrangères, qu'elles sont en contradiction avec ce qu'il y a de meilleur dans notre législation musulmane traditionnelle....Il est donc nécessaire de procéder à une refonte totale de notre législation, à la fois par un retour aux sources du droit musulman et par une adaptation aux besoins et aux objectifs de la révolution socialiste* ». Discours du 13 mars 1971, Paul Balta et Claudine Rulleau, *La stratégie de Boumediene*, La bibliothèque arabe, Sindhab, p 134.

19- « *Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être rechercher dans nos valeurs arabo-islamiques ainsi que dans les apports positifs du monde moderne dans lequel évolue notre société* ».

20- كانت هذه الأمنية من أعز الأمنيات عند الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، إذ كتب يقول: "أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور، وتتطوي عليها الجوانح..." الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 60، هامش رقم 1.

21- العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1 المصادر الإرادية، دار هومة، 2014، ص 74.

22- يقول الأستاذ علي سليمان: "ولكم كنت سعيدا حين وجدت القانون الجزائري قد تقدم خطوة على القانون المصري فاتخذ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون عند عدم

- وجود نص تشريعي". ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 6.
- 23- علي فيلالتي، مقدمة في القانون، موقف للنشر، ط 2، 2010، ص 157.
- 24- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، ط 18، 2011، ص 125.
- 25- انظر: جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، 1983.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 716.
- 27- انظر مثلاً في الفقه الجزائري: علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الشرعية الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 45. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 74. تقول الأستاذة فريدة محمدي: "...ونظرية الظروف الطارئة التي نص عليها القانون الوضعي مأخوذة من نظرية العذر في الشرعية الإسلامية...". المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 70.
- 28- ذهبية حامق، المقاربات بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية. أحكام نظرية الظروف الطارئة مثلاً، ضمن أعمال الملتقى الدولي: "تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 04، 2015، ص 105.
- 29- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط 4، 1997، ص 146. وفي نفس السياق توصل الأستاذ قذا في عزات الغنائيم إلى أن بين نظرية الظروف الطارئة (الغربية) ونظرية العذر (الإسلامية) "فوارق جوهرية"، واقترح الاعتماد على مبادئ: العذر، والجوائح، وتغير النقود لتشكيل نظرية إسلامية للظروف الطارئة. العذر وأثره في المعاوزات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، 2008، ص 329.
- 30- انظر مثلاً في الفقه الجزائري: علي علي سليمان، الشرعية الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 48، وهو يقول بصريح العبارة: "استمد القانون المدني الجزائري، كغيره من القوانين العربية حوالة الدين من الشرعية الإسلامية". انظر أيضاً: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 74. وفي نفس الاتجاه تقول الأستاذة فريدة محمدي: "...وتعد الشرعية الإسلامية أيضاً مصدراً مادياً لبعض نصوص القانون المدني منها حوالة الدين، وهي مأخوذة من الشرعية الإسلامية، إذ القانون الفرنسي ينص على حوالة الحق دون حوالة الدين...". المرجع السابق، ص 71.
- 31- رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن.

- 32- مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبه الجديد، ج 3 المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1999، ص 75 وما يليها.
- 33- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 1998، ص 26. انظر أيضا: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2000، ص 420 وما يليها.
- 34- صوفي حسن أبوطالب، المرجع السابق، ص 175 وما يليها.
- 35- يظهر أن هذا السبب هو الذي جعل المشرع الأردني في تنظيمه للحوالة في المواد من 993 إلى 1017 مدني يبتعد عن اصطلاحات حوالة الدين وحوالة الحق، ويأخذ بالتصنيف المعروف في الفقه الإسلامي عند الحنفية: الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة.
- 36- عبد الودود يحيى، حوالة الدين، دكتوراه، جامعة القاهرة، دون تاريخ، ص 5.
- 37- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 63.
- 38- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، المرجع السابق، ص 420 وما يليها.
- 39- A. Filali, *La codification du droit de la famille : une harmonisation aléatoire du droit algérien*, in *La cohabitations des systèmes juridiques dans le droit algérien et les approches régionales du droit*, Université d'Alger1, Les annales, Série spéciales, 2015, n°4, p 89.
- 40- انظر مثلا في الفقه الجزائري: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 1986، ص 54. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4 عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص 60.
- 41- سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 68.
- 42- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن المشرع أراد أن: "يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني". مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 4، ص 19.
- 43- جرت عادة شرّاح القانون المدني على الاستشهاد بهذا الحديث، في حين أنه ضعيف باتفاق علماء الحديث !!!
- 44- عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مطبعة مهوي، الكويت، ط 2، 1995، ص 502 وما بعدها.
- 45- من هذا الرأي: أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي، شرح القانون المدني، ط 3، 1954، ص 72.

