جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة

الميدان: العلوم الانسانية

شعبة: العلوم الاسلامية

# تقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي

# كتاب النكاح (أنموذجا)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الاسلامية L.M.D

تخصص : الفقه المقارن وأصوله

إعداد الطلبة:

درافة ليلي

رميثة ميادة

إشراف الدكتور:

*محمد ورنيقي

السنة الجامعية 1439-1940هـ/2018-2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

وَلِمَنْ خَافَ
مَقَامَ رَبِّهِ
جَنَّتَانِ

# إهـــــــداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك . . ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك . . ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك . . ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك .

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة . . ونصح الأمة . . إلى نبي الرحمة ونور العالمين . .

سيدنا محمد صل الله عليه وسلم

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار . إلى من علمني العطاء بدون انتظار . . إلى من أحمل أسمه بكل افتخار . .

أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها

اليوم وفي الغد وإلى الأبد . . والدي العزيز

إلى ملاكي في الحياة . . إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني . . إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة

إلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد . . إلى اخواتي واخوتي .

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهن أمي . . إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء إلى ينابيع الصدق الصافي إلى من

معهم سعدت ، وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت إلى من كانوا معي على طريق النجاح

والخير .

إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم الى كل صديقاتي

ميادة

# إهـــداء

أحمد الله عز وجل على منه و عونه لإتمام هذا البحث.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل

المبتغى، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة،

أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره؛ إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء و الحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرّعاية و كانت سندي في الشدائد، و كانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعتني خطوة خطوة

في عملي، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان أمي أعز ملاك على

القلب و العين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين؛

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكي أُدخل على قلبيهما شيئا من السعادة إلى إخوتي و أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة ؛ كما أهدي ثمرة جهدي لأساتذة الكرام الذين كلما، سألت عن معرفة زودني بها و كلما طلبت كمية من و قتهم الثمين وفروها لي بالرغم من مسؤولياتهم المتعددة؛

و إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في ذواتنا و في أنفسنا قبل أن تكون في اشياء اخرى والى كل اصدقائي بجامعة عمار ثليجي .

إلخ

# شكر

عند إتمامنا لهذا العمل المتواضع لا يسعنا إلا أن نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إتمامه.

ومن هذا الباب أيضا فإننا نرفع أسمى عبارات الشكر للدكتور ورنيقي محمد الذي أمدنا بالكثير من التوجيهات القيمة التي أفادتنا في اخراج هذا العمل الى النور فشكرا له.

# مقدمة

## مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على حبيبه محمد صلى الله عليه وسلم، أما بعد فإن أصدق الحديث كتاب الله وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكل بدعة في النار أعاذنا الله من البدع ومن الضلالات ومن النار.

يقول الله تعالى في محكم تنزيله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]

منذ أن خلق الله عز وجل الأرض واستعمر الانسان فيها لم يقدس الرب سبحانه وتعالى من علاقة ما بين البشر كما قدس العلاقة الزوجية، ولقد أعطى لهذه الرابطة اهتماما أكبر كونها تعتبر النواة الأولى لتكوين المجتمعات والدول، لذلك أوجد لها الشارع سبحانه إطارا شرعيا تتصف به عند الولوج إليها أو عند تطبيقها على أرض الواقع وهو ما تكلمت فيه الكثير من الآيات الكريمة والأحاديث الصحيحة وكذا اجتهادات العلماء وفقهاء الدين وكذا علماء النفس والاجتماع.

واذا ما حاول الانسان الخوض في هذا الميدان سيجد نفسه محدد الاتجاهات بحيث سيلتزم بما التزم به الشرع وما قررته الشريعة السمحاء وإلا أصبح مبتعدا عن الفطرة السوية التي خلقه الله عليها وأوجب عليه الالتزام بها، غير أنه ومع التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وحتى الدينية التي يشهدها العالم عامة والوطن العربي والاسلامي خاصة مما عمل على خلق فكر جديد يحاول فرض نفسه على المجتمع مستعينا في ذلك بما يحاول الغرب فرضها على المجتمعات المحافظة في مجال التقنين الأسري .

ومع أن الشريعة الاسلامية السمحاء نصت على أهم الأحكام التي تحمي الأسرة المسلمة من التفكك والانحلال والتفسخ لكن مع ذلك فإنها لم تغلق الأبواب في وجه الاجتهادات التي لا تخرج عن النص الشرعي وفي نفس الوقت تبعث برسائل بعدم جمود الشريعة الاسلامية وتفتحها في إطار محدد يتبناه الشرع ولا ينفيه العقل السليم.

ومن باب تحديد المفاهيم الشرعية في مجال الأسرة فإن المشرع القانوني وفقهاء الشرع حاولوا إيجاد تقنين فقهي خاص بقانون الأسرة معتمدين في ذلك على كثير من النصوص الشرعية واجتهادات الأوائل في هذا الميدان قصد التوفيق ما بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية على أساس عدم تجاوز النص الشرعي

[1] سورة الروم آية 21.

ومحاولة اسقاط النص القانوني على النص الدين وليس العكس، وهو ما وفق إليه الكثير من الفقهاء وما الكتاب الذي بين ايدينا (القوانين الفقهية لابن جزي) إلا خير دليل على ذلك.

## الإشكال:

الموضوع الذي نحن في محاولة لدراسته يطرح علينا اشكالية متمثلة فيما يلي:

**كيف تم تقنين فقه الاسرة في شقه أحكام الزواج في كتاب القوانين الفقهية لابن جزي؟**

والتساؤل الذي بين أيدينا يجرنا الى طرح تساؤلات ثانوية كان علينا كذلك الاجابة عليها والتي جاءت على النحو التالي:

1 هل عملت حركة التقنين الفقهية على تيسير الفقه للعامة والخاصة أما العكس؟

2 هل استطاع كتاب القوانين الفقهية من تحديد المفاهيم الفقهية الخاصة بالزواج؟

3 ما مضمون كتاب ابن جزي في موضوع الزواج؟

4 كيف كانت نظرة ورأي فقهاء المذاهب في الزواج؟

5 هل وفق قانون الأسرة الجزائري في استنباط أحكام الزواج من الشريعة الاسلامية عامة والمذهب المالكي خاصة؟

## أهمية الموضوع:

الموضوع يكتسي أهمية كبيرة كونه

- يعالج إحدى المواضيع الحساسة في المجتمع العربي والاسلامي خاصة منه المعتمد على المذهب المالكي في تسيير أموره الفقهية،
- كما أنه فتح الباب على الاستزادة من المحاولات التي بدأت قبله في عملية تقنين الفقه الاسلامي والذي اعتبر موفقا الى حد كبير حسب أراء الفقهاء الاسلاميين ورجال قانون الأسرة.
- وبالموازاة مع ذلك فان الموضوع يتطرق الى حالة اجتماعية معروفة منذ القدم غير أنه ومع التطور التكنولوجي والعلمي والتحرر الديني الغربي بدأ يتراجع فاتحا المجال الى علاقات غير شرعية أخرى.

## أسباب اختيار الموضوع:

اختيارنا لهذا الموضوع لم يكن اعتباطيا أو محض الصدفة بل كان لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

**أ-الأسباب الذاتية:**

وتكمن أساسا في

- ✓ رغبتنا في الاطلاع على الجوانب العامة والخاصة بالموضوع.
- ✓ محاولة العمل على التمييز ما بين العلاقة الشرعية (الزواج) والعلاقات الغير شرعية المنتشرة في كثير من البلدان في هذا العصر.
- ✓ تطلعنا الى العمل على كل الأصعدة على إظهار القيمة الحقيقية للموضوع في المجتمع العربي والاسلامي.

**ب-الأسباب الموضوعية**

- ✓ محاولة إثراء ولو بالقليل للساحة الفقهية الاسلامية بموضوع الزواج.
- ✓ تتبعنا عبر كل الوسائل عن مدى خطورة الموضوع المقترح ومدى ارتباطه بالحياة اليومية للمجتمعات الاسلامية.
- ✓ محاولتنا إبراز القيمة الكبيرة لكتاب القوانين الفقهية لابن جزي.

**أهداف البحث:**

نهدف من وراء بحثنا هذا على أن ابراز ما يلي:

- ✓ القيمة الحقيقية للزواج في المجتمع.
- ✓ تقديس الرابطة الزوجية من طرف الشرع ونبذ العلاقات خارج إطار الزواج.
- ✓ تثمين القيمة العلمية لكتاب القوانين الفقهية خاصة ما تعلق بالزواج.
- ✓ اظهار الأحكام العامة والخاصة التي حددها الشارع في الأمور المتعلقة بالزواج.

**الدّراسات السّابقة:**

حاولنا في دراستنا هذه أن نعتمد على بعض من الدراسات السابقة والتي تناولت الموضوع من عدة نواحي، والدراسات كانت على هذا النحو:

**الأولى:** الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري وهي رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية لصاحبها محفوظ بن صغير من جامعة الحاج لخضر باتنة التي تطرق فيها الى أن ما

يشهده العالم الغربي من انحلال في القيم والخيار في المبادئ والأخلاق، وانحدار بمستوى المرأة ومكانتها إلى أدنى الدرجات، دليل على رفعة الشريعة الإسلامية وسموها بتكريمها لعلاقة الزوجية وللمرأة أيا كان موقعها بما يضمن لها الحماية والاستقرار والسلامة والأمن.

فجاءت هذه الدراسة لتبرز آثار الزواج في الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية التي حرصت على تنظيم العلاقة الزوجية بما يكفل استقرارها وتقوية أواصرها من تفعيل دور الولي وإشراكه في عقد زواج موليته على سبيل تقدير المصلحة الحقيقية لها في اختيار الأنسب لها وبرضاها إذا كانت راشدة، والذي من شأنه أن يرتب الأثر الإيجابي للزواج ويرفع من مكانة المرأة وقدرها حتى لا تنسب إلى غير ذلك.

**الثانية:** للطالبة لعيايدة هاجر تحت عنوان حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية عن جامعة الجزائر والتي تناولت فيها حركة التقنين الفقهي، والتي أظهرت فيها على أنها مجموعة من الجهود المبذولة لصياغة قواعد تنظيمية، ملزمة، من الفقه الإسلامي، وفق منهجية مخصوصة.

اضافة الى ذلك فقد تطرقت الى حكم التقنين الفقهي، ومنهجيته، وضوابطه التي ينبغي ألا يخرج عنها، فأما ما يخص حكم التقنين الفقهي، فالخلاف فيه يرجع إلى عنصره الموضوعي وهو الإلزام، حيث يقيّد سلطة القاضي.

كما أنها تطرقت ايضا الى أثار حركة التقنين الفقهي، سواء على الاجتهاد، أو اتجاهات التأليف، أو على تبويب الفقه، وقواعده، ومصطلحه.

**الثالثة:** لمحمد كمال الدين إمام، مقال معنون في منهجية التقنين أفكار أوَّلية، تناول فيه فكرة التقنين في مفهومها الحديث.

وذكر فيه أن الاهتمام الواسع بالتقنين لرصيدنا من الفقه يؤكد على أمرين:

**الأول:** أن الشريعة الإسلامية شريعة حية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، بما انطوت عليه من مرونة وحيوية وقابلية للتطور، يتعلق بتخريج أحكام لمستجدات الحياة على أصول الشرع الثابتة، وكلياته، ومقاصده، وهذا هو الفقه الواقعي المتحرك.

**الثاني:** أن الشريعة الإسلامية هي مصدر استقلالنا التشريعي، وهو استقلال نعتبره ضروريا للحفاظ على هوية الأمة وخصوصياتها الحضارية، ولا يكتمل استقلال أمة وقد استبدلت القوانين المستوردة بشريعتها الخالدة.

أما من ناحية دراستنا هذه فحاولنا قدر المستطاع أن نظيف بعضا من النواحي التي تعتبر الى حد ما من المواضيع الغير متناولة من كثير من الفقهاء وهي مسألة التقنين للفقه الاسلامي. فجاءت دراستنا من جهة كتبيان لما أسهب فيه بعضا من الأصوليين، ومن جهة أخرى فتحت بابا للولوج والاستزادة من هكذا مواضيع لعلها تثري المكتبة الفقهية في هذا الميدان.

## منهج البحث:

اعتمدنا في انجاز بحثنا على المنهج الاستقرائي، وبه استقرأنا النصوص المتعلقة بفقه الأسرة، وكذا نقلنا فيه النّصوص من كتاب القوانين الفقهية، ثمّ ولضرورة الموضوع استخدمنا المنهج التّحليلي، وذلك بتحليل تلك النّصوص والاستنباط منها في معرفة المظاهر والضّوابط المتعلقة بالزواج.

## خطة البحث:

وللاجابة على التساؤلات المطروحة اعتمدنا على خطة أساسها فيما يلي:

حيث قسمناها الى فصل تمهيدي وفصلين اثنين فالفصل التمهيدي تكلمنا فيه عن التعريف بالإمام ابن جزي ولمحة عن كتابه القوانين الفقهية وقسمناه الى مبحثين الأول تطرقنا فيه الى ترجمة ابن جزي أما المبحث الثاني فأعطينا فيه لمحة عن كتاب القوانين الفقهية.

وفي الفصل الأول تكلمنا عن مفهوم حركة التقنين وقسمناه الى مبحثين المبحث الأول تحدثنا عن ماهية التقنين أما المبحث الثاني فعرضنا فيه تاريخ ظهور فكرة التقنين.

أما الفصل الثاني فحددنا فيه تقنين فقه الأسرة وقسمناه الى مبحث أول تطرقنا فيه الى تقنين أحكام الزواج (أنموذجا) والمبحث الثاني تكلمنا فيه عن أركان وشروط الزواج أما المبحث الثالث فحددنا فيه النكاح الصحيح والفاسد وعيوب النكاح.

# الفصل التمهيدي: التعريف بالامام ابن جزي ولمحة عن كتابه القوانين الفقهية

المبحث الأول: ترجمة ابن جزي

المطلب الأول: إسمه نسبه ومولده

المطلب الثاني: مذهبه الفقهي ومكانته العلمية

المبحث الثاني: لمحة عن كتاب القوانين الفقهية

المطلب الأول: القيمة العلمية للكتاب

المطلب الثاني: منهج ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

المطلب الثالث: أهمية الكتاب في الساحة العلمية

# الفصل التمهيدي

## التعريف بالامام ابن جزي ولمحة عن كتابه القوانين الفقهية

العالم الاسلامي وعبر العصور الفائتة أوجد لنا كوكبة من العلماء والفقهاء والذين أثروا المكتبة الاسلامية بكثير من المؤلفات التي أصبحت مراجع يلجأ إليه الكثير من المتعلمين، ومن أولئك العلماء نجد محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي الذي استطاع أن يوجد منظومة قانونية تعمل على تسهيل أخذ الأحكام القانونية في كثير من المواضيع التي تمس الحياة اليومية للانسان المسلم.

كما أن كتابه الموسوم بالقوانين الفقهية أعطى دفعة كبرى في سبيل خلق قوانين في الفقه الإسلامي على المذهب المالكي، وقد أعطى ابن جزي بهذا المُؤلَّف انطباعا بعدم جمود الفقه الاسلامي وشموليته وكذا امكانية تطبيقه على أرض الواقع.

## المبحث الأول: ترجمة ابن جزي

ابن جزي هو الفقيه الماكلي الغرناطي الذي ألف الكثير من الكتب في مجالات عدة منها الفقه والتفسير وأصول الفقه، وهذا الفقيه له الفضل مع جملة من الفقهاء في أن يؤصلوا ويقننوا للفقه الاسلامي المالكي وهو ما سنتطرق اليه في هذا المبحث.

### المطلب الأول: إسمه نسبه ومولده

سنتطرق في هذا المطلب إلى العناصر التالية:

**أولا: اسمه وكنيته ومولده:**

هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحي بن عبد الرحمان بن يوسف بن سعيد بن جزي الكلبي الغرناطي، وقيل يوسف بن سعيد « جزي » (وقيل سعيد بن جزي) وهو معروف بمحمد بن جزي ويقال له محمد الكلبي، ويشاركه ابنه « محمد » في هذه التسمية وكذا جده العلامة الوزير فكلا منهما يعرف « محمد بن جزي ».[1]

أما كنيته فهي أبو القاسم وهي كنية جده وكنية الرسول صلى الله عليه وسلم، ويلاحظ أنه جمع بين الاسم (محمد) والكنية (أبو القاسم) اقتداء بالرسول صلى الله عليه وسلم، وشهرته ابن جزي إنما تعود إلى اسم أحد أجداده، وهو لقب معروف عند العرب تماما كسمى وعلى.

ولقد ولد ابن جزي يوم الخميس في التاسع عشر (19) من ربيع الأول عام ثلاثة وتسعين وستمائة هجرية (693 هـ.) الموافق لأربعة وتسعين و ماتين وألف ميلادية (1294م)، في مدينة غرناطة عاصمة الأندلس في ذلك العهد. ونشأ بها حيث كانت زاخرة بالكتاتيب، غاصة بالفضلاء.

ينتسب ابن جزي إلى قبيلة بني كليب، وهي قبيلة عربية يمانية تنتسب إلى كلب بن وبرة بن تغلب بن قضاعة، وقد دخل من الكلبيين إلى الأندلس، فمنهم من صار واليا عليها ومنهم من دخلها مجاهدا فاتحا،

[1] حياة كتاب، آراء ابن جزي الأصولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية أصول الدين قسم الشريعة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2000، ص 29.

ومن هولاء سلف ابن جزي، إذ ذكروا أن أصل سلفه يعود إلى ولمة وهي حصن من حصون البراجلة في الأندلس.[1]

أما جُزَيّ- بضم الجيم وفتح الزاي- نسبة إلى (جز) وهو جده جز بن بكر، وبكر ممن دخل الشام مع ابو عبيدة الجراح رضي الله عنه، وحدث عن أبيه، وجزي نسبة أيضا إلى قرية من قرى أصبهان يقال لها (جز).

وتشير المصادر إلى أنه كان يملك مكتبة ضخمة متنوعة، تحوي المعارف المختلفة كالقراءات والتفسير والحديث والفقه والأصول وأصول الدين إضافة إلى أنه كان شاعراً أديباً.

تولى الخطابة في ريعان شبابه بالجامع الأعظم بغرناطة، فوفق في استمالة القلوب وتوجيه الناس بالأسلوب الحسن، والبراعة والمنطق، كان مشتغلاً بالعلم تحصيلاً وتأليفاً، وأصبح من مفتيّ الأندلس، والعلماء البارزين فيها.[2]

**ثانيا: مؤلفاته**

فيما يخص مؤلفاته، فهي كثيرة، منها: أصول القراءات الستة غير نافع، والأنوار السنية في الألفاظ السنة، وكتاب مختصر في أحاديث مختارة، والتسهيل لعلوم التنزيل في تفسير القرآن الكريم، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، والدعوات والأذكار المخرجة من صحيح الأخبار، والصلاة في الفقه والترغيب، والضروري من علوم الدين، و فهرسة مشتملة على كثير من أهل المشرق والمغرب، والفوائد العامة في لحن العامة، والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنبلية والحنفية، والمختصر البارع في قراءة نافع، والنور المبين في قواعد عقائد الدين، ووسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم. هذا مع شعره وأدبه وذكائه وحسن تربيته...[3]

وكان شاعراً له من الشعر:

---

[1] حياة كتاب، آراء ابن جزي الأصولية، المرجع نفسه، ص 30.

[2] إيمان بنت زكي بن عبداللطيف عطية، ترجيحات الإمام ابن جزي الكلبي في التفسير من خلال كتابه (التسهيل لعلوم التنزيل)، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في التفسير و علوم القرآن، كلية الدعوة وأصول الدين قسم الكتاب والسنة شعبة التفسير وعلوم القرآن، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ص 22.

[3] المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، الطبعة الاولى، دار الزمان للنشر والتوزيع، المدينة المنورة المملكة العربية السعودية، 2003، ص 04.

لكل بني الدنيا مراد ومقصد... وإن مرادي صحة وفراغ

لأبلغ في علم الشريعة مبلغاً... يكون به لي في الجنان بلاغ

ففي مثل هذا فلينافس أولو النهى... وحسبي من الدنيا الغرور بلاغ

فما الفوز إلا في نعيم مؤبد... به العيش رغد والشراب يساغ

وله في الجناب النبوي:

أروم امتداح المصطفى فيردني... قصوري عن إدراك تلك المناقب

ومن لي بحصر البحر والبحر زاخر... ومن لي بإحصاء الحصى والكواكب؟

ولو أن كل العالمين تألقوا... على مدحه لم يبلغوا بعض واجب

فأمسكت عنه هيبة وتأهباً... وخوفاً وإعظاماً لأرفع جانب

ورب سكوت كان فيه بلاغة... ورب كلام فيه عتب لعاتب[1]

**ثالثا: شيوخه**

أخذ الإمام العلم عن جمع كبير من أئمة عصره وفضلاتهم، ومن أشهرهم:

– أبو جعفر أحمد بن إبراهيم بن الزبير الغرناطي، المحدث الجليل، الناقد النحوي، الأصولي، الأديب، المقريء، المفسر، المؤرخ، انتهت إليه الرئاسة في العربية ورواية الحديث والتفسير والأصول. أخذ العلم من كبار العلماء في ذلك العصر منهم: أبو الحسن سعيد ابن محمد الحفار، وأبو المجد أحمد الحضرمي، والقاضي أبي الخطاب عمر بن محمد بن خليل، وغيرهم، وأخذ عنه كثير من العلماء منهم: القاضي الشهيد محمد بن الأشعري، وأبو البركات محمد بن محمد المعروف بابن الحاج، وأبو حيان محمد بن يوسف الغرناطي، وأبو القاسم بن جزي الذي أخذ عنه العربية والفقه، والحديث والقرآن.[2]

[1] إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ص 275–276.

