

الدين و القانون (1)

بقلم الأستاذ د.علي فيلاي
كلية الحقوق جامعة الجزائر

إن الدين في تعريف الفقهاء هو: «رسالة منزلة - في الأصل - من عند الله عز وجل على رسول أو نبي من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامهما»⁽²⁾، أو: «وحي من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبي من أنبيائه، فيلقي به إلى الناس من العقائد أو القواعد ما يرشدهم في معاشهم وفي معادهم»⁽³⁾، أو: «مجموعة المعتقدات والأحكام التي أوحى بها الله إلى أنبيائه ورسله منذ خلق آدم عليه السلام حتى خاتم الأنبياء سيدنا محمد صلوات الله عليه وتسليمه»⁽⁴⁾. و باعتراف من أصحاب هذه التعاريف أنفسهم فإنه ليس من السهل تحديد هذا المصطلح - أي مصطلح الدين - تحديدا دقيقا لتباين تأويله لدى البدائيين وأصحاب الديانات السماوية، وكذلك لاختلاف فهم الأشخاص له، خاصة وأنه على صلة بالجانب الروحي للإنسان الذي يدفع به إلى الوصول إلى الكمال. ولكن هذا لا يمنع من استخلاص العناصر التي هي محل إجماع، وهي أن الدين هو أحكام ليست من وضع الإنسان، وأنه يقوم على الاعتقادات والإيمان. وأما الغرض منه فهو: «العبادات أي علاقة المرء بربه، والأخلاقيات أي علاقة المرء بنفسه»⁽⁵⁾، وقد يتولى أيضا تنظيم

1- مداخلة في إطار الاسبوع العلمي لجامعة الجزائر- أفريل 2004.

2- راجع د.عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية، ص91.

3- راجع د.عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، ص122.

4- راجع د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، 2002، ص319.

5- راجع د. حسن كيرة، المدخل إلى العلوم القانونية، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ص207.

علاقات الفرد بغيره، وهذا ما يسمى بالمعاملات. فالدين هو الذي يتحكم في سلوك الإنسان تجاه خالقه، وتجاه نفسه، وتجاه غيره من بني البشر. وعلى العموم يعد الدين من أهم العوامل في حياة الإنسان طالما أنه يشعر بقوة عليا يخضع لها وتؤثر في وجدانه، وأفكاره، وآرائه، وسلوكه، وأعماله.

وأما القانون، فيراد به: «مجموعة القواعد التي تنظم حياة الأفراد ونشاطهم في جماعة ما»⁽⁶⁾، أو: «مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع والتي تقتزن بجزء يوقع على من يخالفها»⁽⁷⁾، أو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع. وعلى العموم يتولى القانون تنظيم سلوك الفرد نحو غيره في المجتمع.

يظهر على ضوء ما تقدم من تعريف للدين من جهة، وتعريف القانون من جهة أخرى، أن هناك تقاربا كبيرا بينهما، إذ يشتركان في عدة مسائل جوهرية، فكل منهما يخاطب الإنسان، وكل منهما يسعى إلى تنظيم سلوكه. كما يشترك الدين مع القانون أيضا في طرق مخاطبة الإنسان، فكلاهما يكلفه باتباع سلوك معين، وذلك بإقرار ماله من حقوق وما عليه من واجبات (الأمر والنهي). وتكون هذه القواعد أو الأحكام القانونية أو الدينية، عامة، فتخاطب كافة الناس - أي تخاطبهم بصفاتهم لا بذواتهم - وهي كذلك مجردة، بمعنى أن الأحكام المقررة لا تأخذ في الحسبان الاعتبارات الذاتية أو الشخصية التي تتصل بإنسان دون غيره. وتكون ملزمة ومقترنة بجزاء. وفي الأخير فإن القانون والدين يتحدان كذلك من حيث طبيعة قواعدهما، فهي قواعد تقويمية تتطور زمانا ومكانا⁽⁸⁾. ومن هذا المنظور تختلف القواعد القانونية والدينية تماما عن قواعد العلوم الطبيعية، التي هي عبارة عن قواعد تقريرية تكشف عن حقيقة علمية ثابتة ومستقرة وأبدية. كما تلتقي كذلك قواعد الدين مع قواعد القانون في أنها تقوم على مبدأ المساءلة *imputabilité* عكس قواعد العلوم الطبيعية التي تقوم على مبدأ السببية *causalité*.

6- راجع علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية و الفقه الإسلامي - مقارنة بين الشريعة و القانون - الطبعة الأولى، ص4.

7- راجع د. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية، 1998، ص10.

8- باستثناء الدين الإسلامي فهو صالح لكل مكان و زمان.

انطلاقاً من هذا التقارب ما بين الدين والقانون، فإننا نتساءل عن علاقة بعضهما ببعض، فهل يغني أحدها عن الآخر؟ أم هل هناك علاقة تكامل وتعاون بينهما؟ خاصة وأن كلاهما ضرورة اجتماعية تهتم بالإنسان في المجتمع⁽⁹⁾؟ أم أن العلاقة بينهما هي علاقة تنافس وصراع؟ وتزداد أهمية هذا التساؤل في وقتنا الحالي نظراً للصراع الموجود بين الديانات بعضها البعض، وبين الديانات، وخاصة الدين الإسلامي الحنيف والحريات العامة أو ما يسمى بحقوق الإنسان. وكفيينا لبيان أهمية هذه المسألة الإشارة إلى الضجة التي حدثت أخيراً بفرنسا - وهو كما يقال بلد الحرية والديمقراطية - بشأن الرموز الدينية في المدارس.

يظهر من تاريخ البشرية أن العلاقة بين الدين والقانون - الذي هو وليد البيئة الاجتماعية، حيث وجد منذ وجود المجتمع⁽¹⁰⁾ عرفت مراحل متباينة، سنستعرضها مختصرة في المبحث الأول، لتتطرق إلى علاقة الدين بالقانون الجزائري في المبحث الثاني.

المبحث الأول : علاقة الدين بالقانون عبر التاريخ

أننا لا نطمح من خلال هذه المداخلة البسيطة إلى الإلمام بكل الجوانب التي يثيرها الموضوع، وإنما سنستعرض النقاط الرئيسية من وجهة نظرنا الشخصية بطبيعة الحال. ونرى أنه يمكن تلخيص علاقة الدين بالقانون في ثلاث مراحل رئيسية: مرحلة استقلالية الدين عن القانون أو استقلالية الدين عن الدولية (المطلب 1)، ومرحلة استنجد القانون بالدين لفرض نظام سلوك معين في المجتمع المدني (المطلب 2)، ومرحلة الثالثة هي مرحلة تنازع وصراع بين الدين والقانون، حيث اختلفا في مفهوم العدل (المطلب 3).

9- وكتب على علي منصور قائلاً في هذا الشأن: « وكثيراً ما ردد الاجتماعيون ضرورة الدين كظاهرة اجتماعية حتى قال بعضهم - لو لم يكن الله موجود لوجب أن يوجد - وعلى هذا سارت كل المجتمعات حتى الوثني منها، وما الأصنام وعباد الشمس والنار والحيوانات إلا ظواهر لمحاولة البشر خلق الديانات وإطلاق أثرها على النفوس هداية لها ودفعاً لها على السمو. » المرجع السابق، ص 18.

10 - يتحقق المجتمع بوجود سلطة في جماعة تأمر وتنهي وتوقع الجزاء على ما يخالف هذه الأوامر.

المطلب الأول : استقلال الدين عن القانون : « ما لله لله وما لقيصر لقيصر »

يراد بهذا القول المشهور الذي أردنا أن نجعل منه عنوانا لهذا المطلب أن هناك فصلا واضحا بين الدين والقانون، أو الدين والدولة. ويرجع استقلال الدين عن القانون إلى تباين مجال كل منهما (1)، وقد يرجع أيضا إلى الاختلافات الكبيرة الموجودة بينهما رغم اشتراكهما في عدة عناصر، وقد أشرنا إلى ذلك آنفا (2). ومن نتائج هذا التباين الواضح بين الدين والقانون، أن لكل منهما مجاله ومهمته نحو الإنسان، بحيث لا يوجد تنافس أو مزاحمة بين أحكام القانون وأحكام الدين بشأن تنظيم سلوك الإنسان الذي هو العنصر الجوهرى بالنسبة لكل منهما.

1 - الدين : عقيدة وأخلاق

تقتصر بعض الأديان، ومن بينها الدين المسيحي، على المسائل المتعلقة بالعقيدة والأخلاق، ولم تنشغل بالروابط الاجتماعية، أو لم تتطرق لها بقدر كاف، ومن ثمة فإنها لم تتناول الجانب المخصص للقانون. ويرى الباحثون في هذا المجال أن الرسائل قبل الإسلام كانت: « خاصة، مقصورة على علاج بعض ما فشا من عيوب وأثام في جماعة معينة»⁽¹¹⁾. فكانت كل الرسائل السماوية تتمحور حول الدعوة إلى توحيد الله فاطر السماوات والأرض، وتحض الناس على الفضائل والأخلاق، والامتناع عما فشا في المرسل إليهم من موبقات كالقتل والسرقة والغش. لقد كانت حاجة الناس روحية أكثر مما هي مادية، مما جعل الدين يعتني بالجانب الروحي فيحثهم على الفضائل بغية مرضاة الله عز وجل. كما كانت هذه الرسائل محدودة أيضا: « بحدود زمن معين أو مكان معين وموضوعات معينة.»⁽¹²⁾، فقد أرسل سيدنا يونس إلى جماعة تحتوي على قرابة مائة ألف،

11 - راجع د. علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية و الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ص 18

12 - راجع د. علي علي منصور، المرجع السابق، ص 26.