- 46- من هذا الرأي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2000، ص 124. سمير تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص 69. أنور سلطان وجلال العدوي، العقود المسماة، عقد البيع، دار المعارف، 1966، ص 171.
- 47- من هذا الرأي: توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979، ص 109. عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، 1960، ص 125.
- 48- حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، دار السلاسل، الكويت، 1989، ص 92.
- 49- عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 123.
- 50- انظر في أحكام العقد غير اللازم: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، جامعة الكويت، 1994. وهو يقول: "...نظرية العقد غير اللازم التي ينفرد بها هذا الفقه الحنيف، والتي تستند أساسا إلى نظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي". ص 18.
- 51- انظر مثلا: سليمان مرقس، الواجبات في شرح القانون المدني. العقود المسماة، ج 1 عقد البيع، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، مكتبة صادر، ط 5، ص 306.
- 52- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مطبعة السعادة، ص 44.
- 53- انظر في شرح هذه الأحكام: عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 46 وما بعدها.
- 54- انظر مثلا: محمد حسنين، المرجع السابق، ص 216 وما بعدها. خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ج 5 عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 480 وما بعدها.
- 55- انظر في عرض آراء المذاهب الإسلامية: محمد الزحيلي، مرض الموت وأثره على التصرفات عامة والبيع خاصة في الشريعة والقانون، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، ج 5 مستجدات فقهية وقضايا مالية معاصرة، دار المكتبي، دمشق، 2009، ص 425.
- 56- يظهر ذلك واضحا عند الرجوع إلى كتب أصول الفقه، انظر مثلا من المعاصرين: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1986، ص 173. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2004، ص 83. قارن عبد العزيز محمودي، إذ كتب يقول: "...ولم يقل من فقيه في الشريعة الإسلامية أن المريض مرض الموت به عيب من هذه العيوب (عيوب الإرادة) أو عارض عليها (عوارض الأهلية)!!" المرجع السابق، ص 44.

- 57- انظر في بسط عوارض الأهلية في القانون المدني الجزائري: شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 346 وما بعدها. علي فيلالي، نظرية الحق، موقف للنشر، الجزائر، 2011، ص 218.
- 58- انظر في أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في تنظيم مرض الموت: حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 2007، ص 205 وما بعدها.
- 59- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.
- 60- L. Hanifi, *La dernière maladie, en droit civil algérien*, RASJEP, 1996, n°4, p 525. A. Filali, *Bilinguisme et bi juridique, l'exemple du droit Algérien*, op. cit, p 105 et s.
- 61- "...لاسيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة في مذاهبها المختلفة دون عناء." مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص 189.
- 62- يقول الأستاذ توفيق حسن فرج: "والجدير بالذكر أنه لا ينبغي أن يفهم أن التقنين المدني الحالي يخالف الشريعة الإسلامية، ذلك أنه فيما عدا بعض النصوص التي قد تبدو لأول وهلة أنها مخالفة لهذه الشريعة، مثل تلك التي تنظم الفوائد، فإننا لا نجد أن ما جاء من تنظيمات لأحكام المعاملات المدنية بهذا التقنين يتعارض مع أحكام الشريعة. وإذا كانت نصوص التقنين قد صيغت في عبارات سهلة ميسرة، حتى تكون مقبولة لدى رجال القانون وطلابه، فإن جوهرها لا يختلف عما ورد في الشريعة الإسلامية التي لا تختلف بدورها - في مجال المعاملات بالذات - عن الشرائع الأخرى، ذلك أن المعاملات المدنية في جوهرها لا تختلف من مجتمع إلى آخر، وهذا هو الشأن في كافة أحكام المعاملات الأخرى. ومن أجل هذا لا يمكن أن تنتهم التقنين المدني المصري أنه ليس نقلا عن الشريعة، إذ العبرة بالجوهر، والجوهر لا يختلف عن جوهر الشريعة...". النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 12-13.
- 63- شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري. الالتزامات أنموذجا، ، ضمن أعمال الملتقى الدولي: القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر1، عدد 05، 2016، ص 105.
- 64- F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd, Dalloz, 2013, p 38.
- 65- انظر، برنار غروتويزن، فلسفة الثورة الفرنسية، ترجمة عيسى عصفور، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت - باريس، 1982 .

