

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف المرسلين

أيها السادة : السلام عليكم

كلفتم بإعداد ورقة صغيرة أتحدث فيها عن علاقة القانون الفرنسي بالفقه المالكي فقبلت ذلك على مضض لسببين :

الأول : ضيق الوقت فقد أبلغت بتفاصيل الندوة والموضوع الذي كلفتم الكلام فيه قبل أقل من أسبوعين ، وهذا الموضوع يحتاج إعداده - حسب تقديري - ستة أشهر على الأقل .

الثاني : صحيح أنني متخصص - والله الحمد - في شقه الأول ، ولكني بعيد كل البعد عن شقه الثاني ، وذلك يجعل المسألة صعبة للغاية بالنسبة إلي .
ومع ذلك أعددت هذه الورقة المتواضعة اخترت فيها عينات من القانون المدني الفرنسي في لغته الأصلية - وقد أعارني الزميل الدكتور الراقى كتابه Code civil فله الشكر - وقارنتها بما قاله فقهاء المالكية في نفس الأمر ه وقد اشتملت الورقة على النقاط الآتية :

1. الإنسان لا يستطيع أن يخترع قانونا يسير أمره وفق المصالح إلا إذا استند على قانون سماوي .
2. تعريف بالقانون المدني الفرنسي .
3. تعريف بالفقه المالكي .
4. العلاقة بينهما ، وهذه النقطة تبحت في نشأة هذه العلاقة وزمنها ، وذلك يشمل ثلاثة أمور :

أ - مكوث المسلمين في جنوب فرنسا ، وأخذ الفرنسيين منهم مذهب مالك بطريقتين : المدارس، والعادات والأعراف .

ب - تأثير ابن رشد الحفيد في فقهاء الغرب عامة والفرنسيين خاصة .

ج - أمر نابليون بعد غزوه لمصر بترجمة كثير من كتب الفقه الإسلامي إلى الفرنسية والفقه المالكي على الخصوص (الرسالة ، ومختصر خليل) .

5. نماذج من الأحكام المنفقه بين القانون والفقہ .
6. ثم ختمت ببعض المقترحات. وهذا أوان التفصيل فأقول والله المستعان:
1. أحب أن أبين أولاً أن الإنسان - مهما كان ذكياً - لا يمكنه أن يهتدي إلى قانون يسير حياته وينظمها في مجتمع تختلط حاجاته وتتضارب إلا إذا استند إلى قانون سماوي ، ولذلك نجده منذ خلقه الله سبحانه وتعالى أوحى إليه أوامر ونواهي يسعد بتنفيذها دنيا وأخرى ، فإذا تطورت حياة الإنسان وتعددت تجدد الوحي - عن طريق الرسل - يبين للبشرية طرق السير من جديد ، إلى أن شاء الخالق أن يختم الشرائع بالشرعية الإسلامية جعلها قسمين :

الأول : ثوابت لا تتغير ولا تتبدل إلى نهاية الكون ؛ لأن الخالق علم أنها - بهذا الثبات - تجلب مصلحة وتدرأ مفسدة على الدوام فجاء الوحي بنفصيلها .

الثاني : متغيرات تخضع للأزمة والأمكنة ، وهذه جعلها الشارع الكريم في صورة مبادئ وكليات عامة ، تحمل جلب المصالح ودرء المفسد ، يمكن تنزيل النوازل عليها في جميع الأمكنة والعصور من قبل المجتهدين .

ولما كانت الشرائع السماوية مرتبطة بتطبيقها بالعقيدة ، فقد يقال لنا إن كثيراً من الناس لا يؤمن بالشرائع ومع ذلك أوجدوا القوانين التي ساروا بها وطبقوها في حياتهم ، وهنا أقول : نحن لا ننكر أن بعض القوانين وجدت وطبقت وهي مخالفة للشرائع السماوية ، ولكننا نقول إنه حتى هذه القوانين المخالفة كانت سماوية الأصل ثم أدخلت عليها التعديلات قليلة تارة ، وكثيرة أخرى ، حتى إنها لتضاد الشريعة أحياناً اتباعاً لهوى واضعياً .

ولذا نجد العقلاء من الأمم المختلفة ممن يريد الخير لأمتهم يطبق ما جاءت به الشريعة الإسلامية التي لا تخضع لهوى الأشخاص ورغباتهم - ولو كان لا يؤمن بسماويتها - لما عرفه من استقامتها وصلاحيتها للتطبيق بما ينفع البشرية جمعاء . وهذا الذي فعله نابليون بونابرت (1769 - 1821) حيث أمر بترجمة الفقہ المالكي - على الخصوص - واختيار أحكام كثيرة منه ضمنها قانونه الشهير .