وأما سيدنا إبراهيم وسيدنا لوط فقد أرسلوا في زمن واحد لجماعات معينة في أماكن معينة. والحاصل حينئذ أن الدين يعتني بالجانب الروحي للإنسان، فيتولى تنظيم علاقة الفرد بربه وعلاقة الفرد تجاه نفسه، تاركا تنظيم علاقات الفرد مع الغير⁽¹³⁾، أي المعاملات للقانون. وكثيرا ما يشير فقهاء القانون في هذا الشأن إلى الدين المسيحي الذي نشأ: «في عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان»⁽¹⁴⁾، ومن ثمة فلا حاجة للمزيد من القواعد القانونية، أي تنظيم علاقة الفرد بغيره، بل كانت الحاجة إلى تهذيب النفوس وترويضها بالأخلاق، بعد أن طغت المادة على الروح.

2 - الدين : عقيدة وشريعة

أصبحت الديانات، ولا سيما الشريعة الإسلامية، مثلها مثل القانون تعتني بسلوك الإنسان مع غيره في المجتمع، أي أن الدين أصبح ينشغل بمجال القانون وهو المعاملات بمفهومها الواسع - علاقة الفرد بغيره في شتى ميادين الحياة الاجتماعية. - غير أن هناك اختلافات كبيرة بينهما في طريقة التعامل مع هذا السلوك البشري. ولعل أهم عنصر يختلفان فيه يكمن في الغاية من تنظيم سلوك الفرد، حيث أن الغاية من القانون نفعية، وغاية الدين مثالية. يتولى القانون تنظيم سلوك الأفراد ليس حماية للشخص نفسه وإنما حماية للمجتمع، فالعبرة هي بالقيمة الاجتماعية لسلوك الفرد، بالنظر إلى الآثار التي يرتبها سلوك ما على المجتمع من حيث أمنه واستقراره، وتقدمه. فما لم يكن لهذا السلوك أي أثر على المجتمع فإن القانون لا ينشغل به بل يتجاهله تماما. وأما الغاية من الدين فهي الشخص ذاته، حيث ينظم سلوك الإنسان بالنظر إلى عواقب هذا السلوك على الفرد نفسه، من حيث الكمال والسمو. فالعبرة بما تنطوي عليه نفس الإنسان من خير وصدق وثقة

13. باستثناء مسألة الزواج و الطلاق، راجع د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 182.

14. راجع د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 208، راجع نفس الرأي د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق،

وأمن...الخ. ويقول أحد الفقهاء في هذا الشأن أن: « غاية الأحكام الدينية في الأخلاق والمعاملات تحقق الخير والنظام والسمو بهذا السلوك نحو المثاليات، بينما غاية الأحكام القانونية من تنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع هي تحقيق المصالح التي يراها واضعوا القانون جديرة بالحماية ومحققة للأمن والاستقرار، فغاية القانون نفعية بينما غاية الدين مثالية»⁽¹⁵⁾. فإذا كان القانون يسعى إلى تمكين أفراد المجتمع الواحد من التعايش السلمي، فهو يبحث عن سعادة المجتمع برمته، عن الصالح العام والذي يتحقق كذلك من خلال تحقق السعادة الفردية، فيعيش الفرد في طمأنينة وأمن. وأما الغاية من الدين فهي سعادة الإنسان التي تتمثل في إرضاء الخالق، وإرضاء الضمير. وقد تنصب قواعد الدين وقواعد الأخلاق على سلوك معين، فكلاهما -مثلا- يحرم القتل أو السرقة، غير أن الغرض من ذلك يختلف بالنسبة لكل منهما: فالقانون يحرم القتل أو السرقة نظرا لما يترتب على مثل هذه الأفعال من مساس بأمن واستقرار المجتمع، ويؤدي غض النظر عن هذه الأفعال حتما إلى الفوضى وتصبح الكلمة للقوة. وأما الدين فيمنع مثل هذه الأفعال لكونها من الرذائل أولا وقبل كل شيء. يحرم الدين الكذب كذلك باعتباره من الرذائل، ولكن القانون لا ينشغل بهذا السلوك طالما أنه لا يمس بأمن المجتمع. وقد يقوم القانون بتنظيم سلوك ما كحركة المرور -مثلا- وذلك لما لها من أثر على تنظيم المجتمع، في حين أن الدين لا تهمة الكيفية التي تنظم بها حركة المرور. وهذا راجع للاختلاف في الغاية الذي ينجر عنه حتما اختلاف في كيفية معالجة الوضع.

كما يترتب على هذا الاختلاف في الغاية اختلافات أخرى: فالدين يخاطب الضمائر والنفوس، فيروضها بالأخلاق ويهذبها بالعبادة، فتكون العبرة بما يكمن في الضمير وبما تنطوي عليه النفس من شر أو خير⁽¹⁶⁾. وأما القانون فلا ينشغل بما هو كامن في النفس،

15- راجع د.عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص100.

16- يقول الله سبحانه وتعالى: « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان »، ويقول الرسول صلى: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى امرأة ينكحها أو دنيا يصيبها فهجرته إلى ما هجر إليه».

بل يهتم فقط بالسلوك الخارجي، فما لم يحصل من الفرد سلوك خارجي فلا يتدخل القانون⁽¹⁷⁾، إذ لا يعاقب على الجريمة في القانون إلا بعد الشروع في تنفيذها، وهذا مبدأ أساسي. وهناك فرق آخر يتعلق بالجزاء، باعتباره الوسيلة التي تحمل الناس على احترام القواعد القانونية أو الدينية، فهو وسيلة ضغط على إرادة الفرد تجعله يمثل للقاعدة، ومن ثم تتحقق الغاية المرجوة⁽¹⁸⁾. يكون الجزاء في القانون باعتباره مجموعة قواعد اجتماعية، جزاء نفعياً أي مادياً محسوساً وحالياً، ومن توقيع المجتمع، بينما يكون الجزاء الديني أخروياً وفي بعض الحالات دنوياً⁽¹⁹⁾، وذلك لكون القواعد الدينية هي قواعد تعبدية خلقية وكذلك اجتماعية. يقوم الجزاء الديني على القصاص، بينما الجزاء في القانون تطور بتطور المجتمع، فبعد ما كان ذا صبغة عقابية انتقامية، أصبح وسيلة لإعادة إدماج الجاني في المجتمع بالنسبة لقانون العقوبات، وأصبح تضامنياً بين الناس بالنسبة للجزاء المدني، خاصة عن طريق التأمينات.

هناك أيضاً اختلاف في المجال، حيث أن مجال الدين أوسع من مجال القانون، كما أن الدين من عند الله عز وجل بينما القانون من وضع الإنسان.

17- لقد كتب في هذا الشأن د. عبد الحميد متولي: «الدين يتعلق بضمير الفرد (أو عقيدته)، بخلاف القانون فهو يتعلق بالمصالح الاجتماعية، الأول صادر عن الله، والثاني صادر عن الدولة»، الشريعة الإسلامية كمصر أساسي للدستور، المعارف، ص 27.

18- الجزاء ضروري في كل من القاعدة الدينية والقاعدة القانونية لكون الشخص يتمتع بإرادة قد تطيع وقد تخالف القاعدة، غير أن هناك سبب آخر يستند إليه الجزاء الديني وهو أن: «الإنسان لم يخلق عبثاً وإنما خلق لعبادة الله عز وجل وقد جعل الله جلّت حكمته الدنيا له دار ابتلاء وامتحان. وتظهر نتيجة ذلك الابتلاء وذلك الامتحان يوم القيامة فهو يوم الحساب...»، د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 98.

19- حد السرقة قطع اليد، وحد الزنا الرجم والجلد، وحد القذف والجلد. وهذه عقوبات دنيوية و
مادية.

المطلب الثاني : استعانة القانون بالدين

يرى أحد الفقهاء أنه لا نزاع في أن الدين هو أولى بمفهوم القانون -LOI- فهو الذي اعتمد طريقة الأمر والنهي في الأحكام التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وقد اتبع رجال القانون هذه الطريقة في وضع القوانين، بل إن الأهم من هذا هو أن القانون كثيرا ما يستنجد بالدين لفرض سلطانه. وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى ملاحظة هامة، وهي أن أحكام الدين، مثلها مثل أحكام القانون، ملزمة ومقترنة بجزاء يطبق على كل من ينحرف عنها، إلا أن هناك فرقا من حيث درجة احترام كل من القواعد القانونية والقواعد الدينية، فيحترم الإنسان القواعد القانونية لأنها ترعى مصلحته، أو لأنه يخشى العقوبة، وفي هذه الحالة الأخيرة، وهي الحالة الأرجح لا يتردد الفرد في مخالفة القانون، كلما كان احتمال الإفلات من العقوبة واردا لسبب أو لآخر، بل كلما ازدادت قوة هذا الاحتمال تضاعفت المخالفات. وأما الأحكام الدينية فإنها أكثر احتراما نظرا للمعنى التعبدي والروحي الذي يلازم الأحكام الشرعية، فالإنسان يخشى -فعلا- عقاب الله ويرجو رحمته. إن الإفلات من العقوبة الدينية غير وارد تماما طالما أن الله سبحانه وتعالى يعلم كل صغيرة وكبيرة، وحتى ما في الصدور. فالدين كما سبقت الإشارة يعتني بالجانب الروحي، فيربي النفس على الطاعة والامتثال لأحكام الشرع. علاوة على ذلك، فقد يعارض الإنسان القانون باعتباره من وضع البشر لخدمة مصالح فئة معينة ويهمل أخرى. ومما لا شك فيه أن كل التطورات الكبرى التي عرفتها الأنظمة القانونية كانت نتيجة لثورات بالمفهوم الواسع. ولعل الكل يتذكر أن أحداث 05 أكتوبر 1988 في الجزائر كانت السبب الرئيسي في تغيير النهج السياسي والقانوني، الذي تكرر بصدور دستور 1989. أما الدين فهو من عند الله سبحانه وتعالى ومن ثمة فلا سبيل إلا للطاعة والاستجابة لأوامره. إن قناعة الإنسان بأحكام الدين وطاعتها أقوى بكثير من طاعة الناس للقانون. ويقول في هذا الشأن الفقهاء: «فالشعور بإلزام أحكام القانون لا بد أن ينبع من ضمير الإنسان. وهذا الشعور لا يمكن أن يتولد في ضمير الإنسان المؤمن إلا إذا اقتنع بأن مصدر

