جامعـــة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق
تخصص قانون أعمال

مذكـــرة مكملة لمتطلبات نيــل شهادة الماستر في القانون

تأثير الفقه الإسلامي على التشريع المدني

إعـــداد الطالبتين:
1/ بورابعة جهينة
2/ حساينية بسمة

تحت إشراف:
الدكتور: فنطازي خير الدين

تشكيل لجنـة المناقشـــة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/حميداني محمد	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر – أ–	**رئيسا**
02	د/ فنطازي خير الدين	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر – ب–	**مشرفًا**
03	د/بوشارب إيمان	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر – أ–	**عضوا مناقشًا**

السنـة الجامعيــة: 2021_2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله عز وجل: "الذي جعل لكم الأرض مهدا و سلك لكم فيها سبلا و أنزل من السماء ماءا فأرجنا به أزواجا من نبات شتى(53) كلوا وارعوا أنعامكم إن في ذلك لآيات لأولى النهى(54)"

سورة طه-الآية 53-54.

أول من يشكر وبحمده أناء الليل وأطراف النهار هو العلي القهار، الأول ، الآخر ، الظاهر، الباطن، الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى و أغدق علينا برزقه الذي لا يفنى و أنار دربنا ، فله جزيل الحمد و الثناء العظيم ، هو الذي أنعم علينا اذ أرسل فينا عبده و رسوله محمد ﷺ فعلمنا مالم نعلم ، وحثنا على طلب العلم أينما وجد.

لله الحمد كله و الشكر كله أن وفقنا، و ألهمنا الصبر على المشاق التي تواجهنا لإنجاز هذا العمل المتواضع .

و الشكر موصول الى كل معلم أفادنا بعلمه من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة، كما ترفع كلمة شكر الى الدكتور المشرف " فنطازي خير الدين" الذي ساعدنا على انجاز بحثنا .

ونشكر كافة أساتذة كلية الحقوق في جامعة قالمة ، خاصة أعضاء لجنة المناقشة.

كما نشكر كل من مد لنا يد العون سواء من قريب أو من بعيد و في الأخير لا يسعنا إلا أن ندعو الله عز وجل أن يرزقنا السداد و الرشاد و العفاف و الغنى وأن يجعلنا هداة مهتدين.

أولا لك الحمد ربي على كثير فضلك و جميل عطائك و جودك ، والصلاة و السلام على رسول الله صلى الله عليه و سلم :

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى أعز و أغلى انسان و إنسانة في حياتي ، اللذان أنارا دربي بنصائحهما ، و كانا بحرا صافيا يجري يفيض بالحب و البسمة ، إلى من زينا حياتي بضياء البدر، و شموع الفرح ، إلى من منحاني القوة و العزيمة لمواصلة الدرب ، و كانا سببا في مواصلة دراستي ، إلى من علمان الصبر و الاجتهاد ...إلى الغاليان على قلبي أبي و أمي الحبيبان....

إلى زوجي العزيز.....إلى أعز و أغلى انسان في حياتي و الذي كان سندا وعونا لي لإتمام هذا العمل تقديرا و وفاءا ..... هشام عفايفية ...الى أولادي قرة عيني الذين لم يرو النور بعد...

إلى حماتي الغالية أطال الله عمرها...

إلى إخوتي حسام و سليمان حفظهم الله عز وجل و أخواتي سعاد و مريم...

إلى كل العائلة الكريمة ...

إلى بنات خالاتي خلود سارة شيماء يسرى...

إلى صديقاتي العزيزات بسمة دنيا شمامة سلمى حليمة آثار خولة فريال .....إلى كل الأشخاص الذين أحمل لهم المحبة و التقدير.

*** جهينة ***

إهداء

الحمد لله وكفي والصلاة على الحبيب المصطفي ﷺ أما بعد:

اذا كان الإهداء جزءا من الوفاء اهدي هذا البحث الى من مهدت لي طريق العلم واعطتني فأجزلت العطاء وانارت دربي بنصائحها الى التي تعبت من اجل ان تري هذا اليوم الذي يعتبر انجازها في هذه الحياة الي التي افنت عمرها في توفير احتياجاتي الى من رسمت لي السعادة والامل بدعائها الى التي مهما تكلمت عنها لن اوفيها حقها ...امي الغالية

الى ملاذي وقوتي وسندي بعد الله سبحانه وتعالى وتوائم روحي الى من عشت معهم اجمل ذكريات ...اخوتي بلال يوسف واكبرهم حمزة الذي هو بمثابة ابي الثاني وقرة عيني ، واختي العزيزة أميرة وابنتها لأموره لميس حفظهم الله جميعا.

الى خالاتي وبناتهم :مريم زكية، نوارة، لويزة، جيهان، شفاء، رهف

كما اهدي هذا العمل الى العائلة الكريمة من كبيرهم الى صغيرهم

الى اخواني واخواتي الذين لم تلدهم امي ورفاق درب الحياة حلوها ومرها ورمز الايثار والوفاء

الى اصديقائي و صديقاتي: جهينة أختي، جهينة، شمامة، فريال، شهرة، سلمي، حليمة، اثار، خولة، فطيمة، انصاف، مريم، نور.

الي كل من تعرفت عليهم واكن لهم الحب والاحترام خلال مسيرتي الدراسية...

وفي الأخير اهدي هذا العمل الى دفعة قانون الأعمال2022- 2023

*** بسمة ***

مقدمـــــة

مقدمة:

كان الناس في العصور الأولى يعشون حياة الهمجية القوي يأكل الضعيف ازداد فيها الظلم الى أن جاء الاسلام على يد رسول صلى الله عليه و سلم بواسطة وحي بعثه الله مع جبريل عليه السلام والذي كان يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وبدأ الرسول صلى الله عليه وسلم في نشر الاسلام وتعميمه على جميع الأمة، فمنهم من آمن به ومنهم من كفر به وحاول قتله، ومن ذلك الحين انتشرت مبادئ حسنة، والمعاملة الطيبة بين الناس وراحت منتشرة بين المجتمعات المختلفة، و نظرا لبروز وقائع وأحداث جديدة لا تتماشى مع نصوص كتاب الله و السنة النبوية الشريفة، مما أدى الى بروز فقهاء ذوي درجة من العلم ،حيث قاموا بالاجتهاد في شرح كتاب الله وتبسيطه للأمة عن طريق الاجماع و القياس، وأصبح يطلق عليه الفقه الاسلامي، كان هو النظام الحاكم و القانون الوحيد المطبق في جميع البلاد العربية الى غاية سقوط الخلافة العثمانية ،فنجد بعض الدول استمدت قانونها المدني كله من الفقه الاسلامي الذي بدوره مقتبس من الشريعة الاسلامية من بينها الجزائر، مصر، الكويت، قطر، الاردن والامارات ...

1_أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الموضوع محل الدراسة الفقه الاسلامي في عصرنا الحالي نفس الاهمية التي تكسوه في العصور السابقة حيث نجده كان ولا يزال القاعدة العامة التي يستخرج منها المشرع أحكام ينظم بها حالة الفرد و المجتمع.

كما أنه يعتبر المصدر الرئيسي للتشريع المدني في معظم البلدان في العصر القديم، ليتحول في يومنا هذا الى مصدر احتياطي للتشريع المدني ،يعتمد عليه القاضي في القضايا التي لم يجد نصا يحكمها في المصدر الرئيسي وهذا ما جاء في المادة الاولى من القانون المدني.

2_أهداف الدراسة:

- العمل على احياء الفقه الاسلامي في عصرنا الحالي و هذا للقضاء على الجهل الديني والحث على مراجعة و قراءة الشريعة الاسلامية.
- معرفة طرق و كيفية استقاء المشرع القانوني أحكام و قواعد من الفقه الاسلامي.
- الحث على الاجتهاد في نصوص الشريعة الاسلامية و الدين الاسلامي لأنه يفتح أبواب جديدة تحل مشاكل و قضايا المجتمع و الفرد.
- تبيان دور الفقه الاسلامي في التشريع المدني.

3_أسباب اختيار الموضوع:

-إن خضوع اي موضوع للبحث العلمي لا يأتي من دائرة العدم، وانما هو في الحقيقة مبني على اعتبارات ذاتية ترتبط بشخص الباحث، وآخري موضوعية ترتبط بموضوع الدراسة، وفي ما يلي يمكن تلخيص أهم مبررات هذا الموضوع.

أسباب ذاتية:

-الرغبة و الميول الشخصي واكتشاف معرفة جوانب الموضوع

-الاهتمام الشخصي بموضوع الدراسة.

-المساهمة في إثراء البحوث الجامعية حيث يلاحظ وجود ندرة في هذا النوع من الدراسات في الجزائر.

أسباب موضوعية:

-جدية وحداثة الموضوع: يعتبر من المواضيع الحديثة التي تفرض نفسها على الساحة العلمية و العملية.

-القيمة العلمية للموضوع: تأثير الفقه الاسلامي في التشريع المدني.

4_صعوبات الدراسة:

- تلقينا صعوبات عديدة من أجل انجاز هذا الموضوع وذلك للأسباب التالية:

- قلة المراجع و المؤلفات والأبحاث الجزائرية في هذا الموضوع مما دفع بنا للاستعانة بالمؤلفات المشرقية.

-حداثة الموضوع اضافة الى ضيق الوقت الممنوح للمذكرة.

5_الدراسات السابقة:

قبل التطرق الى الكتابة في هذا البحث يجب علينا مراجعته ومعرفة ما كتب فيه من طرف الباحثين السابقين ، فنظرا لقلة المراجع نجد أن هذا الموضوع تم البحث فيه من قبل :

-الفقه الاسلامي بين الاصالة و التجديد ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و اصوله من طرف الطالبة، حورية تاغلايت، جامعة لخصر باتنة.

6_اشكالية البحث:

نحاول في هذا البحث الإجابة على دور الفقه الاسلامي في التأثير على التشريع المدني؟ وبما أن الفقه الاسلامي صالح لأي زمان و مكان كان لبد من دراسته لإيجاد الحلول وإيجابيات لما يجري بين الناس من معاملات.

كما يجب علينا الاجابة على الاشكاليات الثانوية حتي نتمكن من فهم والاحاطة بجوانب الموضوع.

ما هو الفقه الاسلامي؟

ما المقصود بالتشريع المدني؟

ما مكانة الفقه الاسلامي في العصر القديم والجديد؟.

7_المنهج المتبع:

تقتضي طبيعة هذا الموضوع الى اعتماد المنهج التاريخي و الوصفي و المنهج التحليلي للأغلب ثم المنهج المقارن للخروج ببعض الضوابط و القواعد التي تخدم موضوع البحث في المستقبل

8_خطة البحث:

للإجابة على الاشكالات التي طرحت في هذا الموضوع اتبعنا الخطة التالية:

-سنقسم الخطة إلى مقدمة و فصلين ، خصصنا الفصل الأول للاطار المفاهيمي للفقه الاسلامي و التشريع المدني وبدوره مقسم الى مبحثين الاول ماهية الفقه الاسلامي والتشريع المدني ، و المبحث الثاني دور الفقه الاسلامي في التشريع المدني ، و الفصل الثاني كان تحت عنوان الحيازة و الكفالة في الفقه الاسلامي و التشريع المدني ، وكان يشمل مبحثين الاول مخصص للحيازة و الثاني للكفالة ،وسننهي بحثنا هذا بخاتمة تتضمن نتائج وتوصيات وقائمة المراجع وفهرس .

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للفقه الإسلامي والتشريع المدني

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للفقه الإسلامي والتشريع المدني

شهدت المكتبات والابحاث في اواخر هذا العصر دراسات حول الفقه الاسلامي والذي يعود الى عصر ماقبل الاسلام واستمر الى يومنا هذا عن طريق الفقهاء والذي اصبح يؤثر في القانون الوضعي بصفة كبيرة ولعل اهمها التشريع المدني الذي يستمد جل احكامه من الفقه الاسلامي والشريعة الاسلامية. وفي هذا الصدد قسمنا الفصل الى مبحثين الاول يضم ماهية الفقه الاسلامي والتشريع المدني، ودور الفقه الاسلامي في التشريع المدني كعنوان للمبحث الثاني.

المبحث الاول: ماهية الفقه الاسلامي والتشريع المدني

سنتناول في هذا المبحث مفهوم الفقه الاسلامي والتشريع المدني كمطلب اول ومفهوم التشريع المدني كعنون للمطلب الثاني .

المطلب الاول: مفهوم الفقه الاسلامي

الفرع الاول: تعريف الفقه الاسلامي

أولا :تعريف الفقه لغة: الفهم ومنه قوله تعالي(قالوا يا شعيب ،ما فقه كثيرا مما تقول) وقوله سبحانه (فما لهؤلاء القوم لا يكدون يفقهون حديثا) .[1]

نجد ايضا الفقه بالكسر–في اللغة يطلق علي عدة معان منهما: العلم بالشيء: يقال فلان فقه الشيء أي علم به. او هو الفهم يقال اوتي فلان الفقها في الدين ،أي فهما له ومنه قوله تعالى (واحلل عقدة من لساني ويفقهو قولي).[2]

نجد كذلك الفقه في اللغة: العلم قال ابن فارس كل علم لشيء فهو فقه وقال اخرون انه العلم بالشيء مع الفهم له والفطنة فيه.[3]

ثانيا: تعريف الفقه الإسلامي اصطلاحا

العلم بالأحكام الشرعية العلمية من ادلتها التفصيلية وقيل في تعريفه غير ذلك، وليس من المهم في شيء عرضها للاطلاع على ما يراد عليها من نقض وإبرام. فإن ذلك لا يعود بفائدة على القراءة.

1–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الفكر ،دون سنة، ص16 .

2–باقر شريف قرشي، الفقه الإسلامي تأسيسه ، دون طبعة، دار الهدي،1386، ص20.

3–عباس حسني محمد، الفقه الاسلامي افاقه وتطوره، الطبعة الثانية، دون دار النشر،1414،ص31.

كما عرفه العلماء بأنه العلم بالأحكام الشرعية العلمية المستفاد والمكتسب من ادلتها التفصيلية او هو مجموعة الاحكام الشرعية العلمية المستفادة او المكتسبة من ادلتها الاصلية.[1]

فالفقه الاسلامي هو العلم بالأحكام و المبادئ التي شرعها الل تعالى للتنظيم أفعال وأقوال الانسان من كل النواحي وفي جميع مجالات الحياة، وقام بوضع حدود لها، وعلي أساس ذلك تقوم العدالة.

كما نجد ان الفه الاسلامي عند العرب هو فهم مراد المتكلم، أي أن تفقه ما يقصد به من كلامه والعلم به، فكل من علم علما فهو فقيه، وبعد مجيء الاسلام غلب اسم الفقه الاسلامي على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم.[2]

كما ان الفقه في اصطلاح الفاء في عصر التدوين و الائمة المجتهدين فمن بعدهم علما علي علم الباحث في الاحكام الشرعية العلمية من أدلتها التفصيلية.[3]

فهنا يتضح لنا أن الفقه الاسلامي يختلف كل الاختلاف على الشريعة الاسلامية فهو مايفهمه ويفقهه العلماء من نصوص الشريعة الاسلامية ،أي هو من عمل الفقهاء في طرية فهم الشريعة وتطبيق نصوصها، كما أن الفقه الاسلامي ليس له القدسية التي للشريعة نفسها والتي تمثل القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة.[4]

وفي الاخير نستنتج أن الفقه الاسلامي يمثل فهم الفقيه ورأيه، يكون قابل للنقاش يتحمل الصواب والخطأ.