2. نقصد بالقانون المدني الفرنسي تلك البنود Les articles الموجودة في code civil والصادر سنة 1803 وقد اعتمدنا على طبعته الثالثة و الثمانين 1983 – 1984 والمعتمدة على طبعته بتاريخ 30 أغسطس 1816 .
- والقانون المدني الفرنسي أخذ من عدة أصول هي :
- أ – القانون الروماني ، كان معمولاً به في جنوب فرنسا إلى سنة 1785 .
- ب – القانون الجرمانى . كان معلوماً به في الشمال .
- ج – القانون الكنسى ، وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية .
- د – قانون الملكية المطلقة الذي أمر به لويس الرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر .
- هـ – قانون الثورة .
- و – الأعراف والعادات خصوصاً تلك التي وجدت في الجنوب .
- كل هذه ساعدت على عمل هذا القانون المدني الذي أصبح معروفاً بكود نابليون .
3. نقصد بالفقه المالكي تلك الأحكام المبنية على النصوص والاجتهادات التي اعتمدها كبار فقهاء المالكية .

ولابد لنا من إعطاء فكرة موجزة عن هذا المذهب :

في الحقيقة فقه مالك يعتمد كثيراً على فقه الفقهاء السبعة ، وفقهم يعتمد على فقه الصحابة وبالأخص فقه عمر ، حتى إن بعض العلماء المعاصرين من ذهب إلى فقه هذا المذهب إنما ينسب إلى مالك بنوع من المجاز ، وإنما هو فقه عمر الذي فهمه من القرآن والسنة واجتهاداته. ثم إن دور مالك هو تجميعه ونقله إلى تلاميذه .

ومع أنني أرى في ذلك نوع مبالغة ، فإن قسماً من هذا الكلام صحيح . دون فقه مالك في الموطأ والمدونة التي كتبها سحنون بعد أن صححها على ابن القاسم (تلميذ الإمام) ، (191هـ) كما دون في أسمعة تلاميذه الآخرين الكثيرة، والتي صبت – بعد ذلك – في الأمهات : الواضحة (238هـ) والموازية (281هـ) والعنبية (255هـ) . ثم جمع هذه الأمهات ابن يونس (451هـ) في كتابه الجامع ، واختصره وغيره ابن

شاس (616 هـ) في عقد الجواهر الثمينة. واختصر الجواهر ابن الحاجب (646 هـ) في كتابه جامع الأمهات ، المعروف بالمختصر الفرعي الذي اختصره خليل ابن إسحاق ، (767 هـ) الذي كان هدفه من الاختصار أن يبقى من أقوال علماء المذهب ما به الفتوى . وأصبح هذا الكتاب وشروحه مع الرسالة لابن أبي زيد القيرواني وشروحها هما المعول عليهما عند المتأخرين ، ولا بد من ذكر كتب ابن رشد الجد : (520 هـ) المقدمات والبيان والتحصيل ، وكتب القرافي (684 هـ) : الفروق والذخيرة ، وشروح خليل التي قاربت المائة . ومختصر ابن عرفة الورغمي التونسي (803 هـ)، وكتب النوازل المتنوعة ، والمختلفة اختصارا وتطويلا .

4. العلاقة بين القانون الفرنسي والمذهب المالكي :

أ - دخل الإسلام الأندلس سنة 93 هـ 711 م ، ووصل إلى ليون في فرنسا وبواتيبي . وكان المذهب الفقهي السائد في الأندلس هو مذهب الأوزاعي ، إلى أن أدخل إليه مذهب مالك تلميذه زياد بن عبد الرحمن القرطبي المعروف بشيطون (193 هـ) ، فما أن انتهى القرن الثاني للهجرة حتى ساد مذهب مالك جميع أراضي الأندلس ، وأصبح هو المحكم بلا منازع . ومعروف أن المسلمين بقوا في الأندلس حتى سنة 977 هـ 1492 م .