القانون هو قوة عليا يسلم لها بالحكم هو قوة الله الخالق.»⁽²⁰⁾. وكثير ما يستعمل تعبير بالفرنسية لبيان مدى قوة تأثير الدين على الإنسان ، فيقال :

« Notre religion c'est le droit , notre religion c'est la liberte»

واستنادا إلى هذه الحقيقة استنجد الكثير من الحكام لفرض سلطانهم بقواعد الدين. ولعل أحسن مثال يقدمه لنا التاريخ في هذا الشأن هو القانون الكنسي الذي سمح لرجال الدين ببسط سلطانهم على الحكام والمحكومين. لقد سبق القول أن الدين المسيحي أغفل المسائل المتعلقة بالمعاملات، غير أن هذا لم يمنع رجال الكنيسة مستغلين ضعف السلطة، من وضع الكثير من القواعد القانونية في شؤون مختلفة مثل الزواج والطلاق والنسب والميراث والعقود... الخ. ولقد سمي بالقانون الكنسي لكونه من وضع الكنيسة. لقد استغل الباباوات عاطفة الناس تجاه الدين ليدعوا ما ليس لهم بحق، حيث كتب أحد الفقهاء أنهم: « سلبوا سلطان الله في ملكه، وزعموا لأنفسهم العقاب والثواب والغفران من دون الله وكما قال مارتن لوتر صاحب مذهب البروتستانت: إن الباباوات ورجال الدين المسيحي يغفلون الناس ويسلبون أموالهم عن طريق صكوك الغفران.»⁽²¹⁾ ولقد ذهب الباباوات إلى أبعد حد بالقول أنهم خلفاء الله في الأرض، لهم أن يعدلوا التعاليم الدينية، فحرموا ما أحل الله وأحلوا ما حرم. وقد مكنتهم هذه المزاعم من السيطرة على الحكام والملوك وعلى أوروبا في القرون الوسطى. كما استغل الأمراء والملوك هذه الشريعة- التي وضعها البابا- لفرض سلطانهم على شعوبهم، مدعين أن لهم على هذه الشعوب حقا إلهيا مقدسا، ولهم أن يفعلوا ما يريدون من دون أن يعترض على ذلك أحد، طالما أن الكل كان يعتقد أن هؤلاء الملوك يتلقون هذا الحق الإلهي من البابا الممثل المباشر لله في الأرض. إن قوة الاعتقاد والإيمان تدفع الإنسان بقبول حتى الخرافات. ولعل هذا المثال يبين مدى استعانة القانون بالنفوذ الديني لبسط سلطانه. والملاحظ

20- راجع د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعة/ 1991،

ص 239.

21- راجع على علي منصور، المدخل للعلوم القانونية و الفقه الإسلامي، ص 24.

أن هناك تفاوتاً بالنسبة لأثر الدين على القانون من بلد إلى بلد ومن زمن إلى آخر. فلم يكن للدين الإسلامي الأثر الكبير على القوانين فحسب، بل حل محل القوانين في الكثير من البلاد الإسلامية ذلك أن الرسالة الإسلامية جاءت شاملة وجامعة لكل سابقاتها، صالحة لكل زمان ومكان، ومتناولة مختلف علاقات الإنسان في حياته الروحية والاجتماعية والاقتصادية والأسرية، ولم تغفل علاقة الحاكم بالمحكوم... الخ، فهي: « عقيدة وشريعة ودينا ودولة وحكما ومنهجا »⁽²²⁾. وقد تمكن المسلمون بفتح جزء كبير من العالم بفضل قوة الإيمان بالله وباليوم الآخر.

المطلب الثالث : العدل محل صراع بين القانون والدين

يسعى القانون مثله مثل الدين دائماً وحتماً إلى وضع قيود على حرية الأفراد في المجتمع ضماناً لحقوقهم وحقوق غيرهم، ومما لا جدال فيه أيضاً أن هؤلاء الأفراد يتقبلون - عادةً - مثل هذه القيود فيحترمون الأوامر والنواهي الدينية أو القانونية، غير أن هذا الوضع المناقض لأنانية الإنسان وغرائزه الطبيعية جعل الفكر الإنساني يتساءل منذ القدم عن الاعتبارات أو الأسباب التي دفعت الإنسان إلى التخلي بمحض إرادته عن جزء من حريته؟ يرى في هذا الشأن الفيلسوف أرسطو⁽²³⁾ أن: «احترام القانون هو أساس الحياة المدنية»⁽²⁴⁾، ولا نزاع في هذه الحقيقة طالما أن الغرض من القانون هو تمكين أفراد المجتمع من التعايش السلمي، في أمن، واستقرار. ويرى أرسطو أيضاً أن وجود الدولة لا يقتصر على حماية الأفراد من الاعتداءات عليهم أو تبادل السلع والبضائع... الخ، وإنما لتمكينهم من حياة أو عيشة أفضل حيث يقول: « فالإنسان لا يوجد داخل الدولة لمجرد أن يعيش مع غيره، بل ليعيش مع غيره بطريقة أفضل »⁽²⁵⁾. والمقصود بالأفضل هنا هو العدل

22- راجع د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 153.

23- وهو صاحب نظرية القانون الطبيعي الذي يمثل المدرسة المثالية.

24- أرسطو ذكره د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 131.

25- أرسطو، ذكره د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 133.

الذي يتمثل في قيمة عليا تسمو على جميع القيم. وهو كما يقول أحد الفقهاء: « كل الفضائل وهو الأساس الذي يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منها وهي الخير العام للمجموع والخير الخاص لكل فرد»⁽²⁶⁾.

ولكن ماذا نعي بالعدل الذي يدفعا لاحترام القانون؟ ما هو محتوى هذه القيمة؟ ما هو مضمون العدل؟

لقد تطور مفهوم العدل بتطور المجتمعات في شتى المجالات، الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية... الخ. ونشير في هذا الشأن إلى أنه كل ما ازداد المجتمع تقدما ازدادت حاجات أفرادها، فتتكاثر العلاقات القانونية، وتظهر حقائق اجتماعية جديدة يجب معالجتها. وعلى ضوء هذه التغيرات المستمرة في المجتمعات يتغير مفهوم العدل. ولعل هذا ما يفسر تغير رؤية الناس (من حكام ومحكومين ومفكرين) للدين، مع تغير الزمان، وعلى العموم، بعد ما كان الدين هو المحرر للشعوب من طغيان الحكام واستبدادهم في وقت ما، وهو أول من انشغل بحقوق الإنسان، حيث حرم القتل والغش والسرقة... الخ⁽²⁷⁾،

26- راجع د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ص 133.

Au fond, le droit écrit F Gény: «ne trouve son contenu, propre et spécifique que dans la notion du juste, notion primaire irréductible et indéfinissable impliquant essentiellement non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne et d'attribuer à chacun le sein, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine» Science et technique t 1 n° 106.

27- وقد قسم الأستاذ الدكتور اسماعيل يحي رضوان عدارية هذه الحقوق إلى مجموعات متماثلة في الحقوق وهي: 1- مجموعة حقوق الحياة - حق الأكل والمشرب، حق المسكن والملبس، حق التطبيق والوقاية، حق التعليم، حق الحماية و الأمين، 2- مجموعة حقوق الذات - حق المحافظة على النفس، حقوق المحافظة على الجسد، حقوق التصرفات/ 3- مجموعة حقوق التعبير- العمل بالحق، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، 4- مجموعة حقوق الانتماء - حق الانتماء إلى الأسرة، حق الانتماء إلى المجتمع، حق المواطنة و الأممية. راجع مبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مبنية على التكريم و العدل، مقال، مجلة الصراط، جامعة الجزائر، العدد الثالث، السنة الثانية، سبتمبر 2000، ص78.

أصبح في وقت لاحق مناقضا للحرية الفردية، بل يتنافى مع ما يسمى بحقوق الإنسان، حيث يرى أحد الفقهاء أن كل الانتقادات الحديثة أجمعت على أن الديانات المختلفة لم تلغ عقوبة الإعدام وكل ما فعلته هو تحديد مجال هذه العقوبة، بل هناك من الديانات التي تبررها، وهذا انتهاك لحقوق الإنسان⁽²⁸⁾. ولكن لورجينا إلى التاريخ، لوجدنا أن الأعمال الشاقة، والشنق، والجلد كانت من بين العقوبات المقررة من قبل القانون.

