أثر فقه الإمام مالك

في القانون المدني

أ.د/فاطمة الزهراء علاوي

جامعة مولاي اسماعيل – المغرب

شكلت الحضارة الإسلامية بالأندلس أعظم حضارة عرفتها البشرية من حيث التحضر، بل إنها أعظم حضارة على الإطلاق، فبعد فتح شبه جزيرة إيبريا[1] الذي يعد حدثا من أعظم الأحداث التاريخية في بداية العصور الوسطى، قامت دولة عربية إسلامية في القارة الأوروبية ، وهي الدولة التي استمرت قائمة على مدى ثمانية قرون، حيث استطاع الأندلسيون أن يجعلوا من وطنهم واحدا من أكبر بلاد الإسلام ازدهارا ، وأقاموا صرحا امتزجت فيها عناصر أروبية وإفريقية وأسيوية، وكانت لها شخصيتها المتميزة عن غيرها من حضارات البلاد الإسلامية الأخرى، واستطاعت أن تصبح جسرا عبرت خلاله الثقافة العربية الإسلامية إلى الغرب الأروبي[2]. ومما لا شك فيه أن مدة الثمانية قرون هذه كفيلة بأن يترك التشريع الإسلامي بصماته الواضحة على النظام القانوني في أوروبا، خاصة وأن المبدأ الذي كان يحكم الشريعة الإسلامية بالنسبة لسريانها من حيث المكان هو مبدأ الإقليمية ، أي أن كل من يقيم في دار الإسلام يخضع لحكمها، وتبعا لذلك فتطبيق الفقه الإسلامي في الأندلس كان فرصة جد مناسبة لتتعرف أوروبا على أحكام هذا الفقه خاصة وأن الأندلس كانت منارة للعلم والمعرفة، في حين كانت أوروبا تعيش في جهالة عمياء، يقول سيد عبد الله حسين في هذا الصدد: "وفي غياهب الجهل ومجاهل التوحش دخل الإسلام أوربا وحكم أهلها ، وأسس فيها قواعده العادلة ووفد على الأندلس جميع سكان أوروبا يغترفون من العلم وأسس الحياة الصحيحة هناك... كان مذهب مالك، أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي ، وهذا في حكم هشام بن عبد

[1]– شبه جزيرة إيبريا أو جزيرة الأندلس أثناء فترة الحكم الإسلامي للأندلس تقع في الجنوب الغربي من القارة الأوروبية، تتكون من إسبانيا والبرتغال و أندورا، ومنطقة صغيرة جدا في فرنسا ومنطقة جبل طارق، وتشكل إسبانيا الجزء الأكبر منها، يحدها البحر الأبيض المتوسط من الجنوب والشرق ، والمحيط الأطلسي من الشمال والغرب ، وتتصل مع أرو با من طرفها الشمالي الشرقي ، ومساحتها تزيد عن 582860 كلم مربع ،وتشكل جبال البرانس الحدود الطبيعية مع أروبا بشبه الجزيرة الأيبيرية.

[2]– تاريخ الأندلس السياسي لمحمود مكي ، ج 1 ص 58.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرحمن، فلم تأت سنة 200هـ حتى تقلص ظل المذهب الأوزاعي وساد المذهب المالكي في الحكم والقضاء"[3].

كما أن الظروف التاريخية التي تمت فيها العلاقات الأوروبية بالمجتمعات الإسلامية سواء أثناء الحروب الصليبية أو في سياق العلاقات التجارية بين الشرق والغرب، أو إبان الحكم العثماني لكثير من البلاد الأوروبية وتطبيقه قوانين إسلامية في هذه البلاد هو ما أعطى الفرصة كاملة ليتعرف المراقبون الأوروبيون على مبادئ الفقه الإسلامي ومقارنة هذه المبادئ الراقية بما كانوا يطبقونه من قوانين، والإفادة منها في ترقية هذه القوانين والتأثر بها، ونقل بعض مصطلحات هذا الفقه .

زيادة على ذلك ، فقد شكلت الترجمة أحد القنوات الرئيسة لنقل الثقافة الإسلامية من الأندلس إلى أوروبا، إذ كانت الأندلس أهم مركز للترجمة من العربية إلى اللاتينية، وقد كان للطلاب الغربيين بالمدارس الإسلامية في الأندلس وغيرها أثر كبير في نقل مجموعة من الأحكام الفقهية والتشريعية إلى لغاتهم، ولم تكن أوروبا في ذلك الحين على نظام متقن ولا قوانين عادلة.

وتبعا لذلك، فقد ترجم الفرنسيون عند احتلالهم مصر أشهر كتب الفقه المالكي إلى اللغة الفرنسية، ومن أوائل هذه الكتب مختصر العلامة خليل في الفقه المالكي الذي يشكل نواة القانون المدني الفرنسي.