الفرع الثاني: نشأة الفقه الإسلامي

إن العرب قبل الإسلام كان لديهم مجموعة من القواعد تنظم حياتهم اليومية و ذلك في جميع النواحي ،في شكل أعراف وتقاليد استقرت بينهم، وهناك من استفادوا من البلاد المجاورة ومنها بلاد الشام حيث كان في حكم الرومان العراق الذي كان من حكم الفرس ويثرب.

---

[1]–عباس حسني محمد، المرجع السابق، ص31

[2]–عمر سليمان الاشقر، مدخل الى الشريعة والفقه الاسلامي ،الطبعة الاولى ، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة ،ص33.

[3]–عمر سليمان، المرجع نفسه، ص33.

[4]– مصطفي احمد الرزقا، الفقه الإسلامي ومدارسه، الطبعة الاولى، دار القلم دمشق الدار الشامية بيروت، دون سنة ،ص 16.

واستمر الحال الى أنحاء الوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم، ونشر الإسلام فيها الذي غير بعد ذلك هذه القواعد، فما كان منها تحريفا أو فسادا أومن شعائر الشرك والكفر أبطله، ونشر بينهم المعاملات الحسنة، ونهاهم عن المنكر وقاموا بإنشاء قوعد جددة تتماشي بما جاء به الإسلام صادرة عن السلطة التشريعية .[1]

العرب في العصر الجاهلي لم يخضعوا لسلطان مركزي او لدولة حتي تضم لها قانونا ينظم حياتهم .لقد كانت العصبية القبلية أساس مجتمعهم ، وكان الشائع عندهم استباحة الحقوق، فالقوى يغزو الضعيف، وينهب ثروته.[2]

والباحث في تاريخ هذا العلم يلاحظ أن الاحكام الفقهية نشأة مع ميلاد الشريعة الإسلامية، فقد استنبطت الأحكام العلمية في صدر الاسلامية، فقد استنبطت الاحكام العلمية في صدر الإسلام من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ،وقد قام بهذا الاستنباط الصحابة في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم وبعد وفاته وقد ترك لنا الصحابة ثروة فقهية، وهذه الثروة تمثل فتاويهم و اجتهاداتهم و آرائهم.

وفي عهد التابعين وتابعي التابعين والأئمة المجتهدين اتسع إقليم الإسلامية .فدخل في الإسلام أقوام، فواجهت المسلمين قضايا وأحداث حملتا المجتهدين على شحذ الهمة للاجتهاد والاستنباط واتسع بذلك ميدان تشريع الأحكام الفقهية ، وقد قاموا بتدوين الأحكام الفقهية بعد ان أخذت طابع علمي وذكرت معها أدلتها وعللها وأصولها.[3]

ونجد في مراجع أخري أن تاريخ الفقه الإسلامي هو النظر في عهوده المختلفة وما طرأ عليه من أحوال، وما اختلف عليه من رجال وهذا النظر يستتبع الكلام عن طرق استنباط الفقه للأحكام ، وعن العوامل التي أثرت في ذلك ولونت الفقه بالألوان المختلفة ويستتبع النظر في الأسباب التي جعلت للفقه الإسلامي مكانته المرعية في القانون والمعاملات حينا من الزمن وفي الأسباب التي انتزعت منها فيما بعد هذه السيطرة وأدت الى إقصائه تقريبا عن الحياة العلمية ،وقصره على المسائل الشخصية والروحية.[4]

---

[1]– الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق على جاد الحق شيخ الأزهر، الفقه الإسلامي مرونته وتطوره، الطبعة الثالثة ،سلسلة البحوث الإسلامية، دون طبعة، ص13.

[2]– باقر شريف قرشي، المرجع السابق،ص24.

[3]–عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق،ص99

[4]– محمد كمال الدين إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامي مدخل منهجي، الطبعة الاولي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، دون سنة،ص22.

وبقي الفقه في تطور مستمر لهذا العصر ومن أهم مظاهر النهوض بالفقه الاسلامي في عصرنا الحاضر العناية بدراسته، وإن كن الازهر وهو الجامعة التليدة الخالدة التي سهرت على حمل راية العلوم الشريعة والعناية بها ما يزيد عن ألف سنة .

والحق أن دراسة الفقه الإسلامي بالمعني الأدق بكليات الحقوق بالجامات المصرية، أفاد الفقه الاسلامي فائدة عظيمة إذا امتزج القائمون على دراسته بحكم اتصالهم ومزاملتهم بالقائمين على دراسة القانون، وقرأ كل منهما للأخر، فنتج عن ذلك فقه مقارن، وسع المدارك وعمق الفكرة ، ولا انكر أنه دفع أساتذتنا الأوائل أن يكتبوا عن النظريات العامة في الفقه، ويجمعوها من مختلف الأبواب والمسائل، كما دفعنا نحن من بعدهم أن نسير في نفس الطريق بخطي واسعة.[1]

الفرع الثالث: خصائص الفقه الاسلامي

الفقه هو الجانب العلمي والفقهي للشريعة الإسلامية وهي الوحي الذي أنزل على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، وبقي في تطور مستمر الى عصرنا هذا وهذا بفضل الصحابة واهل الفقه من بعدهم ونجده يتميز بعدة خصائص نذكرها كالاتي:

اولا: أساسه الوحي الإلهي

يتميز الفقه عن غيره من القوانين بأن مصدره وحى الله تعالى المتمثل في القرآن والسنة النبوية، فكل مجتهد مقيد في استنباطه الأحكام الشرعية، ومقاصدها العامة. وقواعدها ومبادئها الكلية.[2]

وكل دارس للقرآن الكريم دراسة علمية موضوعية يخرج بيقن جازم أن هذا النص يستحيل أن يكون مصدره بشرا أو أي مخلوق كان وإنما هو كلام الله ملك الناس ،إله الناس.[3]

ثانيا: شموله كل متطلبات الحياة

يمتاز الفقه الإسلامي عن الوانين بانه يتناول علاقات الانسان الثلاث علاقته بربه، وعلاقته بنفسه، وعلاقته بمجتمعه، لأنه للدينا والاخرة، ولأنه دين ودولة، وعام للبشرية وخالد إلى يوم القيامة، فأحكامه تتآزر فيها العقيدة والعبادة و الأخلاق والمعاملة بيقظة الضمير، والشعور بالواجب، ومراقبة الله تعالى في

[1]– محمد سلام مدكور، مدخل للفقه الإسلامي (تاريخه مصادره ونظرياته العامة)، دون طبعة، دار الكتاب الحديث ،الكويت، دون سنة،ص102.

[2]–وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص18.

[3]–يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي الأصالة والتجديد، الطبعة الثانية ، مكتبة وهبة ،القاهرة،دون سنة، ص8

السر والعلن واحترام الحقوق غاية الرضا والطمأنينة والإيمان والسعادة والاستقرار، وتنظيم الحياة الخاصة والعامة وإسعاد العالم كله.[1]

ثالثا: الاخلاقية

ويتميز الفقه الاسلامي بنزعة الأخلاقية التي يتخذ كل أحكامه من العبادات وعقوبات الأحوال الشخصية وعلاقات دولية، وشئون إدارية ودستورية، ولهذا نجد القرآن الكريم يذيل كثيرا من أوامره ونوهيه يمثل هذا التعليل اذي لا تهضمه القوانين الوضعية ولا تلتفت إليه :(ذلكم خيرا لكم إن كنتم تعلمون)،(ذلك أزكي لكم وأطهر)،(أنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا).[2]

رابعا: الموضوعية

ويتميز الفقه الاسلامي أيضا بنزعته الموضوعية، واتجاهه الى البساطة، والبعد عن التعقيدات الشكلية، يقول الأستاذ الدكتور على بدوي عميد كلية الحقوق سابقا في بحث له بمجلة (القانون و الاقتصاد).العدد الخامس من السنة الاولى –بعد مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني الذي هو المصدر الأول للتشريعات الأوروبية.

إن القانون الروماني يقوم على الشكلية التي تتطلب اجراءات رسمية وطقوسا معينة، هي المحور في جميع نظمه، على حين أن الشريعة الإسلامية تقوم على التجرد من الكليات، والبساطة في التعامل، ونية الفريقين في التعاقد وعلى روح العدالة الفطرية بين الناس...[3]

خامسا: قلة التكاليف ورفع الحجر

التكاليف في الإسلام مرتبطة بالواسع والطاقة، فلا تكليف بما لا يطاق عند جمهور المكتملين والفقهاء، ونجد ذلك في حادثة الإسراء والمعراج، رجع الرسول صلي الله عليه وسلم الى ربه مرات من أجل تخفيف الصلوات علي أمته من خمسين الى خمس، وقد خاطب الله تعالى المؤمنين تأكيدا لرأفته ورحمته بهم (يا أيها الذين أمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبدلكم تسؤكم، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن تبد لكم، عنا الله عنها والله غفورا رحيم، قد سألها قوما قبلكم ثم أصبحوا بها كافرين).

ورفع الحجر عن الأمة أفرادا وجماعات من خصائص هذه الأمة شرعيا وفقهيا، فلا يكفي عدم التكليف بما لا يطاق، ولا يسر التكاليف وقلتها، بل إن التكاليف ذاتها قد يضيق بها المرء لضرورة عامة

[1]–وهبة الزحيلى، المرجع السابق،ص19

[2]–يوسف القرضاوي، المرجع السابق،ص11

[3]–يوسف القرضاوي، المرجع نفسه،ص14

وخاصة، أو لحاجة ملحة تنزل منزلة الضرورة، هنا تبدأ الرخص في العمل، وتظهر البدائل الشرعية للعزائم تخفيفا لقوله تعالى:(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) و قوله (وما جعل عليكم في الدين من حرج).[1]

المطلب الثاني: مفهوم التشريع المدني

الفرع الاول: تعريف التشريع المدني

يعرف القانون المدني على أنه فرع من فروع القانون الخاص وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع أو الأفراد والدولة من جهة أخري، كما ويهتم بحل أي نزاعات تنشأ فيها بينهم. ويعتبر القانون المدني الأساس الذي اعتمدت عليه باقي فروع القانون الخاص، فالقانون المدني هو آصل القوانين الخاصة ويتقدم علي باقي فروع القانون الخاص بحيث أنه ينظم كافة العلاقات بين الأفراد في حال عدم تنظيم مثل هذه العلاقات في القانون خاص بها.

ويري فقهاء القانون أن القانون المدني يقسم الى قسمين الأول قانون الأحوال الشخصية والذي يهتم بتنظيم شخصية الفرد القانونية وتنظيم ما يتعلق بأمور الأهلية، بالإضافة لذلك ينظم علاقة الفرد مع أسرته وما ينتج عنها من علاقات مثل إثبات النسب ومسائل الميراث والوصية وغيرها.

أما القسم الثاني فهو قانون المعاملات والذي يهتم بتنظيم علاقة الشخص بالمال سواء حصل الشخص على المال بشكل مباشر وهو ما يسمي الحق العيني والقانون يعطي الشخص سلطة على شيء معين، أو حصل عليه بشكل غير مباشر وهو ما يسمي الحق الشخصي ويحصل عليه الشخص من خلال ترتيب الالتزام أو عدة التزامات مالية، ولكن في ما بعد تم فصل هذه الموضوعات وتنظيمها في قوانين خاصة.[2]

ونجده ايضا يختص بحل النزاعات والمشكلات بين الأفراد و المنظمات والمؤسسات، إذا يختص بالتعامل مع الجرائم المرتكبة بحقوق الأخرين أو ممتلكاتهم، وعادة ما تكون العقوبة في القانون المدني هي التعويض المادي، وذلك في حالة إدانة الافراد، كما يشار الى استخدام موازنة الاحتمالات كمعيار لأثبات قضايا القانون المدني إلا انه في بعض الحالات يستخدم معيار اعلي لا يدع مجالا للشك، وذلك في

[1]–محمد كمال الدين امام، المرجع السابق،ص31

[2]–يوميات ودق، تعريف القانون المدني، موسوعة ودق القانونية للأبحاث والدراسات والاستشارات القانونية الشاملة ، تم الإطلاع في 20/04/24، 16:20 https://wadaq.info تعريف القانون المدني.

الاجراءات التأديبية لسلوك المحامين،[1]فالقانون المدني من أهم فروع القانون الخاص إذا يعتبر الأصل بنسبة لهذه الفروع، ويعتبر عن ذلك بالقول أنان القانون المدني يعد الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص،[2] دون النظر إلى اختلاف طوائفهم وذلك بخلاف الحال بالنسبة للفروع الاخرى للقانون الخاص، لذلك فهو يعد كالقانون التجاري وقواعد العمل وقواعد بشكل العلاقات التي تحكمها هذا ما تؤكده المادة 137 من القانون المدني اليمني بالقول، (اذا لم يوجد نص في القوانين الخاصة يمكن تطبيقه على المسألة المتنازع عليها يرجع الى أحكام هذا القانون)[3]

ومن خلال هذه التعاريف المختلفة والمكملة لبعضها البعض نستنتج أن القانون المدني هو أم القوانين الأخرى ويعتبر كمصدره أول بنسبة لهم إذ يمكنهم الرجوع إليه في حالة ما إذا لم يجدوا أحكام تساعدهم في حل النزاع في أحد الفروع لا يبدأ تنفيد احكامه إلا في حالة لجوء أحد الأطراف الي القضاء مطالبا لما يعتقد أنه حق من حقوقه.

الفرع الثاني: نشأة وتطور القانون المدني

يطلق اسم القانون المدني على القواعد التي ينظمها في البلاد التي تتسع النظام اللاتيني أو الفرنسي أما الدول التي لا تتبع هذا النظام فيعلق على ذلك القواعد الشريعة العامة وتكون مشتقات من السوابق القانونية أو من أحكام المحاكم في قضايا مشابهة او من العرف ، في معظم الدول تكون قواعد القانون المدني مكتوبة بوضوح ويتم الاعلان عنها للكافة وهي ما يطلق عليه التقنين المدني.

يرجع أصل تسمية القانون المدني الي القانون الروماني ، وتعتبر كلمة المدنيCIVIL مشتقة من الكلمة اللاتينية CIVILI والتي تعنى المدينة حيث كان القانون المدني يطبق في مدينة روما وعلى مواطنيها في حين القانون الذي كان يطبق خارج روما يسمي قانون الشعوب.

وفي العصور الوسطي تطور مفهوم القانون المدني ليصبح مرادفا للقانون المدني التي تجمعها في عهد الإمبراطور جستيان، وذلك لتمييزها عن القانون الكنيسي، ولا يزال أثر ذلك باديا حتي اليوم، إذ أن

---

[1]–موضوع، تعريف القانون المدني، مريم أبو غياضة ،2022/4/24، 16:30، https://awdoo3.com/ تعريف القانون المدني.