يرى - على سبيل المثال - المذهب الفردي وهو المذهب الذي اعتنقته الثورة الفرنسية أن القانون وجد بغرض تمكين الإنسان من التمتع بحقوقه الطبيعية، ومن ثم يتمثل العدل في المساواة بين الأفراد، أي المساواة السياسية، وفي الحرية بحيث تكون العبرة بسלטان الإرادة فلا يلزم الإنسان إلا بما أراد، وكما أراد، وفي الحدود التي يرغب فيها. فالعبرة بالعدل التبادلي أي طالما حصل اتفاق بين أطرافه، فذاك هو عين العدل، وللشخص أن يملك ما يشاء وأن يقوم بما يشاء من مبادرات. والحاصل أن هذا القانون اقتصر على العدل الفردي وأغفل تماما الجانب الروحي، فللشخص - على سبيل المثال - أن يعتمد ما يشاء من السلوك نحو غير في مجال المعاملات المدنية طالما أن الشخص المتعامل معه راض بذلك وكان رضاه سليما بمعنى أنه غير مصاب بمرض عقلي، ولم يقع في غلط أو تدليس أو إكراه، كل هذا بغض النظر عن الاعتبارات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية التي تكون قد أثرت على رضاه، وهناك مقولة ترى أن العقد عين العدل *qui dit contrat dit juste*. كما تفضل حماية الجاني على المجني عليه، فما لم يرتكب الفاعل خطأ فلا يسأل ويبقى المضرور دون حماية. ويقول أحد الفقهاء أن « القانون سيف الأقوياء »⁽²⁹⁾. وفي ضوء هذا التصور يصبح الدين بطبيعة الحال مناقض للعدل الذي يرغب فيه المجتمع الليبرالي، ومن ثم وجب استبعاده. ولكن هذا العدل لم يعمر طويلا بسبب التقدم التكنولوجي وظهور طرق جديدة في التعامل من تأميمات، ونقابات، وجمعيات... الخ.

28 - Voir Serge Carfantan, Philosophie et spiritualité, leçon 57, Droits de l'homme et droits du citoyen, 2002, <http://perso.club-internet.fr/sergecar/droit2.htm>.

29- راجع د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 148.

أما تصور المذهب الاشتراكي للعدل على سبيل المثال أيضا فهو يختلف كل الاختلاف عن مفهوم المذهب الفردي، حيث يتولى القانون خدمة الجماعة لا الفرد، الذي لا وجود له إلا باعتباره عضوا في المجتمع، فيتولى الوظائف التي توكل له من قبل هذا المجتمع. فليست له حقوقا بل تسند إليه مهام يقوم بها. فالملكية هي ملكية الجماعة لا ملكية الفرد. ولا يكون العقد شريعة المتعاقدين إلا إذا كان مطابقا لمصالح الجماعة. يقدم هذا المذهب مصالح الجماعة على مصالح الفرد، فالعبرة بالعدل الجماعي⁽³⁰⁾. وأما الدين بالنسبة لهذا المذهب فهو مجرد وسيلة تضليل يستغل الأغنياء بواسطتها الضعفاء.

إذا كان المذهب الفردي والاشتراكي، يختلفان في مفهوم العدل، حيث يرجح الأول مصلحة الفرد على مصلحة الجامعة، ويرجح الثاني مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، فإنهما يتجاهلان البعد الأخلاقي للسلوك الإنسان، الذي يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للدين. فالفكرة السائدة في المذاهب الاجتماعية أو الفردية هي فكرة المصلحة والمنفعة المادية، بينما الفكرة السائدة في الدين هي فكرة الخشية من الله سبحانه وتعالى والفوز بمرضاته. لقد اهتم الإسلام بالجانب الروحي للإنسان دون إهمال الجانب الجسدي، وأقر للفرد حقوقا باعتباره كائنا مستقلا دون إغفال ما عليه من واجبات وما له من حقوق نحو الجماعة. فالإسلام يتميز بالوسطية بين الجانب الروحي والجسدي، وبين الفرد والجماعة. فهو يحث على الفضائل من بر وصدق وأمانة وينهى عن الرذائل من كذب ونفاق وخداع وفسوق وفجور وربما. وللإنسان أن يتمتع بالطيبات من أكل وشرب وزينة ولكن دون إسراف ولا تبذير. وللإنسان كذلك كرامته⁽³¹⁾ وشرفه، فيحفظ له الإسلام ماله وعرضه⁽³²⁾. والإسلام هو أيضا دين المساواة⁽³³⁾ ودين التضامن بين أفراد المجتمع

30- راجع د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 149.

31- يقول الله سبحانه وتعالى: « ولقد كرّمنا بني آدم ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا ».

32- يقول الرسول صلى: « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ».

33- يقول رسول الله صلى: « كلّم آدم وأدم من تراب.. لا فضل لعربي على أعجمي ولا أبيض على أسود إلا بالتقوى ».

الواحد⁽³⁴⁾. وللفرد حرية الرأي والتعليم وحتى حرية العقديّة « لا إكراه في الدين»، وله الحق في الملكية والسعي في كسب الحلال وحرية التعامل والتعاقد...الخ. ولكن على الإنسان أن يحافظ على المال ويستثمره ولا يبذره، ويلتزم بحقوق الغير من صدقة وزكاة⁽³⁵⁾..الخ. كما يتمتع الإنسان بحرية تمكنه من إشباع رغباته المادية⁽³⁶⁾، إلا أن هذه الحرية مقيدة باعتبارات روحية تفرض عليه اتباع الفضائل وتجنب الرذائل في تعامله مع غيره⁽³⁷⁾. وعلى ضوء هذه المعطيات فلا شك في أن مفهوم العدل في الدين الإسلامي يختلف عن المفهوم القانوني، ومن ثمة فكثيرا ما نكون بصدد صراع بين الدين والقانون.

المبحث الثاني - الدين الإسلامي والقانون الجزائري

يتبين من الفحص الأولي للنصوص القانونية، أن المشرع أشار للدين في بعض نصوصه لا سميا في المادة الثانية من الباب الأول من الدستور المعنون بـ«المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري» والتي تنص: «الإسلام دين الدولة»، وتقضي الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني: «وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»، وجاء في المادة 222 من قانون الأسرة: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»، مع العلم أن

34- يقول الله سبحانه وتعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان»، ويقول الرسول صلى: «إنما المؤمنون اخوة»، ويقول أيضا: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا».

35- يقول الله سبحانه وتعالى: «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباب آليم-، يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون»، صورة التوبة (الآية 34،35)

36- يقول الله سبحانه وتعالى: «قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق...»، صورة الأعراف (الآية32).

37- يقول الله سبحانه وتعالى: «...وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين»، صورة الأعراف (الآية31).

أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية. والحقيقة أنه لا غرابة في هذا الأمر، إذ أن الدين كان ولا يزال من بين العوامل التي تتأثر بها أحكام القواعد القانونية. وكانت الأفكار المتداولة في هذا الشأن تتأرجح بين مدرستين أساسيتين: المدرسة المثالية، والمدرسة الواقعية. ترى المدرسة المثالية أن مصدر القانون هو مثل عليا يكتشفها العقل السليم، أو يستلهمها الفرد من القانون الإلهي. ويتميز هذا المذهب من حيث المنهج الذي يقوم على الاعتقاد والشعور والإيمان بأن هناك قانونا أعلى يعلو على الإنسان، ويسمو عليه، يجب اتباعه من قبل المشرع عند وضعه للقانون الوضعي⁽³⁸⁾. وأما المدرسة الواقعية⁽³⁹⁾ التي ظهرت للوجود عقب الانتقادات التي تعرضت لها المدرسة المثالية، وتزامنت نشأتها مع الثورة الصناعية، فاعتمدت فلسفة مادية مناقضة تماما لفلسفة المدرسة المثالية، فهي لا تؤمن إلا بالواقع الملموس والمحسوس، أي الواقع الذي تسجله المشاهدة وتؤكد التجربة⁽⁴⁰⁾، وعليه يقوم هذا الاتجاه على المعرفة اليقينية. ويرى بعض أنصار هذه المدرسة أن التاريخ هو أبرز وأهم عنصر في القانون، بينما يعتقد اتجاه آخر من هذه المدرسة أن الوسط الاجتماعي هو أهم عنصر. ولقد كانت هذه المدرسة هي أيضا محل انتقادات، خاصة بالنظر لطبيعة القاعدة القانونية، فهي قاعدة تقويمية، بمعنى أن غرض القانون هو الوصول إلى هذه المثل العليا. وقد توصل الباحثون والمفكرون في العصر الحديث⁽⁴¹⁾ إلى أن العوامل التي تستند إليها القاعدة القانونية ذات طبيعة مزدوجة، منها ما يتعلق بالواقع الملموس ويضم الحقائق العلمية التي تخضع للمشاهدة والتجربة وهي

38- راجع أكثر تفاصيل بشأن المدرسة المثالية، د. فضلي ادريس، فلسفة القانون
M Miaille, une introduction critique au droit, Maspéro, p 309

39 - Voir M Maille, op. cit. p 319,

40- وسميت هذه الفلسفة الجديدة بالفلسفة الواقعية باعتبارها تعتمد على الواقع.