وقبل الخوض في هذا الموضوع، أشير أن هذا الكتاب أثار همم العلماء وأسال المداد من أقلامهم، فكتبوا شروحا وحواشي وتعليقات وتقريرات، بل وترجمات إلى لغات أخرى غير اللغة العربية، حتى بلغت شروحه المئات[4]، وأصبح المرجع في الفتوى والقضاء وفق مذهب الإمام مالك، بل إنه من ضمن المراجع المعتمدة في أثناء إعداد وصياغة مجموعة من القوانين الوضعية ومن ضمنها القانون المدني الذي يعتبر أصل القوانين. أما عن أهم المصادر التي اعتمدها هذا المؤلف فهي: المدونة والمختلطة لسحنون، والمعزية لمحمد

[3]– المقارنات التشريعية لسيد عبد الله حسين ، ج1 ص 18.

[4] – ذكر حاجي خليفة في كتابه كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون بعض شراح المختصر فقال :– مختصر الشيخ خليل في فروع المالكية ، شرحه كمال الدين محمد المعروف بابن الناسخ و الطرابلسي وسماه الدرر في توضيح المختصر، وبهرام عبد الله المالكي الدميري المتوفي سنة 805، ومحمد بن أحمد البساطي المالكي سماه "شفاء العليل"في شرح مختصر الشيخ خليل توفى سنة 842 ولم يكمله و بقي منه اليسير جدا أكمله أبو القاسم النويري، وشرحه الشيخ الإمام ناصر الدين اللقاني المالكي وشرحه الشيخ بدر الدين القرافي المالكي، والعلامة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق التلمساني المتوفي سنة 842 هـ وسماه " المنزع الجليل " وشرحه أيضا العارف بالله محمد بن محمد الحطاب الرعيني المالكي والعلامة المحقق سالم بن محمد السنهوري المتوفي سنة 1015 هـ ، والشيخ عبد الباقي الزرقاني المتوفي سنة 1102 هـ ، وشرحه أيضا شيخ المالكية أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المتوفي سنة 1102 هـ وقد رأيته في أربعة مجلدات كبار ، وشيخ الإسلام العلامة أبو الإرشاد علي بن محمد الأجهوري المتوفي سنة 1066 هـ شروحا ثلاثة ،كبير في عشرة أجزاء ووسط في خمسة مجلدات وصغير في مجلدين .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بن المعز، والعتبية لمحمد بن أحمد عبد العزيز العتبي ، وشرح التلقين للمازري ، والجامع لابن يونس، وتبصرة اللخمي، وكتب ابن رشد الفقيه، وكتب الباجي وكتاب الشفا للقاضي عياض، وكتابه التوضيح على مختصر ابن الحاجب. وهو يعد من أكثر المؤلفات صوابا وأوسعهم فقها وأحسنهم تبويبا، والتي شكلت بالإضافة إلى شروحها مدرسة كاملة في الفقه وحدت صفوف الفقهاء وجمعت كلمة المفتين في المذهب المالكي الذي يقع به التقاضي.

أولا : أثر مختصر خليل في القوانين الوضعية :

لم يحظ المختصر باهتمام العلماء المسلمين فحسب بل اعتنى به الغربيون أيضا، ومنهم المستشرقون القانونيون الذين أولوه اهتماما بالغا، إذ خضع لعديد من الترجمات الغربية سواء باللغة الفرنسية أو الإيطالية أو غيرهما، فترجمه إلى اللغة الفرنسية بيرون PERRONسنة 1847، وترجمه أيضا سينييت SEIGNETTE الذي كان مرافقا للجيش الفرنسي،كما ترجمه إلى اللغة الإيطالية المحامي داوود سانتيانا SANTILLANA[5]، بطلب من وزارة المستعمرات، هذا الأخير كان يتقن الفقه المالكي والفقه الحنبلي[6]. وترجمه إلى الإيطالية أيضا المستشرق الإيطالي والمؤرخ والحقوقي "نالينو 1938 -1855 " الذي كان على دراية كبيرة بالدراسات الشرقية، إضافة إلى هذه الترجمات ، فإن حملة نابوليون الأول على مصر سنة 1798م التي انطلقت من ميناء طولون الفرنسي ، كانت تضم – بالإضافة إلى القوات الخاصة – عددا كبيرا من العلماء والمتخصصين في علم الاجتماع لدراسة المجتمعات الإسلامية والاطلاع على ثقافتها وفقهها، وحاولوا الاندماج مع المصريين وترجموا التراث الإسلامي وبدأ التبادل الثقافي وإرسال البعثات إلى فرنسا ،