وفي حال تواجدهم في الأندلس (أسبانيا والبرتغال وجنوب فرنسا) انتقل مذهب مالك إلى الفرنسيين عن طريقين :

الأولى انتشار المدارس الكبرى في الأندلس ، التي كان يرتادها المسلمون وغير المسلمين من أماكن بعيدة ، فمن باب أولى سكان المناطق المجاورة . وكان يدرس في هذه المدارس العلوم المختلفة بما في ذلك بطبيعة الحال الفقه المالكي ، وخصوصا فتاوى النوازل نذكر منها مثلا واحدا هو :ديوان الأحكام الكبرى لابن سهل (486 هـ) المعروف بنوازل ابن سهل .

الثانية : انتشار العوائد الإسلامية في الجنوب الفرنسي فترة طويلة ، ومعروف أن قانون العوائد كان معمولا به ومحترما في هذه المنطقة مع أنه لم يكن مدونا ، وبقي الأمر كذلك حتى جمعت هذه العوائد في code de Napoleon .

ب - تأثير ابن رشد الحفيد (595هـ) في الفلسفة الغربية ، وفي فلسفة القانون على الخصوص :

لا أريد أن أتحدث - هنا - عن ابن رشد الفيلسوف الفقيه ومدرسته في هذين التخصصين وإنما أحيل إلى الدراسة الموسعة التي قام بها Brunchvic عن ابن رشد بعنوان ابن رشد الفقيه Averroes juriste ضمن دراسات شرقية مهداة إلى ذكرى Levi Provencal باريس 1962 وإلى كتاب Ernest Renan ابن رشد والرشدية فإن فيهما الكفاية .

ومع ذلك فإني أشير إلى أهمية كتابيه: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) و (فصل المقال بين الحكمة والشريعة من الاتصال) و هذا الأخير يكفي أن ننقل منه قوله : (يجب علينا أن نستعين على ما نحن بسببه بما قاله من تقدمنا في ذلك ، وسواء كان ذلك الغير مشاركا لنا ، أو غير مشارك لنا في الملة) (فصل المقال ص 26 طبعة المؤسسة العربية للدراسات والنشر ط 3 1986 بيروت) .

قال ذلك وهو يتحدث عن القياس العقلي ، وزاد الأمر توضيحا بتمثيله بآلة الذبح قائلا : (فإن الآلة التي تصح بها التذكية لا يعتبر في صحة التذكية بها كونها آلة لمشارك لنا في الملة أو غير مشارك ، إذا كانت فيه شروط الصحة . (م.ن) . وتبنى هذه الفكرة القديس توماس الأكويني فقال : (ينبغي الاطلاع على آراء الأقدمين ، لأن في ذلك فائدتين : الأولى : هي الاستعانة بالرأي الصحيح ، والثانية انتقاء الرأي الخاطئ) د . عثمان بن فضل : مساهمة ابن رشد في تطوير منطق القانون ومادة القانون المقارن في القرون الوسطى (قراءة حرة لبداية المجتهد) ص 420 ضمن أعمال ندوة ابن رشد فيلسوف الشرق والغرب طبعة المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم تونس 1999 .

وقد طبق الأكويني هذه الفكرة فحلل عقود المضاربة ؛ لأن الكنيسة كانت تمنع الربا، ولجأ إلى الحلول العديدة المستندة إلى دليل العقل لتطوير القانون الروماني ، ومن هنا تقدم فقه القانون الأوروبي ، فكان الشرح على المتون وشرح المتون على المتون (م.ن) .

ج . نابليون يأمر بترجمة الفقه المالكي بعد غزوه لمصر :

كان لغزو نابليون لمصر أهداف عسكرية وأهداف ثقافية . أما الأهداف العسكرية فامتدت ثلاث سنوات ، وأما الأهداف الثقافية فامتدت إلى يومنا هذا ، وشملت أكثر البلدان العربية . ولسنا بصدد التأريخ لذلك ، ولكن ما يعنينا من هذه الأحداث أن نابليون أراد أن يستفيد بلده من هذا الغزو استفادة ثقافية ذات اتجاهين : الأول ابتعاث مجموعة من علماء مصر الأذكياء ، والذين يمكن التأثير عليهم ، إلى باريس لينشروا الحضارة الفرنسية في ربوع بلادهم ، واختارهم من العلماء ؛ لأن ذلك أسرع في تقليد الشعب لهم . فرجع بعضهم يدعو إلى حل الرقص ؛ لأنه رياضة ضرورية تنمي الجسم ، وأصبحت الدعوة إلى سفور المرأة تنشط شيئا فشيئا .