[2] محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، تقريب الوصول الى علم الأصول، الطبعة الأولى، تحقيق محمد علي فركوس، دار التراث الاسلامي، حيدرة الجزائر، 1990، ص 15.

وقد تعلم ابن جزي اللغة عند علماء من أبرزهم أبو جعفر بن الزبير، وقد كان الأندلسيون يعلمون صبيانهم اللغة منذ الصغر، فلا يبلغ الصبي إلا وعنده من اللغة الشيء الكثير، وتفقه الإمام ابن جزي على مذهب الإمام مالك، فهو المذهب السائد في الأندلس، فتعلم الفقه على المذهب المالكي، لاسيما وأن كثيرًا من شيوخه من الفقهاء، فأتقن الفقه فأفتى الناس، بل وكان مفتيا على نطاق الأندلس، وأغلب فتواه على المذهب المالكي، وألف كتاب القوانين الفقهية على مذهب الإمام مالك، وقال في مقدمته وهو (على مذهب إمام أهل المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي رضي الله عنه إذ هو الذي اختاره أهل بلادنا بالأندلس وسائر أهل المغرب)، كما أن ابن جزي كان له اهتمام بالحديث النبوي، فبرع فيه وأتقن، وله كتابان في هذا الفن مما يدل على إتقانه أولهما: كتاب وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم وثانيهما: كتاب الدعوات والأذكار المخرجة من (صحيح الأخبار)[1].

**رابعا: وفاته**

استشهد –رحمه الله– ضحوة يوم الاثنين السابع من جمادى الأولى عام واحد وأربعين وسبعمائة، في معركة (طريف) بعد أن أبلى فيها بلاء حسنا.

ولقد فقد الإمام أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي، وهو يشحذ همم الناس، ويحرضهم ويثبت بصائرهم، وكان ذلك هو آخر العهد به.

وكان مما يقوله في ذلك اليوم:

قصدي المؤمل في جهري وإستراري  مطلبي من إلهي الواحد الباري

شهادة في سبيل الله خالصة  تمحو ذنوبي وتنجيني من النار

إن المعاصي رجس لا يطهرها  إلا الصوارم في أيمان كفار

ثم قال في هذا اليوم: «أرجو أن يعطيني الله ماسألته في هذه الأبيات». وهكذا صدق الله ابن جزي فصدقه، وانتقل إلى جوار ربه في موكب الشهداء الذين صدقوا ما عاهدوا الله عليه، فأكرمهم و آواهم.[2]

[1] عبد الرحمن بن صالح بن محمد راشد الظاهري، عقيدة الإمام ابن جزي من خلال دراسة كتابه التسهيل لعلوم التنزيل، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا كلية الآداب _ قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الخرطوم، السنة الجامعية 2008، ص 19–20.

[2] محمد سعيد بن محمد حسن البخاري، تخريج الأحاديث والآثار في كتاب التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي الكلبي، كلية الدعوة وأصول الدين، الدراسات العليا قسم الكتاب والسنة، المجلد الأول، 1418، ص 15.

## المطلب الثاني: مذهبه الفقهي ومكانته العلمية

سنتطرق في المطلب الى النقاط التالية

**أولا: مذهبه:**

هو مالكى المذهب، و من كبار المفتين في عصره من غير خلاف؛ لذا ترجم له ابن فرحون في طبقات المالكية في كتابه (الديباج المذهب في أعيان المذهب، وكذا ترجم له مخلوف في كتابه: « شجرة النور الزكية في طبقات المالكية».

وهو وإن كان مالكيا، إلا أنه متضلع متشبع من بقية المذاهب، وخير شاهد على تضلعه كتابه: (قوانين الأحكام الشرعية)[1]، فهو كتاب سهل العبارة، لطيف الإشارة، مختصر الألفاظ، غزير المادة، كثير الفائدة، مادته هي الفقه المقارن، مما يدل على سعة علمه واطلاعه.[2]

**ثانيا: مكانته العلمية:**

قال ابن الخطيب في وصفه: "كان رحمه الله على طريقة مثلى من العكوف على العلم، والإشتغال بالنظر، والتقييد والتدوين، فقيهاً حافظاً، قائماً على التدريس، مشاركاً في فنون العربية والفقه والأصول والقراءات والحديث والأدب، حفظةً للتفسير مستوعباً للأقوال، جمّاعة للكتب، ملوكي الخزانة، حسن المجلس، ممتع المجاضرة، قريب الغور، صحيح الباطن، تقدم خطيباً بالمسجد الأعظم من بلده على حداثة سنه، فاتُّفِق على فضله، وجرى على سَنَنِ أصالته".[3]

كان – رحمه الله تعالى – نابغة في فنون شتى وعلوم متعددة، فكان فقيها مالكيا، محدثا، أصوليا، مقرئا، متكلماً، أديبا، نحويا لغويا، حافظا متقنا، مفسرا.

---

[1] تضمن هذا الكتاب قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفقهية، على مذهب إمام المدينة "أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي" رضي الله عنه وهو من تأليف إبن جزي ت 693-741هـ.

[2] محمد سعيد بن محمد حسن البخاري، المرجع السابق، ص 14.

[3] إيمان بنت زكي بن عبداللطيف عطية، ترجيحات الإمام ابن جزي الكلبي في التفسير من خلال كتابه (التسهيل لعلوم التنزيل)، مرجع سبق ذكره، ص 22-23.

وكان مثاليا في العكوف على العلم، والاقتصار على الإقتباس، والاشتغال والتقييد، والتدوين، تقدم خطيبا على حداثة سنه في الجامع الكبير ببلده، فأمتع القلوب بحسن أسلوبه، وملك الأفئدة موعظة وإرشادا وبراعة منطقه، فكان صحيح الاعتقاد، سليم الطوية اشتغل بالتدريس فتتلمذ عليه كثير من الناس.[1]

## المبحث الثاني: لمحة عن كتاب القوانين الفقهية

الكتاب الذي استقينا منه بحثنا هذا هو كتاب القوانين الفقهية لابن جزي والذي يعتبر كقاعدة قانونية في تنظيم الفقه الاسلامي على المذهب المالكي، وبالاضافة الى ذلك فإنه يعتبر من المراجع الأولى عند البحث عن التقنين في مجالات كثيرة في الفقه الاسلامي كونه ينظر لقواعد تعتبر من قبيل المسلمات في الفقه الاسلامي المالكي.

### المطلب الأول: القيمة العلمية للكتاب

الاسم الكامل للكتاب هو: "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية"، غير أنه يعرف اختصاراً ب "القوانين الفقهية"، وورد في بعض النسخ منه بعنوان: "قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية"

وعنوان هذا الكتاب دال على موضوعه وأسلوبه، فهو يندرج ضمن كتب المختصرات، سوى أنه يتميز بكونه ليس تلخيصا لكتاب سابق، وإنما وضعه مؤلفه، على ذلك النحو، ابتداء قاصدا الإيجاز، حيث إنه في عرضه للمسائل الفقهية، حرص على وضعها في عبارات موجزة سهلة ميسرة على شكل مواد قانونية.[2]

أما من حيث الموضوع، فهو كتاب في قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفقهية على مذهب الإمام مالك بن أنس مع التنبيه على كثير من الاتفاق والاختلاف الذي بين الإمام مالك وبين أئمة المذاهب الفقهية: الشافعي وأبو حنيفة وابن حنبل، وأحيانا ينبه إلى مذهب غيرهم كسفيان الثوري والحسن البصري وعبد الله بن المبارك وإسحاق بن راهويه وأبي ثور والنخعي وداوود بن علي إمام الظاهرية والليث بن سعد وسعيد بن المسيب والأوزاعي وغيرهم، وهو بذلك، يعتبر من كتب فقه الخلاف العالي أو ما يعرف اليوم بالفقه المقارن؛ وهو في عرضه وجمعه يشبه إلى حد كبير ما فعله ابن رجب الحنبلي في كتاب "القواعد".

---

[1] محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، تقريب الوصول الى علم الأصول، مرجع سبق ذكره، ص 14-15.

[2] رشيد المدور، كليات في الفقه على مذهب الإمام مالك من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، ص 48

وقد بين ابن جزي مميزات كتابه بنفسه فقال في خطبته: "واعلم أن هذا الكتاب ينيف على سائر الكتب بثلاث فوائد: -

**الأولى،** أنه جمع بين تهذيب المذهب وذكر الخلاف العالي، بخلاف غيره من الكتب، فإنها في المذهب خاصة أو في الخلاف العالي خاصة.

**الثانية،** إنا لمحناه بحسن التقسيم والترتيب، وسهلناه بالتهذيب والتقريب، فكم فيه من تقسيم قسيم، وتفصيل أصيل، يقرب البعيد، ويلين الشريد.

**الثالثة،** إنا قصدنا إليه الجمع بين الإيجاز والبيان، على أنهما قلما يجتمعان، فجاء بعون الله سهل العبارة، لطيف الإشارة، تام المعانى، مختصر الألفاظ، حقيقة بأن يلهج به الحفاظ "[1]

تتجلى قيمة الكتاب العلمية وأهميته في بابه من خلال النقول عنه، فهذا الإمام الموّاق (ت897هـ) يصرح بالنقل عنه في عدة مواطن من كتابه التاج والإكليل، وتبعه في ذلك الإمام الحطّاب (ت954هـ) في كتابه مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ونقل عنه أيضاً الإمام الدسوقي (ت1230هـ) في حاشيته على الشرح الكبير، والإمام محمد عليش (ت1299هـ) في منح الجليل، وكذا صاحب الفواكه الدواني، كما نقل عنه عبد الحي الكتاني(ت1382هـ) في تراتيبه الإدارية، وغير ذلك من النقول.

ولم يكتف أهل العلم بالاقتباس والنهل من هذا الكتاب واعتماده في التوثيق، بل كان ابن المؤلف الإمام أبو محمد عبد الله ابن جزي سبّاقاً إلى الاعتناء به والتعليق عليه من خلال تقييدات لا ندري ما مصيرها وما قيمتها، وقد اعتنى بنظم القوانين الشيخ المرابط بن محفوظ الشنقيطي في مؤَلَف سماه: «التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية»[2]

## المطلب الثاني: منهج ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

وفقا لمنهج التقسيم المذكور في الميزة الثانية، جاء كتاب "القوانين الفقهية" في مقدمة وفاتحة وقسمين من أقسام الفقه وخاتمة.

[1] رشيد المدور، كليات في الفقه على مذهب الإمام مالك من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي، المرجع نفسه، ص 49.

[2] محمد يحي الولاتي، القوانين الفقهية لابن جزي، مقال منشور على موقع موسوعة الفقيه، https://www.elwalati.net، تاريخ الاطلاع 2019/06/02.

في المقدمة بيّن موضوع الكتاب ومنهجه ومميزاته واصطلاحه وترتيبه، وجعل الفاتحة كتابا واحدا في بيان موجز للعقيدة السنية فيما يجب في الاعتقادات من أصول الديانات.

وخصص القسم الأول من الفقه لفقه العبادات، في عشرة كتب: الطهارة، الصلاة، الجنائز، الزكاة، الصيام والاعتكاف، الحج، الجهاد، الايمان والنذور، الأطعمة والأشربة والصيد والذبائح، الضحايا والعقيقة والختان.

وخصص القسم الثاني منه الفقه المعاملات، في عشرة كتب أيضا، النكاح، الطلاق وما يتصل به، البيوع، العقود المشاكلة للبيوع، الأقضية والشهادات، الأبواب المتعلقة بالأقضية، الدماء والحدود، الهبات وما يجانسها، العتق وما يتعلق به، الفرائض والوصايا.

أما الخاتمة فجعلها كتابة واحدة جامعة لما شذ عن الكتب المتقدمة واشتمل على علم وعمل، هو كتاب (الجامع).[1]

الكتاب يتناول قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفقهية على مذهب إمام المدينة: مالك بن أنس الأصبحي، وبيان كثير من أوجه الاتفاق والاختلاف الذي بينه وبين الإمام الشافعي، والإمام أبي حنيفة النعمان، والإمام أحمد بن حنبل، هذا مع التنبيه على مذهب غيرهم من أئمة المسلمين، أمثال: سفيان الثوري، والحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، وداود الظاهري، والأوزاعي، والليث بن سعد، وغيرهم.

وجاء الكتاب مجزءاً إلى ثلاثة أقسام رئيسية، افتتحه بمقدمة مهّد فيها للموضوع وأهميته، مع بيان اصطلاح الكتاب وترتيبه، فكان القسم الأول في العقائد قدّم فيه لعقيدة سُنّية وجيزة، والقسم الثاني الأكبر والأهم في الفقه، وقَسّمه بدوره إلى قسمين: القسم الأول: فقه العبادات، وضم عشرة كتب وهي: كتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الجنائز، وكتاب الزكاة، وكتاب الصيام والاعتكاف، وكتاب الحج، وكتاب الجهاد، وكتاب الأيمان والنذور، وكتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذبائح، وكتاب الضحايا والعقيقة والختان، والقسم الثاني: فقه المعاملات، وضمّ بدوره عشرة كتب، وهي: كتاب النكاح، وكتاب الطلاق وما يتصل به، وكتاب البيوع، وكتاب العقود المشاكلة للبيوع، وكتاب الأقضية والشهادات، وكتاب الأبواب المتعلقة بالأقضية، وكتاب الدماء والحدود، وكتاب الهبات وما يجانسها، وكتاب العتق وما يتعلق به، وكتاب الفرائض والوصايا. وكل كتاب من هذه الكتب يتكون في الغالب من عشرة أبواب، وتُشَكّله بشكل عام فصول، وأحيانا يتألف من مسائل، وداخل الأبواب هناك تقسيمات جزئية أخرى تحمل عناوين مثل: فروع أو فرع، بيان، تكميل، تلخيص.

[1] رشيد المدور، المرجع السابق، ص 50.

والحاصل من منهج ابن جزي، أنه توخّى التقسيم العشاري أو العشريني في الكتاب، وهو ما سار عليه في توطئته لكتابه «التسهيل لعلوم التنزيل»، وهذا التقسيم وإن كانت له مزية العلوق بالذهن، إلا أنه في كثير من المواضع يؤدي إلى إهمال فروع تقتضي الذكر أو إضافة أخرى لاستكمال العدد.

وفي تناول ابن جزي للمسائل الفقهية امتاز منهجه بالإيجاز في الإشارة إلى الآراء والأقوال، وعدم إيراد أدلة أصحابها أو تعليلاتهم إلا فيما ندر، كما التزم عدم الردّ عليها أو التعقيب ترجيحاً أو تضعيفاً، مما جعله وفيّاً لطابع الاختصار الذي اختاره للكتاب، أما عن لغته فامتازت بسهولة العبارة ووضوحها، ودقة الأسلوب وإيجازه، وخلوه من التعقيد، فجاء كما يقول:«سهل العبارة، لطيف الإشارة، تام المعاني، مختصر الألفاظ، حقيقاً بأن يَلهَج به الحفاظ».[1]

## المطلب الثالث: أهمية الكتاب في الساحة العلمية

يعتبر كتاب "القوانين الفقهية" من كتب الفقه المشهورة عند المالكية وغيرهم، وقد أكثر أهل العلم من الاقتباس منه والنقل عنه، مثل: المواق في "التاج والإكليل"، والحطاب في "مواهب الجليل في شرح مختصر خليل"، والدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير، وعليش في "منح الجليل"، وغيرهم...

ونظرا لأهميته، وضع ابن المؤلف أحمد بن جري تعليقا وشرحا على كتاب والده سماه "تقييد في الفقه على كتاب القوانين الفقهية"، كما نظمه المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي في مؤلف وسمه ب "التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية"، ثم وضع عليه شرحا وسمه ب "المباحث الجلية: شرح التحفة المرضية النظم القوانين الفقهية "

وبالإضافة إلى ذلك، كان كتاب "القوانين الفقهية" موضوع مجموعة من الأطروحات والرسائل والبحوث الجامعية، أذكر منها:

1. أطروحة دكتوراه بعنوان: "ابن جزي وأثره في الفقه الإسلامي"، إعداد محمد إسماعيل أبو الريش، كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام (1395هـ 1975م).

2. وأطروحة دكتوراه بعنوان: "منهج ابن جزي الفقهي"، إعداد حيدر مختار محمود، كلية الآداب بسوهاج بجامعة جنوب الوادي، مصر عام 1999م.

[1] محمد يحي الولاتي، القوانين الفقهية لابن جزي، مرجع سبق ذكره.

3. وأطروحة دكتوراه بعنوان: "مخالفات الإمام أحمد للإمام مالك من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي في العبادات: دراسة مقارنة"، أعدها ياسين خضير عباس الجميلي، تحت إشراف الأستاذ عبد المنعم خليل إبراهيم الهيتي، بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية ببغداد، وتمت مناقشتها بتاريخ 5 سبتمبر 2007م.

4. ورسالة ماجستير بعنوان: "مخالفات أشهب للإمام مالك من خلال القوانين الفقهية"، إعداد نوال عبد المجيد معطي، وإشراف الأستاذ محمد عبيد، كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد في الموسم الجامعي 1997 – 1998م.

5. ورسالة ماجستير بعنوان: "مخالفات ابن الماجشون للإمام مالك من خلال القوانين الفقهية"، أعدها ياسين خضير عباس الجميلي، تحت إشراف الأستاذ سعدي خلف الجميلي بكلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد سنة 2001م.[1]

[1] رشيد المدور، المرجع السابق، ص 51–52.

# الفصل الأول: مفهوم حركة التقنين

المبحث الأول: ماهية التقنين

المطلب الاول: مفهوم التقنين

المطلب الثاني: تمييز التقنين عن بعض المصطلحات المشابهة

المبحث الثاني: تاريخ ظهور فكرة التقنين

المطلب الأول: التقنين عند الشعوب القديمة

المطلب الثاني: البدايات الاولى للتقنين في الفقه الاسلامي

المطلب الثالث: الأراء المجيزة والمانعة للتقنين

المطلب الرابع: أهداف وأثار وضوابط التقنين في الفقه الاسلامي

# الفصل الأول

## مفهوم حركة التقنين

التقنين هو إصباغ النص بصبغة قانونية تعطي له القوة عند المحاججة به أو عند التدليل به أمام الغير، ويمكن أن نفرق ما بين التقنين وغيره من المفاهيم القريبة عبر عدة وسائل وطرق منها الغاية والأثار المترتبة عنها.

ولقد بدأت في المجتمع الاسلامي خاصة منها الطبقة العلمية الفقهية بوادر لايجاد تقنين اسلامي يُعنى بالتقنين في الفقه على أساس أن الفقه وهو علم قائم بذاته ولا بد من إيجاد إطار قانوني يعمل داخله، ولقد كان لهذا التقنين أراءا مدافعة ومؤيدة له ولها في ذلك حجج وبراهين، لكن وبالمقابل فقد وُجدت أيضا بعضا من الآراء التي تدعو الى منع وعدم التعامل مع التقنين الفقهي ولها في ذلك حجج.

وعند العمل بالتقنين لا بد من وجود أهداف له تظهر في الأساس عند البداية في انتاج القوانين الفقهية المتوخاة منه، كما أن التقنين عند العمل ينتج أثارا وضوابط وجب العمل بها وإلا خرج عن دائرة التقنين وأصبح شيئا بعيدا عنه البتة.

## المبحث الأول: ماهية التقنين

للتقنين تعريف خاص به لا يتعداه الى غيره مع أن له بعضا من المميزات المشتركة مع غيره من المصطلحات الأخرى المقاربة له، وحتى يصبح التقنين ذو قوة قانونية شرعية لا بد من أن نعطي له تعريفا يزيل اللبس ويسمح للقارئ والمتتبع من تحديد المفاهيم جيدا.

كما أن مصطلح التقنين يتقارب في كثير من الاحيان مع بعض من المصطلحت الأخرى على أساس أنه علم قائم بذاته له أصول وفروع شرعية لا تحتمل أن تبنى عليها مصطلحات أخرى، وهو ما سنتعرف عليه عبر هذا المبحث.

### المطلب الاول: مفهوم التقنين

المفهوم العام للتقنين يستلزم علينا تحديد العناصر التالية

**أولا: تعريف التقنين**

**1-تعريف التقنين لغة:** عرفه المعجم العربي الأساسي بأنه: "من قنن يقنن تقنينا، بمعنى: الوضع والسن، لذلك نقول: وضع المشرع القوانين أو سنها. فالتقنين مشتق من كلمة القانون الذي هو مقياس كل شيء، وطريقه، وأصله، قال صاحب المحكم: "و أراها دخيلة، وجاء في تاج العروس: " قيل هي: (فارسية، وقيل هي: رومية).

يظهر من التعريف أن كلمة "قانون" ليست عربية، بل هي دخيلة عليها، ومنها اشتقت كلمة التقنين التي تجد لها أساسا في القواميس الغربية والتي عرفتها بأنها: حصر، وجمع نصوص تشريعية أو تنظيمية لموضوع واحد في كتاب معين.[1]

وفي معجم المعاني فيذكر أن:

تقْنِين: (اسم)، تقْنِين : مصدر قَنَّنَ

قَنَّنَ يُقَنِّن ، تقْنِينًا ، فهو مُقَنِّن ، والمفعول مُقَنَّن ( للمتعدِّي ) :-

- قَنَّنَ المُشَرِّعُ وضع القوانين ودوَّنها .
- قَنَّنَ العملَ : وضع قوانينَه ودوَّنها :- قنَّن اللُّغَةَ .
- قَنَّنَ الطَّعامَ : أعطاه بتقتير .