[5] – هو موسى بن داوود بن موسى بن داوود سانتيانا ، ينتمي إلى عائلة يهودية ذات أصل إسباني استقرت بتونس منذ قرون، وربما انتهت جذورها إلى عائلة سانتيانا التي عاشت بإسبانيا في القرنين الرابع عشر والخامس عشر، ولد يوم 9 ماي 1855م، تلقى تعليمه الابتدائي بتونس، ثم أتم دراسته الثانوية والعليا بلندن ، بحكم أن أباه كان الرجل الثاني في القنصلية الإنجليزية بتونس، تعلم الفقه الإسلامي وأتقنه بتونس ثم التحق بروما لدراسة العلوم الإدارية والتخصص في الحقل الدبلوماسي، ثم تلقى تكوينه وتعليمه القانوني بإيطاليا، شغل عدة مهام دبلوماسية بتونس واحترف مهنة المحاماة بحكم تكوينه القانوني ، تولى تدريس الفلسفة الإسلامية واليونانية بمصر والفقه الإسلامي بجامعة روما على المذهبين الشافعي والمالكي .وقد تشكلت ألوان ثقافته ولغاته الأمر الذي انعكس على تنوع مؤلفاته، إذ جاءت مؤلفاته مختلفة اختلاف المنابع والموارد، ومن ضمنها : نظم الفقه الإسلامي على المذهبين المالكي والشافعي وهو من أهم المصنفات لدى سانتيانا ومن أهم الكتب في ميدان الاستشراق الفقهي،بالإضافة إلى تعليق على عمل المستشرق الإيطالي" كريغني" المتعلق بالفقه الشافعي ، وكذا تعليق على كتاب الشيخ الطهطاوي، وتعليق على أطروحة حول نظرية التعسف في استعمال الحق، ومفهوم الخلافة والسلطة في الإسلام، وألف بالإيطالية تراث الإسلام، غير أن أبرز عمل قام به هو ترجمته لمختصر خليل الجندي، لمزيد من التفصيل حول ترجمته ، انظر: أصول قانون الالتزامات والعقود لأحمد الدريوش، ص 51 وما بعدها.

[6] – أصول قانون الالتزامات والعقود ، لأحمد دريوش ، ص 132.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خاصة وأن هذه الحملة تزامنت مع ظهور الطباعة[7]. ومباشرة بعد رجوع نابوليون من مصر، دون القانون الفرنسي المعروف بمدونة نابوليون سنة 1804م، ولا شك أنه استفاد من التراث الإسلامي وبالأخص من مختصر خليل ومن ترجمته التي تعد مفتاح التلاقي بين الهوية والغير وجسر للتواصل والمثاقفة . ومما زاد في تأثر التشريع الفرنسي بالفقه المالكي :- بالإضافة إلى حملة نابوليون – احتلال فرنسا للجزائر وبقائها فيها مدة طويلة من الزمن ، حيث لعبت الترجمة دورا كبيرا في المشروع الاستعماري الفرنسي الرامي إلى التوسع والسيطرة والانتشار ، واعتمدت في سبيل تحقيق هذه الأهداف على مجموعة من المستشرقين الذين تولوا مهمة الترجمة وكل ما يتعلق بالطباعة والتأليف في الجزائر [8]، و ركزت اهتمامها بالأخص على ما وجدته من ثروة فقهية مالكية هائلة فيها، وإعجابها بذلك الفقه الذي كان يفوق قانونها الروماني كثيرا ، مما جعل فرنسا تضم كبار فقهاء وقضاة المالكية الجزائريين إلى جانب كبار علمائها في القانون لإصلاح قانونها المدني سنة 1870م كما أثبت ذلك الدكتور سعد الله بلقاسم في كاتبه تاريخ الجزائر الثقافي[9]، فكان نعم الفعل منهم، ونعم التعقل والاستجابة لدواعي الحياة والحضارة في الأخذ بالأصلح فالأصلح وعلى رأسها التشريع والقضاء.

يقول المحامي سانتيانا :"من الأمور الإيجابية التي اكتسبناها من التشريع العربي- يقصد الإسلامي- هذه الأنظمة القانونية العديدة، مثل الشركات المحدودة المسؤولية– القراض–، وهذه الأساليب المتصلة بالقانون التجاري. وحتى لو نحينا هذا كله جانبا، فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة وفي هذا تكمن عظمة هذا التشريع"[10].

كما صرح المؤرخ الفرنسي جان جاك سيديو "SEDILLOT 1771 – 1832 م": " أن قانون نابوليون منقول عن كتاب فقهي في مذهب مالك هو شرح الدردير على متن خليل"[11]. وغير خاف أن الشيخ أحمد الدردير المالكي الأزهري شرح أكبر كتاب في الفقه المالكي وهو مختصر خليل، وأورد في هذا

[7]- المرجع السابق ص 132، وانظر أيضا المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة ، ص 268.

[8]- لمزيد من التفصيل ، انظر: قضايا مختصرة في تاريخ الجزائر الحديث لـ احميدة عمراوي ، ص 135، 2005.

[9] - تاريخ الجزائر الثقافي لأبي القاسم سعد الله ، ج3، ص72.

[10] - المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، تأليف سعد عبد الله علي حسين ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، المجلد الأول ،ص 9.

[11]- معالم الحضارة في الإسلام لناصح علوان ، ص 156. وقد عاصر هذا الفرنسي الشيخ الدردير ودرس الاستشراق والفلك عند العرب ، وينسب إليه كتاب تاريخ العرب الذي نقله إلى العربية عادل زعيتر ، المنجد في اللغة والإعلام ،ج2 ص 319، دار المشرق، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرح خلاصة ما ذكره الأجهوري والزرقاني ، واقتصر فيه على الراجح من الأقوال في المسائل الفقهية، كما له شرح مختصر عليه.