66- في بيان هذه الحقيقة التي تميز الشرعية الإسلامية عن القوانين الوضعية يقول الأستاذ عبد الناصر توفيق العطار: "...وحتى بالنسبة للقواعد القانونية التي تسعى إلى العدالة، فلا يمكن القول بأن الاشتغال بها اشتغال بشرع الله، إن العمل بالشرعية الإسلامية فيه معنى الخضوع لله عز وجل، بينما العمل بالقانون فيه معنى الخضوع للبشر، وفرق شاسع بين المعنيين، وإنما الأعمال بالنيات". مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشرعية الإسلامية، مطبعة السعادة، 1979، ص 14.

67- يقول الأستاذ محمد بن حسن القرني: "فهذان المقصدان العظيمان هما فرق ما بين التشريع الإلهي والتشريع الوضعي في كل زمان ومكان...". التشريع الوضعي في ضوء العقيدة الإسلامية، ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1423، ص 151.

68- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، تحقيق محمد عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 37-38.

69- انظر في عرض نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتمييزها عن القوانين الوضعية: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، 1988.

70- نقلا عن: يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 99.

71- عمر سليمان الأشقر، خصائص الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1982، ص 32.

72- انظر في نفس المعنى: مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون. نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2002، ص 284 وما بعدها.

73- لم يتردد بعض الفقه القانوني في إبراز استقلالية الشريعة الإسلامية وأصالتها، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ علي فياللي: "...إن الشريعة الإسلامية تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، لاسيما وأنها تحوي على أسس كلية ومبادئ قانونية عامة مستمدة من الدين الإسلامي، تمكّنها - على غرار الأنظمة القانونية الأخرى - من إيجاد الحلول التفصيلية لكل متطلبات الحياة اليومية...". مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 37.

74- من هؤلاء الشراح الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، إذ يقول: "ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني المصري... ولاشك أن ذلك يزيد كثيرا في أهمية الشريعة الإسلامية ويجعل دراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن أمرا ضروريا لا من الناحية الفقهية فحسب، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية...". الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 59.

75- عارض بعض الفقه، بشدة، هذه المنهجية المنحرفة، فقد كتب الأستاذ محمد زكي عبد البريقول: "ويجب الصدور بادئ ذي بدء عن الفقه الإسلامي، وبعبارة أخرى يجب البدء بصياغة الأحكام أخذاً عن كتب الفقه الإسلامي...نحن لا نرى أن هناك في الشريعة الإسلامية ما يسمى "ما لا يخالف الشريعة الإسلامية"، ذلك أن الشريعة الإسلامية كاملة في أسسها ومبادئها... فالأحكام في نظرها إما أن تكون صادرة عنها، أي عن الأدلة الشرعية التي تقرها... وإما أن تكون غير صادرة عنها فليست منها، وليس هناك منطقة وسطى تسمى منطقة "ما لا يخالف الشريعة الإسلامية"، فما "لا يخالف الشريعة الإسلامية" ليس من الشريعة الإسلامية...". تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، ط2، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986، ص 81 وما بعدها.