[2]– دليلة بعلوش ، مدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، محاضرات مقدمة لغلبة السنة الأولى جذع مشترك، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014–2015، ص 14.

[3]–يحي قاسم لي، مدخل للدراسة العوم القانونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، كوميت للتوزيع، كلية الحقوق جامعة عدن،1997،ص69

كثيرا من المؤلفين الانجلوساكسون يستخدمون مصطلح القانون المدني CIVIL LAW للتعبير عن النظام القانوني المستمد من القانون الروماني، وذلك مقابل النظام القانوني الذي يقوم على الشريعة العامة COMMON LAW.[1]

ويعد ذلك حدث العديد من التطورات الأخرى على مصطلح القانون المدني حتي يصبح مرادفا للقانون الخاص، وبناء على ذلك ظهر العديد من الفروع الأخرى التي تفرعت عن القانون الخاص، كالقانون التجاري والقانون الزراعي والقانون البحري والقانون الجوي، هذه الفروع أخذت الكثير من أحكام القانون المدني أسست أغلب قواعده على نظرياته، ونتيجة ذلك أصبح القانون المدني قانون الأصل والشريعة العامة المختص بتنظيم جميع العلاقات القانونية الخاصة، ومعني ذلك أن قواعده تطبق على جميع أفراد الدولة على اختلاف طوائفهم ومنهم، وذلك على اختلاف الفروع الاخرى التي تختص أحكامها بتنظيم طوائف معينة كالتجار او مهن تتناول أوضاعا وحالات محددة، ومما يميز القانون المدني أنه يتم الرجوع إليه في حال عدم تنظيم القوانين الاخرى لأي مسألة فهو قانون الأم لجميع فروع القانون الخاص.[2]

الفرع الثالث: أهمية القانون المدني

تكمن أهمية القانون المدني في تفوقه في الفن القانوني عن سائر فروع القانون، حيث أعد نموذجا استهدف به القوانين الأخرى في تطورها واستعارت من نظمه وقواعده ما سمحت به طبيعتها:

-ان قواعده تخاطب جميع الأفراد في المجتمع دون استثناء ، بغض النظر عن طوائفهم

-انه يشمل المبادئ القانونية العامة أو المشتركة بين جميع فروع القانون الخاص.

-أن قواعده هي المرجع، حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها[3].

-وتكمن اهميته أيضا في كونه يشجع التعاون بين الافراد ،وردع السلوكيات الغير اخلاقية الأنشطة التجارية .

---

[1]-المعرفة القانون المدني (النظام القانوني) ،القانون المدني -نظام قضائي-،2022/4/24، https://www ,marefa/org/. القانون المدني التعلم القضائي.17:36

[2]-سطور، ما هو القانون المدني، كتاب سطور ،2022/4/24 ، 17:40; SOTOR .

[3]- محمد العايب، مذكرة مدخل للعلوم القانونية، مذكرة لطلبة السنة الاولى (م.ج.1) جذع مشترك علوم اسلامية، جامعة باتنة1،كلية العلوم الإسلامية، 2020/2019،ص26.

-حماية الشركات الصغيرة من استغلال الشركات الكبيرة لها، وذلك فيما يتعلق بأمور ثمن السلع والخدمات التي وقعت في العقود .

- الحفاظ علي التوازن الدقيق بين حرية التعبير عن الرأي وحقوق الأفراد وخاصة فيما يتعلق بقضايا التشعير، إذ يشجع القانون وسائل الإعلام على تقديم معلومات دقيقة يسمح للأفراد بالتأكيد من أي معلومات يرونها كاذبة، وعادة ما يعوض الافراد مبالغ مالية كبيرة في تلك القضايا، وذلك لأن الأمر متعلق بسمعة الافراد ومكانتهم في المجتمع.[1]

بالإضافة الي ذلك نجد في بعض المراجع اهمية أخري:

-القانون المدني يعتبر الأساس القانوني الذي يستند عليه في العديد من الأمر والمسائل التي تعض أمام القضاء ولا يكون لها نص خاص ينظم النزاع المعروض.

-احكام القانون المدني كانت تنظم مواضيع الاحوال الشخصية والعينية ولكن مع التقدم الذي لحق بالجميع بكافة مجالاته سياسية واجتماعية واقتصادية تم فصل الاحول الشخصية عن العينية وبقي مقصر علي الاحوال العينية، والاحوال الشخصية تم تنظيمها في قانون خاص منفصل.

-القانون المدني هو أصل كل فروع القانون الخاص بكافة أنواعه.

-وعاد القانون المدني غير مقتصرة على فئة معينة من الأفراد في المجتمع وانما تبق على كافة الأفراد دون استثناء.

-الأحكام الواردة في القوانين المدنية المعاصرة ماهي إلا قواعد وأحكام مستمدة من القانون المدني القديم بحيث أنه يتم أخذ ما هو مناسب للوقت الذي تم تعديل القانون فيه.

-يستمد القانون المدني معظم قواعده من الفقه الاسلامي والمبادئ العامة للقانون[2]

الفرع الرابع: مصادر القانون المدني

هذا ما جاء في المادة الاولى من القانون المدني الجزائري يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحوها. واذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضي المبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضي العرف.

فاذا لم يوجد فبمقتضي المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.[3]

---

[1]-الموضوع، تعريف القانون المدني، المرجع السابق

[2]- يوميات ودق، موقع سابق.

[3]-المادة 1 من القانون المدني الجزائري

اولا: القانون

1-التشريع:هو عمل اصيل للسلطة التشريعية يمكن للدولة من خلال هذه السلطة من سن قواعده قانونية تسمي قوانين في شكل تقنيات من شأنها المحافظة علي النظام العام والآداب العامة للدولة والمجتمع.

إن هذا التعريف بقودنا الى مفهوم ضيق الا وهو أن التشريع محصور بقواعد المتعلقة بالمحافظة على النظام والآداب العامة، بينما التشريع اوسع من ذلك فهو يمتد لمجالات اخري ، ونذكر على سبيل المثال القواعد المكملة والتي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها رغم كونها نصوص تشريعية.[1]

ونجد ايضا تعريف اخر للتشريع (القانون المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة.)

كما يعرف كذلك انه قيام سلطة مختصة (السلطة التشريعية) بوضع قواعد ملزمة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا للتنظيم العلاقات في المجتمع.[2]

أ)خصائص التشريع

-**التشريع يضع قاعدة قانونية :** معني ذلك ان التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة ولذلك لا يعتبر تشريعا او قاعدة تشريعية الامر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته او متعلقا برابطة او واقعة معينة بذاتها، لان مثل هذا الامر بالرغم من صدوره عن سلطة عامة مختصة بإصداره.

فالتشريع بالمعني الشكلي هو عبارة عن النص او الحكم الذي يصدر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية ولو لم تتوفر فيه خصائص القاعدة القانونية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية علي الاحكام التي لا تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية رغم

---

[1]- كريمة بوديسة ،المصادر الرسمية للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون دولي خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة اكلي محند اولحاج البويرة ، الجزائر، 2016،ص7

[2]-شريف هنية بلال سليمة، ملخص مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، تخصص سنة اولى، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي -البليدة2، الجزائر ، بدون سنة، ص12

صدورها عن سلطة التشريعية ، وبهذا فإن التشريع الذي هو مصدر رسمي للقاعدة القانونية لا يمكن ان يكون كذلك الا بمعناه الشكلي والموضوعي معا.[1]

في حين انه لا يمكن وصف التشريع من الناحية الموضوعية علي الاحكام التي لا تحمل خصائص القاعدة القانونية رغم انها صدرت عن السلطة التشريعية.

وهذا هو الرأي الذي اخذ به المجلس الدستوري بشأن النص الذي صادق عليه المجلس حيث يقول المجلس الدستوري(ان النص الذي صادق عليه المجلس الشعبي الوطني في 22 يوليو1989م ، والذي عنوانه قانون يتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني غير مطابق للدستور من حيث تقديمه في شكل قانون ، فيما يخص الاحكام التي تتعلق بالنظام الداخلي فقط.[2]

-التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة

حيث أنه لا يمكن تخيل وجود تشريع الا من خلال صدوره في شكل مكتوب ، والكتابة بمفهومها واسعا لمختلف الاجراءات والشكليات الواجب اتباعها من قبل السلطة المختصة بإصدار التشريع فصدور التشريع في وثيقة مكتوبة حقق بذلك العديد من المزايا التي اعطته مرتبة التفوق بالنسبة للمصادر الاخرى للقانون، ومثال ذلك تميزه عن العرف .

في هذا صدد يجب التفرقة بين شروط الكتابة في التشريع ،وبين التقنين من جهة اخري والذب هو يتمثل في جميع القواعد القانونية المتصلة بفرع واحد من فروع القانون الوثيقة واحدة.

التجميع هو الذي تقوم به السلطة المختصة بالتشريع، وليس الذي يقوم به شخص او هيئة غير رسمية ومختصة بالقيام بذلك الاجراء .

-صدور التشريع عن السلطة المختصة

يجب ان يصدر التشريع عن طريق سلطة مختصة في الدولة مثلا البرلمان ولكن تحديد السلطة التي تملك اصدار وتشريع هو أمر يتفاوت بحسب اختلاف الدولة، بينما أن تحديد من له حق التشريع من السلطات الدولة راجع لظاهرة تدرج التشريعات.[3]

---

[1]-احمد محمد الرفاعي ،المدخل للعلوم القانونية، برنامج دراسات القانونية، كلية الحقوق ،جامعة نبها،2008/2007 ،ص117

[2]- كريمة بوديسة ، المرجع السابق،ص7

[3]- كريمة بوديسة ، المرجع نفسه،ص12

بمعنـي أن، الـذي يتـولى وضـع التشريـع اي كتابتـه بألفـاظ فنيـة قانونيـة دقيقـة محـددة سلطة عامـة مختصة بذلك ولا يحق لأي جهة أو سلطة غير مختصة وضع التشريع، وهذه السلطة المختصة بإصدار التشريع هي أساس السلطة التشريعية التي تتولي وضع التشريع العادي.

ولكن اذا كانت مهمة وضع التشريع موكلة الى السلطة التشريعية، فإن ذلك ليس الشكل الوحيد لإصدار التشريع. قد يصدر ايضا عن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أو من ينبه في ذلك.[1]

بالإضافة الى ذلك فإن هناك ما يسمي بالدستور وهو يأتي في قمة الهرم التشريعي حيث يعلو الدستور على كل من التشريع العادي الذي يصدر من التشريع العادي الذي يصدر من مجلس الشعب والتشريع الفرعي الذي يصدر عن السلطة التنفيذية. والدستور قد يوضع من قبل الحاكم أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو في صورة تعاقد بين الحاكم والشعب أو قد يوضع عن طريق استثناء شعبي مباشر.[2]

ثانيا: الشريعة الإسلامية

إن وضع مبادئ الشريعة كمصدر يعتبر في الحقيقة توفير المعين لا ينصب يمكن الأخذ منه باستمرار وفي جميع المجالات إذا قدر حق قدره واستغله استغلال حقيقيا وهذا يتوقف على نظرة واضع التشريع إليها، والمجال الذي خصصه لها. وكذلك نظرة الفقهاء.[3]

فالشريعة الاسلامية تعتبر مصدر رسمي اصلي في مسائل الأحوال الشخصية، والمقصود بمسائل الأحوال الشخصية وفقا لقضاء محكمة النقض هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليه أثر قانونيا في حياته الاجتماعية. ككون الإنسان ذكرا أو انثي وكونه زوجا أو ارملا أو مطلقا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، كذلك في المسائل الاحوال العينية فتشمل كل الأمور المتعلقة بالمسائل المالية بحسب الأصل.[4]

---

[1]–احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص120

[2]–احمد محمد الرفاعي، المرجع نفسه، ص120

[3]–مبارك صائغي، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،ص10

[4]–احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق،ص177

ثالثا: العرف

يستعمل لفظ العرف احيانا من جانب البعض من الشراح للدلالة على معني واسع جدا، حيث يقصد به كل قواعد القانون التي تستمد من أفعال أو ممارسات تحدث في وسط اجتماعي وبغير تدخل السلطة التشريعية.

وبمعني ضيق واكثر تحديدا هو اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة اعتيادا مصحوبا بالاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم وبأن مخالفته تستوجب الجزاء المادي ويتبين من هذا التعريف الدقيق للعرف كمصدر للقانون. فهو لا يقوم فقط على عنصر المادي الذي يلزم الأفراد على سلوك معين أو انما يقوم أيضا علي عنصر معنوي، وهو الاعتقاد يلزم هذا السلوك. ولكي يطلق علي سلوك ما مصطلح العادة لا بدا من توفر ما يلى:

-قديمة تم العمل بها لمدة طويلة ولا يوجد تحديد زمني معين لهذه العادة.

-أن تكون العادة عامة وهذا نفس ما قيل عن العمومية في القاعدة القانونية.

-أن تكون العادة ثابتة أي يتبعها الاشخاص بانتظام دون انقطاع.

-أن لا تكون مخالفة للنظام العام و الآداب العامة في المجتمع.[1]

ربعا: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إن إحالة الى المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعني الزام القاضي ان يجتهد حتي يصل الى حل النزاع وفقا لما جاء في المادة الاولى من القانون المدني ولم يكن من المعقول تمكين القاضي من الاجتهاد لو ان التشريع كاملا لا يشوبه اي نقص, اذ أن القاضي ليس له الحق الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني وإلا اعتبر مرتكبا للجريمة انكار العدالة والقاضي يبحث عن الحل مستعينا بالقوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية وأحكام القضاء ويكونوا بحثه قائم على اساس موضوعي وليس ذاتي.[2]

إن القانون الطبيعي وقواعد العدالة بمثابة دعوى للقاضي للاجتهاد فوضعها ضمن المصادر الرسمية للقانون المدني ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر، فبدلا من أن يقول المشرع للقاضي: اجتهد في حل النزاع فيؤخذ على علي قوله أنه يعطي للقاضي سلطة التشريع مع أن وظيفته هي تطبيق القانون

[1]- دليلة بعوش ، المرجع السابق، ص19

[2]- دليلة بعوش ، المرجع نفسه، ص20

وليس خلقه قال: بحكم القاضي وفق القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليصل الى نفس النتيجة ويعطي للقاضي ستارا يستتر به حين يجتهد فهو يجتهد للكشف عن القانون الطبيعي مع أنه لن يصل إليه، وكل ما يطلب منه حين يجتهد أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص.[1]

المبحث الثاني: دور الفقه الاسلامي في التشريع المدني

ان الفقه الاسلامي كان ولا يزال مركز اهتمام الفقهاء واهل القانون ككل لأنه يعتبر المصدر الرسمي للقاعدة القانونية المدنية حيث تم استنباط جميع احكام القانون المدني منه اي هو القانون الحاكم والمنظم للعلاقات التي تنشأ سواء بين الافراد او بين الناس، ومع تطور العصور وظهور مصادر اخري تتماشي مع التطور المجتمعات تراجعت مكانة الفقه الاسلامي ليصبح مصدر احتياطي مكمل ومفسر للقاعدة القانونية ومن هنا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول تحت عنوان الفقه الاسلامي في العصر القديم والثاني في العصر الحديث.