إضافة إلى ما ذكر، فقد برز في تعلمه وتعليمه لسائر علوم الشريعة والعربية خاصة الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك، وقد صار مشهودا له بهذا الفن حتى أطلق عليه في مصر مالك الصغير، وهذه الشهرة والمشيخة تزامنت مع الحملة العسكرية الفرنسية لنابوليون سنة 1798م، وبالتالي فقول سيديو هذا لا يخلو من الصواب[12] ، ولعله عاش وقت تدوين قانون نابوليون سنة 1804م ، وعرف المصادر بل ربما شارك في هذا العمل لأنه معاصر وشاهد على هذا الحدث ، وهذا ما يؤكد التشابه في بعض الأحكام بين القانون الفرنسي والفقه المالكي.[13]كما تؤكد هذا القول عدة دراسات في الفقه المقارن، يقول الأستاذ عبد العزيز

---

[12]– لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ، انظر المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة لمحمد العاجي.

[13] – وتعميما للفائدة نستعرض نماذج من الاتفاق بين مواد من القانون المدني الفرنسي والأحكام الشرعية وفق المذهب المالكي ليتبين لنا بوضوح أنها مأخوذة منه لا العكس كما يدعي بعض المستشرقين، لأن المذهب المالكي سابق في الوجود لقانون نابليون بأكثر من ألف سنة. جاء في البند الثاني من : Code civil Art.2 page 3

La loi ne dispose que pour L avenir ،elle n a point d effet rétroactif.

" لا يطبق القانون إلا على المستقبل، وليس له أي أثر رجعي". قال خليل: "ولم يتعد لمماثل". قال شارحه: "وإذا حكم الحاكم في جزئية لم يتعد حكمه لمماثل لها" الشرح الكبير 4 / 157. وهو موافق للبند الخامس:

" il’ est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes que leur sont soumises."

لا يجوز للقضاة أن يحكموا بنصوص قانونية عامة على النوازل المعروضة عليهم.

و في البند 115 (قبل أن يعدل سنة 1977)

"lorsque une personne aura cesse de paraitre au lieu de son domicile ou de sa résidence et que depuis quatre ans on n en aura point eu de nouvelles les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de grande instance ،afin que l absence soit déclarée."

إذا اختفى إنسان عن موطنه أو محل إقامته، وانقطع خبره من أربع سنين جاز لمن لهم مصلحة أن يرفعوا دعوى للمحكمة المختصة لتحكم بالغيبة. قال خليل في مختصره " ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي، ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها".

وفي سبب العقد جاء في البند 1131 ص 615.

"L’obligation sans cause ،ou sur une fausse cause ،ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet".

وفي البند 1132 :

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بنعبد الله: "في عام 1947، أقر مؤتمر لاهاي ما قرره مؤتمر واشنطن عام 1953م من أن الشريعة الإسلامية مصدر للقانون مستقل عن مصادر اليونان والرومان...، ويضيف قائلا : فقد أعدت دراسات في الفقه المقارن تحلل تفاصيل وأبعاد أثر الفقه المالكي في التشريعات الأجنبية ، خاصة مدونة الفقه المدني المعروفة بمدونة نابوليون. وقد اقتبس هذا الأخير الكثير خاصة في ميدان الأحكام والعقود والالتزامات، وقد أشار شكيب أرسلان في "حاضر العالم الإسلامي" إلى بعض ذلك، وهو قل من كثر مما أثر في الفكر القانوني الحديث ابتداء من الحرب العالمية الأولى"[14].

ويذكر أن قوانين جل البلدان الأوروبية تأثرت بالقانون الفرنسي المتأثر بالفقه المالكي[15] ، خاصة بعد الفتوحات التي قام بها نابوليون ، وقد لاحظ الأستاذ " أوكطاف بيل" في كتابه حول الشركة والقسمة في

La convention n'est pas moins valable ، quoique la cause n'en soit pas exprimée."

في البند 1133 :

"La cause est illicite ،quand elle est prohibée par la loi ،quand elle est contraire aux bonnes moues ou a l ordre public."

الالتزام بدون سبب أو بسبب فاسد أو بسبب غير مشروع فهو باطل لا يترتب عليه أي أثره.ومع ذلك يكون العقد صحيحا، ولو لم يذكر السبب.

يكون السبب محظورا عندما يكون ممنوعا بنص القانون أو مناقضا للأخلاق الحميدة، أو مناقضا للنظام العام.ويقابله عند المالكية كما جاء في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج3ص 6: "إلا إن أجبر العاقد عليه "أي البيع" وكذا على سببه جبرا حراما، وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم، ورد عليه ما جبر على بيعه أو على سببه." ومن المعلوم في الشريعة الإسلامية أن العقود لا تتوقف صحتها على ذكر أسبابها. ومعروف أيضا أن السبب عندما يكون حراما يبطل العقد.

وفي البند 1583 :" إذا حصل التراضي على الثمن والمثمن، ولو لم يحصل قبض السلعة والثمن، تم البيع بين المتعاقدين، وثبت ملك المبيع لمشتريه. قال خليل في مختصره ص 168: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة وبعني فيقول بعت، و بابتعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما".

إن نقاط الالتقاء كثيرة بين القانون الفرنسي والمذهب المالكي، ولا يمكن أن يكون ذلك صدفة، ولمزيد من التفصيل انظر الدراستين القيمتين، للأستاذين الجليلين: مخلوف بن محمد البدوي المنياوي، في كتابه "المقارنات التشريعية " المطبوع في جزأين سنة 1999، وسيد عبد الله في كتابه "المقارنات التشريعية" المطبوع في أربعة أجزاء سنة 2001 م .