41 - F Geney, Science et technique en droit privé positif Roubier

الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية⁽⁴²⁾، وعامل أو عنصر المثل العليا⁽⁴³⁾، وهو العدل الذي تكشف عنه الحقائق العقلية والحقائق المثالية. وفي هذا الشأن فإن الجزائر بلد مسلم، وكان لهذا الدين الحنيف الفضل الكبير في تحرير البلاد من الاستعمار الفرنسي. ونرى أن علاقة الدين الإسلامي بالقانون الجزائري متفاوتة من مجال إلى آخر، فهو تارة مجرد مصدر مادي أو موضوعي وتارة أخرى مصدر رسمي، أصلي أو احتياطي.

المطلب الأول : الإسلام مصدر مادي

نقصد بالمصادر المادية للقانون الجزائري، العوامل التي يستند إليها المشرع ويهتدي بها أو يأخذها بعين الاعتبار، فيستمد منها مضمون أو جوهر القاعدة القانونية. وتشمل هذه العوامل - على العموم - الحقائق أو الواقع الذي يتميز بها كل مجتمع. ونرى في هذا الشأن أن الدين الإسلامي يعد حقيقة من بين حقائق المجتمع الجزائري، لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال أن يتجاهله. وقد جاء في ديباجة الدستور أن المكونات الأساسية للهوية الجزائرية هي الإسلام والعروبة والأمازيغية. ولقد جاء كذلك في عرض أسباب القانون المدني الجزائري أن أحكامه مستمدة من القيم العربية الإسلامية⁽⁴⁴⁾. لذا يبدو أن المشرع قد أخذ بعين الاعتبار الأخلاق الإسلامية من جهة (1)، وأخذ ببعض أحكام الشريعة الإسلامية من جهة ثانية (2).

1 - الأخلاق الإسلامية

لقد اعتمد المشرع الإسلام كدين للدولة في الدستور، وهو أعلى قانون في البلاد (1.1)، كما رتب من جهته القانون المدني، باعتباره شريعة عامة، واجبات أخلاقية على أطراف العقد، واستحدث أحكاما تحافظ على التوازن الاقتصادي للعقد (1.2).

42 - يشمل عنصر الواقع . العوامل الطبيعية والعوامل الدينية والأخلاقية، والعوامل الاقتصادية والعوامل السياسية والاجتماعية والعوامل التاريخية .

43- راجع د.عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق، ص147.

44- راجع في هذا الشأن د. علي فيلال، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ص13.

1-1 - الدستور : الإسلام دين الدولة

تنص المادة الثانية من الدستور: «الإسلام دين الدولة»، ولاشك حينئذ في أن الإسلام يعد من المبادئ الأساسية للمجتمع الجزائري، بل يمكننا القول أنه من المبادئ العامة للقانون الجزائري. ولكن هل معنى ذلك وجوب مطابقة القوانين لمبادئ الإسلام وإلا كانت غير دستورية⁽⁴⁵⁾؟ وبعبارة أخرى ما معنى الإسلام دين الدولة؟ إذا كان من المسلم به أن الدولة ليست لها عقيدة مثل الأفراد، فلا نزاع أيضا في أن الدين الإسلامي هو دين أغلبية أفراد المجتمع، ومن ثمة ألا يعد هذا الإعلان مبدأ أساسيا، أي مبدأ دستوريا يقوم عليه المجتمع الجزائري⁽⁴⁶⁾، فيتعين على المشرع احترامه⁽⁴⁷⁾، خاصة وأنه بمقتضى أحكام المادة 178 من الدستور: «لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس:...

3- الإسلام باعتباره دين الدولة...»؟

ونرى أن الإجابة على هذا التساؤل ليست بالأمر الهين خاصة في ظل التنظيم الحالي المتعلق بمراقبة دستورية القوانين من جهة ، ولكون الإسلام ليس بالمرجع الوحيد الذي يستند إليه المشرع لوضع القوانين من جهة ثانية.

ونعتقد أنه بالنسبة لمراقبة دستورية القوانين أن هذا الأمر هو في الحقيقة حالة خاصة، لكونها محدودة جدا، وذلك :

أن حق إخطار المجلس الدستوري يقتصر على رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الوطني الشعبي دون غيرهم، في حين أن هناك أنظمة قانونية تمكن كل من يهمه الأمر أن يطعن في دستورية القوانين.

45- راجع د.عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص155، راجع أيضا د.عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، المعارف، ص16.

46- يقول د.سمير عبد السيد تناغو بشأن المادة الثانية من الدستور المصري و التي تنص: «الإسلام دين الدولة..» أن « النص يقصد أن الإسلام هو التعبير الجوهرى عن الفكرة العامة للوجود السائدة في مصر نتيجة لايمان العدد الغالب من السكان بهذا الدين..» النظرية العامة للقانون، المعارف، 1986، ص 261.

47- يقول د.عبد المنعم فرج الصدد بشأن المادة الثانية من الدستور المصري التي تنص على أن الإسلام دين الدولة أنه: « يقصد بمثل هذا النص إعلان أن هذا الدين هو دين الأغلبية من أفراد الشعب ، بحيث يراعى الشارع فيما يضعه من قوانين ألا تتعارض مع مبادئ هذا الدين ، كما تتخذ الدولة من أعياده أعيادها لها.»، أصول القانون، ص 490.

- أنه باستثناء القوانين العضوية يتمتع من لهم حق إخطار المجلس الدستوري بسلطة تقديرية، فلم أن يتمسكوا بهذا الحق، ولهم أن يتخلوا عنه. ويظهر من خلال التجربة القصيرة لبلدنا في هذا المجال أن رئيس الدولة هو الذي يتمسك - عادة بهذا الحق.

- أن هذه المهمة - مراقبة دستورية القوانين - أسندت للمجلس الدستوري بدل القضاء لاعتبارات مختلفة.

أما فيما يخص المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الجزائري فإنه يتبين من أحكام الدستور، ولاسيما الأحكام الواردة في الباب الأول تحت عنوان: «المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري» أن الدين الإسلامي ليس المبدأ الوحيد الذي يقوم عليه المجتمع، بل هناك مبادئ آخر منها ما يتعلق بالسلطة، مثل المادة 6 من الدستور التي تنص أن: «الشعب مصدر لكل سلطة»، كما تقضي المادة 11 من الدستور أن الدولة تستمد مشروعيتها من إرادة الشعب. وهناك حريات عامة بعضها يتعلق بالجانب الإنساني وبعضها يتعلق بالمجال السياسي والمهني، وبعضها يتعلق بالاقتصاد والأموال (المادة 29 وما يليها) ... الخ.

قد نتساءل لماذا لم يكتف الدستور بالإسلام كمرجع وحيد ورئيسي للمجتمع الجزائري، خاصة وأن لا أحد ينازع في أن رسالة الإسلام جاء كاملة وشاملة تعالج الجانب الديني والدنيوي؟ ودون الخوض في الإجابة على هذا التساؤل⁽⁴⁸⁾ نرى أن القانون يتأثر دائما.

48. هناك من يعتقد أن الإسلام دين فحسب، وذلك لأن الرسول: «ما كان لإرسولا لدعوة دينية خاصة للدين، ولا تشوبها نزعة ملك ولا دعوة دينية»، ويستند هذا الرأي إلى عدة آيات قرآنية منها: «وما أرسلناك عليهم بوكيل»، - الإسراء، - 45 وما أرسلناك إلا مبشرا ونذيرا»، - الإسراء، - 105 «فذكر إنما أنت مذكر، لست عليهم بمسيطر»، - الغاشية 21، 22 راجع الأستاذ الشيخ عبد الرزاق، الإسلام وأصول الحكم، ص 64، ويرى البعض الآخر تدعيما لهذا الرأي أن الواقع والتاريخ يبين أن مؤسس الدولة الإسلامية هو أبو بكر وليس النبي صلى لله عليه وسلم، كما أن الدين هو حقائق لا تتغير على عكس الدولة التي تخضع لعوامل تكون دائما محل تطور، ومن ثم فالدولة شيء غير الدين، وأن الحكومات الدينية باءت بالفشل باعتبار أنها تقوم أساسا على الطاعة العمياء، وتتميز بالجمود والقسوة، والوقوف في وجه الأفكار الجديدة. ومنهم من يرى أن نظام الخلافة وهو نظام إسلامي لا يتماشى وسنة التطور وهو مناقض مع روح العصر الحديث. ويدفع آخرون باستحالة تطبيق الحدود كقطع اليد في السرقة في الوقت الحالي. راجع أكثر تفاصيل لهذه الآراء المختلفة، د. عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص 26 وما يليها، د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، المعارف، ص 50 وما يليها. ويرى فقهاء آخرون أن الإسلام دين ودولة فهو يجمع بين مصالح الدنيا والآخرة، وأن الإسلام جاء بعدة أحكام تنظم شؤون الحياة الدنيا - أحكام مدنية وأحكام جنائية - وأقر مبدأ الشورى والحرية والمساواة والعدالة والتعاون. وأن باستثناء المسائل المتعلقة بالمعتقدات والعبادات فلا حرج في اختلاف الحكومات بتغير الزمان والمكان، إذ من القواعد المقررة في الشريعة قاعدة رعاية المصالح المرسل، وقاعدة العادة المحكمة، وقاعدة سد الذرائع، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، وقاعدة الضرر يزال شرع، وقاعدة ارتكاب أخف الضررين. راجع هذه الآراء د. عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص 60.