المطلب الاول: في العصر القديم

الفرع الاول: ارتباط الفقه بالكتاب والسنة

ان الفقه الاسلامي مستنبط من الكتاب والسنة في جميع احكامه وذلك لقوله تعالى "فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول"، والرجوع الى الكتاب والسنة دليل على انهما يشتملان على حكم شيء قال ابن القيم " فكل ما تنازع فيه المؤمنون من المسائل الدين دقه وجله جليه وخفيه، ولم لم يكن في كتاب والسنة بيان حكم ما تنازعوا فيه ولو لم يكن كافيا لم يأمر بالرد اليه اذا من الممتنع ان يأمر الله تعالى بالرد عند النزاع إلا من لا يوجد عنده فصل النزاع...

فقد كانت نصوص الكتاب والسنة مادة الفقه الاولى كما كانت لها عند الفقهاء وعنهما جاءت بقية الاصول الاخرى.

فهذا ابو حنيفة يحدد منهجه من خلال قوله في بيان اصول الاستنباط عنده" اخذ بكتاب الله اذا وجدته فما لم اجد فيه اخذت بالسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثار الصحاح التي فشلت في ايدي الثقات فاذا لم اجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله اخذت بقول من شئت ،ثم لا اخرج من قولهم الى قول غيرهم، فاذا انتهي الامر الى ابراهيم، والشعبي ...وعدد رجلا فلي ان اجتهد كما اجتهدوا ".لكنه تعرض الى انتقاد من القاضي عياض قد اثبت في كتابه ترتيب المدرك ان ابا حنيفة يقدم القياس والرأي علي

[1]–احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص181.

الكتاب والسنة فقال " واما ابا حنيفة فانه قال بتقديم القياس والاعتبار على السنن والاثار فترك نصوص الاصول وتمسك بالمعقول، واثر الرأي والقياس والاستحسان ثم قدم الاستحسان على القياس ، فابعد ما شاء ."

وقال الشافعي في بيان اصوله: "الاصل قرأن وسنة فإن لم يكن فقياس عليهما ، واذا اتصل الحديث عن رسول الله وصح الاسناد فهو المنتهي ، والاجماع اكبر من الخير المفرد، والحديث عن ظاهره واذا احتمل المعاني فما اشبه منها ظاهره اولاه به واذا تكافآت الاحاديث فأصحها اسنادا اولاها وليس المنقطع بشيء ماعدا منقطع ابن المسيب ولا يقاس اصل على اصل ، وكثيرا ما نهي الناس عن تقليده او تقليد غيره.[1]

وهناك عدة قوانين مدنية عربية اثر عليها الفقه الاسلامي وهي

اولا: القانون المدني الاردني

ويعتبر القانون المدني الاردني من القوانين السباقة في الاعتماد علي الفقه الاسلامي واعتباره مصدرا رسميا لأحكامه، وقد بين ذلك رئيس مجلس الأعدان الاردني بقوله :"لأول مرة في تاريخ العرب الحديث تدوم المملكة الاردنية الهاشمية بإعداد مشروع قانون مدني بتناول احكام المعاملات مستمدة من الفقه الاسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائما مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الزمان.

ومما يدل على مدى تأثير أحكام الفقه الاسلامي في مصادر القانون المدني الاردني ما يأتي:

1-ان مجلة الاحكام العدلية وهي مستمدة من الفقه الحنفي فضلا عن كونها مصدرا تاريخيا للقانون المدني الاردني مازالت مطبقة ومصدرا للأحكام القضائية في الامور التي لا تتعارض مع احكام القانون المدني، وهو ما نصت عليه الفقرة 1 من 1448 يلغي العمل بما يتعارض مع احكام هذا القانون من مجلة الاحكام العدلية.

2-كانت الشريعة الاسلامية مصدرا تاريخيا لمعظم القواعد القانونية الواردة في القانون المدني الأردني، وليس هذا فحسب بل ان احكام الفقه الاسلامي تعتبر مصدرا يعتمد عليها القاضي عند انعدام النص القانوني فإذا لم يوجد حكم قانوني يعالج الواقعة المعروضة امام القاضي فمبادئ الشريعة الاسلامية

[1]-حورية تاغلابت، الفقه الاسلامي بين الاصالة والتجديد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه واصوله، تخصص الفقه والاصول، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر،2007-2008، ص51

الواجب اللجوء إليه والفرق بين أحكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة ان احكام الفقه الاسلامي مدونة في الكتب الفقهية.[1]

المطلب الثاني: في العصر الحديث

تنص غالبية التشريعات العربية في مدوناتها المدنية على أن الفقه الاسلامي باعتباره مصدرا تفسيريا يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع و من بين النصوص العربية المدنية التي أيدت ذلك واختلفت في ترتيب ووضع الفقه الاسلامي بين المصادر الأخرى نجد:

أولا: جمهورية مصر العربية

القانون المدني المصري رقم131 لسنة 1948 تنص المادة الأولى الفقرة الأولى :"تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه يحكم القاضي بمبادئ الشريعة الاسلامية...".

ثانيا: المملكة الأردنية الهاشمية

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 حيث تنص المادة الثانية على أنه: "تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها و معانيها ولا مساغ في مورد النص

فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ...".

ثالثا: الجمهورية الجزائرية

القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58-75 الصادر في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، حيث تنص المادة الأولى على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها

فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فإذا الم يوجد حكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة "

[1]– rohile gharaibe ،مجلة علمية عالمية محكمة، في الدراسات الإسلامية،العدد6،ايار2017، جامعة أل البيت، الاردن،1976، ص250

و من خلال هذه النصوص المدنية السالفة الذكر يتضح أن غالبيتها يستخدم مصطلح الشريعة الاسلامية ، بينما البعض يستخدم مصطلح الفقه الاسلامي، لكن كلاهما يعتبر مصدرا احتياطيا مفسرا للقاعدة المدنية .[1]

حيث نصت المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون المدني الأردني يرجع في فهم النص و تفسيره و تأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الاسلامي ، و من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الأردني قد ألزم القاضي بإعمال فهمه للفقه الاسلامي حينا يمارس عمله على منصة القضاء .

ذلك ما جاء به الحكم رقم 2450 لسنة 2017– محكمة التمييز بصفتها الحقوقية الصادرة بتاريخ 2017/8/13: "وحيث أن الشخصية لا تبدأ إلا بتمام ولادته حي و تنتهي بموته وفق أحكام المادة 1 الفقرة 30 من القانون المدني وأن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون من حيث الوصية والوقف وفق احكام الشريعة الاسلامية فإن مقتضي ذلك ان له اهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة له نفعا محضا اما اذا ولد ميتا اعتبر كان لم يكن اي ان ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته حيا .

ولما كان الثابت ان المميزة لا تلتزم بدفع التعويض الا للشخص نتيجة وفاته وان شخصية الحمل المستكن لم تبدأ بعد فإن ما يترتب على ذلك انه لا مجال للتطبيق احكام الفقه الاسلامي والشريعة الاسلامية نتيجة وفاته في بطن امه حتي يصار الى الحكم بتعويض للورثة نتيجة وفاته في بطن امه ".

الفرع الأول : الفقه الاسلامي بين الذاتية و الموضوعية

الذاتية تعني الأخذ بالإرادة الباطنة أكثر منها الماديات الملموسة ، و يأكد البعض هذه النزعة المادية للفقه الاسلامي من خلال تعرضه لعيوب الارادة حيث أنها تتدرج من النزعة الذاتية إلى النزعة المادية في القوانين الحديثة الغلط ، التدليس و الاكراه ، فالغلط هو أشد هذه العيوب الذاتية ثم يليه التدليس الذي يصاحبه طرق احتيالية خارجية و هذا ما يجعله يتدرج من الذاتية إلى الموضوعية ، ثم إلى التدليس الاكراه فهو رغبة تقوم بالنفس ولكن مصدر هذه الرهبة في العادة شيئا ماديا فيسير هذا الاكراه بذلك خطوة أبعد من التدليس نحو الموضوعية و الفقه الاسلامي يعتد بهذه العيوب جميعا لكن بترتيب عكسي حيث يقدم الاكراه عن سائر عيوب الارادة بسبب هذه النزعة الموضوعية و سبب تفسير ميول الفقه الاسلامي نحو الموضوعية أكثر منها إلى الذاتية هو أن الشريعة الاسلامية ترسخ مبادئ الاستقرار

[1] حسن حسين براوي، تأثير الشريعة الاسلامية على القانون المدني القطري، تم الاطلاع عليه في 2022/6/6،الساعة 17:20 International review of law

في المعاملات قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه..." وهذا ما عمدت أغلب التشريعات الموضوعية في النصوص القوانين الخاصة بها من اشتراطات شكلية يجب توافرها في بعض العقود مثل عقد الهبة و الوصية و الكفالة.

الفرع الثاني: تقنين بعض قواعد الفقه الاسلامي

لم يكتفي المشرع الأردني بالدور المكمل و الدور التفسيري بل أفرغ العديد من الأحكام الفقهية الاسلامية في مواد القانون المدني جعلها نصوص قانونية تحتل المرتبة الأولى كتشريع للقاضي أثناء النظر في الدعوى و مثال تلك الأحكام الفقهية ما يلي: "لا يجوز الاجتهاد مع وجود نص".

وهذا دليل على أن هناك مصاد أساسية و مصادر إضافية ، قال الشافعي :(أجمع الناس على أن من استبانت له سنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم و لم يكن له أن يدعها القول أحد من الناس و هذا دليل على أنه لا يوجد اجتهاد مع نص صريح).

الجواز الشرعي ينافي الضمان

مفاد هذه القاعدة أنه اذا كان الانسان يمارس حقه دون تعسف فلا يلزم بالضمان لو أن أحدا تم الاضرار به جراء استخدام هذا الحق ن وقد نص فقهاء الشافعية على مضمون هذه القاعدة بصيغة أخرى عبر عنها العلامة بدر الدين الزركشي الشافعي بقوله : "المتولد من مأذون فيه و أثر له بخلاف المتولد من المنهى عنه ".[1]

[1]–حماة الحق، الفقه الاسلامي كمصدر للقانون المدني ، (ندافع عن الحق) ، 2022/6/4 ، 01:30.

الفصل الثاني

الحيازة والكفالة في التشريع المدني والفقه الإسلامي

الفصل الثاني: الحيازة والكفالة في التشريع المدني والفقه الإسلامي

إن موضوع هذا الفصل هو "الحيازة"و "الكفالة" دراسة مقارنة بين التشريع المدني الجزائري والفقه الاسلامي، واخترنا هذا الموضوع لما له من أهمية في وقتنا الحالي، فبواسطته يتمكن الفرد من اكتساب ملكية الشيء سواء كان عقارا أو منقولا، بطريقة نظامية وبسيطة.

فالمشرع الجزائري قد تعرض لها في أسباب كسب الملكية ووفر لها حماية خاصة، واعتبرها سبب لكسب الملكية. كما ان الكفالة نص عليها المشرع الجزائري وحدد لها قواعد واحكام تضبطها في القانون المدني.

أما الفقه الاسلامي فقد تعرض هو بدوره بدراسة هذان الموضوعان، وقد تكلم جانب فقهي منه صراحة عن موضوع الحيازة والكفالة واعتبرهما موضوعان اساسيان للقيام العلاقات بين الناس.

ومن هنا سنتناول في المبحث الاول موضع الحيازة في كلا النظامين من خلال تعريفها، وشروطها، وآثارها إلى جانب دعاوي حماية الحيازة.

وخصصنا المبحث الثاني لدراسة الكفالة دراسة مقارنة بين التشريع المدني والفقه الاسلامي من خلال تعريفها واثارها واركانها.

المبحث الأول: مفهوم الحيازة في التشريع المدني والفقه الاسلامي

لقد لاقت الحيازة اهتماما واسعا من قبل التشريع والفقه، نظرا لأهميتها في المجتمعات، وفصل القانون في احكامها وتناول إشكالاتها وفصل جزئياتها.

وكذلك الفقه الاسلامي قام بدراستها دراسة موسعة ودقيقة ، وذلك لما لها من أهمية في التعامل بين الأفراد،

ومفهوم الحيازة يضمن تعريفها ويبين شروطها وآثارها وكذلك تبيان الدعاوي الخاصة بها.

المطلب الأول: تعريف الحيازة في التشريع المدني

تعريف الحيازة يتطلب الاحاطة بمفهومها لغويا، وفقهيا أي التطرق إلى معظم التعاريف التي تناولها الفقهاء.

الفرع الأول: تعريف الحيازة لغة و اصطلاحا

لغة: حاز ، يحيز، حيزا، حيازة ،حائز ،محيز، يتحيز، حيزا، انظم عليه موافقا له في الرأي.

مصدر حاز حيازة الجل: ما في حوزته من مال أو عقار.

حوز: مصدرها حاز، ما يحتاجه الانسان لنفسه من الأرض ويبني حدوده ويقيم عليها الحواجز .[1]

اصطلاحا

المشرع الجزائري لم يعرف الحيازة وترك تعريفها للقضاء ، الا انه أشار اليها في شكل نصوص تنظيمية وذلك في الفصل الخاص بأسباب كسب الملكية في المواد من 808 إلى 834قانون مدني جزائري.

حيث عرفها الفقه على أنها واقعة مادية، تتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء الحائز وتمنح للحائز حماية قانونية تمكنه من مواجهة الغير حتى ولو كان غير مالك.[2]

الفرع الثاني: شروط الحيازة وأثارها.

أولا: شروط الحيازة

بالرجوع إلى نص المادة808قانون مدني جزائري:" لا تقوم الحيازة على عمل يأ تيه الغير على أنه مجرد رخصة أو على عمل يتحمله على سبيل التسامح.

إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"[3].

وحتى تكون الحيازة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ،يجب أن تكون خالية من العيوب المنصوص عليها في نص المادة السابقة.

ومنه شروط الحيازة هي:

- وضوح الحيازة.
- استمرار الحيازة.
- ظهور الحيازة.
- هدوء الحيازة.

---

[1]-أحمد العايب، وآخرون, المعجم العربي الاساسي(للناطقين بالعربية ومتعلميها ،المنظمة العربية للتربية والثقافة و العلوم)،جامعة الدول العربية مصر سنة 1989,ص371-493.

[2]-عدلي أمير خالد اكساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية2003، ص5. ،

3-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

1- وضوح الحيازة: ويقصد به أن تكون الحيازة خالية من العيوب والغموض واللبس إذا كانت نية واضع اليد تحتمل أكثر من معنى، مما يوقع الغير في الشك بشأن هذا الشيء .مثال :من توفي وترك منقولات بمنزله تكون حيازة لزوجته او وارث آخر، فالحيازة هنا تكون مشوبة بغموض ولبس فلا تصلح سبب لملكية تلك المنقولات. [1]

2- استمرار الحيازة: ومعنى ذلك هو أن تتولى أعمال السيطرة المادية التي يباشرها الحائز على الشيء في فترات متقاربة ومنتظمة ،فقد يستعمل الشيء بحسب طبيعته أكثر من مرة، فقد يكون كل يوم أو كل فصل أو كل موسم ،إذا كانت الحيازة متقطعة فهي لا تصلح لاكتساب الحق إلا من الوقت الذي استمرت فيه بدون انقطاع أو كان الانقطاع لفترات متقاربة. [2]

وعدم الاستمرار هو عيب مطلق يمكن لأي صاحب مصلحة التمسك به.