[14] - معلمة الفقه المالكي لعبد العزيز بنعبد الله، ج 1ص 41.

[15] – يرى الشيخ سيد عبد الله حسين في كتابه المقارنات التشريعية أن مقدار تأثر القانون المدني الفرنسي" قانون نابيلون 1804" بالفقه المالكي يشكل نسبة تسعة أعشاره من نصوصه، وقد خلص لهذا بعد ما أنهى تلك المقارنة الرائعة التي تضع النقاط على الحروف في كلا التشريعين، بل إن الفقه المالكي قد أثر تأثرا بالغا حتى في القانون الكنسي والتلمود والفقه اليهودي، فهذا أبو سعيد ابن يوسف الفيومي الملقب بالحاخام سعديا "ت 942" وهو من كبار علماء اليهود في التلمود والفقه اليهوديين قد وضع قانون الميراث اليهودي مستعينا بالميراث في التشريع الإسلامي، وحتى في المدة المكسبة للجنسية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المذهب المالكي أن الشركات المالكية شركات تبنى على "عقود أمانة " وهو ما يجري به العمل في فرنسا قديما، وأهم أنواع الشركات اليوم ، وخاصة في أبرز دولة اقتصادية بأوروبا هي ألمانيا الغربية الشركة المعروفة بالقراض ، والقراض أهم أنواع الشركات في المذهب المالكي " [16]، ونقل دوزي أن أحد أساتذة جامعة مدريد عثر على عقد بيع محرر بالعربية كنموذج للعقود التي كان الإسبان يستعملونها في الأندلس[17]. والفكرة ذاتها صرح بها الأستاذ عبد الهادي التازي ، الذي أكد أن الأجانب الذين قصدوا بلادنا خاصة الدبلوماسيين أو الزائرين اهتموا بالجانب الروحي أو المذهب المتبع في بلادنا، ومن تم ترجموا كتب المذهب وأسسوا الموسوعات العالية لرجال الفقه المالكي[18].

بالإضافة إلى هؤلاء فإن المرحوم علال الفاسي أقر بأن التاريخ يدل على أن المذهب المالكي بصفة خاصة كان من أهم المصادر التي استقى منها القانون الفرنسي في عصره الأول وحتى في عصره الأخير... وقد سجل أحرار الفرنسيين تأثير العرب ليس في العلم والمعرفة الفرنسيين فقط، بل في الذهنية والعادات والأعراف... ويضيف قائلا أنه لا يعقل أن يحكم المسلمون طرفا من أوروبا زمنا طويلا ولا يطبقون الشريعة الإسلامية في محاكمهم، و لا تجري المعاملات بينهم وبين الذين لم يكن لهم قانون مدون بمقتضى شرائعهم وعاداتهم التي رأينا اعتراف الأحرار الفرنسيين بتأثيرها حتى في ذهنية الرؤساء الإقطاعيين وتقاليدهم"[19]. الأمر الذي يستشف منه مدى تأثير الفقه المالكي في القانون الفرنسي.

للأجانب لم يسلم من تأثير الفقه الإسلامي الكثير من التشريعات الغربية، فهذا شرف الدين النووي ينقل عن عبد الله ابن المبارك أن من أقام في بلدة أربع سنين نسب إليهم، وهو الذي أخذت به كثير من الدول الأوروبية والأمريكية، وإذا كانت أروبا وأمريكا قد مالت إلى الفقه المالكي هكذا فإن أهله لهم أميل إليه وأشد تمسكا به ومنهم المغاربة من باب أولى، وعليهم أن ينشروا فقههم في هذه البلدان أكثر فأكثر لاحتياجهم إلى ذلك واحتياج المغاربة إلى ذلك. لمزيد من التفصيل، انظر معلمة الفقه المالكي ، جزء1 ص44.

[16] – المرجع السابق ، ص 43 .

[17] – أصول قانون الالتزامات والعقود ، ص 132 .

[18]– المذهب المالكي كشعار من شعارات الدولة المغربية ، مقال للأستاذ عبد الهادي التازي ، ندوة الإمام مالك ، الجزء الأول، ص 88.

[19]– النقد الذاتي لعلال الفاسي ، ص 169، والاتجاه نفسه ذهب إليه الأستاذ منهل الصديق العلوي في مقال له قدم لندوة الإمام مالك بفاس تحت عنوان" القانون الفرنسي مأخوذ من مذهب الإمام مالك". وتبناه أيضا الأستاذ شبيهنا حمداتي ماء العينين في مداخلة تقدم بها لنفس الندوة تحت عنوان :" تأثر القوانين المغربية بأقوال المذهب المالكي "لمزيد من التفصيل انظر: ندوة الإمام مالك ،ج 3 ص 195. وانظر أيضا :" مدى تأثر مصادر الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي" لحمداتي شبيهنا ماء العينين .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: تقنين القانون المدني