وقد سبق الإشارة إلى ذلك - بواقع البلاد، من حيث تاريخها، وثقافتها، واقتصادها، ووضعها الاجتماعي، وطموحاتها السياسية والاجتماعية.

وعلى العموم فإن اعتبار الدين الإسلامي أحد مكونات الهوية الوطنية لا نزاع فيه، وتكفي الإشارة إلى بعض العناصر لتأكيد ذلك: فالحكومة تشتمل على وزارة خاصة بالشؤون الدينية، وهناك المجلس الإسلامي الأعلى باعتباره مؤسسة استشارية دستورية (المادة 171 دستور) لدى رئيس الجمهورية، من مهامه الحث على الاجتهاد وترقيته، وإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه⁽⁴⁹⁾. وهناك أيضا مؤسسات تعليمية جامعية تتولى التدريس والبحث في الشريعة الإسلامية. كما يشترط في رئيس الجمهورية الإسلام⁽⁵⁰⁾، وتتضمن اليمين التي يؤديها الرئيس احترام الدين الإسلامي⁽⁵¹⁾. ونرى من خلال كل هذه المعطيات أن الإسلام لا يمكن اعتباره مجرد شعار بل يعد - فعلا - مرجعا أساسيا بشأن الأخلاق التي يجب اتباعها. وبمقتضى أحكام المادة 9 من الدستور فإنه: «لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي: ... السلوك المخالف للخلق الإسلامية وقيم ثورة نوفمبر». ونذكر في الأخير أن هذا المبدأ الدستوري كرسه المشرع كذلك في دستور 1976 حيث كانت الجزائر تتبع آنذاك الاشتراكية. واعتقادنا أن التأكيد على مثل هذا المبدأ بغض النظر عن النهج الاقتصادي، يترجم تمسك المجتمع بالأخلاق الإسلامية. وتظهر هذه الأخلاق التي تلتزم مؤسسات الدولة باحترامها أكثر وضوحا بالنسبة لسلوك الأفراد في معاملاتهم كما سنبين ذلك من خلال أحكام القانون المدني.

1.2- الأخلاق الإسلامية في القانون المدني

إن أثر الإسلام باعتباره مصدرا موضوعيا في أحكام القانون المدني تبدو واضحة، من خلال الأخلاق التي يفرضها المشرع على الأفراد في معاملاتهم بصفة عامة (1.2.1)، وكذا

49- راجع المادة 171 من الدستور.

50- راجع المادة 73 من الدستور.

51- راجع المادة 76 من الدستور.

الأحكام الجديدة التي أصبحت تهتم بتعادل الالتزامات التي يتحملها أطراف العقد، وهذا استنادا إلى مساواة حقيقية بدل المساواة المجردة(1.2.2).

1.2.1 - واجبات المتعاقد الأخلاقية

تتمثل هذه الأخلاق في المسائل التالية :

1.1،1.2 - حسن النية :

لا يستفيد الفرد من الحماية القانونية، بمقتضى أحكام المادة 85 والمادة 107 من القانون المدني ما لم يتحلى بالنية الحسنة. وعلى سبيل المثال إذا وقع الفرد في الغلط فله الحق في المطالبة بإبطاله، إلا أنه يفقد هذا الحق إذا كان ذلك الطلب يتعارض مع حسن النية. ونذكر في هذا الصدد أن القانون القديم أي القانون الفرنسي لا يقيم لهذا الجانب الأخلاقي وزنا، إذ يفضل حماية الفرد الذي وقع في غلط بغض النظر عن الغرض الحقيقي الذي دفعه لتمسك بهذا الحق. كما يجب على المتعاقد تنفيذ العقد بحسن النية، وهذا يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه من جهة وتعاونه من جهة ثانية تسهيلا لتنفيذ العقد⁽⁵²⁾.

1.2.1.2 - التزام بالإفشاء

يلزم المتعاقد بمقتضى أحكام المادة 86 مدني بإعلام المتعاقد معه بكل واقعة أو ملابسة يجهلها هذا الأخير ومن شأنها أن تؤثر على رضاه، وإلا كان العقد باطلا بسبب التدليس. وعلى المتعاقد كذلك أن يشعر المتعاقد معه بكل ما من شأنه أن يمنع تنفيذ الالتزام أو يجعل التنفيذ أكثر صعوبة. كما رتبت القوانين المتعلقة بالمنتجات المختلفة بإبلاغ المستهلك بمعلومات مختلفة (طرق الاستعمال ، الصيانة ، مكونات المنتج...الخ.

52- راجع د. علي فيلال، المرجع السابق، ص 294

ونشير هنا إلى أن الفلسفة الفردية ترى أن أحسن مدافع على مصالحه الفرد هو الفرد نفسه، فهو ليس بحاجة إلى نصيحة غيره خاصة في ظل شعار التي ينادي به أنصار الفردية، وهو المساواة. فالمذهب الفردي لا يقيم لتعاون المتعاقدين وزنا في حين أن الدين الإسلامي يحث الناس على التعاون فيما بينهم⁽⁵³⁾.

1.2.1.3 - التحلي بالأمانة والثقة

يشترط في المتعاقد في مجالات عدة أن يتحلى بالثقة والأمانة، حيث تنص على سبيل المثال المادة 111 - 2 مدني: « أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيحب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء، في ذلك بطبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات». يستخلص من هذا الحكم أنه لا مكانة للأناية الشخصية، التي كان يدافع عنها القانون القديم، فلا يهتم بما تنطوي عليه نفس المتعاقد من خير أو الشر، بل يجب على المتعاقد أن يكون محل ثقة وأمانة في تعامله مع الغير. والحقيقة أن المشرع تخلى في كثير من الأمور عن النزعة الذاتية التي تقوم على الأناية ليرجح النزعة الموضوعية لكونها أكثر إنصافا ودالة⁽⁵⁴⁾. ونشير في هذا الشأن إلى الخلاف الفقهي بشأن هذه المسألة، فيرى البعض أن المشرع تأثر بالقوانين الجرمانية، في حين يرى البعض الآخر أنه استلهمها من الشريعة الإسلامية⁽⁵⁵⁾، ونرى أنه في كل الحالات لانزاع في أن الشريعة الإسلامية هي أول من أخذ بالنزعة الموضوعية، وهي أقرب إلينا من غيرها.

53- ويقول الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز في سور المائدة الآية الثانية: «... وتعاونوا على البر والتقوى...» وجاء في الحديث الشريف عن أنس ابن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا يؤمن أحكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»، أخرجه البخاري.

54- تخلى المشرع على سبيل المثال عن نظرية الإرادة الباطنة وأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، راجع د.علي فيلالي، المرجع السابق، ص 77.

55- راجع د.عبدالزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 47 ود.محمد وحيد الدين سوار، أبحاث اضية في القانون المدني الجزائري، مطبوعة 1979، ود.شيتي، مقال، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، سنة 1949، ذكره د.نحمد وحيد الدين سوار المرجع السابق. يمكن الرجوع كذلك إلى الاعمال التحضيرية للقانون المصري، الباب التمهيدي، ص 30، حيث أخذ المشرع الجزائري الكثير من القانون المدني المصري..

1.2.1.4- حضر الرذائل، حيث لا يجوز بمقتضى أحكام المادة 612 مدني القمار والرهان .

1.2.2 - تعادل التزامات المتعاقدين

إن القول المأثور، العقد هو العدل *qui dit contrat dit juste*، الذي يستند إليه القانون القديم يتجاهل تماما الجانب الأخلاقي، حيث العبرة بالتراضي لا غير. فيعد العقد الذي تم بين الأطراف عادلا ولو كان نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للظروف (النفسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية... الخ) التي يمر بها المتعاقد الآخر. كما يكون العقد شريعة المتعاقدين ولو انهار التوازن الاقتصادي للعقد في وقت لاحق عن إبرامه لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين. واستنادا إلى مبادئ الدين الإسلامي لا سيما مبدأ: «لا ضرر ولا ضرار»، استحدث المشرع من خلال القانون المدني أحكام تحرم استغلال المتعاقد وقت إبرام العقد، أو وقت تنفيذه كلما نتج عن ذلك تفاوت واضح بين التزامات الأطراف.

1.2.2.1 - تحريم استغلال ضعف الغير المتعاقد

لقد عالج المشرع هذا الوضع من خلال اعتناقه للنظرية الاستغلال في المادة 90 مدني والتي تبطل العقد التي تم بين الطرفين نتيجة استغلال الضعف النفسي لأحد المتعاقدين (الهوى الجامح والطيش البين)، وترتب على هذا الاستغلال تفاوت كبير بين التزامات المتعاقدين. وكتب في هذا الشأن الأستاذ السنهوري تحت عنوان الاستغلال في الفقه الإسلامي: «بل يمكن القول إن الغلط في القيمة على النحو المتقدم إنما ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته، أو في غيابته ورعونته».⁽⁵⁶⁾

56- راجع مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، الجزء الثاني، ص 141، وقد ذكر من أقوال الحنفية، قول الحموي في غمز عيون البصائر- جزء 2، ص 195: « خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغيير البائع المشتري، بأن كان المشتري غيبا لايعرف، فقال البائع اشره بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتره مغترا بقوله، فله خيار الغبن.» وجاء كذلك في ابن عابدين: « بيع المضطر وشراؤه فاسد. وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرها، ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك في الشراء منهن إذا لم يرض المشتري إلا بشراهن بدون ثمن المثل بغبن فاحش.» ن جزء الرابع، ص 146 .