ولسنا بصدد الحديث عن هذا الأمر أيضا فقد كفانا الجبرتي ذلك، فليُنظر تاريخه . الثاني : أمر أن تنقل عيون الفقه الإسلامي عموما، والفقه المالكي على الخصوص، إلى فرنسا، حيث ترجمت هناك، واستفيد من مادتها الفقهية. فالرسالة نسخها كثيرة في دار الكتب الوطنية بباريس ، وقد طبعت مترجمة إلى الفرنسية سنة 1914هـ ولا شك أن ترجمتها قد سبقت طباعتها بفترة طويلة ، وسنعرف ذلك عند جلب نصوص القانون الفرنسي ، ومقابلتها بنصوص فقه المالكية، ومترجم هذه الطبعة وتعليقاتها هو Faqnan .

وأما مختصر خليل فقد طبع ومعه ترجمة فرنسية للأستاذ Perron سنة 1848 م . وفي قسنطينة مع ترجمة الأستاذ Seignette سنة 1878 ثم توالى طباعته وترجماته .

وإذا كانت الطباعة قد تمت مع الترجمة في هذا الوقت المبكر ، فإن الترجمة نفسها كانت قد سبقت ذلك بوقت كثير . (ينظر معجم المطبوعات العربية والمعربة ليويسف سرقيس 1 / 836) .

وقد صرح بعض العلماء من الغرب بهذه الاستفادة من الفقه الإسلامي ، فهذا De Santillana يقول : (من الأمور الإيجابية التي اكتسبناها من التشريع العربي (يقصد الإسلامي) هذه الأنظمة القانونية العديدة من مثل الشركات المحدودة (يقصد القراض agiotage) ، وهذه الأساليب المتصلة بالقانون

التجاري . وحتى لو نحينا هذا جانبا فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة). (مقدمة تحقيق المقارنات التشريعية 9/1) .

5. نستعرض الآن نماذج من الاتفاق بين مواد من القانون المدني الفرنسي والأحكام الشرعية وفق المذهب المالكي ليتبين لنا بوضوح أنها مأخوذة منه لا العكس ، لأن المذهب المالكي سابق في الوجود لقانون نابليون بأكثر من ألف سنة .

أ - جاء في البند الثاني من Art.2 page 3 Code civil :

La loi ne dispose que pour L avenir , elle n a poit d effet retroactif .

(لا يطبق القانون إلا على المستقبل ، وليس له أي أثر رجعي) . وهذا أمر معروف في التشريع الإسلامي ، فإن الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم ، أو السنة المطهرة ليس لها أثر رجعي إلا فيما له أثر مستمر فيما كان مباحا ثم نهى عنه ، فلا يجوز الاستمرار على السابق فيما استمر باقيا ، أما إذا انتهى وقته فلا يؤاخذ بالماضي أبدا . ولذلك لم يطلب من المسلمين قضاء ما مضى قبل أن تفرض الصلاة ، وكذلك الصيام وبقية الواجبات . أما المنهيات فلا بد من التخلص منها ، فمثلا من كان تحته أكثر من أربع نسوة حين ورود منع أكثر من ذلك فلا بد للمسلم أن يطلق الباقي . وكذلك إن كان تحته ما حرم من النساء مما لم يكن ممنوعا قبل ذلك ، كالجمع بين الأختين فلا بد من فراق إحداهن . وحتى بعد استقرار الأحكام فإن هذا البند ينطبق على أحكام القضاة الاجتهادية فإن حكم الحاكم باجتهاد ، لا يسري على القضايا التي حكمت قبله . قال خليل : (ولم يتعد لمماثل . قال شارحه : وإذا حكم الحاكم في جزئية لم يتعد حكمه لمماثل لها) الشرح الكبير 4 / 157 .

وهو موافق للبند الخامس : : Art . 5 page 12

I est defendu aux juges de prononcer par voie de disposition generale et reglementaire sur les causes que leur sont soumises.

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

ب - وفي البند 115 ص 115 (قبل أن يعدل سنة 1977)

(lorsque une personne aura cesse de paraitre au lieu de son domicile ou de sa residence, et que depuis quatre ans on n en aura point eu de nouvelles , les parties interessees pourront se pourvoir devant le tribunal de grande instance , afin que l absence soit declaree.

إذا اختفى إنسان عن موطنه أو محل إقامته ، وانقطع خبره من أربع سنين جاز لمن لهم مصلحة أن يرفعوا دعوى المحكمة المختصة لتحكم بالغيبة .
قال خليل في مختصره (ص 158) : (ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ، ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها) .