3- ظهور الحيازة: يقصد به أن الحائز يباشر الحيازة أمام الناس فلا تقوم الحيازة إلا إذا كانت مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية وهذا العيب يقع على العنصر المادي والغالب ما يكون عيب الخفاء في المنقولات إذ ان العقار يصعب حيازته خفية ومع ذللك يمكن تصور عيب الخفاء في حيازة العقارات في حالات شاذة منها: إذا تعمد جار المرور في أرض جاره في وقت لا يراه فيه المالك فالمرور هنا يعتبر معيبا بعيب الخفاء.[3]

والحيازة الخفية تكسب الحق مهما انقضى عليها الزمن كما يمكن للحائز الاستمرار في استعمال الشيء بقدر الحاجة إليه إلا انه لا يشترط أن يعلم المالك علم اليقين وإنما يكفي أن تكون من ظهور بحيث يمكن له أن يعلم بها .

و لا يجب استعمال الشيء دون انقطاع بل يكفي أن يستعمله كما يستعمله المالك في العادة.[4]

4-هدوء الحيازة: هو استعمال الشيء دون اللجوء إلى العنف والقوة، أما إذا حدث العكس فتتحول إلى حيازة مغتصبة ولا تنتج آثرها وتصبح غير صالحة للتقادم[5]

---

[1]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(أسباب كسب الملكية)سنة2007 ص847.

[2]-أنور طلبة، الحيازة، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، سنة2004، ص 23، 24.

[3]-مصطفى الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، الاسكندرية، سنة 2004، ص285.

[4]-أنور طلبة ، المرجع السابق، ص15

5-رمضان جمال كامل ، الحماية القانونية للحيازة،دون طبعة، دار الالفي للتوزيع، سنة 2002، ص169.

ثانيا: آثار الحيازة

نصت المادة 827ق.م.ج:"من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا بها صار له ذللك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة(15) سنة بدون انقطاع".

ومعنى ذللك أن كل شخص حاز حق عيني لمدة معينة حسب القانون أصبح مالكا له بعد مضي المدة التي حددها القانون ، لكن يشترط لتلك المدة أن تكون مستمرة وبون انقطاع[1].

تعريف التقادم المكسب

هو وسيلة لكسب ملكية العقار، اذا استمرت حيازته لمدة معينة ، عكس التقادم المسقط الذي ينقضي بمجرد السكوت أو التوقف عن استعماله لمدة معينة.

شروط التقادم المكسب

-لاكتساب ملكية منقول بالحيازة يجب توافر حسن النية والسبب الصحيح، فان اختلفا كان تملك المنقول بالتقادم الطويل المكسب.

-التقادم المكسب يرد على الحقوق العينية(كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار و المنقول حق الارتفاق الظاهر.....).

-التقادم المكسب لا يرد على الحقوق الشخصية (كحق المستأجر فإن حيازته عارضة مالم تتغير).

-يشترط ان تتوافر في الحائز الحيازة القانونية بعنصريها المادية أي وضع اليد و المعنوية وهي نية التملك.

يجب أن تكون الحيازة صحيحة خالية من عيوبها.

-عنصر المدة ضروري لاكتساب الحق بالتقادم ، والمدة هنا هي 15سنة كاملة منذ بدأ الحيازة الخالية من العيوب، وبما أن عنصر المدة ضروري فيحسب باليوم، فمثلا: اذا كان آخر اليوم الذي يكمل مدة التقادم هو يوم عطلة رسمية يتعذر فيه اتخاذ اجراء قاطع للمدة ويعتبر بمثابة قوة قاهرة و يمتد التقادم إلى أول يوم عمل ببعد العطلة.

[1]-القانون المدني، المادة827.

أثر وقف التقادم

-يترتب على وقف التقادم عدم احتساب المدة التي وقف سريان التقادم فيها ضمن مدة وضع اليد، فمثلا اذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير فظل واضعا يده تسع سنوات ثم مات المالك وورثه قاصر ولم يعين له وصيا الا بعد ثلاث سنوات من موت المورث فان التقادم يقف سريان مدة 3 سنوات وتحسب المدة التي سبقت 3 سنوات.

-وأثر وقف التقادم هو نسبي لا يسري إلا على الأشخاص الذين خول لهم القانون ذلك.

الفرع الثالث :دعاوي حماية الحيازة في التشريع الجزائري

أولا: دعوى استرداد الحيازة: هي دعوى موضوعية تتخذ صورة الإلزام، حيث يتمسك فيها المدعي بحيازته التي سلبت منه ويطلب الحكم بجزاء هاذا الاعتداء، وهو جزء عيني يتمثل في إعادة اعادة الشيء إلى أصله [1]،وهذا ما نصت عليه المادة 819ق.م.ج:"للحائز أن يرفع في المعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة ‘على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هاذا الأخير حسن النية"[2]. وكذللك المادة 525ق.إ.م"يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة لعقار أو حق عيني عقاري ممن اغتصبت منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه ،وكان له وقت حصول التعدي أو الإكراه الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني".[3]

ويتبين لنا من نص المادة 819ق.م.ج سابقة الذكر الشروط الواجب توفرها في دعوى استرداد الحائز:

1-أن يكون المدعي حائز لعقار: يشترط أن يكون المدعي حائز للعقار وقت فقده بصورة صحيحة ولا يشترط فيه أن يكون حسن النية فللحائز أن يرفع الدعوى ولو كان سيء النية.

2-استمرار الحيازة مدة سنة: يجب أن تكون حيازة المدعي قد استمرت سنة كاملة دون انقطاع قبل فقد الحيازة، ويجوز الاستغناء عن هاذا الشرط في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الحيازة قد فقدت بالقوة.

الحالة الثانية: إذا كانت حيازة المدعي أفضل من حيازة المعتدي.

3-فقد الحيازة: يشترط لاسترداد الحيازة، أن تكون قد سلبت بطريق غير مشروع.

---

[1]-رمضان جمال، المرجع السابق، ص207.

[2]-المادة819، القانون المدني الجزائري.

[3]-قانون الإجرآت المدنية و الادارية، رقم 08-09،المؤرخ في 25 فبراير 2007، سنة 2008.

4-رفع دعوى خلال سنة من تاريخ فقد الحيازة: يشترط لرفع دعوى الحيازة أن تكون خلال سنة من تاريخ فقد الحيازة إذا كانت علانية، أما إذا كانت خفية فتسري من تاريخ اكتشاف الخفاء أي من الوقت الذي يعلم فيه الحائز بعقد الحيازة.[1]

ثانيا: دعوى منع التعرض

نصت عليها المادة 820ق.م.ج" من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض".[2]

ولدعوى منع التعرض شروط حتى يتمكن الحائز من رفعها وهذه الشروط هي:

1-حيازة عقار

-أن يكون المدعي حائزا لعقار حيث أن دعوى الحيازة ل اتحمي حيازة المنقول.

-أن يكون حائزا حيازة قانونية مستوفية الشروط والصفات القانونية التي يؤدي استمرارها الى اكتساب الحق بالتقادم.[3]

2-استمرار الحيازة مدة سنة كاملة

يجب أن تكون حيازة المدعي قد استمرت مدة سنة كاملة بدون انقطاع قبل حصول التعرض.

3-ان يحدث تعرض في الحيازة

التعرض هو كل عمل مادي أو تصرف قانوني يتضمن ادعاء يتعارض مع حق الحائز في حيازته.

4-رفع الدعوى خلال سنة

أي أن يثبت المدعي أنه حاز العقار لمدة سنة كاملة باستمرار ودون انقطاع وقت وقوع التعرض مما يؤهله من رفع دعوى بمنع التعرض خلال السنة التالية، وهذا ما نصت عليه المادة820 سابقة الذكر[4].

---

[1]-همام محمد محمود الزهران، الحقوق العينية الاصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، سنة2007، ص210، 215، 216، 224

[2]-المادة 820 ، قانون مدني جزائري.

3-همام محمد محمود، المرجع السابق، ص89.

[4]-رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص272،271.

ثالثا: دعوى وقف الأعمال الجديدة

تناولها المشرع ضمن نص المادة 821ق.م.ج"يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء اعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت ولم ينقضي عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر[1]

وللقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمانا لإ صلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرار الأعمال كان على غير أساس وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال

كلها أو بعضها باستمرار للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائي في مصلحته".

".ومما سبق فدعوى وقف الأعمال الجديدة هي الدعوى الي يتمسك بيها المدعي بحيازته القانونية التي تهددها أعمال جديدة يقوم بها المدعي عليه بحيث لو تم إنشائها لمست وأخلت بتلك الحيازة مطالبا الحكم بوقف هذه الأعمال.[2]

المطلب الثاني: في الفقه الاسلامي

الفقه الاسلامي لم يعترف بالحيازة بالوضع الذي تعرفه القوانين الوضعية كسند لملكية العقار حسب رأي بعض الفقهاء ،لكن بطرحنا لهذه التعاريف أدناه ، فسنرى أن كل من الفقه الحنفي والمالكي والإباضي قد تكلموا عن الحيازة على النحو التالي:

الفرع الاول :تعريف الحيازة في الفقه الاسلامي

1_تعريف الحيازة في الفقه الحنفي والشافعي

كل من المذهب الشافعي و الحنفي لم يستعملوا كلمة حيازة واستعملوا كلمة يد إلا بالنسبة للمال الذي لا مالك له ويجعلون من كلمة اليد أو الحيازة معيار لتحيد كل من المدعى والمدعى عليه ، ويطلقون لفظ الخارج على المدعى أي الذي لا يملك مال بيده، ولفظ الداخل بالنسبة للذي يضع يده على الشيء محل الحيازة ألا وهو المدعى عليه.

2–المادة 827 قانون مدني جزائري.

[2]–رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص271.

ومما سبق ذكره وحسب رأي فقهاء المذهبين فيمكن القول أن الحيازة تعني وضع اليد على موضوع الحيازة ، كما يجعلون من اليد معيار لتحديد كل من المدعي والمدعى عليه.

2_تعريف الحيازة عند الفقه المالكي

إن مدونة الامام مالك هي الاساس لوضع الشروح التي وضعها الفقهاء ومن ذلك:

يعرف زروق الحيازة بقوله: "الحيازة هي وضع اليد على الشيء "[1]

ويعرف الدردري الحيازة فيقول: "الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستلاء عليه والتصرف فيه بالسكن أو الإسكان أو الزرع والغرس أو البيع أو الهدم أو البناء".

وكذلك يقول الشيخ علي الصعيدي: "الحيازة هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحاز كتصرف المالك في ملكه بالبناء و الغرس و الهدم وغيره من وجوه التصرف".

ومنه نستخلص مما سبق أن الحيازة في المذهب المالكي هي وضع اليد على العقار والاستلاء عليه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.[2]

3_تعريف الحيازة عند المذهب الحنبلي

لم يختلف فقهاء المذهب الحنبلي عن المالكي في تعريف الحيازة إلا في في أمر واحد ألا وهو فكرة التنازع.

فالحيازة في الفقه الحنبلي هي وضع اليد على العقار و التصرف فيه تصرف المالك في ملكه مدة طويلة ليس فيها منازع كما هي في الفقه المالكي[3]

الفرع الثاني: شروط الحيازة وآثارها في الفقه الاسلامي

أولا: شروط الحيازة: هي نفس الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري، وهي على النحو التالي:

-وضوح الحيازة.

-استمرار الحيازة.

-ظهور الحيازة.

-هدوء الحيازة.

---

[1]-الحيازة في المذاهب الفقهية الاسلامية، https :llwww.startimes.com ،تم الاطلاع عليه 2022/6/5، 11:21

[2]- الحيازة في المذاهب الفقهية، المرجع السابق.

[3]-الحيازة في المذاهب الفقهية، المرجع نفسه.

1-وضوح الحيازة: وتعني يجب أن يكون مالك العقار المحاز عالما بحيازة الغير له، أي يجب أن تكون الحيازة واضحة فالفقه الاسلامي خاصة المذهب المالكي قام بتقسيم الحيازة و تصرفات الحائز فيما يخص مسألة اللبس إلى درجات حيث قسم ابن رشد الحيازة >إلى ستة أقسام ونقلها عنه الحطاب في قوله :"الحيازة تنقسم إلى ستة أقسام هيهي حيازة الأب عن ابنه وحيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغيره وحيازة القرابة فيما لا شك بينهم فيه وحيازة الموالي والأختان فيما لاشك بينهم فيه وحيازة الأجانب والشركاء وحيازة الأجانب فيما لاشك بينهم فيه".

إن الأساس الذي اعتمد عليه الفقهاء في تقسيم الحيازة إنما يقوم على الصلة بين الحائز و المحوز عليه وإن هذه الصلة تنشأ من أسباب ثلاثة:

1-الصلة بين الشركاء في الملكية لعقار بواسطة أحد الشركاء أو بعضهم.

2-الصلة بين الاصهار

3-صلة القرابة كما هو الحال بين الأب والابن أو بين الأصول والفروع بصفة عامة.

2-استمرار الحيازة: اشترط الفقهاء استمرار حيازة الشخص للمال الذي بحوزته مدة معينة مع استمرار القيام بأعمال الحيازة كالاستعمال والتصرف.[1]

ويعد شرط المدة شرط أساسي لقيام الحيازة وقد حددها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "من حاز عقار شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به". ويتضح من هذا الحديث الشريف أن مدة الحيازة هي عشر سنين ولم يفرق الحديث بين مدة حيازة المنقول والعقار.

إلا أن فقهاء المذهب المالكي فرقوا بين المدة في حيازة المنقول والعقار فاعتبروا أن مدة عشر سنوات تكون فقط للعقار دون المنقول فتكون المدة في حيازة المنقول أقل من عشر سنوات.1

3-ظهور الحيازة: ويقصد بها في الفقه الإسلامي حضور المحاز عليه ومشاهدته لتصرفات وأعمال واضع اليد ويترتب على انعدام هذا الشرط في الفقه عدم الاعتداء بالحيازة.

4- هدوء الحيازة: ويقصد به سكوت المحاز عليه وعدم اعتراضه على الحائز وعدم مطالبته بحقه ويجب أن يكون هذا السكوت بلا مانع من إكراه أو خوف.

ولقد استعمل فقهاء المالكية عبارات كثيرة تعبر عن الإكراه أو الخوف .[2]

---

[1]-عدلي امير خالد، مرجع السابق،ص140-141.