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

[1] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الانسانية، العدد 37/36 جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2014، ص 232

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

يستفاد من هذه التعريفات أن المراد بالتقنين هو: السن، والوضع للأحكام الشرعية على شكل مواد مختصرة ذات أرقام متسلسلة يحكم وفقها القاضي في المسائل التي تعرض عليه، ولا يتجاوزها بحال.[1]

**ثانيا: مفهوم تقنين الفقه الإسلامي:**

لقد تعددت تعريفات الفقهاء المعاصرون واخترنا منها هذا التعريف:

"قيام الجهات المختصة بالدولة الإسلامية بصياغة الأحكام الفقهية في قواعد عامة ومجردة وملزمة على شاكلة النصوص القانونية وإقرار ذلك وإصداره على هيئة قانون".

لأنّ فيه من القيود التي تضبط مسألة التقنين:

قيام الجهات المختصة:... لأن التقنين ينبغي أن يتم بنظر الجهات المختصة في الدولة الإسلامية التي تضم العلماء أهل الدراية والخبرة والاختصاص في هذا الشأن وهي هيئة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية التي تقوم بإعداد مشروع التقنين وتعرضه على الجهات التي يحق لها اقتراح القوانين أو تعديلها كمجلس الشورى أو السلطة التشريعية التي تقوم بمناقشته ثم إقراره وإحالته بعدئذٍ إلى ولي الأمر لإصداره على هيئة قانون.[2]

**صياغة الأحكام الفقهية:..** لأن هذه العبارة قد وردت في تعريفات الفقهاء للتقنين قواعد عامة مجردة وملزمة على شاكلة القواعد القانونية: لأن التقنين لا يكون قانوناً إلا إذا كان على هذا النحو بحسب ما ورد في تعريف القانون وخصائصه عند شراح القانون. إقرار ذلك وإصداره على هيئة قانون:...لأن التقنين لا يكون قانوناً ملزماً إلا إذا تم إصداره وإعلانه وافتراض علم المكلفين به.[3]

**ثالثا: القواعد الفقهية كمستند للتقنين:**

إذا كانت مادة القوانين الإسلامية مستمدة من المصنفات الفقهية فإن صياغتها تعود إلى القواعد الفقهية التي زخرت بها تلك المصنفات منذ العصور الأولى لحركة التأليف الفقهي، بل إن كثيرا من نصوص كتاب الله المعجز والسنة المطهرة للنبي صل الله عليه وسلم الذي أوتي جوامع الكلم، تعد قواعد فقهية جاهزة لكونها

[1] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، مرجع سابق، ص 233.

[2] دليلة بوزغار، مُسوِّغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2017/2016، ص 19.

[3] دليلة بوزغار، المرجع السابق، ص 20.

صيغت صياغة محكمة موجزة مع اشتمالها على أحكام عامة مجردة يستند إليها كل من الفقيه والمفتي والقاضي وحتى المقلد.

إن القواعد الفقهية بما تتسم به من العموم والتجريد ذات وظيفة هامة للقاضي إذ تعينه على إيجاد الحلول للمسائل المعروضة والنوازل الطارئة، وذلك عن طريق التخريج، فإذا عرضت عليه حادثة غير منصوص عليها نظر إلى أقرب القواعد وألحقها بها عن طريق القياس والتخريج، وقد أشار الإمام القران إلى أن من مجالات استثمار القواعد أن ما لا ضابط له ولا تحديد في الشرع يتعين تقريبه بها، قال رحمه الله: "إن ما لم يرد فيه الشرع بتحديد يتعين تقريبه بقواعد الشرع، لأن التقريب خير من التعطيل فيما اعتبره الشرع".

كما أن القاعدة الفقهية بما تحمله من خصائص تضفي على التقنين صفة المرونة وتعطي للقاضي فسحة لممارسة سلطته وتفسح له المجال عند التطبيق لوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة خاصة فيما يخضع منها لظروف الزمان والمكان والأحوال ولعل من أبرز ما قرره الفقهاء وصاغوه من القواعد والتي تتجسد فيها هذه الخصائص قواعد العادة والعرف، وأذكر على سبيل المثال: " العادة محكمة"، "لا ينكر تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والأحوال"، "العرف كالشرط"، "المعروف عرفا كالمشروط شرطة"، "الحقيقة تترك بدلالة العادة "، "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"[1]

## رابعا: مزايا التقنين

للتقنين مزايا جمة منها:

1- سهولة التعرف على الأحكام القانونية بعد جمعها في مدونة واحدة، وفي هذا فائدة عظيمة للقضاة والمتقاضين وجميع المشتغلين بالقانون بل وللجمهور ليبني تصرفه على معرفة بالقانون الذي يحكم معاملاته. وخصوصا إذا كثرت القواعد القانونية سواء أكان مصدرها الأعراف والعادات أو كان مصدرها التشريع نتيجة لازدياد تدخل الدولة في تنظيم العلاقات لتعقد الحياة وتشعبها مما يحتم على الدولة التدخل في كثير من الأمور التي لم تكن تتدخل فيها فيما مضى، مما يترتب عليه تعذر الإحاطة بتلك القواعد واحتمال وقوع التعارض بينها. ولا علاج لذلك إلا التقنين.

2 – توحيد القانون في بلد واحد وذلك بإصدار القواعد القانونية الخاصة بكل فرع من فروع القانون في مدونة تطبق في كل أرجاء الدولة. كما حدث في فرنسا قبل صدور قانون نابليون في أول القرن التاسع عشر؛ وفي

[1] عزيزة عكوش، تقنين الفقه الاسلامي بين القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، مجلة بحوث الجزء الأول العدد 10، بكلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، 2015، ص 61.

ألمانيا قبل صدور القانون الألماني في أول القرن العشرين، وذلك ما لا يحصل عن طريق العرف والعادة كمصدرين للقاعدة القانونية لبطئهما في تكوين القاعدة القانونية ولعدم عموميتهما في الغالب كل أرجاء الدولة، وما لا يحصل أيضا عن طريق التشريع في موضوع معين لأنه لا يغطي كل جوانب الحياة الواجب تنظيمها.

3- إدخال قانون أجنبي في بلد ما يحسب أنه في حاجة إلى إصلاح، وذلك بإصدار القواعد القانونية في مجموعة يفرض تطبيقها. وذلك ما لا يتحقق أيضا عن طريق العرف والعادة، ولا عن طريق التشريع في موضوعات معينة.[1]

4-يعد التقنين وسيلة فعالة لما يمتاز به من يسر وسرعة في وضع القواعد والأحكام الشرعية، أو الكشف عنها في موضعها، وفي تعديلها أو إلغائها إذا كانت قاعدة اجتهادية. وهذا يدل على مرونة التشريع الإسلامي وصلاحية الشريعة للتطبيق في كل زمان ومكان.

5-يترتب على تقنين أحكام الفقه الإسلامي ضبط الأحكام الشرعية، وبيان الرأي الراجح في المسألة، باعتبار أن القضاة يجدون أنفسهم أمام آراء متعددة، سواء داخل المذهب الواحد أو بين المذاهب المختلفة، فلا يتيهون حينئذ بين الأقوال المختلفة الموجودة بين ثنايا كتب الفقه الإسلامي، والتي لا يتبين راجحها من مرجوحها إلا العلماء المتخصصون ذووا الكفاءة والدراية. كما أن ضيق الوقت من جهة، والكم الهائل من المنازعات المعروضة عليهم لا يتيح لهم الترجيح بين الآراء المتعارضة.

6-يؤدي تقنين الأحكام الفقهية إلى اشتغال القضاة والمحامين والباحثين بدراسة الفقه، ويعين هذا على تيسير دراسة و تدريس الفقه الإسلامي، ومقارنته مع النظم والتشريعات الأخرى.

7-يعد التقنين ضرورة ملحة في الدولة المعاصرة، التي تمتاز بكثرة وتشعب الهيئات الإدارية، ولا يخفى أن تسيير أعمال هذه الأخيرة يكون من خلال نصوص واضحة المعني سهلة التطبيق.

[1] محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج. والتطبيق)، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث الاسلامي، قطر، 1986ص 22-23.

8-سرعة الفصل في النزاعات في هذا العصر الذي تزاحمت فيه الدعاوى والأقضية.[1]

**خامسا: سلبيات التقنين**

لم تمنع مزايا التقنين من ظهور مَن يُعارضه ويدعو إلى مقاومته، وذلك استنادًا إلى الحجج التالية:[2]

أ- القانون – كاللغة – يرتبط ارتباطًا وثيقًا بالبيئة التي ينشأ فيها، وأنه لا بد من أن يتطور بتطور الجماعة، فإذا حُبس القانون في مدوَّنة وصُبَّ في قالب جامد شُلَّت حركته، ومُنع من التطور وفقًا لتطور الجماعة.

ب- لن يكون تدوين التشريع في مصلحة العدالة؛ إذ إنه سيَضع القاضيَ أمام تشريع جامد، يكون في الوقت ذاته ناقصًا؛ لأنه لا يمكن أن يكون قد اشتمل على كل شيء، وبذلك توجد حالات لم ينصَّ عليها، وستعرض حالات جديدة لم تَدُر بخَلَد المشرِّع وستَكثر هذه الحالات كلما بعُد العهد بالجماعة عن الوقت الذي قُنِّن فيه التشريع، وكل هذا لا بد أن يُفضيَ إلى تحكم القضاء.

جـ- إيقاف حركة الاجتهاد: إن القاضيَ أو الفقيه يكون عادةً أمام النص القانوني الموحَّد مقيدًا، فلا مَساغ للاجتهاد في موردِ النص، وحينئذ يقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة.

د- الإلزام برأي واحد: يتردد على الألسنة أن اختلاف الأئمَّة رحمةٌ للأمة، فإذا صدَر قانون آخذٌ برأي واحد، حسبما يرى من المصلحة الآتية، ربما وقع الناس في ضيق وحرج؛ "إننا الآن بحاجة إلى استخراج الأحكام لما استجد من الأوضاع أكثرَ من الادعاء بتقنين جديد؛ فإن التقنين الجديد لا يُفيد شيئًا، بل هو ضرر عليها وعلى أمتنا".

فالشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، دون حاجةٍ إلى وضعها في موادَّ، كما هو الوضع في الأنظمة أو القوانين الوضعية.

هـ- "إن القانون الإسلامي في الكتب الإسلاميَّة، وكتب الفقه هذه كتب عربية، وجُمَلها عربية، وخطُّها عربي"، فلا حاجة إذًا لهذا التقنين الذي "سيَخلق لدى القُضاة نوعًا من التكاسل والاتِّكال على القانون المدوَّن، دون تجشُّم الرجوع إلى مصادر الفقه والتنقيب فيها عن الحكم ودليله، ومرجحات الأخذ بهذا الرأي دون غيره، مما يوسع أفق القاضي، ويجعله على صلة دائمة بالفقه وأصوله ومصادره"؛ "ولهذا كان الأصل في الشريعة أن

[1] الصادق ضريفي، تقنين الفقه الاسلامي ما له وما عليه، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 9، العدد 2، 2014، ص 77.

[2] محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الاسلامي، من أعمال ندوة: "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة " جامعة الامارات العربية المتحدة 20-22 مارس 1994، ص 25.

يكون القاضي مجتهدًا، قادرًا على استنباط الحكم من أدلة الشريعة الأصلية، وإنما أفتى الفقهاء بقَبول المقلِّد من باب الضرورة، نظرًا لعدم وجود المجتهد، فإذا لم يكن مجتهدًا، فعلى الأقل يكون ممن يُمكِنه الاختيار والترجيح".[1]

## المطلب الثاني: تمييز التقنين عن بعض المصطلحات المشابهة

يمكننا حصر الاختلافات ما بين التقنين وبعض المصطلحات المشابهة بما يلي:

**أولا: التدوين والتقنين**

**1- تعريف التدوين لغة**

التدوين مصدر دوّن، يقال: «دون الشيء: سجله [و] أثبته بالكتابة حفظا له من الضياع»، وكان التدوين يطلق على تجميع الديوان وكتابة اسم من ينتسب إلى ديوان الجند، ثم استعمل اللفظ بمعنى الكتابة، جاء في محيط المحيط: «دونه تدوينا: كتب اسمه في ديوان الجندية، ودون الديوان جمعه، والعامة تستعمل التدوين بمعنى الكتابة مطلقا»، والديوان، بمعنى «مجتمع الصحف، وهو الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء».

**2- تعريف التدوين اصطلاحا**

التدوين هو: «جمع المسائل في الصحف والكراريس»، وبالرغم من أن التدوين يطلق على الكتابة مطلقا، فهناك من خصه بصياغة المواد القانونية وجعل معناه نفس معنى التقنين، ففي المغرب يسمى تقنين أحكام الأسرة بمدونة الأسرة، أي الوثيقة الجامعة لمجموعة القوانين المنظمة لأحكام الأسرة والملزمة. وعندما بحثت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء حكم التقنين، بحثته تحت عنوان: «تدوين الراجح من أقوال الفقهاء». ولا شك أن هذا يحدث الالتباس بين مدلول المصطلحين، فمصطلح (التقنين) أصبح علما على طريقة في صياغة الأنظمة تختلف اختلافا كبيرا عن أسلوب تدوين الأحكام الفقهية"

ويصبح الفرق بين التدوين والتقنين واضحا، يتمثل في أن تدوين المدونات والمطولات الفقهية أحد مصادر التقنين المعبر عنه بمواد موجزة، لا تشتمل على خلاف، أو عرض آراء وأدلة كما في المدونات الفقهية؛ أما

[1] محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الاسلامي، المرجع نفسه، ص 25.

اسم المدونة باعتباره الوثيقة الجامعة للأحكام المقننة فلا بأس في إطلاقه، وقد أقر ذلك مجمع اللغة العربية.[1]

**ثنايا: التجميع والتقنين**

**1- تعريف التجميع لغة**

التجميع مصدر جمع، يقال: «جمع الناس أي شهدوا الجمعة، وقضوا الصلاة»، قال ابن فارس: «الجيم والميم والعين أصل واحد يدل على تضام الشيء»، والجمع: تأليف المفترق.

**2- تعريف التجميع اصطلاحا**

يعرف التجميع في الاصطلاح بأنه: «رصد عدة أحكام أو فتاوى في كتاب أو مجلد واحد، سواء كانت مفهرسة أم مبوبة أم غير ذلك»

فيكون التجميع عملية لاحقة بعد التدوين، بحيث تضم الأمور المتناسبة مضمونا بعضها إلى بعض، في ترتيب وتنسيق. جاء في كتاب عقد التحكيم وعادة ما يكون التجميع وليدا لمجهودات غير رسمية أو فردية غير ملزمة، مثل «الفتاوى الهندية»، وغيرها، وتسمى بالمحاولات شبه التقنينية ومن هنا يستنتج الفرق بين التقنين والتجميع، بأن الأول ملزم على خلاف الثاني، ويتضمنه، إذ يعتبر التجميع – عند ضمه المواد المتعلقة بفرع من فروع القانون بعضها إلى بعض إحدى مراحل عملية التقنين قبل إخراجه في صيغته النهائية.[2]

**ثالثا: التشريع والتقنين**

**1-تعريف التشريع لغة**

التشريع إيراد الإبل الماء، وهو مصدر شرع، جاء في العين: «شرع الشيء إذا رفعته جدا»

**2-تعريف التشريع اصطلاحا**

يقول عبد الوهاب خلاف: «التشريع في الاصطلاح الشرعي والقانوني هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام الأعمال المكلفين، وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث، فإذا كان مصدر هذا التشريع هو الله

[1] لعيايدية هاجر، حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الاسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الاسلامية قسم الشريعة والقانون، السنة الجامعية 2017/2016، ص 33-34.

[2] لعيايدية هاجر، المصدر نفسه، ص 34.

سبحانه بواسطة رسله وكتبه، فهو التشريع الإلهي، وإذا كان مصدره الناس سواء أكانوا أفرادا أم جماعات، فهو التشريع الوضعي».

وهو في هذا التعريف لا يعبر إلا عن القدر المشترك أو المتقابل الموجود في التشريع الوضعي ويتضمنة التشريع الإلهي أو الإسلامي وهو بعض الأحكام العملية، والواقع أن التشريع الإسلامي أعم من ذلك، فإذا قلنا: إن "شرع معناه أنشأ الشريعة وسن قواعدها" فإن التشريع يشمل الأحكام الاعتقادية والعملية، والخلقية، يقول ابن تيمية:«... وكذلك اسم الشريعة والشرع والشرعة، فإنه ينتظم كل ما شرعه الله سبحانه من العقائد والأعمال»

ولبيان صلة التقنين بالتشريع الوضعي يجب التفرقة بين الإطلاقات الواردة على التقنين، فإما أن يطلق عليه: «التشريع العام ذاته» فعندئذ يتبين أن "التقنين لا يختلف عن أي تشريع عادي إلا من حيث سعة نطاقه، فله كل ما للتشريع من مزايا، مضافا إليها أنه يجمع كل فئة واحدة من القواعد الخاصة بفرع معين من فروع القانون، ولهذا يقال «المجموعة المدنية» ويقصد بها «التقنين المدني»"[1]

## المبحث الثاني: تاريخ ظهور فكرة التقنين

كان للتقنين بدايات في ظهوره وهذا عبر أزمنة قديمة تتجلى في حضوره في الحضارات القديمة التي ما زالت آثارها الى الان بارزة، فالشعوب القديمة اعتمدت على التقنين ولو أنه كان بسيطا عند المساءلة القانونية أو الاحتجاج عند النزاع، بالمقابل فقد بدأت في العالم الاسلامي كذلك بوادر للتقنين في عصر ازدهر وعلا فيه شأن الفقه والفقهاء وعلماء الدين، لكن مع ذلك فقد كان لهذا التقنين الكثير من المؤيدين والمعارضين وكل له في ذلك حجج.

### المطلب الأول: التقنين عند الشعوب القديمة

وفي هذا المطلب سنتطرق الى ما يلي:

[1] لعيايدية هاجر، المرجع السابق، ص 35-37.

## أولا: المجموعات القانونية التي وصلت إلينا غير كاملة[1]

عرفت حضارة ما بين النهرين الأكادية أقدم النصوص القانونية المعروفة لدينا إلى حد الآن خاصة في ظل حكم الدولة السومارية، غير أن هذه النصوص وصلت إلينا ناقصة جزئيا، بحيث لا يمكن دراستها دراسة كاملة وشاملة، بالرغم من قيمتها التاريخية الكبيرة، وتتمثل هذه النصوص أساسا في:

### 1- إصلاحات أوروكاجينيا

نجد أن أقدم الإصلاحات المدونة التي وصلت إلينا وجدت في هذه الفترة، وهي تتعلق بالحياة اليومية من جوانبها الاقتصادية والاجتماعية وقام بها أخر حكام لجش وهو أوروكاجينيا (2365- 2357 ) قبل الميلاد من أجل نشر العدل والحق تنفيذا لرغبة الآلهة كما ذكر.

### 2- قانون اورنامو

عرفت المجموعات القانونية الموجودة في هذه الفترة أقدم نص تشريعي وهو بالمجموعة السومارية الأكادية والمعروف باسم قانون اورنامو. وأورنامو هو مؤسس سلالة أور الثالثة السومارية (2113-2095 قبل الميلاد)، وتبين هذه المجموعة أنها مستوحاة من نماذج أقدم منها وهي مكتوبة في لوحة موجودة الآن بمتحف اسطنبول غير أنها غير كاملة.

وشملت على مواد قانونية تتعلق بالأحوال الشخصية والرق والاعتداء على الأشخاص وشهادة الزور والتجاوز على الأراضي، كما نجد أن أورنمو قد اعتمد التعويض في القصاص كأساس في تشريعه.

### 3- قانون لبت عشتر

ويلي هذه المجموعة قانون لبت عشتر خامس ملوك سلالة أيسن، الذي يضم قانونه أكثر من 100 مادة تم العثور على 48 منها فقط مع مقدمة وخاتمة. والملاحظ أن مقدمة هذا القانون شبيهة من حيث المضمون والأسلوب بمقدمة قانون أورنمو، أما الخاتمة فهي شبيهة بخاتمة قانون حمورابي الأمر الذي يحتمل أن يكون هذا الأخير قد اقتبسها منه. وقد تضمنت مقدمة هذا القانون تمجيدا للآلهة وكيفية اختيار لبت عشتر الراعي الحكيم لنشر العدل في البلاد. ويوجد نص القانون محفوظ حاليا بمتحف فيلادلفيا بالولايات المتحدة الأمريكية.

[1] بن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغي، سطيف، السنة الجامعية 2004، ص 11.

### 4- قانون أشنونا

صدر قانون أشنونا في نحو عام 1930ق.م، ولم يكتشف علماء الآثار أكثر من إحدى وستين مادة من مواد هذا القانون. ويظهر من دراسة هذه المواد إن مشرعها كان قد اهتم ببعض المسائل الاجتماعية مثل وضع حد أدنى لأجور العمال، وتسعير بعض السلع، وتقسيم المجتمع إلى طبقات. وقد وردت في هذا القانون أول إشارة إلى تقسيم المجتمع العراقي القديم إلى طبقات ثلاثة هي طبقة الأحرار، وطبقة شكينوم، وطبقة العبيد.[1]

**ثانيا: النصوص القانونية التي وصلت إلينا كاملة" قانون حمورابي"**

قانون حمورابي: وهو أشهر ملوك بابل وتظهر أهميته في كثرة النصوص القانونية ومن أهم التقنينات القديمة التي وصلتنا كاملة. وهو يعكس التقنينات السابقة إضافة إلى تأثر شعوب المنطقة به لمئات السنين واستطاع حمو رابي من توحيد البلاد بعدما كانت مجزأة. وأصدر هذا القانون بعد 30 سنة من حكمه 1694 ق م. وسجل على حجر كبير ارتفاعه 2 متر وربع ونحت بأعلاه إلاله "شماس" وحمو رابي واقفا أمامه بخشوع يتلقى تعاليمه. وهذه اللوحة محفوظة في اللومر بباريس. وقد احتوى على مقدمة و282 مادة وخاتمة، والمقدمة تشبه المقدمات السابقة وذكر فيها أنه أصدر القانون وفقا لإرادة الإله مردوك إله مدينة بابل كما أحصى أعماله بالمدن الأخرى وبين أهدافه منها وهو نشر العدل وإحقاق الحق والقضاء على الفساد في كل البلاد، أما الخاتمة فذكر فيها حمو رابي صفاته وفضائله وتعدد أعماله وسينزل اللعنة على من يخرج عن أحكام شريعته أو يحاول تخريبها.أما المواد فقد قسمه بعض الباحثين إلى 13 قسم هي:[2]

- من 1-5 نظام التقاضي والشهود.
- من 6-25 جرائم السرقة والنهب.
- 16-41 شؤون الجيش والجندية.
- من 42-80 شؤون الحقل البساتين والبيت.
- من 81 – 107 القرض الفائدة والتعامل مع التجار.
- 108-111 يتعلق بالخمور
- 112-126 يتعلق بالأمانات والديون.