د - وفي سبب العقد جاء في البند 1131 ص 615.

L'obligation sans cause , ou sur une fausse cause , ou sur une cause illicite , ne peut avoir aucun effet .

وفي البند 1132 ص 616

La convention n'est pas moins valable , quoique la cause n'en soit pas exprimee .

وفي البند 1133 ص 616- 617 :

La cause est illicite , quand elle est prohibee par la loi , quand elle est contraire aux bonnes moeus ou a l ordre public .

وترجمتها :

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

يكون السبب محظورا عندما يكون ممنوعا بنص القانون أو مناقضا للأخلاق الحميدة ، أو مناقضا للنظام العام .

ويقابله عند المالكية كما جاء في الشرح الكبير بحاشية الدسوقي 6/3 :

إلا إن أجبر العاقد عليه (أي البيع) وكذا على سببه جبرا حراما ، وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم ، ورد عليه ما جبر على بيعه أو على سببه .
ومعروف في الشريعة الإسلامية أن العقود لا تتوقف صحتها على ذكر أسبابها .
ومعروف أيضا أن السبب عندما يكون حراما يبطل العقد ، وقد مر بنا ما في الشرح الكبير .

د — وفي البند 1583

إذا حصل التراضي على الثمن والمثمن ، ولو لم يحصل قبض السلعة والثمن ، تم البيع بين المتعاقدين ، وثبت ملك المبيع لمشتريه .
قال خليل في مختصره ص 168 : (ينعقد البيع بما يدل على الرضا ، وإن بمعاطاة وبيعني فيقول بعت ، وبابتعت أو بعنك ويرضى الآخر فيهما) .
وفي النهاية نقول : إن نقاط الالتقاء كثيرة بين القانون الفرنسي والمذهب المالكي ، ولا يمكن أن يكون ذلك مصادفة ، وإنما أخذت هذه الدراسة عينات قليلة لضرورة الوقت ، ونحيل من يريد أن يعرف التفاصيل — في معظم البنود — على الدراستين القيمتين ، للأستاذين الجليليين : مخلوف بن محمد البدوي المنياوي ، في كتابه (المقارنات التشريعية) المطبوع في جزأين سنة 1999 ، وسيد عبد الله في كتابه (المقارنات التشريعية) المطبوع في أربعة أجزاء سنة 2001 م ، وكان قد طبع سنة 1947 م .
وأما نقاط الاختلاف فهي كثيرة أيضا . وضابطها أن كل مسألة يرجع الحكم فيها إلى الحل والحرمة ولها ارتباط في العقيدة فهي مختلفة في كلا الفقهاء .

خاتمة:

يمكننا أن نقول إن القانون المدني الفرنسي خصوصا قبل تعديله متأثر إلى حد كبير بالأحكام الفقهية حسب المذهب المالكي . ولذا أدعو أن تكثر الدراسات المقارنة وأن تتعمق حتى تتضح الصورة أكثر ، وما ذلك بصعب إذا كونت لجنة من الفقهاء ورجال القانون ، وتوفرت الظروف المناسبة حتى تكتمل الفائدة ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

أشكر لكم حسن استماعكم والسلام عليكم .

المصادر:

1. ابن رشد فيلسوف الشرق والغرب ندوة عقدت في تونس بإشراف المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم . منشورات المجمع الثقافي أبو ظبي الطبعة الأولى 1999 م .
2. الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير بحاشية الشيخ محمد عرفة الدسوقي طبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة دون تاريخ .
3. فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال لابن رشد الحفيد المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت ط³ 1986 .
4. مختصر العلامة خليل بن إسحاق الجندي دار الشهاب الجزائر دون تاريخ .
5. المقارنات التشريعية (تطبيق القانون المدني والجنائي الفرنسي على مذهب مالك) للشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد دار السلام – القاهرة الطبعة الأولى 1999 م .
6. المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي (مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه) – للشيخ سيد عبد الله علي حسين تحقيق أحمد عبد الله سراج ، وعلي جمعة محمد . دار السلام القاهرة الطبعة الأولى 2001 م .
7. ندوة الإمام مالك وزارة الأوقاف المغربية (1980) ج³ ص 193 – 213 : القانون المدني الفرنسي مأخوذ من مذهب مالك للأستاذ منهل الصديق العلوي .
8. Code civil, Jurisprudence generale Dalloz. 1983 _ 1984 .