[2]- عدلي امير، المرجع نفسه، ص132،81-133

ثانيا :آثار الحيازة في الفقه الاسلامي:

فيما يخص آثار الحيازة انقسم الفقهاء الاسلاميين إلى فريقين فالفريق الأول يقول بانها لا تنقل الملكية ولكنها تدل عليها والفريق الثاني يقول بأنها سبب من أسباب كسب الملكية وهي ناقلة لها وسنعرض آراء الفقهاء على النحو التالي:

الرأي الأول: يرون أن الحيازة تدل على الملكية لكن ليست ناقلة لها ، ومن أنصار هذا الرأي الفقه الحنبلي والفقه الحنفي والشافعي ،حيث يخلصون الى ان العقار المحاز يبقى في يد صاحبه مهما طالت عليه المدة وتعتبر الحيازة الطويلة قرينة على ملكية الحائز لما يحوزه لذلك فهي تمنع سماع الدعوى ضد الحائز.

الرأي الثاني: من انصار هذا الرأي ابن وهب وابن الحكم ،وبهرام وابن رحال ومن تبعهم وكذلك الفقه الاباضي، حيث يرون ان وضع اليد على الشيء سبب من اسباب تملكه وقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث النبوي الشريف: "من حاز شيئا عشر سنين فهو له". ويفهم من الحديث وجود مالك اهمال عقار واخر وضع عليه يده واخذه واستمر في حيازته مدة من المن في هذه الحالة يصبح واضع اليد اي الحائز احق بي من مالكه الاصلي . [1]

الفرع الثاني: دعاوي حماية الحيازة في الفقه الاسلامي

يحمي الفقه الاسلامي الحيازة بأنواعها الثلاث وذلك على النوع التالي:

أولا: دعوى استرداد الحيازة

جاء الفقه في الشافعي: "لا يزول ملك المالك ما إن يشاء فلا يخرج المالك بالغصب".

وفي الفقه المالكي: يقول ابن فرحون "لو شهد شاهد أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يده فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يرده على المغلوب عليه.....والقاضي يرد يحكم برد المال المحاز في حالة ما يستولي عليه آخر"

وفي الفقه الحنفي يقول الكساني."رد العقار إلى ذي اليد الأولى إلى أن يتمكن المدعي عليه ذي اليد الحالية على العقار من إثبات انتقال العقار إليه بوجه شرعي". و معنى هذا أن الفقه الحنفي يحمي اليد الأولى وهذا ما يقره القانون في موضوع الحيازة.[2]

[1]–عدلي امير ، المرجع السابق،ص113،106.

[2]–عدلي امير ، المرجع نفسه، ص268.

ثانيا: دعوى منع التعرض

إن الفقه الاسلامي بمجموع مذاهبه و فقهائه يحمي الحيازة لذاتها، ومن ذلك نجد:

الفقه الحنفي: يرى أن للحائز حسن النية أن يطلب حماية حيازته ،يقول السرخسي: "إن دعوى الملك مقصودة لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه"

ويقول ابن همام: "لأن اليد حق مقصود".

الفقه الشافعي: قال الشافعي: "لو حضر رجلان وادعى كل منهما دارا وأنها في يده لم تسمع الدعوى وإن قال أحدهما هي في يدي وهذا يعترض علي فيها حق ويمنعني سكناها ما سمعت".

الفقه المالكي: قال ابن فرحون: "إذا كان أحد الخصمين غلب آخر على ما في يده فإنه يحكم على الغالب بأن يرده على المغلوب ويكون هذا المردود إليه صاحب اليد". ومعنى هذا أنه في حالة التعرض للحائز في حيازته يمنع التعرض برد الحيازة للمعترض له.[1]

ثالثا وقف الأعمال الجديدة

الفقه الاسلامي يعرف ما يشبه دعوى وقف الأعمال الجديدة فقد جاء في المدونة تحتي عنوان اقاف المدعي عليه عن العمل في الارض قال: "سمعت مالكا وقد اختصم عليه أي أرض حفرت فيها عين فادعى فيها رجل دعوى فاختصموا إلى القاضي المختص.....فأوقفهم.....وقال مالك قال أحسن حين أوقفها. ورأه قد أصاب.....وقال رأى أن يوقف فان استحق حقه والا بنيت، ولا توقفه الا ان يكون لدعوى هذا المدعي وجه".[2]

[1]–عدلي امير، المرجع السابق،ص269.

[2]–عدلي امير، المرجع نفسه،ص273.

المبحث الثاني: الكفالة في التشريع المدني والفقه الإسلامي

هناك عدة مواضيع تناولها الفقه الإسلامي والقانون المدني كل واحد على حدا من بينها الكفالة وهي من بين المواضيع التي كانت ضمن دراسة المقارنة، والتي ستكون موضوع دراستنا في هذا المبحث حيث قسمنا المبحث إلي مطلبين الأول الكفالة في التشريع المدني، والمطلب الثاني الكفالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الكفالة في التشريع المدني

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

اولا: تعريف الكفالة

نصت عليها المادة 644 من القانون المدني الجزائري:" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بان يعني بهذا تزام إذا لم يفي به المدين نفسه".[1]

من هذا التعريف يبين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين، بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته. ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدي دائن، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان[2] من خلال تعدد ضمانه العام، فبدلا من أن يضمن حقه بذمة مالية واحدة وهي ذمة المدين يصبح له حق ضمان عام على أموال مدين أخر وهو الكفيل وبالتالي تزيد من فرصة استفاء حقه نتيجة تعدد المسؤولين عن الوفاء بالدين، ولا شك أن هذا التعدد إنقاص للمخاطر التي قد يتعرض لها الدائن لو اكتفي بمساءلة مدين واحد فقط.

بالإضافة الى تعدد المدينين فالكفالة تتميز كذلك بقلة تكاليفها وبساطة إنشائها دون اللجوء الى الشكليات والاجراءات الطويلة والمعقدة التي تخضع لها الضمانات الاخرى، وهذه المميزات جعلتها من أكثر الضمانات انتشارا وتداولا في مجال الائتمان.[3]

---

[1]–المادة 644 قانون مدني جزائري.

[2]–نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية الرهن الرسمي –حق الاختصاص–الرهن الحيازي–حقوق الامتياز– الكفالة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص272

[3] – مريم الخوخ ، دور الضمانات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة لنيل شهادة دكتوره في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر2022،1–2021 ، ص15

كما أن الكفالة يمكن أن تكون بين البنك والعميل، حيث يمكن أن يقوم البنك بكفالة عميله فيتعهد بالوفاء بدين العميل فبل غيره إذ لم يقم به العميل بنفسه وبذلك يوفر الائتمان والثقة للعميل اتجاه غيره وللبنك مصلحة واضحة في هذه العملية التي لا تلزمه بتقديم نقود، ويتقاضى عنها عمولة لا تقل عن العمولة المستحقة في حالة القرض وفتح الاعتماد، حيث نجد أن القانون المدني الجزائري نظم عقد الكفالة في القانون المدني .[1]

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في التعريف السابق، وهو إذا لم يفي به المدين، إن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الاصل بالوفاء، فالتزام الكفيل التزامات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، وإنما يراد من هذا التعليق إبراز صفة الاحتياطية بالكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، بمعني أن الدائن ملزم بأن يطالب أولا المدين وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله[2].

ثانيا: خصائص الكفالة في القانون المدني

1-عقد الكفالة عقد رضائي

فلا يشترط فيه شكل خاص، فهو يمكن أن يعقد كتابة أو شفاه ولكن لابد فيه من نص صريح، فالكفالة الضمنية لا يمكن أن تقوم وذلك بسبب خطورة الأثار التي يمكن أن يرتبها هذا العقد في ذمة الكفيل، لذلك لابد أن تكون نية الكفيل واضحة لا لبس فيها. كما يذهب الفقه الى عدم التوسع في تفسير عبارة الكفالة لذلك لا تشمل الكفالة إلا اصل الدين. ولا يلزم الكفيل بتوابع الدين وفوائده إلا بنص صريح[3].

---

[1]- زينب عشور ، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخص قانون اعمال، قسم الحوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر- 2018-2019 ،ص16

[2]- اسماء براهم ، احكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة التخرج لشهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون اعمال، قسم العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 ،2014 2015 ، ص13

[3]-عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة-الوكالة -الكفالة، دون طبعة ، دار الثقافة، 2013 ،ص227

يشترط لانعقاد الكفالة صدور ايجاب وقبول العقد، وذلك بإحدى وسائل التعبير عن الارادة، وأن يتم تطابق الإيجاب والقبول على عناصر العقد الجوهرية، وذلك مثل العقود الاخرى، ويجب كذلك أن تتوفر في الكفيل الشروط المنصوص عليها في القانون خاصة في الكفيل الذي سيقدمه المدين كضمان لدينه.[1]

ينعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن، فلا حاجة في انعقاده الى شكل خاص. فالكتابة ليست شرط ضروري إلا للإثبات فهي ليست ضرورية لانعقاد الكفالة بل تنعقد بمجرد التراضي كما قدمنا، وتثبت بالكتابة، ولو كانت الكفالة عقدا شكليا لا تنعقد إلا بالكتابة كما انعقدت اذا لم توجد الكتابة لأن غير المنعقد لا يجوز اثباته اصلا.[2]

وهذا ما اكدته المادة 645 من القانون المدني الجزائري: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلي بالبينة.[3]

2-الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

لأن العقد لا ينشئ التزامات إلا في ذمة الكفيل، الذي يلتزم بالوفاء بالدين عند المطالبة. أما الدائن المكفول له فلا يلتزم بشيء بموجب عقد الكفالة. هذا هو الاصل، واكن ليس هناك ما يمنع من التزام الدائن بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته، فينقلب العقد الى عقد ملزم لجانبين، ويكون ذلك عادة عندما يحترف الكفيل أعمال كفالة الغير كالمصاريف. ولكن لا يخرج الكفالة عن أن تكون عقدا ملزما للجانب واحد التزام المدين المكفول بمقابل يدفعه للكفيل، فالمدين ليس بطرف في الكفالة وبالتالي يبقي العقد ملزما لجانب واحد. ولكن جواز التزام الدائن أو المدين يدفع مقابل للكفيل عن الكفالة يبقي محصورا في نطاق القانون التجاري والقوانين الخاصة بالبنوك.[4]

اي ان الكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يفى به المدين الاصلي. وإذا كان الاصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد، بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن، ولا يتم بإرادة الكفيل

---

[1]-سميرة حابي، اركان عقد الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج البويرة ، الجزائر 2015 ،ص13

[2]-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير(في التأمينات الشخصية والعينية)، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص24

[3]-المادة 645 من القانون المدني الجزائري

[4]-عدنان ابراهيم السرحان، المرجع السابق، ص228

وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن، فإذا اوجب الكفيل الكفالة وكان الايجاب غير ملزم كان الكفيل ان يرجع في إيجابه قبل صدور القبول من الدائن.[1]

3-عقد الكفالة عقد تابع

تعتبر هذه الخصية من أهم خصائص الكفالة، بل انها تعتبر المعيار الفاصل لتمييز الكفالة عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية. فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين. وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد التزام اصلي بين الدائن والمدين، لكي ترتكز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به.[2]

هذه الصفة تعتبر ضرورية بالنسبة للعقد الكفالة و هذا ما أكدته المادة 648 من القانون المدني الجزائري:" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا." وكذلك المادة 652 ف1 من نفس القانون "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول."[3]

ويقصد بها أن، ما يستحمله الكفيل من التزامات هو ناتج عن التزامات المدين الذي يكلفه، وهذا التزام بالتبعية ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع الى المدين المادة 660 من قانون مدني جزائري، وهذا الالتزام يكون متساوي مع الالتزام الاصلي حيث لا يجوز أن يكون أكثر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة وبشرط أهون حيث يمكن أن يلتزم الكفيل بجزء من الدين، كما أنه لا يكفل ما زاد على عبئ الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو سبب خطئه، ونتاج هذه التبعية أن الكفيل يستطيع التمسك بالدفوع التي تقدم للمدين الأصلي، وإذا أبطل الالتزام لزاما علي ذلك يسقط التزام الكفيل.[4]

4-عقد الكفالة عقد من عقود التبرع

إن أغلبية شراح القانون المدني يذهبون الى تصنيف عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له لأنه أخذ الكفالة مقابل الدين، كذلك بنسبة الي الكفيل الذي لم تتوفر لديه نية التبرع. لكن هناك مميزات ومعايير اخري في عقد الكفالة تجعله يتمني الى عقد التبرع.

---

[1]-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني جزء العاشر والأخير ،المرجع السابق، ص24

[2]-نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق،ص287

[3]-المادة 648 و652 ف1 من القانون المدني الجزائري

[4]- زينب عشور ، المرجع السابق ص11

إن اصل عقد الكفالة من عقود التبرع، التي لا يأخذ فيها أحد الطرفين وهو الكفيل مقابلا للضمان الذي قدمه للدائن و الذي لا يعطي فيه الطرف الأخر وهو الدائن مقابلا لهذا الضمان الذي حصل عليه، ولا يمكن الاعتراض على هذا القول بأن الدائن المكفول له لا يأخذ من الكفيل شيء يمثل قيمة مالية تدخل ذمته المالية فتزيدها عنصرا موجبا جديدا، لأن مجرد الضمان و الاطمئنان الذي يحصل عليه الدائن كاف لأن يكون منفعة قد حصل عليها هذا الأخير دون مقابل يدفعه للكفيل وليس في ما تقوله شيء جديد.

ومما يؤكد أن عقدا الكفالة من عقود التبرع، أن الدائن لا يعطي الكفيل شيئا يدخل ذمته المالية في مقابل الكفالة، فإذا كان البيع بالثمن مؤجل اخذ البائع الكفيل بالثمن، فكل ما أعطاه الدائن انما هو الشيء المبيع، وقد اعطاه الى المشتري و ليس الكفيل. لكن ليس هناك ما يمنع من أن ينقلب عقد الكفالة من عقود التبرع الى عقود المعاوضة، وذلك في حالة ما إذا قدما الدائن المكفول له مقابلا للكفيل لقاء كفالته خاصة إذا كان الكفيل يحترف كفالة الغير وهنا يخضع الأمر الى قواعد القانون التجاري، والاعتراف التجارية والمصرفية.[1]

ثالثا: شروط الواجب توفرها في الكفيل

1-يجب أن يكون الكفيل موسرا اي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك، والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبئ اثبات يسار هذا الكفيل ويسار الكفيل يقاس بما لديه من اموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله، ويستوي أن تكون هذه الاموال منقول أو عقارات شائعة أو مفرزة متي كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن.

ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت ان هذه الاموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو سهولة اخفائه او لأي سبب أخر، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين. وكذلك إذا كان المال مرهونا أو مثقلا بحق عيني أخر كحق الانتفاع، أن يستبعد من قيمته ما أثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك وتوفر صفة اليسار او الاقتدار في الكفيل مسألة موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع فقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان الكفيل الذي يريد المدين تقديمه موسرا أم لا.[2]

---

[1]-عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق ص230

[2]-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية والغير التبعية (الكفالة-الانابة-الناقصة-الضمان بمجرد الطلب)، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005 ، ص32

2-ويجب ان يكون الكفيل مقيما في الجزائر والحكمة من هذا الشرط واضحة وهي أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يفي المدين بالتزامه.