يعتبر القانون المدني أهم القوانين وأصلها ، إذ منه تفرع القانون التجاري وقانون الشغل والقانون الإداري والقانون البحري ... ، وهو بمفهومه الواسع ينظم الأحوال الشخصية والعادية أي المدنية، وقد عرف العالم الإسلامي تقنين هذا القانون بعد دخول الاستعمار، أما قبله فقد كان القضاة يستمدون أحكامهم من الفقه الإسلامي بمفهومه الواسع ، وتبعا لذلك صار لكل بلد قانون خاص به، باستثناء المملكة العربية السعودية التي تتمذهب بمذهب الإمام ابن حنبل ، أما غيرها من البلدان العربية فقد قنن القانون المدني ، وجعل بعضها من الشريعة الإسلامية المصدر الأساس له ، كالجزائر التي اقتصرت على الأخذ بمذهب الإمام مالك وخاصة مختصر العلامة خليل، فإن لم يجد القاضي ما يمكن تطبيقه على النازلة رجع إلى المختصر بشروحه[20] ، وقد صدر هذا القانون سنة 1975 م ، ولا شك أن إصلاح القانون المدني الفرنسي من طرف فقهاء وقضاة المالكية الجزائريين هو الذي عجّل به إلى صورته الأخيرة وهو القانون المدني الحديث والذي يكاد يكون اليوم عالميا، ولاشك أن هذا الأمر هو الذي أغرى الجزائر بعد الاستقلال "5 جويلية 1962م" من أن تستمر في تطبيق القانون المدني الفرنسي لتحكم به مدة ليست بالهينة ، وذلك من سنة 1962م إلى سنة 1975م، ولما اتخذت تشريعها أي القانون المدني الجزائري لسنة 1975م، كان القانون المدني الفرنسي قد تطور وصار قانونا مدنيا حديثا، اتخذه المشرع الجزائري المصدر الأول له ثم الشريعة الإسلامية عامة، وفي الحقيقة هو اتخاذ للفقه المالكي أَوَّلا مُقَنَنا بصورته الضيقة في القانون المدني الحديث ثم الفقه المالكي عامة ، ومن سائر المذاهب الفقهية الأربعة وغيرها، ومن غيرها نادر.و ما ذهب إليه القانون الجزائري يعتبر وجيها للحفاظ على وحدة المذهب الذي ساد البلاد مدة طويلة ، وميسرا على القاضي والمتقاضي عدم التيه في المذاهب الأخرى، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الموريتاني الذي ألزم القاضي بالرجوع إلى مذهب الإمام مالك في كل ما لم ينص عليه القانون حسب ما ينص عليه الفصل 1179 من مجلة الالتزامات والعقود الموريتاني.

وهو أيضا ما ذهبت إليه كل من العراق واليمن[21]، وبعضها الآخر اعتمد القانون المصري المختلط لسنة 1875 م ، وهو مستمد من القوانين الغربية وبالأخص من القانون الفرنسي والإيطالي والألماني[22]،

[20] – مدخل لدراسة قانون العقود المسماة للأستاذ أحمد الدريوش، ص 129.

[21] – للمزيد من التفصيل انظر المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة،ص 274. وانظر أيضا مدخل لدراسة قانون العقود المسماة لأحمد الدريوش ، ص125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو ما درج عليه أيضا كل من القانون الليبي لسنة 1959م والقانون السوداني لسنة 1971م، مع الإشارة إلى أن البلدان التي خضعت للاستعمار الفرنسي تشابهت قوانينها، باستثناء الجزائر التي استبدلته كما سبق أشرت عام 1975م[23].

أما القانون التونسي الذي يعتبر المصدر الأساس للقانون المغربي، فقد أعدته لجنة[24] ترأسها المحامي سانتيانا ، هذا الأخير الذي نسبت إليه المدونة التونسية والصانع الوحيد لها، فهو الذي أشرف على صياغتها وتقنينها ، وقد ذكر الأستاذ عمر عزيمان أنه الأب الروحي لكل من قانون الالتزامات والعقود التونسي والمغربي، ولم تسند له هذه المهمة سدى ، بل هو الأقدر على القيام بها، وذلك بحكم أنه يتقن عدة لغات، وأنه على دراية واسعة بأحكام الفقه الإسلامي وبالأخص الفقه المالكي والفقه الحنفي، كما أنه ابن تونس وله اطلاع بأحوالها وعاداتها، زيادة على ذلك فقد تشكلت ألوان ثقافته ومعارفه ،غير أن ترجمته لمختصر خليل تشكل العمل الأهم الذي نال إعجاب كثير من فقهاء القانون [25]، إذ اشترك مع غويدي الإيطالي في ترجمة مختصر خليل ، فقد ترجم غويدي القسم المتعلق بالعبادات ، في حين ترجم سانتيانا القسم المتعلق بالمعاملات ، وقد حظيت هذه الترجمة التي تمت بناء على تكليف من وزارة المستعمرات بإعجاب واهتمام كبيرين من طرف الكثير ، حتى قال عنها ليفي دلافيدا :" إنها أكبر عمل قام به سانتيانا وغويدي ... فبهذه الترجمة أصبح خليل الإيطالي ليس أحسن من الترجمة الفرنسية الناقصة فحسب ، بل أيضا أكبر معلمة لمعرفتنا بالفقه الإسلامي " وبفضل هذه الترجمة وحدها يقول ليفي دلافيدا في موضع آخر: اشتهر سانتيانا

---

[22]– في هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري تحت عنوان: الجديد في الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد: " من هذه المبادئ : نظرية التعسف في استعمال الحق ، وكذا الأمر في حوالة الدين ، ومبدأ الحوادث الطارئة ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد وإيجار الوقف وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ووقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ، كما أنه إذا لم يجد القاضي ما يحكم به في القانون حكم بالعرف وإلا فبمقتضى الشريعة الإسلامية" ويضيف قائلا:" وهذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية – أي المسائل المشار إليها– ، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج في الصدور وتنطوي عليها الجوانح " لمزيد من التفصيل انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول ص48.