[1] بن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، المرجع نفسه، ص 12.

[2] تاريخ النظم القانونية، موضوع منشور على موقع منتدى الأوراس القانوني 04 ديسمبر 2009، http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/، تاريخ الاطلاع 2019/06/03.

• 127-194 تتعلق بالأحوال الشخصية الزواج والطلاق.

• 195-214 القصاص والدية.

• 215-227 مسؤولية الطبيب البشرية والبيطرية.

• 228-240 يتعلق بتحديد الأسعار وأجور بناء البيوت والقوارب وعقوبات الإخلال بها.

• 241-277 أجور الحيوانات والأشخاص.

• 278-282 يتعلق بالعبيد وعلاقاتهم بأسيادهم.

خصائص قانون حمورابي:

• تشريع علماني بحت: الرأي السائد أن قانونه ليس تشريعا دينيا لخلوه من الأحكام الدينية كالعبادات وتقديم القرابين ولا يجمع بين الجزاءين الدنيوي والآخروي.

• مستمد من التقنينات السابقة: يبدوا أن تقنينه تجميع منقح لمواد تشريعية سابقة ومن مظاهر هذا التأثر تقسيم القانون إلى مقدمة مضمون وخاتمة، ومضمون المواد يبدأ بعبارات إذا واحتوائه على نفس المصطلحات التي سبقته مثل المهر تحرير العقد واستعمال فعل أخذ مثل الرجل يأخذ المرأة كزوجة.

• ساهم في توحيد البلاد سياسيا وقانونيا.

• المنهج الافتراضي: صيغت أحكامه على حالات فردية حقيقية أو مفترضة عكس بوضوح حالة المجتمع البابلي وصول المجتمع إلى درجة المدينة وأصبحت السلطة والأحكام هي التي تتولى متابعة الجاني ومعاقبته وعرفت النقود وتخطى بها نظام المقايضة.

• وكان حمو رابي مصلحا اجتماعيا فاهتم بالأسرة وأعطى المرأة قانونيا كاملة ومنع تعدد الزوجات إلا للضرورة وحق الطلاق.

• امتاز القانون بالتبويب العملي وأسلوب الايجاز فتقد عن التشريعات التي سبقته أو جاءت بعده.[1]

## المطلب الثاني: البدايات الأولى للتقنين في الفقه الاسلامي

لم تعرف القواعد الفقهية كعلم مستقل إلا في أواخر القرن الثالث الهجري وأوائل القرن الرابع، على يد الفقيه الحنفي أبي طاهر الدباس فهو أول من أخرج صياغة متكاملة لبعض القواعد الفقهية فيما يعرف إلى حد الآن

[1] تاريخ النظم القانونية، موضوع منشور على موقع منتدى الأوراس القانوني 04 ديسمبر 2009، المرجع نفسه.

ولكن القواعد في حد ذاتها موجودة في كتب الفقه المختلفة، وملاحظة في كتابات من سبقه، أما ظهورها في شكل مستقل فإنه يحكي مرحلة متقدمة ومتطورة لعلم الفقه، وقد وضع العلماء بعد ذلك العديد من المصنفات في هذا النوع من التأليف وأغنوا بها المكتبة الإسلامية ومن ضمن ذلك فقهاء المدرسة المالكية.

تشير المصادر إلى أن أقدم ما وصل إلينا من قواعد الفقه المالكي كتاب محمد بن الحارث بن أسد الخشني (ت 361 هـ) سماه أصول الفتيا، وضع فيه قواعد كلية جامعة للكثير من الفروع والجزئيات ولكن أشهر كتب القواعد في الفقه المالكي، هو كتاب أنوار البروق في أنواء الفروق لأحمد بن إدريس القرافي (ت 684 هـ) وقد اشتهر باسم كتاب الفروق.1

إن أول من دعا إلى التقنين هو: عبد الله بن المقفع، الذي تكلم عليه بعض الأئمة: بالزندقة، والكذب، والتهاون بأمر الدين.. إلخ"، حيث حاول ابن المقفع إقناع أبي جعفر المنصور (ت 108هـ) بالتقنين في بدء العهد العباسي في رسالة سماها: رسالة الصحابة – أي صحابة الولاة والخلفاء – واقترح على الخليفة جمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بالحكم بها، وكان مما قاله في رسالته: « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابة جامعة.[2]

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

---

[1] جمعة بن محمد بن عامر الزريقي، تقنين الفقه المالكي–كتاب ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، مؤتمر الإمام مالك الدولي، مركز البحوث والدراسات العلمية، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، زليتن، ليبيا، 17–2013/12/19م، ص 642.

[2] عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، 2007، ص ص 16–17.

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

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

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

2– إنشاء المحاكم النظامية: تعمدت السلطة العثمانية إنشاء محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية، فوضت لها بعد ذلك النظر في مختلف الدعاوي التي كانت تختص بها المحاكم الشرعية، ولأجل التسهيل على قضاة هذه المحاكم الذين لم يكن باستطاعتهم أخذ الحكم الفقهي من الكتب الفقهية دعت الحاجة إلى تجميع الأحكام الشرعية المدعمة بالأقوال القوية المعمول بها، فصدرت إرادة سلطانية بتكوين لجنة من مشاهير العلماء لتقنينها.[1]

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

هذا، وقد رتبت مباحثها وفق منهج الكتب والأبواب الفقهية التي درج عليها الفقهاء المتقدمون إلا أنها ميزت فصلت بينها بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها فجاء مجموعها في ألف وثمان مائة وإحدى وخمسين مادة (1851 مادة)

[1] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مرجع سبق ذكره، ص 234.

– محتواها: الناظر في مضمون هذه المجلة يجد بأن أصحابها اتبعوا في تبويب وتنظيم أحكامها نفس المنهج الذي اتبعته القوانين الوضعية الحديثة، حيث قسمت إلى أبواب، وفصول، وأقسام، لكنها تختلف عنها بذكر بعض الأمثلة والتفسيرات في متن المواد ليسهل فهمها وتطبيقها. كما احتوت أيضا على تسع وتسعين قاعدة فقهية وستة عشر كتاب تعالج جميعها المعاملات المدنية والتجارية والأحكام القضائية.

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

« كما قسمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية، وفرعية كالتعريفات، والشروط والأحكام، وميزتها بفصول مضبوطة محددة، وألحقت كل مسألة بموضوعها، وبهذا يمكن القول بأن هذه المجلة هي بحق أول تقنين في العالم الإسلامي بالمعنى القانوني؛ لأنها اكتسبت صفة الإلزام بصدورها من قبل الدولة وعليه يكون ما سبقها مجرد تأليف علمي حر».[1]

إن أصداء مجلَّة الأحكام العدلية أسفرت عن تقنينات شرعية في دول غير إسلامية أو من خلال السلطات المستعمرة لبعض الدول الإسلامية؛ مثال ذلك: ما قامت به الحكومة الروسية عام 1909 عندما أصدرت قانونا لمسلمي تركستان الروسية، يتضمن قانون الأسرة وأحكام المواريث. وفي الجزائر –وبالتحديد سنة 1898– نشر المستشرق الفرنسي «سيسوناس» تقنينا مدنيا إسلاميا على نمط التقنين الفرنسي وفقا لمذهب مالك. كما وضع «مارتينو» مجموعة نصوص مأخوذة من مختصر خليل وشروحه مرتبة في مواد بصورة منهجية، ووضع هذا العمل تحت تصرف لجنة تم تشكيلها عام 1905 لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية المطبقة على المواطنين المسلمين في الجزائر. والغريب أن عمل هذه اللجنة في هذا التقنين كان منحصرا في الفقه السني والحنفي والمالكي، دون نظر إلى الفقه الأباضي –وله مكانه الكبير على خريطة الواقع في الجزائر–، وهي مسألة تثير الاستغراب وتحتاج إلى مزيد بحث لفهمها وتعليلها. وفي سنة 1907 تم وضع تقنين إسلامي لمحاكم أفريقيا الغربية البريطانية.[2]

[1] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، المرجع السابق، ص ص 234–235.

[2] محمد كمال الدين إمام، في منهجية التقنين أفكار أوّلية، محاضرة ألقيت في ملتقى التقنين والتجديد فِي الفقه الإسلامي المعاصرة المنعقدة خلال الفترة (28–2) ربيع الثاني 1429هـ/ (5–8) إبريل 2008م – بقاعة المحاضرات بجامع السلطان قابوس، مسقط سلطنة عمان.

ومن مشروعات القوانين المستمدة من الشريعة والتي قام عليه أفراد، وان لم يصدر بتطبيقها قرارات رسمية ما يلي:

1- مشروعات القوانين التي وضعها محمد قدري باشا حيث وضع ثلاثة مشاريع قوانين هي:

أ- مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان، وتضمنّ 1045 مادة.

ب- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، وشرحه محمد زيد الأبياني في ثلاثة مجلدات.

ج- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف ويتكون من 646 مادة، وطبعته وزارة المعارف المصرية في المطبعة الأهلية سنة 1893 م وتوجد منه نسخة في مكتبة الرشيد نعمان تحمل الرقم المتسلسل 11330.

2- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لأحمد بن عبدالله القاري المتوفى سنة 1309هـ رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقاً، وقد اقتصرت فيها على المذهب الحنبلي من خلال كتبه المعتمدة، واحتوت المجلة على 2382 مادة وقد نسج القاري كتابه هذا على منوال مجلة الأحكام العدلية.

3- " ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب مالك " لمحمد محمد عامر، وقد وضعه على صورة مواد قانونية.[1]

## المطلب الثالث: الأراء المجيزة والمانعة للتقنين

اختلف الفقهاء فيما بينهم بين مؤيد ومعارض لفكرة التقنين في الفقه الاسلامي.

### أولا: الأراء المؤيدة لفكرة التقنين

أجاز التقنين جمهور الفقهاء المعاصرين، ومنهم بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية،

[1] عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، كتاب إلكتروني منزل من المكتبة الشاملة، ص93، http://www.shamela.ws.

استدل القائلون بجواز التقنين بأدلة أهمها ما يلي:[1]

1. أن فكرة التقنين كانت موضع بحث وإثارة منذ أكثر من عشرة قرون، ومن آخرها ما فكر فيه الملك عبد العزيز رحمه الله من وضع مجلة للأحكام الشرعية يعهد فيها إلى لجنة من خيار علماء المسلمين الاختصاصين باستنباط الأحكام الشرعية من كتب المذاهب الأربعة المعتبرة على غرار مجلة الأحكام العدلية، إلا أنها تختلف عنها في عدم التقيد في الاستنباط بمذهب دون آخر بل تأخذ بما تراه في صالح الإسلام والمسلمين بحسب قوة الدليل فيها.

2. أن فكرة التقنين كانت موضع التنفيذ في صورة الإلتزام بالحكم بمذهب إمام بعينه في أماكن كثيرة من البلاد الإسلامية ولا يزال العمل بهذا جاريا في بعض البلاد.

3. الأدلة الدالة على طاعة ولي الأمر هنا ومنها قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾[2] قال الشيخ محمد رشيد رضا "وفوض القرآن فيما يحتاج إليه من أمور الدنيا السياسية والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة بقوله: "وأمرهم شورى بينهم" وقوله: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلاَ فَضْلُ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلاَّ قَلِيلا﴾[3] ولهذا أمر بطاعة هؤلاء الذين سماهم أولي الأمر وهم أهل الشورى في الآية الأخرى فقال: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾، فهذا ما جاء به الإسلام، وهو هداية تامة كاملة لا تعمل بها أمة إلا وتكون مستقلة في أمورها.

4. أن القضاة هم بمثابة الوكلاء عن الإمام وهم نواب له، لأنهم صاروا قضاة بإذنه، والوكيل مقيد بشروط موكله فلا يخرج عن حدودها، فإذا ألزمه بالقضاء على مذهب معين، أو بالتقنين، وجب عليه التقيد بذلك.

5. أن الإجماع يكاد يكون منعقدا على أن من توفرت فيه شروط الاجتهاد من القضاة لا يجوز إلزامه بالحكم بمذهب معين أما إذا كان القاضي مقلدا – كما هو حال اكثر قضاة اليوم – فأقوال الفقهاء صريحة بأن إلزام هؤلاء بالحكم بمذهب معين امر سائغ، ومن لا يرى هذا الإلزام من الفقهاء إنما يمنعونه لأنهم لا يرون توليه

[1] عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، المرجع نفسه،، ص 95.

2 سورة النساء آية 59.

3 سورة النساء آية 83.

القضاة غير المجتهدين، وهذا فيه من الحرج مالا يعلمه إلا الله، فلم يبق إلا الإلزام بمذهب معين، لهؤلاء القضاة غير المجتهدين.[1]

والذين يرون أن للتقنين نواحي إيجابية لهم أدلتهم كما يلي:

1- التقنين موافق للكتاب

أما دليل التقنين من الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾فإذا أمر أولياء الأمور بما فيه طاعة وليس معصية وجبت طاعته، وأن التقنين هو تدوين الأحكام الفقهية على وفق القرآن والسنة وليس فيه معصية لا ظاهرا ولا باطنا، ولا يتعارض مع المبادئ الشرعية، فإذا قرر أولوا الأمر تقنين الأحكام وتدوينها إما باستخراج الأحكام الجديدة أو الترجيح من بين آراء الفقهاء القديمة يجب طاعته والانقياد له.

2 – التقنين فيه توحيد الناس في الهدف

والدليل الثاني هو وحدة الهدف وجمع الناس على حكم واحد، كما فعل أبو بكر رضي الله عنه بجمع القرآن في كتاب واحد، وجمع عثمان بن عفان عنه الناس على مصحف واحد وأحرق ما عداه من المصاحف، فقبلت هذه العملية بين الصحابة والتابعين

3- التقنين إلزام

الأصل في الشريعة كونها معلومة لتكون ملزمة، والإلزام مبني على جلب المصالح ودفع المفاسد.

4 – تحقيق المصلحة للناس

التقنين من المصالح المرسلة كما في جمع الناس على مصحف واحد، فلا يوجد دليل لمنعها.

5 – مزايا التقنين تفوق على مساويه

ويقول الأستاذ وهبة الزحيلي: «إن مزايا التقنين تفوق بكثير عيوبه ومساوئه، إذ إن تلك المعطيات والأسباب ملحوظة عند صياغة التقنين، بل لا يمكن إهمالها، وإنما يجب أن يكون دور صائغي القانون دور المجدد والذي يصطفي ويختار من أحكام الفقه الإسلامي ما هو الأصلح والأولى بالتطبيق، فقد نجحت التقنينات في البلاد الإسلامية والعربية نجاحا ملموسا، وكان استقاؤها من أحكام الفقه الإسلامي دليلا واضحا على

[1] عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، المرجع نفسه، ص 96.

صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان، وهو مطلب إسلامي ملح، نابع من حكم القرآن بإيجاب تطبيق شرع الله ودينه، وللتقنين مزايا وفوائد كثيرة ».

6 – تسهيل الأمر للقضاة

ويقول علي الطنطاوي في منافع التقنين: فمنها سهولة وصول القاضي أو المراجع إلى معرفة الحكم لأن كتب الفقه تورد أحيانا الأقوال المتعددة فلا يستطيع كل قارئ ليس له معرفة بالأحكام الشرعية التوصل إلى الحكم الأصح في المسألة.

7– عدم اختلاف أحكام القضاة

ومن أعظم فوائد التقنين أن لا تختلف أحكام القضاة في المملكة الواحدة أو الدولة الواحدة، وبيان ذلك أن عندنا مسائل فيها أقوال متعددة كالطلاق الثلاث بلفظ واحد، فمن القضاة من يحكم بأنه وقع به ثلاث طلقات، ومنهم من يحكم بأنه لم يقع إلا طلقة واحدة، فكيف يرفع المدعي الدعوى إلى قاض لا يعرف رأيه في المسألة ولا يدري أي القولين يتبعه ويحكم به؟ فإذا أمر الحاكم بالعمل بأحد القولين بعد صياغة الأحكام صياغة قانونية فلا مانع شرعا من ذلك.[1]

**ثانيا: الأراء المعارضة لفكرة التقنين**

ذهبت غالبية الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم برأي معين..

وحجة هذا الرأي أن القاضي أمر بأن يحكم بالحق، وهو ما يراه محققا للعدل – قال تعالى: في ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾[2] والحق لا يتعين في مذهب بعينه، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب.

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية بذلك: المالكية:

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام:

« – قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي في مقدمة كتابه المسمى: تعليقة الخلاف في القاضي يوليه الإمام القضاء ويشترط عليه ألا يحكم إلا بمذهب إمام معين مثل أن يكون مالكا أو شافعيا أو حنفيا أو حنبليا فيقول

[1] يونس وهبي ياووز الأقطوغاني، حركة التجديد في تقنين الفقه الاسلامي –مجلة الأحكام العدلية وقوانين ملاقا الاسلامية كمثال تجريبي–، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2008، ص ص 60–62.

2 سورة ص آية 26.

له: قد وليتك القضاء على أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلا وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولاه أو لا. فهذا على ضربين:

أحدهما – «أن يشترط ذلك عموما في جميع الأحكام – فالعقد باطل والشرط باطل، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد».[1]

دلَّت الأدلة من القرآن، والسنة، وعمل الصحابة، والإجماع، والنظر والاعتبار على تحريم تقنين الأحكام الشرعية وذلك على النحو الآتي:

الأدلة من القرآن:

1 – قولُ الله: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[2]، والقِسْطُ والعَدْلُ أنْ يَحكمَ القاضي بما يَدينُ اللهَ به مِنَ الحقِّ، لا بما أُلزِمَ به مِن تَقنينٍ قد يرى الحقَّ بخلافِه.

قولُ الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ ﴾[3].

(يأمرُ اللهُ سبحانَه في هذهِ الآيةِ بطاعَتِه، وطاعَةِ رسولِهِ ، لأنَّ في ذلكَ خيرَ الدنيا والآخرةِ، وعِزَّ الدنيا والآخرةِ، والنجاةَ مِن عذابِ اللهِ يومَ القيامَةِ، ويأمرُ سبحانَه بطاعةِ أُولي الأمرِ عَطفاً على طاعةِ اللهِ والرسولِ، مِن غيرِ أن يُعيدَ العامِلَ، لأنَّ أُولي الأمرِ إنما تجبُ طاعتُهُم فيما هو طاعةٌ للهِ تعالى ولرسولِه، وأمَّا ما كان مَعصيةً للهِ تعالى ورسولِه فلا تجوزُ طاعةُ أحدٍ من الناسِ فيه كائناً مَن كانَ.

قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْاْ إِلَى مَا أَنزَلَ اللّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودًا ﴾[4]

فإنَّ اللهَ سبحانه ذمَّ مَن إذا دُعيَ إلى الله وإلى رسولِهِ أعرضَ ورضيَ بالتحاكمِ إلى غيرِهِ وهذا شأنُ أهلِ التقنينِ حيثُ ألزموا الحاكم برأيهم، وإن كان الحاكمُ يراه مُخالفاً للكتاب والسنة.[5]

أنه من المعلوم أن دين الإسلام صالح لكل زمان ومكان، ولقد مرت عليه عصور كالدولة العباسية في القارات الثلاث، ومع ذلك تحققت العدالة بتحكيم الشريعة، وانتشر اليسر، وارتفع الحرج، ولم يعرف – عبر

[1] محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج. والتطبيق)، مرجع سبق ذكره، ص ص 36–37.

2 سورة المائدة آية 42.

3 سورة النساء آية 59.

4 سورة النساء آية 61.

[5] عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة الاسلامية، مرجع سبق ذكره، ص ص 23–24.

مر التاريخ عن واحد من الأئمة المعتبرين – وجوب إلزام القضاة في أحكامهم بمذهب واحد، فضلا عما يدعو إليه هؤلاء من تقنين الشريعة بما يناسب العصر الحاضر ؟! وعلى هذا ففي كل عصر تقنين جديد.

والجواب: بأن القوانين الوضعية مدونة، ولها لوائح تفسيرية، ومع ذلك يجهلها السواد الأعظم من الناس، وإنما يعرفها القليل من المتعلمين، ولهذا كثرت مكاتب المحاماة في الدول التي تحكم بالقوانين، والواقع خير شاهد.

وأيضا: فهؤلاء الذين يعرفون هذه القوانين، هم في الغالب مختلفون مع قضاتهم، فكل يفسر هذه القوانين على مايرى، فكثرت عندهم الاعتراضات على تنفيذ أحكام قضاتهم، وأنشئت مايسمى بالمحاكم الاستئنافية، وحتى القضاة مختلفون، فلم يرفع اختلافهم، ولم ينفعهم التقنين حينئذ.