ويقصد بالإقامة في الجزائر هو أن يكون موطنا بالجزائر ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين كما تقضي بذلك نصوص التقنين المدني الفرنسي (م 218 مدني فرنسي). ولا يشترط ان يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبيا مادام مقيما في الجزائر أي له موطنا فيها. بل يكفي ان يكون للكفيل موطن مختارا في الجزائر يستطيع أن يعتمد عليه فيها ينشأ عن الكفالة علاقات.

كما يجب أن تتوفر في الكفيل اهلية الالتزام بالكفالة وذلك وفقا لما تقضي به القواعد العامة.[1]

رابعا: أركان عقد الرضا

1-الرضا

لكي تنعقد إلا بتراضي كل من الكفيل والدائن، فليس بلازما الحصول على رضاء المدين حيث لا يعد طرفا في هذا العقد. وقلنا أيضا أنه تجوز الكفالة بغير علم المدين ورغم

معارضته[2]، وهذا ما عززته المادة 647 من القانون المدني الجزائري: "تجوز الكفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته."[3]

والكفيل يتعهد بوفاء الدين إذا لم يفي به المدين، ولذلك يصح هذا التعهد حتي ولو لم يرض به المدين او عارضه. إلا أنه وطبقا للمبادئ العامة إذا اعترض المدين على الكفالة وأبلغ هذا الاعتراض للدائن فإنه يجوز عندئذ لهذا الدائن أن يرفض تعهد الكفيل.

ورضاء الكفيل بالكفالة يجب أن يتم بشكل واضح لا غموض فيه. يعتبر كفيلا من يقوم بالتوصية لدى الدائن بأن يثق بمدينه أو أن يعطي له معلومات فلا عن أمانته ويساره في المستقبل او أن يؤكد له هذا اليسار.

وهذا التراضي بأخذ أشكال عدة فقد يتم التراضي واضحا في عقد يبرم بين الكفيل والدائن، وقد يقوم الكفيل بالتوقيع على سند الدين باعتباره كفيلا. وقد يرسل الكفيل خطابا للدائن يعبر فيه عن رغبته ورضائه بكفالة المدين. نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من ذلك بل اكتفي فقط بما جاءت به القواعد العامة أي ما جاءت به المادة 60 من القانون المدني الجزائري وهو قد يكون صريحا وقد يكون

[1]-نبيل ابراهيم سعدن . المرجع السابق ، ص33

[2]-رمضان ابو سعود، التأمينات الشخصية والعينية، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة،مصر،2007 ، ص62

[3]-المادة 647 من القانون المدني الجزائري

ضمنيا، إلا أن عقد الكفالة يعتبر عقد تبرعي الذي يعبر عن خطورة ذلك بالنسبة للكفيل ويحمله التزامات يجب عليه أن يعبر عنها صراحة وبصفة قاطعة تدل على قصده.[1]

2- المحل

إن المحل في عقد الكفالة يمكن في تنفيذ الالتزام الاصلي، والوفاء به إذا لم يفي به المدين نفسه، وحيث يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي المكفول موجودا وصحيحا، وعلى ذلك إذا كان الالتزام الأصلي غير موجود، أو وجد ثم أبطل او وجد صحيحا ثم انقضي لا يكون لالتزام محل، ومن ثم يقع باطلا.

كذلك يشترط لصحة التزام الكفيل أن يكون محله معينا او قابلا للتعيين وهذا لتعيين او القابلية للتعيين مرتبط أيضا بالتزام المدين، أما شرط المشروعية مفروض دائما لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع في جميعا لأحوال.[2]

وقد نصت المادة 650 من القانون المدني الجزائري "على انه تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير انه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يرجع فيها في اي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، وقد نصت ايضا نفس المادة عن كفالة الالتزام الشرطي، اي أن الالتزام المدني المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ يمكن ضمانه بكفالة.[3]

3-السبب

الكفالة تبرعية كان السبب نية التبرع غذا أخذنا بالنظرية التقليدية للسبب اما إذا كانت الكفالة بعوض فإن السبب التزام الكفيل يكمن في وجود الالتزام المقابل الذي قد يتمثل في حصوله على مقابل للكفالة من الدائن او المدين. واذا كان المقابل الذي يحصل عليه الكفيل هو مبلغ تعهد به المدين المكفول او كان قد تعهد الكفيل بالكفالة قضاء لدين عليه ،ولم يحصل الكفيل على هذا المقابل او كان الدين باطلا

[1]-رمضان ابو سعود، المرجع السابق، ص63

[2]-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة-الانابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، المرجع السابق، ص51

[3]- زينب عشور ، المرجع السابق، ص16

فلا اثر لذلك على التزام الكفيل قبل الدائن ولذلك ذهب البعض إلا أن التزام الكفيل يعد هنا التزاما مجردا عن سببه.[1]

الكفالة قد تنعقد للمصلحة شخصين او لمصلحة الدائن او لمصلحة المدين، اذا كانت الكفالة تبرعا من الكفيل للدائن ويكون سبب الالتزام الكفيل هو نية التبرع كما ذكرنا سابقا، اما اذا كان الباعث الذي دفع الكفيل الى التبرع غير مشروع وكان الدائن علي علم به فإن الكفالة تكونوا باطلة.

اما في حالة انعقاد الكفالة للمصلحة المدين فقد يكون الكفيل تبرع للمدين بالكفالة فإن سبب التزامه يكونوا نية التبرع، وتكون الكفالة باطلة اذا كان الباعث علي التبرع غير مشروع وكان الدائن يعمل به مثال ذلك كفالة شخص امرأة دائنة للحصول علي رضائها بمعاشرته معاشرة غير مشروعة.[2]

الفرع الثاني: أثار عقد الكفالة

تتم الكفالة كما سبق ورئينا بين الكفيل ودائن كما انها تتم بعلم المدين ورغم معارضته، لذلك خصصنا هذا الفرع والذي تحت عنوان أثار الكفالة للتعبير عن العلاقة الكفيل بالدائن وعلاقة الكفيل والمدني.

اولا: العلاقة بين الدائن والكفيل

ان علاقة الكفيل بالدائن تكمن في جانبين الاول: وهو ان الدائن يطالب بحقه من الكفيل اي يطالبه بالوفاء وتنفيذ التزامه بالدين المكفول والجانب الثاني هو انا الكفيل يواجه هذه المطالبة وذلك من خلال الدفوع بغرض التأجيل هده المطالبة او ابراء ذمته كلا او بعضا من الدين المكفول، ويمكن للدائن مطالبة الكفيل بتنفيذ التزامه المتمثل في الوفاء بدين المدين في الحالات التالية:

1-حلول اجل الدين

فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا في الاجل المتفق عليه كما هو محدد في عقد الكفالة في حالة الكفالة المحددة او كما هو محدد بعقد الدين الأصلي في حالة الكفالة المطلقة.[3]

غالبا ما يكون اجل الالتزام الكفيل هو نفس اجل الالتزام المكفول إلا انه قد يختلف الاجلان باتفاق او بناء على واقعة اخري تؤدي لسقوط اجل التزام المدين فإن كان اجل التزام الكفيل مختلف عن اجل

---

[1]-رمضان ابو سعود، المرجع السابق، ص61

[2]-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية و العينية، القسم الاول، الطبعة الاولى، دار الهدي، 1992 ،ص54

[3]-همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دون طبعة، دار المعرفة الجامعية، 1999،ص121

التزام المكفول فان الأجل الممنوح للكفيل لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول الأجل المحدد لالتزامه لأن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخف عبئ من الالتزام الأصلي، ويستفيد الكفيل من لأجل الممنوح له .

وإذا حل التزام الكفيل قبل حلول التزام الاصيل، فغن اجل التزام الكفيل يمتد ليصبح متساويا مع التزام الاصيل، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول اجل الدين الاصلي وذلك لان التزام الكفيل لا يجوز ان يكون اشد عبئ من التزام الاصيل. هذا وان كان اتفاق بين الدائن و المدين على تعديل اجل التزام الاصلي يستفيد منه الكفيل ولكن لا يضار منه فإن مد اجل التزام اصلي فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة سواء كان مصدرها الاتفاق او القاضي ولا يجوز اي مطالبة قبل حلول الاجل المحدد.[1]

2-الرجوع على المدين اولا قبل الرجوع على الكفيل

نجد هذا الشرط في المادة 660 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.[2]

ومعني ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، وليس علي الكفيل ولكن يمكن للدائن الرجوع على الكفيل والمدين في آن واحد .

ثانيا: العلاقة بين الكفيل والمدين

تنص المادة 670 القانون المدني الجزائري على أنه يجب على الكفيل ان يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين او كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين و انقضائه. [3]

ان التزام الكفيل بمقتضي عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ الالتزام المدين، والوفاء به أن لم يف به المدين نفسه، فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل فهو التزام مصلحة له فيه. و لذلك فإذا وفي الكفيل الدين للدائن، كان في حكم من وفي دين غيره. ولهذا كان طبيعيا أن يعطي القانون الكفيل حق الرجوع على المدين.

والرجوع على المدين يفترض أن الكفيل قد وفي بالدين. ولذلك وتمشيا مع هذا المنطق فغن القانون المدني لا يعطي الكفيل حق الرجوع على المدين إلا إذا قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن. وذلك بخلاف

[1]- زينب عشور ، المرجع السابق، ص25

[2]-المادة 660 من القانون المدني الجزائري

[3]-المادة 670 من القانون المدني الجزائري

القانون المدني القديم الذي كان يجيز للكفيل ان يرجع على المدين في بعض الاحيان دون ان يكون قد وفي بالدين. وذلك في حالة ما إذا حل أجل الدين المكفول حتي ولو منح الدائن آجلا جديدا، وذلك حتي يؤمن الكفيل ضد خطر اعسار المدين المحتمل، وفي حالة إفلاس المدين وذلك لحماية الكفيل من شراكي الدائن في الدخول في التفليسة وبالتالي ضياع حقه ثم يحمل الكفيل تبعه ذلك. والقانون المدني الحالي قد قرر من الوسائل ما يكفل لحماية الكفيل من اهمال أو تقصير الدائن. فالدائن هو الذي يتحمل كل تقصير يصدر منه ويضر بالكفيل.

ولذلك فقد خول القانون المدني الكفيل ان ينذر الدائن بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من هذا الإنذار و إلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم له المدين ضمانا كافيا.[1]

المطلب الثاني: الكفالة في الفقه الاسلامي

الفرع الاول: مفهوم الكفالة

اولا: تعريف الكفالة

-**الكفالة لغة:** من كفل المال بالمال ضمنه وكفل عنه بالمال لغريمه ضمنه إياه. وتكفلت بالشيء معناه قد التزمته نفس. وهي في اللغة على سبعة اسماء وهي (زعيم-كفيل-قبيل -أدين-حميل-حبير-ضامن).[2]

وكذلك نقول: تكفل بالشيء الزمه نفسه وتحمل به، وتكفل بالدين التزم به ومنه قوله تعالى: "وكفلها زكريا". اي ضمنها الى نفسه. ونجد أيضا تكلفت بالمال التزمت به ألزمت نفسي به.[3]

الكفالة اصطلاحا: اختلفا الفقهاء في تعريف الكفالة

-عرفها الحنيفة بأنها: ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل بنفس أو دين أو عين فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل.

-وعرفها مالكية بأنها: التزام القيام بالشيء والاستطلاع به فهي ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة أو في حق اصل الدين.

---

[1]-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية والغير التبعية، المرجع السابق،ص60

[2]-بلال الانصاري، العقود المالية في الفقه الاسلامي دراسة فقهية علي المذاهب الأربعة، الطبعة الاولى، المركز القومي للارصدات القانونية، 2017 ،ص183

[3]-كمال لدرع، الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، ص584

-وعرفها الشافعية ب: التزام حق ثابت في ذمة الغير او احضار من هو عليه او عين مضمونة، ويسمي الملتزم ضامنا وضمنيا وحميلا وزعيما وكفيلا، والاصل فيه قبل الاجماع انه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال هل ترك شيئا قالوا لا، قال هل عليه دين قالوا ثلاث دنانير فقال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة هل يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه.

-وعرفها الحنابلة: ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام بالحق فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها.[1]

ثانيا: مشروعيتها وحكمها

1-مشروعيتها :الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع.

-من القرآن الكريم: قوله تعالى "كفلها زكريا" وهذه الآية تفيد بأن الكفالة مشروعة في الشرائع السماوية السابقة، ومارسها بعض الانبياء ولم يرد في القرآن الكريم ما يبطلها أو يحرمها.[2]

كذلك نجد قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وانبه زعيم". فقوله تعالى" وانابه زعيم" معناه انابه كفيل، وهذه الآية الكريمة ولئن كانت حكاية عما قاله عامر بني الله يوسف عليه السلام حينما فقد صواع الملك أنها تصلح دليلا على مشروعية الكفالة، ذلك لان شرع لنان خاصة إذا لم يرد في شريعتنا ما يخالفه، ولم يأتي في شريعتنا ما يخالف ذلك بل ما يؤيده وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.[3]

-ومن السنة: فهمنا ما رواه أبو داود و الترمذي وابن ماجه عن ابي امامة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: "الزعيم غارم"

فقد اخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأن الزعيم-وهو الضامن الكفيل- غارم، أي انه داخل في زمرة الغارمين، لأنه الزم نفسه ما ضمنه، الغارمون هم الذين يستحقون الزكاة، فدل ذلك على ان تحمل الكفيل للدين مشروع.

-ماروه البخاري بسنده الي سلمى ابن الأكوع، ان النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا: لا فصلي عليه، ثم اتي بجنازة أخري فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا:" نعم" ، قال: "فصلوا على صاحبكم"، قال ابو قتادة:" وعلى دينه يا رسول الله فصلي عليه".[4]

---

[1]-بلال الانصاري، المرجع السابق، ص183

[2]-كمال لدرع، المرجع السابق، ص585

[3]-عبد الله حسين الموجان، عقد الكفالة في الشريعة الاسلامية، طبعة الثانية، شركة كنوز المعرفة، 2001، ص13

[4]-عبد الله حسين الموجان، المرجع نفسه، ص14

الكفالة من الإجماع :

اما الإجماع فقد اجمع عله المسلمون في عصر صحابة وفي كل عصرا وذلك لحاجة الناس اليها ودفع الضرر عن المدين. كان بين على وابن عمر رضي الله عنهما خصومة فكفلة ام كلثوم رضي الله عنها بنفس علي رضي الله عنه وكفل حمزة ابن عمر رضي الله عنه وكذلك الأسلمي بتهمة رجل فستوصى به عمر رضي الله عنه، وان ابن مسعود رضي الله عنه لما استناب أصحاب ابن نواحة كفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام والمعني انه التزم تسليم ما هو مستحقه على الأصل.

وقد اجمع الفقهاء علي جواز الكفالة فلا خلاف بين الامة في جوازها وان اختلفوا في كثير من شروطها واحكامها، وذكر لما روي ان الأصل في الكفالة قبل الاجماع أخبار الزعيم غارم، وحديث ابو قتادة وبعث النبي صلي الله عليه وسلم و الناس يتكافلون فأقرهم عليه الناس من لدن المصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير.