[23]– يتعلق الأمر بالأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

[24]– تكونت هذه اللجنة من ROY قنصل فرنسا في تونس بصفته رئيسا للجنة و padaux القنصل الفرنسي من الدرجة الثانية و SOBERG رئيس المحكمة التونسية وanterrieu القاضي بمحكمة تونس والمحامي سانتيانا. انظر أصول قانون الالتزامات والعقود لأحمد الدريوش ، ص31.

[25]– المعاصرون لمحمد كرد علي، ص 305 وانظر أيضا أصول قانون الالتزامات والعقود ص 64 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كأحد كبار أساتذة الفقه الإسلامي ليس في إيطاليا وحدها بل حتى خارجها[26].ولا شك أن ترجمته للمختصر كان لها بالغ الأثر في صياغة مشروع قانون الالتزامات والعقود، وفي هذا الصدد يوضح الأستاذ محمد عابد الجابري أن سانتيانا الإيطالي لم يتردد في القول في مقالة متأخرة له :" عبثا ما نحاول أن نجد أصولا واحدة تلتقي فيها الشريعتان الشرقية والغربية – الإسلامية والرومانية- ...إن الشريعة الإسلامية ذات الحدود المرسومة والمبادئ الثابتة لا يمكن إرجاعها أونسبتها إلى شرائعنا وقوانيننا لأنها شريعة دينية تغاير أفكارنا أصلا"[27].

وبعد إنجاز مشروع قانون الالتزامات والعقود، عهد لسانتيانا بمهمة مقرر اللجنة وعهد إليه بتحرير المشروع النهائي قصد عرضه على لجنة موسعة تضم فقهاء الشريعة الإسلامية لتوجيه نظر الشرع الإسلامي[28]، وقد أنهاه سنة 1899م وتطلب منه هذا المشروع مدة ثلاث سنوات، انقطع فيها لجمع وترتيب هذه المدونة التي ستكون مصدرا ماديا وتاريخيا للقانون المغربي[29]، إذ بمجرد فرض الحماية الفرنسية على المغرب بتاريخ 30 مارس 1912، تم تشكيل لجنة من فقهاء القانون الفرنسيين لوضع مجموعة من القوانين ضمن ما يعرف بالإصلاح القضائي أو مجموعة ظهائر غشت 1913م [30]. وتبعا لذلك، تشكلت اللجنة واجتمعت بتاريخ 2012/5/7م للشروع في المهمة الموكولة إليها.

---

[26] – أصول قانون الالتزامات والعقود ص 65.

[27] – تكوين العقل العربي، ص 96. وانظر أيضا: الفقه والسياسة، مجلة الفكر العربي المعاصر ص 24.

[28] – لقد تكونت لجنة التوجيه الشرعي التي كانت مهمتها هي الاجتهاد في تأصيل القانون على ضوء النظر الشرعي ومدى ملائمة هذا المشروع مع الفقه الإسلامي من الشيخ محمد بيرم بصفته شيخ الإسلام ورئيس اللجنة ، والشيخ أحمد الشريف بصفته رئيس الفتوى على المذهب المالكي ، والشيخ محمود بلخوجة المفتي الحنفي ، والشيخ عمر بن الشيخ المفتي المالكي، والشيخين المدرسين بجامع الزيتونة مصطفى رضوان الحنفي وسالم بوحاجب المالكي .وبعد وفاة الشيخ محمد بيرم خلفه في منصب مشيخة الإسلام الشيخ محمود بلخوجة الذي خلفه في منصب الفتوى على المذهب الحنفي ابن أخيه الشيخ محمد بن أحمد بن الخوجة شيخ الإسلام ، والراجح أن يكون هذا الأخير قد أضيف إلى أعضاء اللجنة بصفته تلك. انظر أصول قانون الالتزامات والعقود لأحمد الدريوش ص 183.

[29] – قانون الالتزامات و العقود ، نصوص تقديم و تعليق عبد العزيز توفيق ، ص 19.