76- مخلوف الميناوي، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، 2000.

77- كان الأستاذ (Santillana) يرى أن الشريعة الإسلامية مستمدة من القانون الروماني !!! انظر: صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 6. وقد تعمّد هذا الأستاذ الغموض في ذكر المصادر الرسمية الاحتياطية لمجلة الالتزامات والعقود التونسية من أجل إقصاء الشريعة الإسلامية، فقد جاء الفصل 535 من المجلة على النحو الآتي: "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون" !!

78- يلاحظ أن واضع قانون الموجبات والعقود اللبناني الأستاذ الفرنسي (Josserand) قد تعمّد عدم ذكر مصادر هذا القانون حتى لا يذكر الشريعة الإسلامية !!!

79- المصلحة المرسله هي ما لم يشهد الشرع لاعتباره ولا لإلغائه بدليل خاص. وضوابط الأخذ بها أربعة: - ألا تكون المصلحة مصادمة لنص أو إجماع. - أن تعود على مقاصد الشريعة بالحفظ والصيانة. - ألا تكون المصلحة في الأحكام التي لا تتغير. - ألا تعارضها مصلحة أرجح منها أو مساوية لها، وألا يستلزم من العمل بها مفسدة أرجح منها أو مساوية لها. انظر: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، الرياض، ط 6، 1428، ص 233 وما بعدها.

80- يقول الأستاذ زكي عبد البر: "لا يلجأ إلى المصالح المرسله إلا إذا لم يوجد نص من قرآن أو سنة أو إجماع ولا يمكن أن تكون المصالح المرسله الدليل الشرعي الوحيد لفرع كامل من فروع القانون... فلا يقبل أن يؤخذ القانون الوضعي من القانون الفرنسي ويُنسب إلى الفقه الإسلامي باسم المصالح المرسله وإن كان لا مانع من أن نسترشد به وبغيره في بعض المواضع المحدودة التي لم يرد فيها نص أو إجماع لتحقيق مصلحة شرعية". المرجع السابق، ص 84.

- 81- عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية، أيلول 1962، نقلا عن محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون. تقنين الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 137.
- 82- انظر في عرض هذه المسألة: عبد العظيم جلال أبو زيد، فقه الربا، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2004. محمد علي محمد أحمد البنا، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006.
- 83- انظر في الرد على شبهات المحللين: يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا المحرم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.
- 84- انظر في عقود الغرر في القانون: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، عقود الغرر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2000. وانظر في عقود الغرر في الفقه الإسلامي: الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دلة البركة، ط 2، 1995.
- 85- انظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في 1399/04/04، وقرار مجمع الفقه الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في 1406/04/16. انظر: عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، التأمينات البرية، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 32 وما بعدها.
- 86- يقول الأستاذ وهبة الزحيلي: "لكل هذه الأسباب تغلبت وجهة نظر العلماء المعاصرين بتحريم التأمين التجاري بعد عشرات السنين من الحوار والنقاش والمؤتمرات والمقالات، واتجه الفقهاء المتورون الموقفون إلى البحث عن بديل لهذا التأمين ألا وهو التأمين التعاوني". المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2002، ص 268.
- 87- ذهب بعض الشراح إلى القول بأن المشرع قد نص: "على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للأحكام القضائية". انظر: تومي آكلي ومدني هجيرة، منهج الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، عدد خاص، 2016، ص 143. ولاشك أن هذا الكلام مجاني للصواب، لأن المشرع قد اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون كما هو واضح من المادة الأولى مدني. وفي نفس السياق رأى الكاتبان أن المشرع قد نص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدرا ماديا"، ص 145، ولاشك أن هذا أيضا مجاني للصواب، لأن المشرع قد اعتبرها مصدرا رسميا احتياطيا، والفرق شاسع بين المصدر المادي والمصدر الرسمي.
- 88- يرى الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني أن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني السوري، مجرد: "تهدئة وهمية لنفوس الناس

إظهارها أن الشريعة من مصادر القانون المتقدمة". أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 183.

89- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون. النظرية العامة للقانون، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 106.

90- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 168.

91- إن هذا النص منتقد، في اعتقادنا، من نواح عدة: ومن ناحية أولى يفترض النص أن القاضي قد لا يجد حولا في مبادئ الشريعة الإسلامية فيضطر إلى الرجوع إلى أحكام العرف، ولاشك أن هذا الافتراض يأباه كل مسلم يعلم علم اليقين أن الشريعة الإسلامية - ولو جرت الإحالة إلى مبادئها فقط - شريعة ربانية لا يأتيتها النقص أبدا، فهي صالحة لكل مكان وزمان مصداقا لقوله تعالى: "ما فرطنا في الكتاب من شيء". سورة الأنعام. الآية: 38. ومن ناحية ثانية إن العرف الذي أُحيل عليه القاضي عند عدم وجود حلول في مبادئ الشريعة الإسلامية هو أصلا مصدر من المصادر المعتبرة في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين". سورة الأعراف. الآية: 199. ومن القواعد الفقهية المتعارف عليها: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، وعلى ذلك كان من الواجب الاستغناء عن الإحالة على العرف، خاصة والشريعة الإسلامية تقيده بأحكامها في حين أن النص لم يذكر مثل هذا التقييد، مما يتبادر إلى الذهن أن القاضي قد يعتد بالعرف ولو كان مخالفا للشريعة الإسلامية. ومن ناحية ثالثة إن الإحالة، في نهاية المطاف، على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أمر غير مبرر تماما، ذلك أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يغني عن ذلك طالما أن القاضي ملزم بالاجتهاد في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، من جهة، ومن جهة أخرى إن الإسلام دين الفطرة لقوله تعالى: "فطرة الله التي فطر الناس عليها" سورة الروم. الآية: 30. وهو دين القسط لقوله تعالى: "وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان". سورة الرحمن. الآية: 9. مما يعني بالضرورة أن الشريعة الإسلامية تتضمن ما يسمى عند الفقه الغربي بـ "القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

92- إن هذه المادة منقولة بطريقة شبه حرفية من المادة الأولى من القانون المدني المصري، إلا أن هذا الأخير قد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد العرف!! وجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الأخيرة بعد التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة!!!

93- انظر مثلا في الفقه الجزائري: علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 243. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 169. عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 105.

94- انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 1، ص 190-192.

95- في عرض هذه الحجة يقول الأستاذ سليمان مرقس: "إن هذه الإحالة واردة على المبادئ الكلية التشريعية الإسلامية لا على أحكامها التفصيلية. وقد قصد المشرع ذلك لأن المبادئ مسلمة لا خلاف فيها، أما الأحكام الجزئية فتتعدد بشأنها الآراء والمذاهب ويكثر في شأنها الخلاف، ومن شأن ذلك أن يجعل الإحالة عليها غير مجدية". الواج في شرح القانون المدني، ج1 المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 445.

96- يقول الأستاذ حسام الدين الأهواني: "...ولهذا يكون الرجوع إلى المبادئ أولاً ثم النزول إلى الحل التفصيلي في ضوء ما يوجد من آراء فقهية حيث ينتقي منها ما يتفق مع القانون...". أصول القانون، المرجع السابق، ص 187.

97- يشير بعض الفقه صراحة إلى عدم الرجوع إلى الأحكام التفصيلية، يقول الأستاذ محمد حسين منصور: "...ولا يرجع إلى الأحكام التفصيلية التي تختلف فيها الآراء، بل يأخذ بالأصول الكلية". المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 206.