والجواب: أن الجمهور على شرطية توفر الاجتهاد فيمن يولى القضاء، وذلك: بأن يكون عارفا بالأصول التي ترجع الأحكام إليها، لا أن يكون عالما بحكم كل قضية بعينها، وهكذا ولي الأمثل فالأمثل، ولم يذكر العلماء الإلزام بمذهب معين لا يجوز تعديه، فكيف بما يدعو إليه هؤلاء من قوانين (وبالضوابط الشرعية؟).

وأيضا: ففي الإلزام بالتقنين قضاء على هؤلاء الندرة من المجتهدين وقطع طريق العلم، والحرمان من استقلال النظر.[1]

أنَّ التقنين من جهة أخرى سبيلٌ لهجر الفقه الشرعي كله، والقضاء على التراث الإسلامي في مجال بيان أحكام المعاملات، والاكتفاء بالمواد المقننة، وفي ذلك تضييق على المسلمين بحملهم على قولٍ واحدٍ بصفة مستديمة. وقطعٌ كذلك لطريق العلم، والحرمان من استقلال النظر.[2]

## المطلب الرابع: أهداف وأثار وضوابط التقنين في الفقه الاسلامي

### أولا: أهداف التقنين:

لا شك أن التقنين يساهم في سرعة فض المنازعات وهو مطلب مهم وملح بما له من دور كبير في زيادة الاطمئنان إلى النظام القضائي القائم في الدولة بما سينعكس بصورة جوهرية على الاستثمارات في الدولة وتوفير فرص العمل مما سيساهم في رفع مستوى معيشة المسلمين وهي من أهداف الشريعة السامية.

[1] عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، الطبعة الاولى، دار الفضيلة، الرياض المملكة العربية السعودية، 1426، ص ص 15-18

[2] عبدالمجيد بن محمد الجلاَّل، تدوين وتقنين الأحكام الشرعية مرجعية متقدمة للتطبيقات القضائية في المملكة، جريدة الرياض، العدد 16107، الاثنين 11 رمضان 1433 هـ – 30 يوليو 2012م –

ويسهم التقنين في قيام القضاء بالدور الاجتماعي الملقى على عاتقه كوسيلة تكفل تحقيق السلم والأمن الاجتماعيين عن طريق علم المواطنين إجمالا بانه سوف يتجه إليه الحكم في النهاية فالمرأة التي تنفصل عن زوجها ولها منه أولاد صغارا، تعرف متى يحكمها بحضانة الأولاد ومتى يحكم بالحضانة لغيرها، وليس كذلك حال عدم التقنين، فمع حرية القاضي في الاختيار لا تعلم ما الذي يختاره القاضي من المذاهب في الحضانة.

ولا يتصور تحرر القضاة من القيود دون تقنين، ففي الواقع توجد اعتبارات جمة تقيد القاضي في قضائه أقواها وجود محكمة عليا تراقب عمله مثل محكمة النقض في نطاق القضاء العادي، والمحكمة الإدارية العليا في نطاق القضاء الإداري حيث إن هذه المحكمة أثناء ممارستها للعمل القضائي تقوم بإرساء مجموعة من المبادئ تجد المحاكم الأدنى درجة حرجا بالغا في مخالفته. وهذا معناه أن المحاكم العليا بمبادئها قد أرست تقنينا عرفيا- يصعب مخالفته..[1]

أ/ إن التقنين هو خلاصة ما يمكن العمل به من الأدلة والأحكام بشكل مناسب.

ب/ التقنين تحديد لأبعاد الحكم الشرعي وبيان لمسايرة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد وصلاحيتها لكل زمان ومكان ويستطيع الفقهاء المحدثون تحديد أحكامه بالنسبة للصور المستحدثة وهكذا نجد التقنين استكمالاً للبناء الفقهي الإسلامي.

ج/ هذا التقنين يتيسّر على الفقهاء شرحه ومقارنة أحكامه بغيرها من المذاهب المختلفة فضلاً عن اشتغال آلاف القضاة والمحامين والطلبة بدراسته وفي هذا تيسير لدراسة وتدريس الشريعة الإسلامية.

د/ هذا التقنين يسهّل على المحاكم تطبيق الشريعة الإسلامية ويقطع دابر احتمال التضارب في الأحكام. ويعاون القاضي والفقيه وكل مشتغل بالقانون على الاهتداء إلى القاعدة القانونية في يسر وسهولة.

هـ/ هذا التقنين يسهّل على الأفراد التعرّف على أحكام الشريعة الإسلامية فلا يتيهون بين الآراء الكثيرة الموجودة في كتب الفقه الإسلامي والتي لا يعرف راجحها من مرجوحها إلا المتخصّص فيها.

و/ عدم تقنين أحكام الشريعة سيدفع حكام المسلمين إلى اقتباس القوانين الأجنبية لتنظيم شؤون الدولة.

[1] وائل محمد يوسف، الدولة بين الاسلاميين والعلمانيين، المكتب المصري الحديث، ص ص 190-191.

ز/ يؤدي التقنين إلى حسن سير الجماعة نتيجة إلمام الأفراد بقواعد القانون وتطبيقها على علاقاتهم الاجتماعية المختلفة.[1]

**ثانيا: ضوابط التقنين:**

أقصد بالضوابط تلك الأسس التي تجعل الأحكام الشرعية المقننة ملزمة للمسلمين؛ لأن الصياغة لا تكفي وحدها لتحقيق هذا المقصد النبيل، وعليه يمكن تلخيص هذه الضوابط في:

– أن تكون الشريعة مصدرا للتقنين.

– وأن تراعي مقاصد الشارع من التشريع وكذا العرف.

مما تقدم يتبين بأن عملية تقنين الأحكام الشرعية العملية لا يمكنها أن تكتسب الصفة الإلزامية إلا إذا تقيدت بمنهج واضح ومحدد، والتزمت بضوابط معينة، وبهذا تتميز عن غيرها من التقنينات الوضعية.[2]

ومن بين الضوابط أيضا

**1-الضوابط العامة**

-الالتزام بالمصادر الشرعية (القرآن الكريم والسّنّة النبوية، الإجماع، القياس، الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف....)؛ لأنها تتبع المصدر الأساس للتشريع الإسلام؛ حيث يجب الأخذ بالأحكام المتعلّقة بالمعاملات المالية؛ وذلك بالتدرّج باتّباع ما جاء في القران الكريم ومن ثمّ السّنّة المطهرة إلى غير ذلك من المصادر.

-عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في تقنين المعاملات المالية؛ حيث يجب اعتمال قواعد المعاملات المالية ومراعاة المقاصد الشرعية منها.

-والالتزام بالوضوح فيما يتعلّق بالمعاملات المحرّمة حتّى لا يشكل الأمر على الناس؛ سواء منهم (المتخصّص أو العامّي) في فهم أمور معاملاته الكلية.

-والترجيح بين أقوال الفقهاء المتقدمّين لما فيه مصلحة للناس ويوافق الشرع الحكيم.

---

[1] مرتضى معاش، تطبيقات القانون وعصرنة الفقه، موضوع منشور على موقع شبكة النبأ، https://annabaa.org/arabic، تاريخ الاطلاع 2019/06/04.

[2] عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مرجع سبق ذكره، ص 241.

-وعدم إغفال جوانب الإلزام في العقود؛ حيث أنّ العقود تكون ملزمة للطرفين ويجب تنفيذها وفق ما يقتضيه الشرع الحنيف.

-إظهار الجانب الأخلاقي في التقنين.

-الاهتمام بنظرية الحقّ التي تكلّم عنها الكثيرون وأعطوها ما تستحقّ من الشرح والتفصيل.

**2-الضوابط الخاصّة:**[1]

وتشمل الضوابط الموضوعيّة، والضوابط الشكليّة.

أ-الضوابط الموضوعية:

أوّلا- يجب أن يتميّز هذا التقنين بالتدقيق، وأن يتناول موضوعاته بطريقة (علمية سليمة وشاملة؛ دون غموض أو استطراد أو قصور)، وأن يكون التقنين (ملائما للواقع الاجتماعي ولا يخالف الشريعة الإسلامية).

ثانيا-عدم تناقض أحكام التقنين مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن تكون صياغة القوانين صياغة جيّدة مستنبطة من الفقه الإسلامي.

ثالثا-الأخذ من مذاهب الفقه الإسلاميّ المعتمدة والمعتبرة عند العلماء الراسخين؛ حتّى لا يكون التقنين مبنيّا على مذهب واحد، فيكون تقنينا مذهبيا وفيه من التضييق وإيقاع الأمّة في الحرج ما فيه.

رابعا- الاستعانة بالتشريعات المقارنة الجديدة؛ لأنّ الاستفادة من التجارب التشريعية الحديثة السابقة؛ ممّا يؤدّي إلى إنتاج تقنين عصريّ متطوّر موافق لظروف تطوّر الحركة التقنينية بشرط الالتزام بالفقه الإسلامي.

ب-الضوابط الشكلية:

ويقصد بالضوابط الشكلية للتقنين مجموع المسائل المتعلقة بـ(المصطلحات واللغة وتقسيم وتبويب التقنين والمسائل كافّة) التي لها علاقة بالفنّ التشريعي والصياغة التشريعية.[2]

[1] فاطمة الفرحاني، الضوابط الشرعية المتعلقة بتقنين العقود المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الاسلامي العالمية، عدد ماي 2019، جامعة كاي بالتعاون مع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية.

[2] فاطمة الفرحاني، المرجع نفسه.

**ثالثا: أثار حركة التقنين**

الأصل في القاضي أنه لا يقيد في اجتهاده- على ما سبق ذكره في حكم التقنين- لا بمذهب معين، ولا بقول خاص، فيجتهد برأيه إن كان مجتهدا، أو بالراجح من مذهبه إن كان مقلدا.

قال القرافي: «القاضي إن كان مجتهدا، فلا يجوز أن يحكم ولا يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا، جاز أن يحكم بالمشهور من مذهبه، وأن يفتي به، وإن لم يكن راجحا عنده، مقلدا في رجحان القول المحكوم به امامه الذي قلده، كما يقلده في الفتيا»

وعليه فمصادر التشريع متنوعة للقاضي، كما تختلف أصول الاستنباط وطرق دلالة الألفاظ على الأحكام، مما أدى إلى ظهور آراء فقهية متعددة، وعلى كل يبقى للقاضي نطاق واسع جدا يعتمد عليه في عمله.

لكن في العصر الحاضر، قننت كل هذه الآراء، واختصرت، في مواد، موضوعة في أبواب، مرقمة ترقيما تسلسليا، يلزم به القاضي، مما ضيق من مصدر حكمه القضائي. يقول الزرقا: «والمحصلة النهائية للتقنين هي أن يثبت في كل مسألة حكما فقهيا واحدا، واضح النص، واجب التطبيق على القاضي والمتقاضي، وينحصر اجتهاد القاضي حينئذ في فهم هذا النص، وتطبيقه على وقائع القضايا».

فيلاحظ أن اجتهاد القاضي انحصر من البحث عن الحكم الأصوب، من بين عدة أحكام مبثوثة في الفقه المبسوط، إلى تفسير النص المادة الملزمة له، ومدى تنزيلها على القضية المترافع من أجلها، وحتى إذا ظهر للقاضي حكم مخالف لما هو مقنن في المواد، فلا يملك المخالفة.[1]

[1] لعيايدية هاجر، حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الاسلامي، ص ص 196-198.

# الفصل الثاني: تقنين فقه الأسرة الزواج أنموذجا

المبحث الأول: تقنين أحكام الزواج (أنموذجا)

المطلب الأول: تعريف الزواج

المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه

المبحث الثاني: أركان وشروط الزواج

المطلب الأول: أركان الزواج

المطلب الثاني: الشروط في الزواج

المطلب الثالث: آثار الزواج

المبحث الثالث: الأنكحة الفاسدة وعيوب النكاح

المطلب الأول: الموبدات من النساء

المطلب الثاني: التحريم غير المؤبد

المطلب الثالث: عيوب الزواج

# الفصل الثاني

# تقنين فقه الأسرة (الزواج أنموذجا)

بما أن الأسرة الكيان الاجتماعي الأول الذي تقوم عليه المجتمعات فقد كان لا بد من وجود تقنين يعمل على أساسه المشرعين للقوانين المتعلقة بالاسرة خاصة ما كان منها في الدول الاسلامية المعتمدة على الشريعة الاسلامية في أمور قانون الأسرة.

والأسرة تبنى أولا بالزواج وهو اقتران رجل وامرأة بعقد شرعي لا يشوبه أو يعيبه شيء حتى لا يبطله. والزواج له مشروعيته وحكمته التي أخذها من النصوص الدينية المتمثلة في الكتاب والسنة والاجماع والتي أوردها ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية، كما أن له أركانا وشروط وجب على الجميع الأخذ بها وإلا أصبح الزواج في حكم الباطل، كما هو الحال في الأنكحة الباطلة التي حرمها الله في كتابه الكريم كل هذا سنحاول التطرق اليه عبر هذا الفصل.

## المبحث الأول: تقنين أحكام الزواج (أنموذجا)

الزواج له أحكام تضبطه وتحكمه بحيث تعمل هذه على إيجاد إطار قانوني يستقي من خلاله ما يجب أن يُتعامل معه فيما يخص الزواج وأحكامه ومشروعيته وحكمه وكذا الحكمة منه، فالزواج في مستوجبات وحكم الشرع هل هو واجب أو مستحب أو غير، وما الحكمة التي أوجدها الشارع سبحانه في الزواج وهل الحكمة منه تشمل الزوجين أو تتعداهما الى غيرهما هذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث.

### المطلب الأول: تعريف الزواج

### أولا: الزواج لغة:

في اللغة الزواج لغة: الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾[1]أي وقرناءهم، وفي قوله سبحانه ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾[2] " أي قرن كل قرين بقرينه أو قرنت بأبدانها وبأعمالها، وبهذا المعنى استعملت العرب لفظ الزواج في اقتران أحد الشيئين بالأخر، وارتباط كل واحد بالآخر بد أن كانا منفصلين.

ثم شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجال بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة فصار عند الإطلاق لا يراد منه إلا ذلك.

وفي المعجم الوسيط يقال (زوج) الْأَشْيَاء تزويجا وزواجا قرن بَعْضهَا بِبَعْض وَفُلَانًا امْرَأَة وَبهَا جعله يَتَزَوَّجهَا[3]

### ثانيا: الزواج اصطلاحا:

أما كلمة "النكاح" لغة: فأطلقت على عدة معان منها: "العقد، الوطء، والضم حسيا كان أو معنويا، كضم محسوس إلى محسوس، أو ضم قول إلى قول.

ب- في الاصطلاح عرفه الفقهاء تعريفات عديدة مختلفة منها: «الزواج عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع».

---

1 سورة الصافات آية 22.

[2] سورة التكوير آية 7.

[3] إبراهيم مصطفى -أحمد الزيات -حامد عبد القادر -محمد النجار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة مصر، ص 405.

أو: هو عقد يرد على تملك المتعة قصدا، أو: هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج، وغيرها. قال الحطاب: النكاح حقيقة التداخل، ويطلق في الشرع على العقد والوطء وأكثر استعماله في العقد، لأن العرب تسمي العقد نكاحا لأنه يبيح الوطء، فسمي السبب باسم المسبب له.[1]

النكاح عند الفقهاء ومنهم مشايخ المذاهب الأربعة: حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، لأنه المشهور في القرآن والأخبار، وقال الزمخشري وهو من علماء الحنفية: ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: "حتى تنكح زوجا غيره" لخبر الصحيحين: "حتى تذوق عسيلته" فالمراد به العقد، والوطء مستفاد من هذا الخبر.[2]

الزوج في لغة العرب: الصنف والنوع من كل شيء، وكل شيئين مقترنين شكلين كانا أو نقيضين فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج. قال الفيومي:

الزوج: الشكل يكون له نظير كالأصناف والألوان، أو يكون له نقيض كالرطب واليابس، والذكر والأنثى، والليل والنهار، والحلو والمره.

وقد جاء الزوج بمعنى النوع أو الصنف في كتاب الله كثيرة، كقوله تعالى: ﴿ وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾[3] وقوله: و ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ كَمْ أَنبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ﴾[4]. وقال: ﴿فِيهِمَا مِن كُلِّ فَاكِهَةٍ زَوْجَانِ﴾[5]

وقال في أصناف عذاب أهل النار وأنواعه: ﴿وَآخَرُ مِن شَكْلِهِ أَزْوَاجٌ﴾[6]. وقال في خلقه أصناف الموجودات من جماد وغيره: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ﴾[7].

والمعنى الذي يدور عليه لفظ الزواج وما اشتق منه عند العرب في كلامها هو الاقتران والارتباط.

تقول العرب: " زوج الشيء، وزوجه إليه، قرنه به، وفي التنزيل: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾[8]. أي قرناهم.

---

[1] حمزة جبايلي، ضبط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجا، مشروع مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص على الاجتماع القانوني، قسم علم الاجتماع تخصص علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2009/2008، ص ص 18-19.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 30.

3 سورة الحج آية 5.

4 سورة الشعراء آية 7.

5 سورة الرحمن آية 52.

6 سورة ص 58.

7 سورة يس آية 36.

8 سورة الدخان آية 54.

ويطلق على كل من الرجل والمرأة اسم الزوجين إذا ارتبطا بعقد الزواج، قال تعالى مخاطبة آدم: ﴿وَقُلْنَا يَاآدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ﴾[1]. وقال: ﴿ لَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[2] .

ويطلق الزوج في عالم الحيوان على كل واحد من القرينين من الذكر والأنثى، قال تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ﴾[3]وقال: ﴿ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِّنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ﴾[4].

وتطلق العرب الزوج أيضا على القرينين من غير الإنسان والحيوان، كالخف والنعل، وكل ما يقترن بآخر مماثلا له، أو مضادة له.[5]

## ثالثا: الزواج قانونا

عرف المشرع الجزائري الزواج من خلال المادة 04 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر: 02-05 بقوله: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فنلاحظ أن المشرع الجزائري عرف الزواج من حيث المقصد بنوعيه أصلي وتبعي، فعبر عن المقصد بقوله الغاية منه: وعبر عن المقصد الأصلي من الزواج بقوله: المحافظة على الأنساب وعن المقصد التبعي –حل الاستمتاع– بقوله: وإحصان الزوجين.[6]

## المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه

في هذا المطلب سنحاول التطرق الى العناصر التالية:

---

1 سورة البقرة آية 35.

2 سورة البقرة آية 230.

3 سورة النجم آية 45.

4 سورة الأنعام آية 143.

[5] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997، ص ص 07-08.

[6] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1ابن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015/2014، ص 16.

## أولا: مشروعية الزواج

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[1]، وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[2]

وأما السنة: فقول النبي صلى الله عليه وسلم: – حدّثنا عبدان، عن أبي حمزة، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن علقمة قال: بينا أنا أمشي مع عبد الله رضي الله عنه فقال:

كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (**من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء**).[3]

وأجمع المسلمون على أن الزواج مشروع.[4]

حث القرآن الأولياء على تزوج من لا زوج لها في قوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.

والأيم: في الأصل المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا".

– أخبرنا ربنا تبارك وتعالى أن النكاح من سنن المرسلين في قوله: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾[5]

.. إنكار الرسول صلى الله عليه وسلم الشديد على الذين ارادوا الترفع عن الزواج، واعتزال النساء، والإغراق في العبادة، ففي صحيحي البخاري ومسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: عن أنس ؛ أن نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عن عمله في السر ؟ فقال بعضهم:

---

1 سورة النساء آية 3.

2 سورة النور آية 32.

3 رواه البخاري حديث رقم 1806 باب: الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع والنشر بدمشق، دمشق سورية، 1985، ص 31.

5 سورة الرعد آية 38.

لا أتزوج النساء. وقال بعضهم لا آكل اللحم. وقال بعضهم: لا أنام على فراش. فحمد الله وأثنى عليه فقال: **«مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا؟ لَكِنِّي أُصَلِّي وَأَنَامُ، وَأَصُومُ وَأُفْطِرُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»**.[1][2]

## ثانيا: حكم الزواج

## يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«في حكم النكاح لا يحل استباحة فرج إلا بنكاح أو ملك يمين والنكاح على الجملة مندوب وأوجبه الظاهرية وعلى التفصيل ينقسم الى خمسة أقسام واجب وهو لمن قدر عليه بالمال وخاف على نفسه الزنى ومستحب وهو لمن قدر عليه ولم يخف على نفسه الزنى وحرام وهو لمن لم يقدر ولم يخف ومكروه وهو لمن لم يخف الزنى وخاف أن لا يقوم بحقوقه ومباح وهو ما عدا ذلك وأما ملك اليمين فمباح.[3]

يعرض للزواج ما يجعله واجبا أو حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، وهذه الحالات كالآتي:

**1-الوجوب:** إذا خاف الشخص على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، وكان قادرا عليه بالمال، واثقا من العدل مع أهله، فإذا لم يتزوج كان آثما مستحقا للعقاب؛ لأن صيانة نفسه من الوقوع في الحرام واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وهذا قول عامة الفقهاء.

فقد جاء في المغني: "من يخاف على نفسه الوقوع في محظور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح". والظاهرية يوجبون الزواج على القادر عليه دون تعليقه على الخوف في الوقوع في الفاحشة.

**2-الحرمة:** إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادرا عليها، ولكنه يقطع بأنه يظلم زوجته بالإيذاء أو لعدم قدرته على المعاشرة الزوجية أو عدم قدرته على النفقة، فيكون الزواج حراما لأنه طريق للوقوع في الحرام، وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراما، ولكن حرمته تكون لغيره.