[30] – لقد كان الهدف من وراء ذلك حسب زعمهم هو القضاء على المحاكم القنصلية التي كانت قائمة بالمغرب وخاصة في المدن الساحلية ، والتي أوجدتها ظروف الامتياز القضائي التي تمتعت به الدول الأروبية وأمريكا في تعاملها مع المغرب والتي كانت لا ترضى بالتقاضي أمام القضاء المغربي، تسهيلا للتدخل في شؤونه الداخلية وتمهيدا لاحتلاله. هذا السبب الواضح أما السبب غير الواضح فهو محاولة قطع الصلة مع الإسلام وكل ما يمت له بصلة من فقه وقضاء وتعليم، وتثبيت مظاهر الاستعمار في كل الجوانب ومن أهمها الجانب القانوني والقضائي. لمزيد من التفصيل، انظر : قانون الالتزامات والعقود ، تعليق عبد العزيز توفيق ، ص4.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبما أن فرنسا قد استعمرت الجزائر وتونس وموريتانيا ، وأن هذه البلدان تحكمها عادات متشابهة ولغة واحدة ، ومذهب فقهي واحد هو المذهب المالكي ، فقد عمدت – أي فرنسا- إلى أقرب مدونة، خاصة بعد أن تمت تجربتها على الأراضي التونسية، وهي مدونة الالتزامات والعقود التونسية، وتبعا لذلك فإن اللجنة لم تجد صعوبة في تقنينها وحذف ما لم يكن صالحا منها ، إذ فصلت القانون التجاري عن القانون المدني وتم استبعاد بعض العقود التي تنظم معاملات جارية ليس بتونس فحسب وإنما بمجموع الشمال الإفريقي، وذلك حتى يقبل به الفرنسيون مثل عقد الخماسة ، وبعض الشركات الفلاحية كالمساقاة والمغارسة والشركة في الحيوان والتي نظمت بمقتضى نصوص خاصة[31]، فنحن أمام نسختين تونسية ومغربية من مدونة سانتيانا، وهذا ما جعل أحد أعضاء لجنة تعريب ومراجعة ظهير الالتزامات والعقود سنة 1964 يصفهما ب:" خوطين نشآ من أصل شجرة واحدة"[32].

وفور انتهاء اللجنة من وضع الصيغة النهائية للمشروع أرفقته بتقرير إلى وزير العدل والخارجية بالحكومة الفرنسية، وقدم هذا المشروع إلى رئيس الجمهورية الذي أصدر مرسوما بتاريخ 1913/8/7 عرض على السلطان مولاي يوسف فصادق عليه ضمن مجموعة ظهائر الإصلاح القضائي، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 1913/08/12م ، ولازال هذا القانون ساري المفعول رغم توالي عدة تعديلات عليه، ويشكل أساس قانون الالتزامات والعقود المغربي[33]، الأمر الذي يظهر لنا مدى تأثير الفقه المالكي في القوانين الوضعية وبالأخص في القانون المدني الذي يشكل المرجع الأساس والنواة الأولى لصنعه، ويظهر في نفس الوقت مدى قدرة الفقه المالكي في إدارة الحضارات والمدنيات مهما تقدمت ومهما تطورت .

[31] – انظر أصول قانون الالتزامات والعقود ، لأحمد الدريوش ، ص 23.

[32] – التعريف بظهير الالتزامات والعقود ، مقال للأستاذ حماد العراقي، ألقي بالمدرسة الإدارية، منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 1 ص 39 وما بعدها ..

[33] – لقد طرأت على هذا القانون عدة تعديلات ، وتم إلغاء بعض فصوله وتكرار بعضها ، كما أن عدة قوانين لاحقة لإصداره عدلت بعض قواعده .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لائحة بأهم المصادر والمراجع المعتمدة في البحث

- أصول قانون الالتزامات والعقود ، لأحمد دريوش ، مطبعة ومكتبة الأمنية ، الرباط، الطبعة الأولى 1996.
= تاريخ الأندلس السياسي لمحمود مكي ، مركز دراسات الوحدة العربية.
= تاريخ الجزائر الثقافي لأبي القاسم سعد الله ، طبعة دار الغرب الإسلامي ، بيروت، لبنان 1998.
= تكوين العقل العربي ، دار الطليعة، بيروت، الطبعة الأولى 1984.
= التعريف بظهير الالتزامات والعقود ، مقال للأستاذ حماد العراقي، ألقي بالمدرسة الإدارية، منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 1 ، السنة الثانية 1965.
= المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة لمحمد العاجي، مطبعة البيضاوي ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، 1432هـ 2011م.
= مدخل لدراسة قانون العقود المسماة للأستاذ أحمد الدريوش، ،سلسلة المعرفة القانونية ، الكتاب الخامس.
= مدى تأثر مصادر الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي لحمداتي شبيهنا ماء العينين ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة نوقشت بدار الحديث الحسنية سنة 1985.
- المذهب المالكي كشعار من شعارات الدولة المغربية ، مقال للأستاذ عبد الهادي التازي ، ندوة الإمام مالك، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مطبعة فضالة ، المحمدية ، 1980.
= المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، تأليف سيد عبد الله علي حسين ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، المجلد الأول ، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر .
- معلمة الفقه المالكي لعبد العزيز بنعبد الله، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ، 1403هـ- 1983م.
- النقد الذاتي لعلال الفاسي ، الطبعة الثانية. 1974 .
= ندوة الإمام مالك ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مطبعة فضالة ، المحمدية ، طبعة 1980.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

= قانون الالتزامات والعقود ، تقديم و تعليق عبد العزيز توفيق ، دار الثقافة .
= قضايا مختصرة في تاريخ الجزائر الحديث لـ احميدة عمراوي ، دار عين ميلة ، طبعة 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com