1.2.2.2- حماية توازن العقد أثناء تنفيذه

تكرست هذه الحماية عن طريق نظرية الظروف الطارئة التي استحدثها المشرع في المادة 107 - 3 مدني التي تنص: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». كما تتحقق هذه الحماية عن طريق إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية طبقا لأحكام المادة 110 مدني. ويقول د. عبد الحميد متولي أن الفقه الإسلامي يشمل مثل هذه النظرية وهي: «نظرية العذر، وبمقتضاها: كل عذر لا يمكن معه تنفيذ الأمر المتعاقد عليه إلا بضرر يصيب المتعاقد في نفسه أو في ماله فإنه يجوز فسخ العقد»⁽⁵⁷⁾. وتستند نظرية العذر هذه أو نظرية الضرورة إلى قواعد الشريعة، منها: المشقة تجلب التيسير، وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.. الخ.

1.2.2.3 نظرية التعسف في استعمال الحق

كرس المشرع من خلال المادة القديمة 41 مدني نظرية التعسف في استعمال الحق، في حين يرى أنصار المذهب الفردي أن مثل هذه النظرية تتناقض وفكرة الحق، حيث يكون من غير المعقول أن يسأل الشخص عند استعمال لحق من حقوقه عن الأضرار التي قد تلحق الغير.

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنهم الشيخ شلتوت: «إن التصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وذلك عملا بالحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار)»⁽⁵⁸⁾، وقد روي من جهة أخرى عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب انه قال إذا احتاج

57- المرجع السابق، ص 251.

58- المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص20، ويليها، ذكره د. عبد الحميد متولي، المرجع

السابق، ص250

إنسان إلى جريان مائه في أرض غيره دون ضرر لصاحب الأرض فان صاحب الأرض يجبر على ذلك⁽⁵⁹⁾.

والحقيقة أن العقد لم يبق شأن المتعاقدين كما يتصوره قانون نابليون، بل هو شريعة المتعاقدين كما نادت بذلك الشريعة الإسلامية وهي أول من نادى بذلك. فالعقد يكون شريعة المتعاقدين عند ما يتحلى هؤلاء بالأخلاق الإسلامية. لم تبق كذلك العبرة بالمساواة المجردة طالما أن القوي لا يتردد في استغلال الضعيف. ولم يبق دور القاضي مقصوراً على تطبيق ما اتفق عليه المتعاقدان ولو كان غير عادل، لقد أصبحت كل القوانين حتى تلك التي تقوم على مبدأ فصل الدين عن الدولة، تستعين بالأخلاق في مجال المعاملات La moralisation du droit.

2 - الشريعة الإسلامية مصدر تاريخي

المصدر التاريخي هو المصدر الذي أخذ منه الحكم المعمول به، وتكون الشريعة حينئذ هي المصدر التاريخي للقانون كلما قام المشرع بتقنين حكم من أحكامها وأدرجه ضمن القانون. وعلى العموم يلجأ المشرع إلى هذه الطريقة لنجاعة أحكام المصدر التاريخي، وذلك من حيث العدل التي تتضمنه من جهة، ومن حيث انسجامها مع واقع المجتمع من جهة أخرى. وقد أخذ المشرع المدني على سبيل المثال في تقنين 1975 عدة أحكام من الشريعة الإسلامية نذكر من بينها :

2.1 - مجلس العقد

هذا المفهوم خاص بالشريعة الإسلامية، وقد اعتمده المشرع إن يحقق العدل بين المتعاقدين فيحافظ على مصالحهما المتناقضة⁽⁶⁰⁾. تسعى هذه النظرية إلى تحقيق

59- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لابن القيم، تقديم الاستاذ محمد محي الدين عبد الحميد، ط 1961، ص 306 نذكره د. عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص 250. راجع أكثر تفاصيل، د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - نظرية التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، ص 260.
60- راجع المادة 64 مدني.

أمرين: أولهما أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، حتى ينعقد العقد. وأما الغرض الثاني، فهو تحديد المدة التي ينبغي أن تفصل بين الإيجاب والقبول بحيث يتمكن الموجب له أن يتدبر أمره دون الإضرار بالموجب الذي يبقى على إيجابه لمدة طويلة دون الرد على إيجابه، خاصة وأن الموجب له غير ملزم بالرد. والحاصل أن نظرية مجلس العقد أوجدت حلا وسطا يوفق بين مصلحة الموجب الذي لا يمكن أن يبقى على إيجابه مدة طويلة، ومصلحة الموجب له الذي يحتاج إلى مهلة للتفكير قبل قبول أو رفض الإيجاب⁽⁶¹⁾.

2.2 - مرض الموت

لقد أقر المشرع مرض الموت في المادة 408 مدني التي تنص: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة... أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال». كما يكون بمقتضى أحكام المادة 776 مدني: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع، يعد تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف». إن مثل هذا الوضع غير وراثة في القانون القديم، كما يصعب إدراج أو تبرير هذا الحل على ضوء التصور الذي اعتنقه القانون الفرنسي. والحاصل أن هذا الحل يستند إلى تصور الذي انتهت إليه الشريعة بالنسبة للميراث. الإرث هو حق خاص للوارث، بينما الوارث في القانون الفرنسي يحل محل المورث، فيأخذ حقوقه ويتحمل التزاماته.

61- راجع د، علي فياللي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص94، راجع أيضا د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ص6.

2.3- مسؤولية عديم التمييز

لقد استحدثت المشرع من خلال المادة القديمة 125 مدني أحكام خاصة بتعويض الأضرار التي يتسبب فيها عديم التمييز في حالة انعدام من هو مسؤول عنه، ومثل هذا الحكم يستند إلى الشريعة الإسلامية التي تأخذ بمبدأ الضمان في مجال المسؤولية المدنية.

إلى جانب هذه الحالات التي ذكرناها على سبيل المثال، هناك العديد من الأحكام الأخرى التي تجد سنداً في الشريعة الإسلامية منها حق الشفعة (المادة 795) مضار الجوال (المادة 691)، والغبن في بيع العقار (المادة 358) وكذلك في القسمة (المادة 732) ⁽⁶²⁾، و خيار الرؤية في البيع (المادة 352)، الوعد بالجائزة (المادة 115) حوالة الدين (المادة 251) ... الخ.

المطلب الثاني: الشريعة مصدر رسمي

تعد الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً أصلياً بالنسبة للأحوال الشخصية (ف1) وتكون مبادئ الشريعة مصدراً رسمياً احتياطياً بالنسبة للفروع الأخرى في القانون (ف2).

1 - الشريعة مصدر رسمي وأصلي في الأحوال الشخصية

يعد قانون الأسرة من حيث الشكل قانوناً وضعياً، فهو من وضع السلطة التشريعية، غير أن أحكامه هي أحكام الشريعة الإسلامية. ويمكننا القول حينئذ أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي والأصلي للأحوال الشخصية التي تشمل إلى جانب تنظيم الأسرة

62 - يتحقق الغبن إذا كان يزيد عن الخمس ن وهذا الحكم مستمد من المذهب الحنفي و اما الملكية فيتحقق الغبن إذا تجاوز الثلث، راجع، د. محمد وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، مطبوعة كلية الحقوق 1979، ص 111.

(الزواج، والطلاق، والنسب، والولاية) المسائل المتعلقة بالميراث، والوصية والهبية والوقف. ولعل ما يؤكد هذا القول موقف القضاء الذي كثيرا ما يستند إلى الشريعة الإسلامية لتبرير الأحكام الصادر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽⁶³⁾، وهذا بالإضافة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة تنص: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». والجدير بالملاحظة أيضا أن الشريعة الإسلامية هي التي كانت تطبق على الجزائريين خلال الاستعمار الفرنسي، علما وأن الاستعمار كان له دورا كبيرا في تخلي البلدان الإسلامية عن تطبيق الشريعة الإسلامية خلال فترة الاحتلال وحتى بعد الاستقلال وذلك نتيجة التأثير الثقافي وكذا ادعاء بعض الفقهاء عدم مسايرة الشريعة الإسلامية لتطور السريع للمجتمع المعاصر⁽⁶⁴⁾. وقد يرجع سبب هذا الانتقاد إلى الخلط الذي وقع فيه هؤلاء الفقهاء بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي في عصر من العصور أو في مذهب من المذاهب، «فالشريعة الإسلامية هي في المقام الأول مجموعة المصادر والأدلة التي تؤخذ منها أحكامها، بما تتضمنه من نصوص، وما تشمله من مسالك للكشف عن خطة الشارع الحكيم في بناء ما أوحى به من أحكام، وتطبيقها - من بعد - على معطيات كل عصر وكل بيئة لاستنباط الأحكام التي يتطلبها. أما الفقهاء الإسلامي فليس إلا محاولات بشرية فيها الإصابة وفيها الخطأ. وهي عند ما تصيب فقد تصيب أحكاما تتخطى في صحتها ظروف العصر والبيئة وقد تصيب أحكاما ترتبط بهذه الظروف، وبذلك يظل باب الفقهاء الإسلامي مفتوحا دائما لتصحيح الأخطاء واستيعاب معطيات البيئة والزمان»⁽⁶⁵⁾.