98- توصل الأستاذان تومي آكلي ومدني هجيرة إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي: "مجموعة من القواعد الكلية العامة النصية والمعنوية المستخلصة من الأدلة الشرعية تمثل النظام المنطقي المنهجي للنظام الشرعي الإسلامي وتعبّر عن الأسس العامة لفلسفة التشريع ومصدرا للاستدلال عن الأحكام الشرعية العملية". المرجع السابق، ص 171 وذكرنا كأتمثلة على المبادئ العامة النصية: "لا ضرر ولا ضرار"، الضرورة...وأتمثلة على المبادئ العامة المعنوية: الاستحسان، المصلحة المرسله...المرجع نفسه، ص186 وما بعدها. ويبقى هذا التأصيل، في اعتقادنا، محل نظر، إذ ينطلق من تعريف جد واسع، فيدمج القواعد الفقهية ضمن مبادئ الشريعة، مع أن هذه القواعد هي منطقة وسطى بين أصول الفقه والفقه، فهي ليست مبادئ بالمعنى الفني الدقيق، كما أن هذا التعريف يدمج مصادر الفقه التبعية كالمصلحة المرسله ضمن المبادئ، في حين أن هناك فرقا واضحا بين المصادر والمبادئ.

99- انظر مثلا في الفقه الجزائري: علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 243.
100- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 6، 1993، ص 300، هامش رقم 1. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 279، هامش رقم 2.

101- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 366.

102- عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ط 2، 2012، ص 105 وما بعدها.

103- يقول الأستاذ سمير تافغو: "ومن الواضح أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة. وهذه المبادئ لا

تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية، ورجوع القاضي إليها لا يعتبر تطبيقاً لقواعد قانونية تفصيلية، ولكنه استلزام للمبادئ العامة الكلية، وللموجهات والأفكار الأساسية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، وهذه المبادئ العامة تعتبر جزءاً من المبادئ العامة للقانون المصري". النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 265.

104- يظهر أن الأستاذ علي فيلالي لا يعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً، إذ كتب يقول: "... وطالما أن العبرة هي بمبادئ الشريعة لا بالأحكام التفصيلية، فلا يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي، وإنما كل ما يمكن أن يقوم به القاضي هو الاستعانة بمبادئ الشريعة كمصدر مادي لا غير". مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 245.

105- يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 21.

106- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 56

107- مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج1 المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 153 .

108- عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، 2005، ص 42.

109- يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات...ولكن قيل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن...". الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 60، هامش رقم 1.

110- يُلاحظ أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري يشير صراحة إلى اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً من مصادر القانون، فقد ذكر أن القانون المدني الجديد قد "استحدث أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه، وجعل، بعد ذلك كله، الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون المدني، يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". المرجع نفسه، ص 56. ولاشك أن ما ذكره الأستاذ السنهوري مخالف لنص المادة الأولى مدني.

111- انظر مثلاً في الفقه الجزائري: علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 243. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 170.

112- يقول الأستاذ علي فيلالي: "وعلى العموم فإن الشروط الواجب توفيرها لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية صعبة المنال لكون التشريع أصبح يتناول كل كبيرة وصغيرة، ولا ينشغل بمجال إلا نظمه تنظيمًا مفصلاً...". مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 245. يقول الأستاذ محمد سعيد جعفرور: "وفي الواقع يراعى أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر

- وقوعه، ذلك أن التشريع بغزارته وسرعة سنّته، وهو المصدر الرسمي الأصلي للقانون، لم يعد يترك مجالاً كبيراً للجوء إلى الشريعة الإسلامية". المرجع السابق، ص 170.
- 113- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 279.
- 114- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، المرجع السابق، ص 189.
- 115- انظر مثلاً في الفقه الجزائري: علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 244. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 170.
- 116- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 280.
- 117- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، ج1 القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 168 وما بعدها.
- 118- انظر في هذا المعنى: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1 المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 446.
- 119- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 61.
- 120- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 20-21.