**3-الكراهة:** إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة الزوجية، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج. قال ابن جزي المالكي:"النكاح المكروه هو لمن لم يخف الزنا،

---

[1] ا مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 1401، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، المجلد 02، دار إحياء التراث العربي - بيروت

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 21-22.

[3] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، الطبعة الأولى، دار بن حزم، بيروت لبنان، 2013، ص 129.

وخاف ألا يقوم بحقوقه"، و جاء في حاشية الصاوي:"إن خاف به–أي النكاح– قطعه عبادة غير واجبة كره له النكاح، سواء رجا النسل بهذا النكاح أم لا". وقال الحنفية:"يكون النكاح مكروها كراهة تحريم إذا خاف من الجور على زوجته، فإن تيقنه حرم".

**4–الندب:** لمن له شهوة يأمن معها الوقوع في المحظور، فهذا الاشتغال به أولى له من التخلي لنوافل العبادة، وأما من لا شهوة له ففيه وجهان، الأول: يستحب له النكاح لعموم ما ذكر، والثاني: التخلي له أفضل لأنه لم يحصل مصالح النكاح، وهذا على هو المشهور عند الحنابلة وعند المالكية بالنسبة لغير الراغب في النكاح، ولكن عنده مؤنة النكاح ولا يخاف إذا تزوج انقطاعه عن عبادة مندوبة ورجا بزواجه النسل، فالنكاح في حقه مندوب.

**5–الإباحة:** إذا كان الشخص غير راغب في الزواج، ولا يصرفه عن مندوب ولا يرجو به نسلا، وكان قادرا على مؤنة الزواج، ومن الواضح أن غير الراغب فيه هو من لا شهوة له في النكاح غالبا، إما لكبر أو مرض أو علة وهو مذهب المالكية».[1]

## رأي المذاهب الفقهية

**أولا– رأى الحنفية** أن الزواج واجب إذا خاف المرء الوقوع في الفاحشة بعدم الزواج خوفا دون اليقين، وكان قادرا على مؤن الزواج، من مهر ونفقة، ولا يخاف ظلم المرأة ولا التقصير في حقها.

**ثانيا– رأي الشافعية:** وقال الشافعي: إن الزواج في هذه الحالة مباح، يجوز فعله وتركه، وإن التفرغ للعبادة أوالاشتغال بالعلم أفضل من الزواج ؛ لأن الله تعالى مدح يحبى عليه السلام بقوله: "وسيدا وحصورا" والحصور: الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيانهن، فلوكان الزواج أفضل لما مدح بتركه. ورد هذا بأنه شرع من قبلنا، وشريعتنا على خلافه.

**ثالثا– رأي الظاهرية:** إن الزواج في حالة الاعتدال هذه فرض، متى كان الإنسان قادرا عليه، وعلى مؤنه المطلوبة.[2]

**الرأي الراجح:** رأينا هو ما ذهب إليه ابن جزي في تفصيله لحكم الزواج من حيث أنه واجب في أحيان ومندوب في أخرى ومحرم في مواضع معينة ومكروه في مواضع أخرى.

---

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2009/2008، ص ص 297–268.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص ص 32–35.

## ثالثا: الحكمة منه

الحكمة في النكاح فكثيرة منها:

1-حفظ كل من الزوجين وصيانته قال النبي صل الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج"

2- حفظ المجتمع من الشر وتحلل الأخلاق فلولا النكاح لانتشرت الرذائل بين الرجال والنساء.

3- استمتاع كل من الزوجين بالآخر بما يجب له من حقوق وعشرة فالرجل يكفل المرأة ويقوم بنفقاتها من طعام وشراب ومسكن ولباس بالمعروف قال النبي صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف". والمرأة تكفل الرجل أيضا بالقيام بما يلزمها في البيت من رعاية وإصلاح قال النبي صلى الله عليه وسلم: "... والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها"

4- إحكام الصلة بين الأسر والقبائل فكم من أسرتين متباعدتين لا تعرف إحداهما الأخرى وبالزواج يحصل التقارب بينهما والاتصال ولهذا جعل الله الصهر قسيما للنسب كما تقدم.

5- بقاء النوع الإنساني على وجه سليم فان كان النكاح سبب للنسل الذي به بقاء الإنسان قال الله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاء﴾[1] ولولا النكاح للزم أحد أمرين إما:

1- فناء الإنسان.

2- أو وجود إنسان ناشئ من سفاح لا يعرف له أصل ولا يقوم على أخلاق.[2]

## المبحث الثاني: أركان وشروط الزواج

للزواج أركان وجب على القائمين عليه أن يلتزموا بها وإلا أصبح في حكم البطلان أو الفسخ فلا يعقل في مذهب الامام مالك أن يقوم الزواج بدون ركن الولي أو الشاهدين، كما أن للزواج شروط وجب أيضا الالتزام بها لأن مخالفتها قد تسقط الزواج أو تنقص من صحته.

---

1 سورة النساء آية 1

[2] محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الزواج، مدار الوطن، المملكة العربية السعودية، 1425هـ، ص ص 31-33.

## المطلب الأول:أركان الزواج

### يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«أركان الزواج خمسة الزوج والزوجة والولي والصداق والصيغة.

**1-الصيغة:** فهي ما يقتضي الإيجاب والقبول كلفظ التزويج والتمليك ويجري مجراهما البيع والهبة، والهزل فيه كالجد اتفاقا والنكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار ويلزم فيه الفور من الطرفين فإن تراخى فيه القبول عن الإيجاب يسيرا جاز.

2-**الزوجان:** وأما الزوجان فيعتبر فيهما سبعة أوصاف

**أ-الإسلام:** ويتصور فيه أربع صور نكاح مسلم مسلمة ونكاح كافر كافرة فهما جائزان وإن نكاح كافر مسلمة يحرم على الاطلاق بإجماع ونكاح مسلم كافرة فتجوز الكتابية بالنكاح والملك ولا يحل غيرها من الكافر بنكاح ولا ملك وكره مالك الحربية لبقاء الولد بدار الحرب،

**ب-الرق:** ويتصور فيه أربع صور نكاح حر لحرة أو عبد لأمة فهما جائزان ونكاح عبد لحرة فيجوز برضاها فإن غرها من نفسه فلها الخيار ونكاح حرة لأمة يجوز بثلاثة شروط (الأول) أن تكون مسلمة (الثاني) أن يعدم الطول وهو صداق الحرة وقيل النفقة (الثالث) أن يخاف العنت وهو الزنى ولا يشترط عدم الطول ولا خوف العنت في نكاح العبد الأمة فروع أربعة (الفرع الأول) لا يجوز أن يكون أحد الزوجين مملوكا للآخر اتفاقا ولا يجوز أن يتزوج مملوكة ابنه ولا أم ولده سيده ويفسخ النكاح بذلك مطلقا (الفرع الثاني) إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه أو اشترى بعضه انفسخ النكاح بملك المشتري للمشتري أو لجزء منه (الفرع الثالث) لا ينكح العبد بغير إذن سيده فإن أجازه السيد جاز خلافا للشافعي (الفرع الرابع) إذا تزوج الحر حرة على أمة أو أمة على حرة فالحرة مخيرة في البقاء أو الفراق مطلقة بائنة لأن من حقها أن لا يجمع بينها وبين أمة ولا خيار لها في جمع العبد بينهما على المشهور.[1]

**ج- البلوغ:** فإن تزوج صبي يقوى على الجماع بغير إذن أبيه أو وصيه فله إجازته أو فسخه قبل البناء وبعده ولا صداق لها وقال سحنون لا يجوز وإن أجازه الأب والوصي.

**د- الرشد:** فإن تزوج السفيه بغير إذن وليه أمضاه إن كان سدادا وإلا رده فإن رده قبل البناء فلا صداق وبعده ربع دينار وقال ابن الماجشون لا شيء لها.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 130.

**و- الكفاءة:** بين الزوجين وهي معتبرة بخمسة أوصاف بالإسلام والحرية حسبما تقدم والصلاح فلا تزوج المرأة الفاسق ولها ولمن قام بها فسخه سواء كان الولي أبا أو غيره وبالمال الذي يقدر به ولا يشترط اليسار ولها مقال إن زوجت لمن يعجز عن حقوقها وبسلامة الخلقة من العيوب الموجبة للخيار ويكره الهرم والدميم ولا يشترط الجمال ولا يعتبر النسب والحسب لهما وزاد الشافعي عدم الحرف الدنية.

**هـ-الصحة:** ولا يجوز نكاح المريض والمريضة المخوف عليهما على المشهور خلافا لهما ويفسخ إن وقع إلا إن صح قبل الفسخ فاختلف في فسخه والفسخ فيه بالثلاث فإن لم يدخل فليس لها صداق وإن دخل فلها الصداق المسمى وقيل صداق المثل.

**و-عدم الإحرام:** ولا يجوز رم ولا إنكاحه ويفسخ وإن دخل وولدت وفسخه بغير طلاق وقيل بطلاق وفي تأييد تحريمها عليه روايتان وأجاز أبو حنيفة نكاح المحرم وإنكاحه».[1]

**3-الولي:** وفيه أربع مسائل

## يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«**أ-حكمه:** وهو شرط واجب فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا أو دنية رشيدة أو سفيهة حرة أو أمة أذن لها وليها أو لم يأذن فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن أطال وولدت الأولاد.

**ب-أصناف الأولياء:** والولاية خاصة وعامة فالخاصة خمسة أصناف الأب ووصيه والقرابة والمولى والسلطان والعامة الإسلام فأما الأب فولايته نوعان جبر وإذن فالجبر للبكر وإن كانت بالغا وللصغيرة وإن كانت ثيبا، وله الجبر والتزويج قبل البلوغ وبعده من غير استيمار إن جعل له الأب ذلك وهو أولى من القرابة وأما الوصي من قبل الأب ووصي الوصي فيقومان في العقد مقام الأب، وإن كان الوصي امرأة استخلفت من يعقد وأما القرابة فهم العصبة كالابن والأخ والجد والعم وابن العم ولا يزوجون إلا البالغة بإذنها وتأذن الثيب بالكلام والبكر بالصمت.

**ج-ترتيب الأولياء:** أما الذي يجبر فالأب ثم وصيه وأما الذي لا يجبر فالقرابة ثم المولى ثم السلطان والمقدم من الأقارب الابن ثم ابنه وإن سفل ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 131.

**د- صفات الولي:** وهي الإسلام والبلوغ والعقل والذكورية اتفاقا في الأربعة والحرية خلافا.[1]

**يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية**

**4-الصداق:** وهو شرط بإجماع ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا اشتراط سقوطه وفيه ست مسائل.

**أ-شروطه:** وهي ثلاثة ((الأول)) أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين والعرض والأصول والرقيق، ((الثاني)) أن يكون معلوما فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض، ((الثالث)) أن يسلم من الغرر فلا يجوز فيه عبد آبق ولا بعير شارد وشبههما.

**ب-مقداره:** ولا حد لأكثر الصداق وأقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة شرعية أو ما يساوي أحدهما.

**ج-استقراره وتشطيره:** ويجب جميعه بالدخول أو بالموت اتفاقا ونصفه بالطلاق قبل الدخول اتفاقا إلا أن طلقها في نكاح التفويض وقد اختلف هل وجب لها جميعا بالعقد ثم يسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول أو وجب لها نصفه بالعقد والنصف الباقي بالدخول أو بالموت وهو اختلاف عبارة بيان الدخول الموجب لكمال الصداق هو الوطء لا مجرد الخلوة وإرخاء الستور.

**د-نكاح التفويض:** وهو جائز اتفاقا وهو أن يسكتا عن تعيين الصداق حين العقد ويفوض ذلك إلى أحدهما أو إلى غيرهما ثم لا يدخل بها حتى يتعين فإن فرضه أحدهما بعد فرضيه الآخر لزمه وإن لم ترض المرأة فإن فرض لها صداق المثل أو أكثر لزمها بخلاف الأقل إلا أن ترضى به وإن لم يرض الزوج كان مخيرا بين ثلاثة أشياء إما أن يبذل صداق المثل أو يرضى بفرضها أو يطلق.

**هـ-التنازع في الصداق:** إن اختلف في مقدار الصداق فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدأت باليمين ومن نكل منهما قضي عليه مع يمين صاحبه وإن اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه وإن اختلف في القبض فالقول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول إلا إن كان هناك عرف فيرجع إليه.

**و-نكاح الشغار:** وهو باطل إجماعا وصفته أن يزوج ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته من غير صداق فإن وقع فسخ النكاح قبل الدخول وبعده على المشهور ويدفع لمن دخل بها صداق المثل وتقع به الحرمة».[2]

---

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 132-133.

[2] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص ص 134-135.

## رأي المذاهب الفقهية

**أولا–رأي الحنفية:** ركن الزواج عند الحنفية: الإيجاب والقبول فقط، وأركان الزواج عند الجمهور أربعة: صيغة (وهي الإيجاب والقبول) وزوجة، وزوج، وولي وهما العاقدان .

وأما الإيجاب عند الحنفية: ما يصدر أولا من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أم الزوجة . والقبول عندهم : ما يصدر ثانية من الطرف الآخر.

فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت: قبلت، كان الأول عند الحنفية إيجابا ، والثاني قبولا. وعند الجمهور بالعكس؛ لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوج حق الاستمتاع، فكلامه هو الإيجاب.[1]

**ثانيا–رأي الشافعية والحنابلة:**

الشافعية والحنابلة قالوا إن أحق الأولياء الأب ثم الجد ولكن الحنابلة قالوا إن الإبن يلي الجد في الولاية. والشافعية قالوا إنه لا ولاية للابن على أمه مطلقا.

بينما اتفق الشافعية والحنابلة والحنفية على أنه لا يلح للولي الابد أو للحاكم أن يباشر عقد الزواج مع وجود الولي الأقرب المستكمل للشروط.

**الرأي الراجح:** الرأي الراجح لدينا أن عقد الزواج ينعقد بلفظ الانكاح والتزويج وبكل لفظ يدل عليهما، وذلك يتحقق بوجود عرف أو بوجود قرينة.

## 5- أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

بالنظر إلى المواد 09 مكرر من قانون الأسرة نستخلص بأنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، إنعدام الموانع الشرعية.

كما جاء في المادة 11 من ذات القانون على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضر وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره.

**أ–الرضا:** التعبير عن الرضا، فيشترط لانعقاد الزواج صحيحا، وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج. ومن ثم لا يعتد إلا بالإرادة الواضحة من حيث اللفظ، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين.

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ص 36–37.

**ب-الأهلية:** ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج، وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية. وأما ما أتى به من جديد في هذه المادة هو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة والتي منحت الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط.

فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة، وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك.[1]

**ج-الولي:** لقد نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن: "يتولى عقد زواج المرأة وليها... ". غير أنه نص في الفقرة الأولى من ذات المادة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 على أن "المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره".

وينص في الفقرة الثانية منها على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القاصرين أولياؤهم... ".[2]

**د- تقديم الفحوصات والوثائق الطلبية:** لقد أفرد المشرع الجزائري بعد التعديل نصا خاص بموجبه يكون ملزما للراغبين في الزواج أن يقدموا شهادة طبية لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، مع إلزام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية حسب المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، ولقد جاء المرسوم التنفيذي رقم06-154 المؤرخ في 2006/05/11 ليحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 . ولقد تضمن هذا المرسوم ضرورة توفير شهادة طبية لكل طالب الزواج تثبت خضوعهم للفحوصات الطبية، وألزم القانون الموثق وضابط الحالة المدنية بعدم تحرير عقد الزواج إلا بعد تقديم تلك الشهادات الطبية المنصوص عليها في المرسوم ،كما منع القانون الموثق وضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.[3]

---

1 حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010/2009، ص13-20.

2 حسين مهداوي، المرجع نفسه، ص 25.

3 حسين مهداوي، المرجع نفسه، ص 29-31.

**هـ-الاشهاد:** من خلال المادة 09 مكرر: (المضافة بالأمر 02-05) نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور بشأن الإشهاد وجعله شرط من شروط صحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصداق .

ويترتب على تخلفه فساد عقد الزواج، فيفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما نصت عليه المادة 33 في فقرتها الثانية المعدلة بالأمر 02-05 والتي جاء فيها: ((إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)).[1]

**الرأي المختار:** الرأي لدينا أن الشروط التي أوجدها المشرع الجزائري في قانون الأرسرة في أركان الزواج تعتبر الأرجح من حيث القوة في الدليل وحتى للحفاظ على الرابطة الزوجية، بما في ذلك تقديم الفحص الطبي.

## المطلب الثاني: الشروط في الزواج

### أولا: شروط الزواج على المذهب المالكي:

### يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«شروط الزواج ثلاثة أقسام وهي

**1-شروط يقتضيه العقد:** كالوطء والانفاق فلا يؤثر ذكره

**2-شرط يناقض العقد:** كعدم القسمة ونحوه فيمنع ويفسخ النكاح قبل البناء وفي فسخه بعد خلاف

**3-شرط ما لا تعلق له بالعقد:** كشرط عدم إخراجها من بلدها فهو مكروه ثم إنه إن كان مقيدا بطلاق أو تمليك أو عتق أو غير ذلك لزم ويقال له يمين وإن لم يكن معلقا بشيء ولا وضعت عنه من صداقها لأجله لم يلزم ولكن يستحب الوفاء به.

أما خلافا لمالكية فيقول أبو حنيفة تبطل الشروط كلها ويصح النكاح وقال ابن حنبل يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة بيان من لزمه يمين طلاق في زوجته لزمه ذلك وإن طلقها ثم تزوجها ثانية وكذلك في الثالثة حتى

[1] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص 116-117.

تكون ثلاث تطليقات فإن شرط أنه بريء من تلك الشروط لم ينفعه وهي لازمة بخلاف الإيمان والشروط التي لا يلزم فيها طلاق فإنه يجوز.[1]

**إسقاط الشروط:** إسقاطها لها فروع عشرة

أ-إذا شرط لها ألا يتزوج عليها فإن كان دون يمين لم يلزمه وجاز له أن يتزوج حسبما تقدم وإن كان على يمين فذلك على أقسام منها أن يجعل أمرها بيدها أن تزوج فيجب أن يذكر هل ملكها طلقة رجعية أو بائنة أو ثلاثا أو أي الطلاق شاءت فيعمل على حسبه ومنها أن يجعل أمر الداخلة عليها بيدها تطليقها رجعية أو بائنة أو ثلاثا أو أي الطلاق شاءت حسبما يجعل لها ولها أن تسقط شرطها في ذلك كله ومنها أن يقول أن تزوج عليها فالداخلة طالق فتطلق بنفس نكاحها بأي طلاق جعل لها وليس لزوجته إسقاط ذلك.

ب- إن شرط أن لا يتسرى عليها ولا يتخذ أم ولد فإن علق ذلك بتمليكها أمر نفسها فعلى ما تقدم وهي مخيرة في الأخذ بشرطها أو إسقاطه وإن قال فالسرية أو أم ولد معتقة لزم عتقهما بنفس اتخاذهما وإن جعل بيدها بيع السرية فله عزلها عن ذلك لأنه كالتوكيل.

ج- إن شرط لها أن لا يغيب عنها مدة معلومة فلها ذلك إن علقها بيمين كالتمليك وشبهه ثم إنه قد يجعلها مصدقة في دعوى المغيب دون إثبات ويمين أو بيمين دون إثبات أو بعد الإثبات.[2]

د- إن شرط لها إن لا يرحلها من بلدها إلا بإذنها فلها ذلك إن علقه بيمين فإن أذنت له مرة فردها ثم أراد أن يرحلها ثانية فاختلف هل نسقط شرطها أم لا.

هـ- إن شرط أن لا يضرها لزم سواء علقه بيمين أم لا لأن ترك الأضرار واجب ثم إنه قد يجعلها مصدقة في دعوى الضرر دون إثبات ولا يمين أو بيمين دون الإثبات أو بعد الإثبات فإذا صدقت على أحد هذه الوجوه فإن كان قد علق ذلك بتمليك أو غيره فلها ما جعل لها وإن لم يعلقه بشيء فقيل لها أن تطلق نفسها بالضرر وقيل ترفع أمرها إلى السلطان فيزجره مرة بعد أخرى فإن تكرر طلقت عليه بيان كل شرط يجعله الزوج بيد غيره ليقع عليه به طلاق فإن كان سبب ذلك فعلا يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج مثل أن يشرط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره وإن كان سببه فعل غير الزوج لم ينفذ ولم يلزم الزوج والنكاح جائز.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 144.

[2] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 145.

و- إن نحل أحد الزوجين أبوه أو أمه أو غيرهما مالا في عقدة النكاح لزم ولم يفتقر إلى حيازة فإن كان المنحول له ملك أمر نفسه ذكر قبوله رفعا للاختلاف إن لم يذكر القبول.

ز- لا يجوز أن تمتع المرأة زوجها في مالها في عقدة النكاح لأنه عطاء في مقابلة الصداق ويفسد النكاح به ويجوز بعد انعقاد النكاح فإن كانت المرأة مالكة أمر نفسها أمتعته هي وأن زوجها والدها وهي في حجره جاز له أن يمتع وأن زوجها غير الأب لم يكن له أن يمتع إلا أن ضمن الدرك لأنه عطية من مال المحجور.

ي- السياقة جائزة وهي زيادة على الصداق.

ن- إن شرط أن ينفق على ولدها من غيره لم يجز ويجوز أن تطوع بذلك.