63- راجع على سبيل المثال، محكمة العليا، 20/01/1989، ملف رقم 51107، المجلة القضائية 1992، 3، 53..

المحكمة العليا/20/06م1988، ملف 49575، المجلة القضائية 1991، 2، 54.

64- ويقول في هذا الشأن العالم الجليل أبو الأعلى المدودي: «من غربة الإسلام في العصر الحاضر، أنك إذا قمت، في بلد من بلاد المسلمين لا في بلاد غيرهم، تنادي بإحياء نظام الإسلام و تطبيق قانونيه، تعرضت لضروب من الشبهات والاعتراضات تثار حول هذا القانون، وفكرة تطبيقه في العصر الحاضر. هل يمكن أن يكون قانون قد مر عليه أربعة عشر قرنا ملائما لمجتمع اليوم و صالحا ليطبق في دولة متحضرة عصرية. وكيف له أن يسد حاجاتها ويحقق مطالبها»، ذكره د.محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 48.

65- راجع د.مصطفى محمد الجمال و د.عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 241.

ولا تفوتنا الإشارة أيضا إلى مسألة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، التي هي أيضا محل خلاف بين فقهاء المسلمين، فمنهم من يرى أن عملية التقنين تساعد على تشويه الأحكام الشرعية⁽⁶⁶⁾، حيث تستخدم لتحقيق مصالح خاصة، وقد تكون محل مساومات، كما أنه لا حاجة لتقنين الشريعة بعد مضي أربعة عشر قرنا على تطبيقها بدون تقنين، وأن تقنين الفقه الإسلامي يكون بمثابة حجر على المجتهدين، و: «أن جعل الشريعة في مواد يسهل على الحكومات المتعاقبة العبث بنقض القانون مادة مادة»⁽⁶⁷⁾. ويرى آخرون أن عدم تقنين الفقه الإسلامي لا يعد ضمانا كافيا لتجنب الحكام من استغلال أحكامه، بل يكون التقنين وسيلة فعالة في يد القاضي، وأن التطبيقات المختلفة ستسمح باجتهاد القضاة، كما يساعد تقنين الشريعة الإسلامية على توحيد الأحكام وسهولة تطبيقها واستكمال المسائل التي لم يتعرض لها بعض المذاهب أو بعض الفقهاء.. الخ⁽⁶⁸⁾. وعلى العموم هناك العديد من البلدان الإسلامية قامت منذ بتدوين الأحوال الشخصية، فمنها من أخذ بمذهب أو ذاك، ومنها من جمع بين المذاهب المختلفة. وقد نتساءل ما إذا كان وضع قانون الأسرة هو مجرد عملية تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية أم أن تشريع حقيقي مستلهم من الشريعة الإسلامية؟

66- وهناك من يرى: «أن العمل بالتقنين يعد من قبل التحاكم إلى الطاغوت، أو يتضمن ردا للنزاع المطروح إلى غير الله والرسول، وأن كلا الأمرين مخالف للدين ينص القرآن الصريح في قوله تعالى: (ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به، ويريد الشيطان أن ضلهم ضلالا بعيدا). وقوله تعالى (فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا)، «، راجع د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص247.



67- هذا القول للدكتور. عبد الله الزيات، ذكره د. محمد عبد الجواد محمد/ المرجع السابق، ص84.

68- راجع د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص246.

2 - مبادئ الشريعة كمصدر رسمي احتياطي للقانون

يقصد بالمصادر الرسمية الاحتياطية تلك التي يرجع إليها القاضي في حالة عدم وجود المصدر الأصلي أي التشريع. وترجع الحاجة إلى هذه المصادر الاحتياطية إلى النقص الذي يلحق لامحال التشريع باعتباره المصدر الأصلي من جهة، وإلى الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي، ألا وهو الفصل في النزاعات المطروحة عليه، وذلك تحت طائلة العقاب⁽⁶⁹⁾. وبمقتضى أحكام المادة الأولى من القانون المدني تكون مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول.

يقصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية، المبادئ الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء⁽⁷⁰⁾. فالعبرة بالأصول الكلية للشريعة دون المسائل التفصيلية أو الجزئية، ولا يستطيع حينئذ القاضي أن يرجع إلى مذهب معين ليأخذ برأي في مسألة ما، بل له أن يأخذ من كل المذاهب. ولكن طالما أنه لا يمكن للقاضي الرجوع إلى الأحكام التفصيلية، بل يتقيد بالمبادئ العامة، فلا نرى كيف يمكنه تطبيق هذه المبادئ على النزاع المطروح عليه والذي يتمثل في وقائع محددة ودقيقة. واعتقادنا أنه من الخطأ اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا، بل هي مجرد مصدر مادي، يستلهم منه القاضي الحل المناسب للنزاع المطروح أمامه⁽⁷¹⁾.

يشترط كذلك في تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا احتياطيا للقانون شرطين، يتعلق الأول بالموضوع محل النزاع، والثاني بانطباقها أو انسجامها مع المبادئ العامة للقانون.

69 - تنص المادة 136 عقوبات: «يجوز محاكمة كل قاضي أو موظف إداري يتمتع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3.000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة.»

70 - راجع نفس الرأي - د.علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون الجزائري، مقال، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، ص 121، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 299.

71 - راجع

بالنسبة لموضوع النزاع، فلا شك في أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي أشار إليها المشرع في المادة الأولى مدني لا تعني كل المجال الديني وإنما تقتصر على المجالات التي تخضع إلى القانون الخاص، وتحديدًا القانون المدني، أي العلاقات التي تربط الفرد بغيره من حيث المال، أي المعاملات وتلك التي تربطه بأسرته، أي الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة الذي كان جزء من القانون المدني⁽⁷²⁾. ولا يمكن للقاضي أن يلجأ حينئذ إلى مبادئ الشريعة الإسلامي بالنسبة للمسائل المتعلقة بقانون العقوبات⁽⁷³⁾، أو القانون الإداري... الخ.

وأما الشرط الثاني فمفاده أن القاضي لا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، كمصدر احتياطي للقانون إلا إذا كانت لا تتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الوضعي، وذلك حفاظًا على تجانس وانسجام التشريع⁽⁷⁴⁾. فلا بد أن يراعى القاضي عند رجوعه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التنسيق ما بين هذه المبادئ والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني.

ويتبن في النهاية، من هذه الشروط المقررة لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية أن الحالات التي يرجع فيها القاضي إلى هذا المصدر الاحتياطي هي في الواقع محدودة جدا

72- راجع نفس الرأي، د. سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 167.

73- يخضع قانون العقوبات إلى مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، حيث تنص مادته الأولى: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون».

74- تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني اليمني: «إذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة». وتنص المادة 87- 2 من مشروع القانون المدني العربي الموحد: «إذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب فقهي معين، فإذا لم يوجد، تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فقها»..

إن لم نقل منعدمة، خاصة وأن التشريع أصبح يتولى تنظيم كل مجالات الحياة بصفة دقيقة. فالتشريع يعد إحدى الوسائل التي يستخدمها الحكام لتطوير المجتمع وتجسيد مشاريعهم السياسية، فينظمون سلوك الأفراد بطريقة مفصلة ودقيقة، ولا يتكون مجالاً كبيراً للمصادر الاحتياطية. ولكن هذا لا يمنع المشرع من الاستعانة بأحكام الشريعة في وضعه للقوانين، فتكون مصدراً مادياً. إضافة إلى مبادئ الشريعة أقر المشرع العرف ومبادئ العدالة من بين المصادر الرسمية الاحتياطية، ونرى في هذا الشأن أن الشريعة الإسلامية تعتد هي أيضاً بالعرف، وهذا الأخير كما يعلم الجميع هو ناتج عن ضمير المجتمع الجزائري الذي يدين بالإسلام. وأما فيما يخص مبادئ العدالة والقانون الطبيعي فإننا لا نشك لحظة واحدة في أن القاضي سيلتزم بالأخلاق الإسلامية في إطار اجتهاده. وفي خاتمة هذه المداخلة التي تبقى فعلاً محل للإثراء وللانتقاد، نرى أن التاريخ أثبت نسبة القوانين زماناً ومكاناً، وهذا عكس الدين ولا سيما الدين الإسلامي الذي لا نزاع في أنه صالح لكل زمان ومكان. ولقد قدمت لنا الشريعة في هذا المجال أدلة قطعية، فهي أول من دافع عن حقوق الإنسان، وهي أول من قال بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهي أول من قال بتعاون المتعاقدين، وهي أول من اعتمدت موقفاً وسطاً بين الجسد والروح، بين الجانب المادي والجانب الروحي بين الفرد والجماعة. وإذا لم تستطع القوانين أن تحقق ما حققته الشريعة الإسلامية من عدل وطاعة لأوامرها، فمرد ذلك قصر نظرة الإنسان المشرع الذي كثيراً ما يتحاز لجانب دون الآخر، كما بينا ذلك، فاقتصر القانون على الجانب المادي والنفعي دون الروحي هو الذي جعل المشرع يبتعد تارة عن التعاليم الدينية ويرجع إليها تارة أخرى. ألم تكن الحرية أساس الثورة الفرنسية؟ ألم يتبين من أن هذه الحرية كانت مصدراً لاستغلال الأقوياء للضعفاء؟ ألم ترجع كل القوانين إلى الأخلاق إلى الروح إلى الضمير لتحقيق خير الفرد والمجتمع في آن واحد؟