ك- لا يمنعها من زيارة ذوي محارمها بالمعروف إلا أن يشترط ذلك وإن كره خروجها صونا لها لا لضرر فله منعها ولأبوها زيارتها ولا يمنعها منهما فإن حلف حنثه السلطان في دخولهما إليها لا في خروجها إليهما وإن كان لها بنون صغار فلهم الدخول كل يوم وللكبار كل جمعة وإن علم أن لها ابنة صغيرة ودخل على ذلك لم يفرقها منها».[1]

## رأي المذاهب الفقهية

**أولا- رأي الحنابلة:** ذهب الحنابلة إلى القول بصحتها ووجوب الوفاء بها، فإن لم يف المشترط عليه بها فإن للطرف الآخر حق فسخ النكاح".

**ثانيا- رأي الشافعية والحنفية:** نقل ابن عبد البر عن الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما أنهم أبطلوا مثل هذه الشروط، وصححوا النكاح.[2]

## ثانيا: الشروط في الزواج حسب قانون الأسرة الجزائري

لا يختلف موقف المشرع الجزائري عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع؛ وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، 25 والتي تنص على أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." وبهذا يكون المشرع الجزائري قد

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 146.

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع ساق ذكره، ص ص 145-146.

أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة. و باستقراء نص المادة 19 نجد المشرع الجزائري أكد على شرطي عدم تعدد الزوجات، وشرط عمل المرأة ، حيث اعتبرت المادة 67 من قانون الأسرة أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.

واستثناءاً من ذلك يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

1) تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل كأن تظهر بمظهر المتبرجة أو بصورة تدعو إلى الفتنة، أو الإكثار من الخروج من المنزل بلا سبب حقيقي.

2) منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويراعى في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على صحة الزوجة وأيضاً مدى تأثير عملها على أداء واجباتها الزوجية، أو حاجة الأسرة إليها بسبب مرض أحد أقاربها، وغير ذلك من الأسباب التي تدعو القاضي إلى إبطال شرط عمل المرأة لمنافاته لمصلحة الأسرة، ودرءاً للاضرار والمفاسد الناجمة عن تقديم المصلحة الخاصة للزوجة على مصلحة الأسرة.

وهذا يعني أنه ليس للزوج أن يرجع عن موافقته التي أبداها لزوجته بالسماح لها بالعمل إلا لسبب مشروع، ودون أن يلحق ضررا بالزوجة عملا بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).[1]

**الرأي المختار**: الرأي لدينا في باب الشروط عو ما ذهب إليه ابن جزي في أن هناك شروط واجب الايفاء بها وشروط تبطل النكاح وشروط تبطل هي فقط ويصحح الزواج.

## المطلب الثالث: آثار الزواج

## يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«وفي هذا الباب يمكن تحديد النواحي التالية:

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد السابع، ديسمبر 2017، ص 247-250.

## 1- النفقات

تجب النفقة لأربعة أصناف هم

**أ- الزوجات:** بشرط الدخول والتمكين من الاستماع وبلوغ الزوج، الواجبات لهن ستة أشياء هي

**أ-1الطعام:** وهو يختلف بحسب الزوج في ماله والزوجة في مالها ومنصبها وبحسب البلاد والوسط.

**أ-2 الإدام:** وهو على حسب الحال والبلد ولا بد من الماء والحطب والخل والزيت للأكل والوقود ولا تفرض الفاكهة.

**أ-3 نفقة الخادم:** فإن كانت الزوجة ذات منصب وحال والزوج مليء فليس عليها من خدمة بيتها شيء ولزمه أخدامها وإن كانت بخلاف ذلك والزوج فقير فعليها الخدمة.

**أ-4 الكسوة:** على حسب حاله وحالها ومنصبها وأقلها ما يستر الجسد والرأس ويدفع الحر والبرد.

**أ-5 آلة التنظيف:** على حسب الحال والمنصب وعوائد البلاد.

**أ-6 السكنى:** وعليه أن يسكنها مسكنا يليق بها أما بملك أو كراء أو عرية.

**ب- أولاد الصلب:** تجب نفقتهم على والدهم بشرطين أن يكونوا صغارا وأن لا يكون لهم مال ويستمر وجوب النفقة على الذكر إلى البلوغ وعلى الأنثى إلى الزوج بها فإن بلغ الذكر صحيحا سقطت نفقته عن الأب وإن بلغ مجنونا أو أعمى أو مريضا بزمانه يمتنع الكسب معها لم تسقط نفقته بالبلوغ على المشهور بل تستمر وقيل تنتهي إلى البلوغ كالصحيح.

**ج- الأبوان:** بشرط أن يكونا فقيرين ولا يشترط عجزهما عن الكسب ولا يجب أن ينفق الجد على ابن ابنه ولا ابن الابن على الجد

**د- العبيد:** وعلى السيد النفقة على عبيده ذكرانهم وإناثهم بقدر الكفاية على حسب العوائد فإن لم ينفق على عبده بيع عليه فروع ويجب على صاحب الدواب علفها أو رعيها فإن أجدبت الأرض تعين علفها فإن لم يعلفها أمر ببيعها أو بذبحها إن كانت مما يؤكل فروع فإن كانت الأمة متزوجة فنفقتها على زوجها في

المشهور وقيل لا نفقة عليه وقيل ينفق عليها في الوقت الذي تأتيه وقيل إن كان حرا فعليه نفقتها بخلاف العبد وليس لزوج الأمة أن يضر بسيدها في الخدمة ولا لسيدها أن يضر بزوجها فيما يحتاج إليه منها».[1]

## رأي المذاهب الفقهية

**أولا–الشافعية والحنفية:** قالوا: إذا كان معسرا فرض لها نفقة الإعسار، ولو كانت غنية، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة الوسط بين الإعسار واليسار، ولا ينظر إلى حال الزوجة ولا إلى حال الزوجين، وإنما تقدر بحال الزوج المالية فقط، فإذا كان معسرا فرض لها نفقة الإعسار ولو كانت غنية. وهذا هو ظاهر الرواية في مذهب الحنفية.

**ثانيا– الحنابلة:** قالوا: يجب عند تقديم النفقة مراعاة حالة الزوجين معا، فإن كانا موسرين فرضت نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فرضت نفقة الإعسار. فإن كان الزوج غنيا والزوجة فقيرة، فرضت نفقة الوسط وهي أكثر من نفقة الإعسار واقل من نفقة اليسار، وإن كانت هي الغنية، وكان هو الفقير، فرضت نفقة الوسط كذلك. (وهذا بعض أقوال الحنفية).[2]

## النفقة حسب قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها

بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد: 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

وضع المشرع الجزائري شرطان أساسيان لاستحقاق الزوجة للنفقة:

**الأول:** الدخول بالزوجة: ويكون ذلك بعقد زواج صحيح، وذلك ما نصت عليه المادة 74

من القانون رقم11/84.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص ص 146–147.

[2] حمزة جبايلي، ضبط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجا، المرجع السابق، ص 110.

**الثاني:** الحكم القضائي عن طريق رفع دعوى مدنية: كما هو موضح في المادة 74 من القانون رقم 11/84 أو عن طريق الحكم الإستعجالي كما نصت عليه المادة 57 مكرر من الأمر 05-02 .[1]

**الرأي الراجح:** الرأي الراجح عندنا هو ما ذهب إليه ابن جزي في تعداد المشمولين بالنفقة إلا ما كان في باب العبيد حيث أنه من المعلوم بمكان أنه لم يعد لدينا في هذا العصر ما يسمى بالعبيد، كذلك نرى أن الأصوب في نفقة الأبوين هو النفقة عليهما سواءا أكانا فقيرين أو غنيين وهذا من باب البر بهما والله أعلم.

## 2- الحضانة

## يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«الحضانة وفيها مسألتان هما

**أ-ترتيب الحواضن:** والحضانة للأم ثم للجدة للأم ثم الخالة ثم الجدة للأب وإن علت ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة الأخ ثم للأفضل من العصبة وهذا الترتيب إن كان الأول مستحقا للحضانة فإن لم يكن انتقلت إلى الذي يليه وكذلك إن سقطت حضانته أو كان معدوما.

**ب-سقوط الحضانة:** تسقط الحضانة بأربعة أشياء.

**ب-1 سفر الحاضن:** إلى مكان بعيد فقيل بريد وقيل ستة برد وقيل مسافة يوم.

**ب-2 ضرر في بدن الحاضن:** كالجنون والجذام والبرص.

**ب-3 قلة دينه وصونه**

**ب-4 تزوج الحاضنة:** ودخولها إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده لم تسقط خلافا لابن وهب وإذا تزوجت ثم طلقت لم تعد حضانتها في المشهور وقيل تعود وفاقا لهما. ولها فروع خمسة وهي:

ب-4-1. إذا استوطن الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلدا غير بلد الأم فله حضانة أولاده دونها ونقلهم معه إن كان مأمونا عليهم إلا أن يرضى من له الحضانة بالانتقال معه حيث انتقل.

[1] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص ص 206-209.

ب-4-2. تستمر الحضانة في الذكر إلى البلوغ على المشهور وقيل إلى الاثغار وفي الأنثى إلى دخول الزوج بها وقال الشافعي إذا بلغ الولد سنين خير بين أبويه فمن اختار منهما كانت له الحضانة.

ب-4-3. كراء المسكن للحاضنة والمحضونين على والدهم في المشهور وقيل تؤدي حصتها من الكراء.

ب-4-4. اختلف هل الحضانة حق للحاضن وهو المشهور أو للمحضون وعلى ذلك لو أسقطها مستحقها سقطت.

ب-4-5. المحضون هو من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتوه وإن كانا كبيرين».[1]

## 3-الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري

خصص المشرع الجزائري لهذا الغرض المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، كرس بموجبها مجموعة من الحقوق الطفل عن طريق الحضانة. حيث تنص المادة 62 على أن :<<الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا>>.

حسب قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده فإننا لا نجد نصا يحدد الشروط الواجب توفرها في الحاضنة ما عدا نص المادة 62 التي تنص في فقرتها الثانية: << ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك >>، فالمشرع من خلال هذه المادة إشترط أهلية الحاضن دون أن يحدد باقي الشروط، والمقصود بالأهلية هنا: القدرة على القيام بمهمة شاقة ومحفوفة بالمصاعب تتعلق بحضانة الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون أهلا وقادرا على الاعتماد على نفسه بالمستقبل.

ولتحديد الشروط الواجب توافرها في الحاضن حتى يكون أهلا للقيام بالحضانة يجب الرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ. ج، التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يتعلق بمسألة معينة.[2]

**الرأي الراجح:** رأينا في هذا باب الحضانة أن المشرع الجزائري كان أكثر تفصيلا وتدقيقا بحيث أنه اعتمد أولا على المذهب المالكي وهو مذهب أهل شمال افريقيا، اضافة الى ذلك فانه قام بتحديد دائرة الذين يمكنهم

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 148.

[2] كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، السنة الجامعية 2013/2012، ص ص 10-18.

التمتع بحق الحضانة من أقارب الطفل من الجهتين جهة الأب والأم وهو إجراء صحيح بالنسبة لنا كونه يعطي شروطا وجب على الحاضن التمتع بها وإلا أقطت منه الحضانة.

## المبحث الثالث: الأنكحة الفاسدة وعيوب النكاح

الزواج لا يتم إلا إذا كان على أساس شرعي قائم على النص، وإلا أصبح فاسدا ومنه القول بوجود أنكحة فاسدة باطلة (قد يكون البطلان مؤقت وقد يكون دائم) لا يعتد بها على المذهب المالكي أو حتى المذاهب الأخرى وهي الأنكحة التي عددها القرآن الكريم، بالمقابل فإن هناك أنكحة جائزة يعتد بها على جميع المذاهب، غير أنه قد يشوبها عيوب تنقص من صحتها ويجب على القائمين عليها من تصحيحها. والمحرمات من النساء عند النكاح ثمان وأربعون.

### المطلب الأول: المؤبدات من النساء

### يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«المؤبدات خمس وعشرون[1]

**1-من النسب:** سبع وهم الأم والبنت والخالة والأخت والعمة وبنت الأخ وبنت الأخت ومثلهن من الرضاع.

**2-من الصهر:** وهم أربع أم الزوجة وبنتها وزوجة الأب والابن ومثلهن من الرضاع ونساء النبي صل الله عليه وسلم والملاعنة والمنكوحة في العدة. وفيه فصلان المؤبد وأسبابه خمسة النسب والرضاع والصهر واللعان والوطء في العدة فأما النسب فيحرم به على الرجل فصوله كلها وأصوله كلها وفصول أصلية كلها وأول فصل من كل أصل متقدم على أصليه وبسط ذلك أنه يحرم عليه سبعة أصناف من النساء (أحدها) أمه وهي كل امرأة لها عليه ولادة فتدخل في ذلك أمه التي ولدته وأمهاتها وأم أبيه وجداته وإن علون (الثاني) بنته وهي كل من له عليها ولادة فيدخل في ذلك بنته من صلبه وبناتها وبنات ابنه وإن سفلن (الثالث) الأخت سواء كانت شقيقته أو لأب أو لأم (الرابع) عمته سواء كانت أخت أبيه أو جده ما علا سواء كانت شقيقته أو لأب أو لأم (الخامس) خالته سواء كانت أخت أمه أو جدته ما علت سواء كانت شقيقة لأب أو لأم (السادس) بنت الأخ وهي كل من لأخته عليها ولادة سواء كانت بمباشرة أو وساطة (السابع) بنت الأخت وهي كل من لأخته عليها ولادة بمباشرة أو وساطة وأما الرضاع فتحرم به الأصناف السبعة التي حرمت بالولادة، وأما الصهر فيحرم به أربع نسوة ثلاث بالعقد دخل بهن أو لم يدخل وهن زوجة الأب من النسب والرضاع وإن سفل وزوجة الأب والجد من النسب والرضاع وإن علا وأم الزوجة من النسب والرضاع وإن

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 136.

علت فمن عقد على امرأة حرمت على كل من له على العاقد ولادة وعلى كل من للعاقد عليه ولادة بمباشرة أو بوساطة ذكرا كان أو أنثى سواء كانت الولادة بنسب أو رضاع ورابعة لا تحرم إلا بالدخول وهي بنت الزوجة من النسب والرضاع وإن سفلت ولا يشترط أن تكون في حجره خلافا لداود وتحرم بوطء أمها اتفاقا وبمقدمات الوطء من المباشرة والقبلة خلافا للمزني وكذلك بالنظر إلى باطن الجسد بشهوة على المشهور، ويحرم من المملوكات بالنسب والرضاع والصهر ما يحرم من الحرائر بذلك وأما اللعان فتقع به الفرقة المؤبدة فلا تحل له أبدا وإن أكذب نفسه وأما الوطء في العدة فكل امرأة معتدة من نكاح أو شبهة نكاح فلا يجوز نكاحها فإن أنكحت في عدتها تلك فرق بينهما اتفاقا ثم تحرم عليه على التأبيد خلافا لهما فأجاز أن يتزوجها بعد وعلى المذهب تحرم عليه بالوطء واختلف في القبلة والمباشرة وفي العقد دون دخول هل يحرم بها أم لا بيان دخول وطء على وطء يكون ثمانية أوجه (الأول) دخول وطء نكاح في عدة نكاح (الثاني) وطء نكاح في عدة شبهة نكاح فتحرم على الواطىء فيهما في المذهب (الثالث) وطء نكاح في استبراء غصب (الرابع) وطء نكاح في استبراء زنى فتحرم على الواطىء فيهما أيضا خلافا لابن الماجشون (الخامس) وطء نكاح في استبراء ملك مع الانتقال الملك ببيع أو هبة ففيه قولان (السادس) وطء نكاح في استبراء ملك بعد العتق فلا تحرم عندابن القاسم وأشهب (السابع) وطء ملك في استبراء ملك فلا تحرم اتفاقا (الثامن) وطء بزنى أو غصب من غير شبهة في عدة أو استبراء فلا تحرم أيضا».[1]

## رأي المذاهب الفقهية:

**أولا- الحنفية والحنابلة:** ألحق الحنفية بتحريم زوجة الأصول والفروع: موطوءة الأصل أو الفرع بالزنا أو الزواج الفاسد؛ لأن مجرد الوطء كاف في التحريم على الرجل.

ويلحق بتحريم أصول الزوجة وفروعها عند الحنفية: أصول الموطوءة وفروعها في وطء حرام أو فيه شبهة .

وكذلك ألحقوا مع الحنابلة الزنا، ومثله عند الحنفية مقدمات الزنا من تقبيل ومس بشهوة، فقالوا: تثبت حرمة المصاهرة بالزنا والمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته؛ لأن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطاً،

**ثانيا- الشافعية:** ويدل المذهب الشافعي أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة، حتى يجوز للزاني أن ينكح أم المزني بها.[2]

**رأي قانون الأسرة في المؤبدات من النساء:**

ذهب قانون الأسرة الى اعتماد ما جاء به المذهب المالكي في تعداد المحرمات المبدات من النساء سواءا أكانت من النسب أو الصهر.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص ص 137-138.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مرجع سابق ص ص 134-136.

والرأي الأصوب بالنسبة لنا هو ما تقدم به ابن جزي في المحرمات المؤبدات كون هذه الأخيرة تستمد قواعدها الأصولية مما جاء به المالكية وهو الأقرب بالنسبة الى سكان بلدنا الجزائر، اضافة الى هذا فإن هذه المحرمات الأقرب الى العرف السابق للاسلام عندنا.

## المطلب الثاني: التحريم غير المؤبد

## يقول ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية

«غير المؤبدات ثلاث وعشرون المرتدة وغير الكتابية والخامسة والمتزوجة والمعتدة والمستبرأة والحامل والمبتوتة والأمة المشتركة والأمة الكافرة والأمة المسلمة لواجد الطول وأمة الابن وأمة نفسه وسيدته وأم سيده والمحرمة بالحج والمريضة وأخت زوجته وخالتها وعمتها فلا يجوز الجمع بينهما والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال والمخطوبة بعد الركون للغير واليتيمة غير البالغ.

الجمع فيحرم الجمع بين الأختين بنكاح أو ملك يمين وبين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاعة والضابط لذلك إن كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاعة ما يمنع تناكحهما لو قدرت أحدهما ذكرا فلا يجوز الجمع بينهما واحترزنا بذكر القرابة والرضاعة من الجمع بين المرأة وأم زوجها فإنه يجوز لأنه من باب الصهر فروع ثلاثة (الفرع الأول) يحرم الجمع بين الأختين إحداهما بالنكاح والأخرى بالملك خلافا للشافعي (الفرع الثاني) لا يحرم الجمع بين القرابة غير من ذكرنا كإبنتي العم والخال وابنتي الخالة وغيرهما خلافا لقوم (الفرع الثالث) أن تزوج من لا يجمع بينهما في عقد واحد بطل النكاحان وإن قدم إحداهما بطل نكاح الثانية دون الأولى وإن كانت عنده أمة فوطئها حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها حتى يحرم الأولى على نفسه، وأما الزيادة فتحرم على الحر الزيادة على أربع عند الجمهور وكذلك العبد في المشهور وتحل الخامسة بطلاق بائن للواحدة من الأربع لا بطلاق رجعي إلا أن انقضت العدة ولو نكح خمسا في عقد لبطل نكاح جميعهن ويجوز أن يجمع في ملك اليمين بين خمس وأكثر وأما استيفاء الطلقات فهو ثلاث للحر واثنتان للعبد فمن استوفاه منهما لم تحل له الزوجة حتى تنكح زوجا غيره إجماعا ويطأها عند الجمهور وطئا مباحا في نكاح صحيح لازم فلا تحل له بوطء في حيض أو حرام أو اعتكاف أو صيام، ولا يحلها نكاح الشبهة عند الإمامين ولا نكاح التيس وهو المحلل الذي يتزوجها ليحلها لزوجها اتفاقا ونكاحه باطل مفسوخ خلافا لهما، وأما المتعة فهو النكاح إلى أجل وهو حرام بعد أن كان حلالا ونسخ يوم خيبر، وأماالزاني فيكره نكاح المعروفة بالزنى ويجوز لمن زنى بامرأة أن يتزوجها بعد الاستبراء، الفسخ يكون بطلاق ويكون بغير طلاق فكل نكاح أجمع على تحريمه فسخ بغير طلاق وما اختلف فيه فسخ

بطلاق وقيل كل نكاح يجوز للولي أو لأحد الزوجين امضاؤه أو فسخه فسخ بطلاق وكل ما يغلبون على فسخ ويفسخ قبل البناء وبعده فسخ بغير طلاق، الخيار جاز أن يتزوجها في عدتها منه».[1]

«والفسخ بغير طلاق يوقعه الحاكم ولا يحسب في عدد الطلقات وتعتد من الفسخ كما تعتد من الطلاق (فرع أول) النكاح الفاسد الذي يفسخ بغير طلاق لا يكون فيه بين الزوجين توارث والفاسد الذي يفسخ بطلاق يتوارثان فيه إن مات أحدهما قبل الفسخ (فرع ثان) كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالوطء وحيث وجب الحد لا يلحق النسب (فرع ثالث) كل نكاح فسخ بعد الدخول اضطرارا فلا يجوز للزوج أن يتزوجها في عدتها منه وكل نكاح فسخ اختيارا من أحد الزوجين حيث لهما».[2]

**رأي المذاهب الفقهية:**

**أولا– الحنفية:** الحنفية قالوا يجوز للرجل الزواج بأخت الأخ من الرضاع، وأخت الأخ من النسب، وأم الرضيع من النسب، وبالمرضعة. أما أخت الأخ من الرضاع فكأن يرضع طفل من امرأة، فيجوز لأخي هذا الطفل الذي لم يرضع أن يتزوج بنت هذه المرأة، وهي أخت أخيه من الرضاع.

**ثانيا– الشافعية:** إن زنى بامرأة، لم يحرم عليه نكاحها،

**ثالثا– الحنابلة:** إذا زنت المرأة، لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين:

أحدهما . انقضاء عدتها، فإن حملت من الزنا، فقضاء عدتها بوضعه، ولا يحل نكاحها قبل وضعه،

والثاني . أن تتوب من الزنا.

## الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري:

أو هو كل عقد اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وفق المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات. العقد" . أو أنه هو الزواج الذي اختل فيه ركن الرضا أو أكثر من شرط واحد من شروط الصحة.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 138.

[2] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 139.

أما عن آثاره: فلم يتحدث المشرع الجزائري عن آثار الزواج الباطل عدا في مادة واحدة تتعلق بالميراث وهي المادة: 31 من القانون رقم 84-11 التي تنص على أنه: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين" وعلى كل فإن هذا العقد لا يرتب أي أثر قانونًا أو شرع.[1]

**الرأي الراجح:** رأينا في هذا الباب أن المشرع الجزائري وفي قانون الأسرة كان ينقصه التدقيق فمع أنه أوجد لنا الموانع القانونية (المحرمات في الزواج) والتي بها يصبح العقد باطلا غير أنه لم يكن دقيقا في الآثار المترتبة عن هذا الزواج الفاسد وهو يعتبر تقصير من جانب المشرع يجب التفطن إليه.

## المطلب الثالث: عيوب الزواج

## يقول ابن جزي في القوانين الفقهية

«وهي خمسة العيوب والغرور والاعسار والفقد وعتق الأمة تحت العبد ففي الباب خمسة فصول

**1- العيوب:** وهي أربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ولا نحوها من العاهات إلا أن اشترط السلامة منها فإذا كان في أحد الزوجين أحد هذه العيوب كان للآخر الخيار في البقاء معه أو الفراق بشرط أن يكون العيب موجودا حين عقد النكاح فإن حدث بعده فلا خيار إلا أن يبتلى الزوج بعد العقد بجنون أو جذام أو برص فيفرق بينهما للضرر الداخل على المرأة ثم إن كان العيب بالزوج فإن قامت به قبل الدخول فلا شيء لها من الصداق وكذلك بعد الدخول إلا أن طال مكثها معه وخلقت شورتها فلها الصداق وإن كان العيب بها فهو بالخيار فإن شاء طلق ولا شيء عليه وإن شاء دخل ولزمه الصداق كاملا وإن لم يعلم إلا بعد الدخول فإن كانت هي التي غرته ترك لها ربع دينار وأخذ ما زاد عليه وإن كان الغار وليها لم يترك لها شيئا ورجع على الولي بما دفعه.

**2-الغرور:** فإذا قال العاقد زوجتك هذه المسلمة فإذا هي كتابية أو هذه الحرة فإذا هي أمة انعقد النكاح وله الخيار فإن أمسكها لزمه المسمى وإن فارقها قبل الدخول فلا شيء لها وإن فارقها بعد الدخول فلها المسمى إلا أن يزيد على صداق المثل فيرد ما زاد وإن تزوج العبد على أنه حر فالمرأة بالخيار.

**3- في الاعسار بالصداق والنفقة:** أما الإعسار بالصداق قبل الدخول فلها الخيار في الفرقة فيه بعد أن يضرب له أجل على ما يرجى لمثله من غير تحديد وقيل سنة وإذا اختارت الفراق تبعته بنصف الصداق الواجب وأما الإعسار بالنفقة أو الكسوة فلها الخيار.

**4-المفقود:** وهو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره وهو على أربعة أوجه في بلاد المسلمين وفي بلاد العدو وفي قتال المسلمين مع الكفار وفي قتال المسلمين في الفتن فأما المفقود في بلاد المسلمين فإذا رفعت

[1] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة –، المرجع السابق، ص 181.

زوجته أمرها إلى القاضي كلفها إثبات الزوجية وغيبته ثم بحث عن خبره وكتب في ذلك إلى البلاد فإن وقف له على خبر فليس بمفقود ويكاتبه بالرجوع أو الطلاق فإن أقام على الإضرار طلق عليه وإن لم يقف له على خبر ولا عرفت حياته من موته ضرب له أجل من أربعة أعوام للحر وعامين للعبد من يوم ترفع أمرها فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة، وأما المفقود في بلاد العدو فحكمه حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وأما المفقود في القتال مع الكفار فحكمه كالأسير في المشهور وقيل كالمفقود وقيل يحكم في زوجته بحكم المقتول يتلوم سنة ثم تعتد وتتزوج ويحكم في ماله بحكم المفقود، وأما المفقود في الفتن ففيه قولان أحدهما أنه يحكم له بحكم المقتول فتعتد امرأته ويقسم ماله ثم اختلف أهل ذلك من يوم المعركة أو بعد التلوم قدر ما ينصرف من هرب أو انهزام فيتلوم في البعد سنة وفي القرب أقل.[1]

**5-عتق الأمة:** إن أعتقت الأمة تحت عبد فلها الخيار فإن اختارت الفراق فطلقة واحدة بائنة ويكره لها الثلاث فإن فعلت جاز وإن لم يدخل بها فلا صداق بها لأن الفراق من قبلها ولا رجعة له إن أعتق في عدتها لأن الطلقة بائنة إلا إن شاءت وكان الطلاق واحدا وإن لم تخبر حتى عتق فلا خيار لها».[2]

## رأي المذاهب الفقهية:

**أولا- الشافعية:** فيما يتعلق بالعيوب الخاصة بداء الفرج اقتصروا على العنّة والجبّ بالنسبة للرجل، والقرن والرتق بالنسبة للمرأة.

**ثانيا- الحنابلة:** في العيوب الخاصة بالرجل اتفقوا مع الشافعية أما العيوب الخاصة بالمرأة فقد حددها صاحب المحرر بقوله: "أو كانت المرأة فتقاء بانخراق السبيلين، أو مسدودة الفرج فلا يسلكه الذكر لرتق، أو قرن، أو عفل"[3]

## الغرر في قانون الأسرة الجزائري:

تنص الماد 1/86 من القانون المدني على أنه :" يجوز إبطال العقد التالي إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

[1] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 141.

[2] محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص ص 142-143.

[3] سعاد سطحي، فقه الأسرة ، مطبوعة بيداغوجية لطلبة السنة الثانية ل م د، جميع التخصصات، كلية أصول الفقه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية. قسنطينة، السنة الجامعية 2014/2013، ص 65.

مما سبق يتضح أنه إذا توفرت كل هذه الشروط النصوص عليها في المادة السابق ذكرها نكون أمام التغرير ( التدليس)، الذي يمنح للمغرور حق فسخ العقد أو طلب التعويض فحسب، أو كلاهما، فيصبح العقد بسبب عيب التغرير (التدليس) قابل للإبطال.

وهذه القاعدة تطبق كذاك على عقد النكاح، فتؤدي إلى إمكانية إبطاله لصالح الطرف المدلس عليه المغرور به، وذلك لأن التدليس عيب من عيوب التراضي "الرضا" وحسب المادة

1/33 من قانون الأسرة الجزائري : "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " وتنص الماد 8 مكرر من قانون الأسرة على أنه : " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق " فيثبت للطرف المتضرر حق الفسخ وطلب التعويض، وهذا ما حكم به القضاء الجزائري.[1]

وفي رأينا فإننا نقول بأن قانون الأسرة في هذا الباب قد أعطى لعقد الزواج صيغة قانونية بها يمكن لأي متضرر أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض في حالة الوقوع في أي عيب من عيوب العقد كالغرر أو التدليس أو الإكراه أي جميع العيوب المتصلة بموضوع العقود.

[1] بسمة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامعية 2016/2015، ص 11.

# الخاتمة

# الخاتمة

## النتائج:

بتتبعنا للموضوع الذي قمنا بانجازه خلصنا الى النتائج التالية:

1. كتاب القوانين الفقهية لابن جزي يعتبر طفرة كبرى من ناحية التقنين الأولي للفقه الاسلامي على مذهب الامام مالك.
2. ما جاءت الشريعة الاسلامية إلا لحماية الحقوق أفرادا وجماعات.
3. التقنين للفقه حاجة ملحة خاصة في الوقت المعاصر.
4. التقنين لم يأتي دفعة واحدة بل سبقته عدة محاولات في هذا الباب.
5. الحكمة من الضوابط الشرعية إيجاد إطار قانوني يحمي الأفراد والجماعات من الدخول في دائرة الاحراج التي يحرمها الشرع.
6. الشرع الاسلامي أوجد شروط وأركان يتوقف عليها عقد النكاح وأيما تخلف لأحدهما وقع العقد في دائرة البطلان و الفسخ.
7. الاسلام يحمي الأسرة قبل وأثناء وبعد عقد النكاح.
8. الآثار المترتبة على عقد الزواج تكون مناصفة ما بين الزوج والزوجة.
9. العقود الفاسدة في عقد النكاح أوجد لها الشرع حلولا قد لا توجد في الشرائع الأخرى.

## التوصيات:

بعد أن انتهينا من إنجاز هذا البحث رأينا أنه بإمكاننا نشر التوصيات التالية:

1. الزيادة في الدراسات المعمقة في هذا الموضوع علها تفيد المجتمع وتساعد أهل القانون في سن قوانين تتلاءم والشريعة الاسلامية.
2. نوصي بزيادة العمل على التقنين المتخصص للفقه الاسلامي على جميع النواحي والأصعدة.

3. نوصي بإنشاء دوائر على مستوى الجماعات الاسلامية تعمل على انجاز بحوث في إطار التقنين الفقهي خاصة ما تعلق منها بقانون الأسرة.

4. نوصي بالتيسير في اجراءات الزواج عبر قوانين تقرها الجهات الرسمية مستندة على ما نصت به الشريعة السمحاء.

**5.** رفع انشغالات الفقهاء وعلماء الدين في هذا المجال الى السلطات المختصة عبر قنوات توجدها الدولة لزيادة قوة ومتانة السند الشرعي للحكم القانوني في إطار قانون الأسرة.

# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المصادر والمراجع

## أولا: المصادر

*القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

*السنة النبوية

## ثانيا: الكتب


1- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، الطبعة الاولى، دار الزمان للنشر والتوزيع، المدينة المنورة المملكة العربية السعودية، 2003

2- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة،

3- وائل محمد يوسف، الدولة بين الاسلاميين والعلمانيين، المكتب المصري الحديث، القاهرة مصر.

4- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع والنشر بدمشق، دمشق سورية، 1985.

5- رشيد المدور، كليات في الفقه على مذهب الإمام مالك من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت،

6- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، تقريب الوصول الى علم الأصول، الطبعة الأولى، تحقيق محمد علي فركوس، دار التراث الاسلامي، حيدرة الجزائر، 1990

7- محمد سعيد بن محمد حسن البخاري، تخريج الأحاديث والآثار في كتاب التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي الكلبي، كلية الدعوة وأصول الدين، الدراسات العليا قسم الكتاب والسنة، المجلد الأول، 1418.

8- محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الاسلامي (المبدأ والمنهج. والتطبيق)، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث الاسلامي، قطر، 1986

9- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، الطبعة الأولى، دار بن حزم، بيروت لبنان، 2013.

10- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الزواج، مدار الوطن، المملكة العربية السعودية، 1425هـ.

11- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997.

12- عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، 2007.

13- عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، الطبعة الاولى، دار الفضيلة، الرياض المملكة العربية السعودية، 1426.

14- يونس وهبي ياووز الأقطوغاني، حركة التجديد في تقنين الفقه الاسلامي –مجلة الأحكام العدلية وقوانين ملاقا الاسلامية كمثال تجريبي–، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2008.

## ثالثا: رسائل الماجستير والدكتوراه

15- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الاسلامية، تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2009/2008.

16- إيمان بنت زكي بن عبداللطيف عطية، ترجيحات الإمام ابن جزي الكلبي في التفسير من خلال كتابه (التسهيل لعلوم التنزيل)، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في التفسير و علوم القرآن، كلية الدعوة وأصول الدين قسم الكتاب والسنة شعبة التفسير وعلوم القرآن، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية،

17- حمزة جبايلي، ضبط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة والأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجا، مشروع مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص على الاجتماع القانوني، قسم علم الاجتماع تخصص علم الاجتماع القانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2009/2008.

18- حياة كتاب، آراء ابن جزي الأصولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية أصول الدين قسم الشريعة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2000،

19- عبد الرحمن بن صالح بن محمد راشد الظاهري، عقيدة الإمام ابن جزي من خلال دراسة كتابه التسهيل لعلوم التنزيل، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا كلية الآداب _ قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الخرطوم، السنة الجامعية 2008

20- لعيايدية هاجر، حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الاسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الاسلامية قسم الشريعة والقانون، السنة الجامعية 2017/2016.

## رابعا: الصحف والمجلات

21- الصادق ضريفي، تقنين الفقه الاسلامي ما له وما عليه، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 9، العدد 2، 2014

22- دليلة بوزغار، مُسوِّغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 01، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2017/2016

23- عز الدين كيحل، عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الانسانية، العدد 37/36 جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2014

24- عبدالمجيد بن محمد الجلاَّل، تدوين وتقنين الأحكام الشرعية مرجعية متقدمة للتطبيقات القضائية في المملكة، جريدة الرياض، العدد 16107، الاثنين 11 رمضان 1433 هـ - 30 يوليو 2012م -.

25- عزيزة عكوش، تقنين الفقه الاسلامي بين القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، مجلة بحوث الجزء الأول العدد 10، بكلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، 2015

26- فاطمة الفرحاني، الضوابط الشرعية المتعلقة بتقنين العقود المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الاسلامي العالمية، عدد ماي 2019، جامعة كاي بالتعاون مع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية،

## خامسا: المؤتمرات والملتقيات والمحاضرات

27- بن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغي، سطيف، السنة الجامعية 2004

28- جمعة بن محمد بن عامر الزريقي، تقنين الفقه المالكي-كتاب ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، مؤتمر الإمام مالك الدولي، مركز البحوث والدراسات العلمية، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، زليتن، ليبيا، 17-2013/12/19م.

29- محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الاسلامي، من أعمال ندوة: "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة " جامعة الامارات العربية المتحدة 20-22 مارس 1994،

30- محمد كمال الدين إمام، في منهجية التقنين أفكار أوَّلية، محاضرة ألقيت في ملتقى التقنين والتجديد فِي الفقه الإسلامي المعاصرة المنعقدة خلال الفترة (28-2) ربيع الثاني 1429هـ/ (5-8) إبريل 2008م - بقاعة المحاضرات بجامع السلطان قابوس، مسقط سلطنة عمان..

## سادسا: مواقع الأنترنت

31- محمد يحي الولاتي، القوانين الفقهية لابن جزي، مقال منشور على موقع موسوعة الفقيه، https://www.elwalati.net

32- تاريخ النظم القانونية، موضوع منشور على موقع منتدى الأوراس القانوني 04 ديسمبر 2009، http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/،

33- عبد الرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، كتاب إلكتروني محمول من المكتبة الشاملة، http://www.shamela.ws.

34- مرتضى معاش، تطبيقات القانون وعصرنة الفقه، موضوع منشور على موقع شبكة النبأ، https://annabaa.org/arabic

# فهرس الآيات

| الرقم | طرف الآيـــــة | رقم الاية | اسم السورة | الصفحة |
|---|---|---|---|---|
| 01 | ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ | 21 | الروم | 02 |
| 02 | ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ | 59 | النساء | 41 |
| 03 | ﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلاَ فَضْلُ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لاَتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلاَّ قَلِيلا ﴾ | 83 | النساء | 41 |
| 04 | ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ | 26 | ص | 44 |
| 05 | ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ | 42 | المائدة | 44 |
| 06 | ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ ﴾ | 59 | النساء | 44 |
| 07 | ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْاْ إِلَى مَا أَنزَلَ اللّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودًا ﴾ | 61 | النساء | 45 |
| 08 | ﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾ | 22 | الصافات | 54 |
| 09 | ﴿ وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَت ﴾ | 07 | التكوير | 54 |
| 10 | ﴿ وَتَرَى الأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾ | 05 | الحج | 55 |
| 11 | ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الأَرْضِ كَمْ أَنبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ ﴾ | 07 | الشعراء | 55 |
| 12 | ﴿ فِيهِمَا مِن كُلِّ فَاكِهَةٍ زَوْجَانِ ﴾ | 52 | الرحمن | 55 |
| 13 | ﴿ وَآخَرُ مِن شَكْلِهِ أَزْوَاجٌ ﴾ | 58 | ص | 55 |
| 14 | ﴿ سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنبِتُ الأَرْضُ وَمِنْ أَنفُسِهِمْ وَمِمَّا لاَ يَعْلَمُونَ ﴾ | 36 | يس | 55 |
| 15 | ﴿ كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾ | 54 | الدخان | 56 |
| 16 | ﴿ وَقُلْنَا يَاآدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ﴾ | 35 | البقرة | 56 |
| 17 | ﴿ لاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ | 230 | البقرة | 56 |
| 18 | ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَى ﴾ | 45 | النجم | 56 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 19 | ﴿ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِّنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ ﴾ | 143 | الانعام | 56 |
| 20 | ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ | 03 | النساء | 57 |
| 21 | ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ | 32 | النور | 57 |
| 22 | ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾ | 38 | الرعد | 57 |
| 23 | ﴿ يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء ﴾ | 01 | النساء | 60 |

# فهرس الأحاديث

# فـهـرس الأحـاديث


| الرقم | الـحـديـث | رقم الصفحة |
|---|---|---|
| 01 | من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء | 57 |
| 02 | ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ؟ لكني أصلي وأنام. وأصوم وأفطر. وأتزوج النساء. فمن رغب عن سنتي فليس مني | 58 |

# فهرس المحتويات

# الفهـرس


| العـنــوان | رقم الصفحة |
|---|---|
| مــقـدمــة: | أ |
| الفصل التمهيدي التعريف بالامام ابن جزي ولمحة عن كتابه القوانين الفقهية | |
| المبحث الأول: ترجمة ابن جزي | 10 |
| المطلب الأول: إسمه نسبه ومولده | 10 |
| المطلب الثاني: مذهبه الفقهي ومكانته العلمية | 14 |
| المبحث الثاني: لمحة عن كتاب القوانين الفقهية | 15 |
| المطلب الأول: القيمة العلمية للكتاب | 15 |
| المطلب الثاني: منهج ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية | 16 |
| المطلب الثالث: أهمية الكتاب في الساحة العلمية | 18 |
| الفصل الأول مفهوم حركة التقنين | |
| المبحث الأول: ماهية التقنين | 22 |
| المطلب الاول: مفهوم التقنين | 22 |
| المطلب الثاني: تمييز التقنين عن بعض المصطلحات المشابهة | 27 |
| المبحث الثاني: تاريخ ظهور فكرة التقنين | 29 |
| المطلب الأول: التقنين عند الشعوب القديمة | 29 |
| المطلب الثاني: البدايات الاولى للتقنين في الفقه الاسلامي | 32 |
| المطلب الثالث: الأراء المجيزة والمانعة للتقنين | 36 |
| المطلب الرابع: أهداف وأثار وضوابط التقنين في الفقه الاسلامي | 41 |
| الفصل الثاني تقنين فقه الأسرة (الزواج أنموذجا) | |
| المبحث الأول: تقنين أحكام الزواج (أنموذجا) | 48 |
| المطلب الأول: تعريف الزواج | 48 |
| المطلب الثاني: مشروعيته وحكمه والحكمة منه | 50 |
| المبحث الثاني: أركان وشروط الزواج | 54 |
| المطلب الأول:أركان الزواج | 55 |

| | |
|---|---|
| **المطلب الثاني: الشروط في الزواج** | 60 |
| **المطلب الثالث: آثار الزواج** | 63 |
| **المبحث الثالث: الأنكحة الفاسدة وعيوب النكاح** | 68 |
| **المطلب الأول: المؤبدات من النساء** | 68 |
| **المطلب الثاني: التحريم غير المؤبد** | 70 |
| **المطلب الثالث: عيوب الزواج** | 72 |
| **الخاتمة** | 75 |
| **قائمة المصادر والمراجع** | 78 |
| **فهرس الايات** | 83 |
| **فهرس الأحاديث** | 86 |
| **فهرس المحتويات** | 88 |
| **الملخص بالعربية** | 90 |
| **الملخص بالانجليزية** | 91 |

## ملخص

تحدثنا في موضوع دراستنا عن التقنين في الزواج وهذا من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي، وبدأنا التحدث عن المؤلف مذهبه مؤلفاته شيوخه وتلامذته، بالإضافة الى التحدث عن كتابه القوانين الفقهية والذي اعتبر من بين الكتب الاولى التي تطرقت الى التقنين في الاحكام الشرعية، ثم بعد ذلك وفي الفصل الاول تحدثنا عن حركة التقنين على المستوى العالمي ثم على المستوى الاسلامي وتعرفنا عن مراحله في المجتمع الاسلامي بصفة خاصة اما في الفصل الثاني تحدثنا عن الزواج من منظور الفقه المالكي حسب كتاب ابن جزي القوانين الفقهية مع التطرق الى اراء المذاهب الفقهية مع الاشارة الى احكام قانون الاسرة الجزائري.

**Abstract**

We have talked about the subject of our study on codification in marriage, and this is through the book of jurisprudence laws of Ibn jozi, and we began to talk about the author his doctrine, his writings, his elders and his students, in addition to talking about his book jurisprudential laws, which was considered among the first books that dealt with codification in the Sharia, In the first chapter, we talked about the movement of codification on the global level and then on the Islamic level and we know about its stages in Islamic society in particular, either in the second chapter we talked about marriage from the perspective of the Maliki jurisprudence according to the book of Ibn Jusi jurisprudential laws with reference to the views of doctrines of jurisprudence with reference To the provisions of the Algerian Family Code.