2-حكمها:

الكفالة مستحبة، والأصل فيها التبرع، وهي نوع من الإحسان إلى المكفول، والتعاون على البر و التقوى داخل المجتمع الاسلامي .

-حكم مشروعيتها: يقول الإمام الشيرازي في المجتمع في المجموع شرح المهذب: أما حكم مشروعية الضمان (الكفالة) ما فيها من مصلحة ودفع الضرر واحياء حقوق العباد، ولأن الحاجة اليها ماسة إذ قد لا يطمئن البائع الي المشتري فيحتاج الى من يضمنه في الثمن، وقد لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يضمنه في البيع، وقد يريد الشخص ان يتداين من غيره وهو في حاجة الى ما يريد فلا يجد من يعطيه إلا بضمان خوفا من المماطلة او العدم او الجحد فيحتاج الى من يضمنه، فيحتاج لتلك الحاجة شرع الله تعالى الضمان ولرعاية مصالح عباده.[1]

الفرع الثاني: اركان الكفالة

1-الصيغة:

-عند المالكية والحنابلة: صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده ولا تتوقف علي قبول المكفول له ، لان الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده فيكفي فيه ايجاب الكفيل وحده فهو مجرد التزام صادر عن الكفيل بان يوفي ما وجب للمكفول له في ذمة المكفول

[1]-بلال الانصاري، المرجع السابق، ص186

عنها ووضع صاحب المعني الدليل على عدم رضي المكفول له وذلك للحديث ابا قتادة: انه ضمن من غير رضي المضمون له (المكفول له) ولا المضمون (المكفول عنه) فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم .

2-الكفيل:

-يجب ان يكون ذو اهلية ان يكون سليما عقليا فلا تصح الكفالة من المجنون او المعتوه.

الا ان الكسواني أجاز كفالة الصبي *وذلك* استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح معني هذا ان يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولو لها لطلبوا الولي عليه.

-ان يكون يتمتع بالحرية في تصرفاته فلا يجوز كان أو مأذونا له في التجارة لأنها تبرع.

وذهب الحنفية و المالكية و الحنابلة إلي أنه :تصبح كفالة المريض من مرض الموت بحيث لا تتجاوز مع سائر تبرعاته ثلث التركة ولا تزيد إلا بموافقة وإجازة من الوارث.

3-المكفول له: ويجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

-يجب أن يكون المكفول له معلوما للكفيل فلا يجوز للكفيل أن يكفل إنسانا مجهولا لأنه لا يتحقق المقصود من الكفالة .

-أن يكون المكفول له عقلا وبالغا . وذهب المالكية و الحنابلة وأصبح الأقوال عند الشافعية إلي عدم اشتراط البلوغ و العقل في المكفول لأن صيغة الكفالة عندهم تتم بإيجاب و الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول المكفول له فلا يلزم أن يكون المكفول له عاقلا بالغا.

4-المكفول عنه: أن يكون المكفول عنه معلوما للكفيل كما يجب أن يكون المكفول عنه راضيا بالكفالة.

وذهب فقهاء المالكية و الشافعية في الأصح و الحنابلة إلى عدم اشتراط معرفة الكفيل المكفول عنه للحديث المقدم من النبي صلي الله عليه و سلم :أقر الكفالة من غير أن يسأل الضامن هل يعرف المكفول عنه أم لا، ولأن الكفالة تبرع بالتزام بمال فلا يشترط معرفة من المتبرع به.[1]

[1]-بلال الأنصاري، المرجع السابق، ص193.

الخاتمة

الخاتمـــــة:

الحمد لله الذي بفضله تزيد النعم فالله الحمد على ما أنعمني به من توقيف في هذا البحث والذي بفضله تم دراسة واحياء احد المواضيع التي كانت خامدة وغائبة عن نظر الباحثين السابقين فبعدما استوفيت ما قصدت الى دراسته وما نحوت الى اتمامه، التنويه بدور الفقه في التشريع المدني، مع استخلاص النتائج التي توصلت اليها، وتقسيمها الى نتائج خاصة ونتائج خاصة بالفصل الاول واخري خاصة بالفصل الثاني بالإضافة الى بعض التوصيات.

النتائج العامة:

1-يتميز الفقه الاسلامي بخصائص ومميزات تجعله صالحا للناس في كل مكان وزمان والتي هيأته للبقاء والتطور.

2-الاجتهاد والتجديد هو الذي يحقق بقاء وتطور في الدين.

3-اصبح من الضروري فتح باب الاجتهاد والتجديد في العصر الحالي.

نتائج الفصل الاول:

1-تعرفنا على المفاهيم العامة والخاصة لكل من الفقه الاسلامي وهو الاحكام الشرعية العلمية المستنبطة من ادلتها التفصيلية.

والتشريع المدني الذي يعتبر مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الافراد والمجتمع كما تطرقنا الى معرفة مصادر القانون المدني ونشأته وتطوره.

2- كما تم التعرف على ان الفقه الاسلامي هو مصدر مستمد من الكتاب و السنة النبوية اي ان مصدر الفقه الاسلامي هو القرآن والسنة .

3-ان الفقه الاسلامي يلعب دورا كبيرا في التشريع المدني حيث انه يختلف باختلاف العصور ففي العصور الاولى كان يعتبر هو المنشأ للقاعدة القانونية المدنية وبعد تطور الظروف وتطور حاجيات المجتمع اصبح يلعبوا دور المصدر المفسر والمكمل للتشريع المدني.

نتائج الفصل الثاني:

1-من مواضيع القانون المدني التي اثر فيها الفقه الاسلامي اخذنا الحيازة والكفالة كمثال.

2-الحيازة والتي قمنا بتعريفها في التشريع المدني والفقه الاسلامي لغويا واصطلاحا.

3-معرفة شروط ودعاوى الحيازة في كلا النظامين حيث تم ذكر كل نظام .

4-كما تم التطرق الى تعريف الكفالة وخصائصها في التشريع المدني اولا ثم الفقه الاسلامي.

وتم التطرق الى اركان الكفالة في النظامين حيث وجدنا اختلاف كبير، فالفقه الاسلامي درس كل واحد على حدا اما التشريع المدني فقد درس العلاقة بين اطراف العقد تحت عنوان اثار عقد الكفالة.

5-ان الفقه الاسلامي اثر ولعب دورا كبيرا في موضوع الحيازة و الكفالة. حيث تطرق اليهم الفقه الاسلامي قبل ان يتطرق اليهم التشريع المدني.

التوصيات:

اول التوصيات التي يوصي بها هي الحث علي ان ينشط الجامعات والمؤسسات العلمية في دراسة و البحث في مثل هذه المواضيع لأحياء الفقه الاسلامي في نظام اداري.

كما توصي في هذه الدراسة ان يقوم بمراقبة المفتيين و منعهم من تفسير احكام الكتاب و السنة بالجهل.

كما توصي بطبع الفتاوى الجماعية و الفردية للتسهيل على الباحث الحصول عليها و العمل بها.

كما توصي بأحياء الفقه الاسلامي بتدريسه في الجامعات و جعله مادة مفردة.

الحث على الاجتهاد و التجديد يتماشى مع العصر الحالي و ذلك لبقائه على الفقه الاسلامي.

كما يوصى هذا البحث الى تقنين خاص بالفقه الاسلامي و الاعمال الفقهية و ذلك لضمان استمرارها و العمل بها في العصور القادمة.

تحويل الفقه الاسلامي الى واقع علمي.

وفي ختام هذا البحث نجد ان اهم ما يتوق اليه هذا البحث هو ان يؤتي التجديد والاجتهاد الفقهي ثماره وذلك بأن يتحول الى واقع علمي بالإضافة الى مزيد من البحث والدراسة في هذا الموضوع وضبطه.

وفي الأخير يبقي هذا العمل قابل للتمديد والاجتهاد فيه .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية:

-الأمر رقم75-58، المؤرخ في رمضان، عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

-قانون الإجرآت المدنية و الادارية ، رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2007،سنة 2008.

ثانيا: الكتب:

-أنور طلبة، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، سنة 2004

-الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق شيخ الأزهر، الفقه الاسلامي مرونته و تطوره، الطبعة الثالثة، سلسلة البحوث الاسلامية ، دون الطبعة.

-باقر شريف قريشي، الفقه الاسلامي ، تأسيسه ، دون طبعة، دار الهدي، 1386.

-بلال الأنصاري، العقود المالية في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإرصادات القانونية، سنة 2017.

-همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية و الشخصية، دون الطبعة، دار المعرفة الجامعية، سنة1999.

-همام محمد محمود الزهران، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة ، مصرن سنة2007.

-وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء الأول ، لطبعة الثانية، دار الفكر ، دون سنة.

-رمضان أبو سعود، التأمينات الشخصية و العينية، دون الطبعة، دار الجامعة الجديدة ، مصر، ستة2007.

-رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، دار الألفي للتوزيع، سنة2002.

-عباس حسني محمد، الفقه الاسلامي آفاقه و تطوره، الطبعة الثانية، دون دار النشر، 1414.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(أسباب كسب الملكية)، سنة2007.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر و الاخير،(في التأمينات الشخصية والعينية)، دون طبعة، دار احياء التراث العربين لبنان.

-عبد الله حسين الموجان، عقد الكفالة في الشريعة الاسلامية، طبعة الثانية، شركة كنوز المعرفة، سنة 2001.

-عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة2003.

-عدنان ابراهيم سرحان، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المقاولة، الوكالة، الكفالة، دون طبعة، دار الثقافة، سنة2013.

-عمر سليمان الأشقر، مدخل الى الشريعة الاسلامية و الفقه الاسلامي ،الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، دون سنة.

-كمال لدرع، الكفالة في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة.

-محمد سلام مدكور، مدخل للفقه الاسلامي (تاريخه، مصادره، ونظرياته العامة)،دون طبعة، دار الكتاب الحديث ، الكويت، دون سنة.

-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية و العينية، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، سنة1992.

-محمد كمال الدين إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامي مدخل منهجي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، دون سنة.

-مصطفى أحمد الرزقا، الفقه الاسلامي ومدارسه، الطبعة الأولى، دار القلم الدار الشامية بيروت، دون سنة.

-مصطفى الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، الاسكندرية ، سنة 2004.

-نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية و الغير التبعية (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2005.

-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية و الشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، دون الطبعة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007.

-يحي القاسم لي، مدخل لدارسة العلوم القانونية ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، كومت للتوزيع ، كلية الحقوق ، جامعة عدنن سنة 1997.

-يوسف القرضاوي، الفقه الاسلامي الأصالة و التجديد ، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، القاهرة.

ثالثا: الرسائل الجامعية:

– مريم الخوخ ، دور الضمنات الشخصية في تدعيم الائتمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2021–2022

– كريمة بوديسة ، المصادر الرسمية للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر للقانون، تخصص قانون دولي خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محمد او الحاج، لبويرة الجزائر،2016.

– أسماء براهم ، أحكام عقد الكفالة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لشاهدة الماستر في القانون ، تخصص قانون أعمال ، قسم العلوم القانونية و الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945، السنة 2014–2015.

– حورية تاغلابت، الفقه الاسلامي بين الاصالة والتجديد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه الاسلامي و أصوله ، تخصص الفقه و الأصول ، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة 2007–2008.

– سميرة حاني ، أركان عقد الكفالة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، في القانون عقود و المسؤولية ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أو الحاج، البويرة، الجزائر، السنة 2015.

– زينب عشور ، ضمانات منح القروض في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة 2018–2019.

–مبارك صانفي، مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، بحث للحصول على ديبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر.

محمد العايب ، مذكرة للعلوم القانونية، مذكرة لطلبة السنة الأولى (م، ج، 1)، جذع مشترك علوم اسلامية، جامعة باتنة1، كلية العلوم الاسلامية 2020/2019.

رابعا: المجلات:

Rohile gharaibe ،مجلة علمية عالمية محكمة في الدراسات الاسلامية ، العدد 6، ايار 2017

خامسا: المواقع الالكترونية:

على القانون القطري ، تم الاطلاع عليه في2022/6/6، –حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الاسلامية international review of law17:20.

–يوميات ودق، تعريف القانون المدني، موسوعة ودق القانونية للأبحاث و الدراسات و الاستشارات القانونية الشاملة ، تم الاطلاع في 2022/04/24، الساعة 16:20.

– موضوع ، تعريف القانون المدني، مريم أبو عياضة ، تم الاطلاع في 2022/04/24، الساعة16:30.

– المعرفة ،القانون المدني، (النظام القانوني)، القانون المدني –نظام قضائي– تم الاطلاع عليه في 2022/04/29، الساعة 17:36.

– حماة الحق ، الفقه الاسلامي كمصدر للقانون المدني ،(تدافع عن الحق)، تم الاطلاع عليه في 2022/6/4، الساعة 01:30.

https://www.startimes.com، الحيازة في المذاهب الفقهية الاسلامية ،تم الاطلاع عليه في 2022/6/5، على الساعة 11:21.

سادسا: المحاضرات:

–شريف هنية بلال سليمة، ملخص مقياس المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)،تتخصص سنة أولى ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة لونسي علي ، البليدة 2، الجزائر، بدون سنة.

–محمد أحمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، برنامج الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بنها ، 2007–2008.

سابعا: المعاجم والقواميس:

–احمد العايب واخرون، المعجم العربي الاساسي، للناتقين بالعربية ومتعلميها ، منظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم)جامعة الدول العربية.

الفهرس

الفهــرس

مقدمة: 1
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للفقه الإسلامي والتشريع المدني 5
المبحث الاول: ماهية الفقه الاسلامي والتشريع المدني 5
المطلب الاول: مفهوم الفقه الاسلامي 5
الفرع الاول: تعريف الفقه الاسلامي 5
الفرع الثاني: نشأة الفقه الإسلامي 6
الفرع الثالث: خصائص الفقه الاسلامي 8
المطلب الثاني: مفهوم التشريع المدني 10
الفرع الاول: تعريف التشريع المدني 10
الفرع الثاني: نشأة وتطور القانون المدني 11
الفرع الثالث: أهمية القانون المدني 12
الفرع الرابع: مصادر القانون المدني 13
المبحث الثاني: دور الفقه الاسلامي في التشريع المدني 18
المطلب الاول: في العصر القديم 18
الفرع الاول: ارتباط الفقه بالكتاب والسنة 18
المطلب الثاني: في العصر الحديث 20
الفرع الأول : الفقه الاسلامي بين الذاتية و الموضوعية 21
الفرع الثاني: تقنين بعض قواعد الفقه الاسلامي 22
الفصل الثاني: الحيازة والكفالة في التشريع المدني والفقه الإسلامي 24
المبحث الأول: مفهوم الحيازة في التشريع المدني والفقه الاسلامي 24
المطلب الأول: تعريف الحيازة في التشريع المدني..... 24

الفرع الأول: تعريف الحيازة لغة و اصطلاحا: 24
الفرع الثاني: شروط الحيازة وأثارها. 25
الفرع الثالث :دعاوي حماية الحيازة في التشريع الجزائري:..... 28
المطلب الثاني: في الفقه الاسلامي: 30
الفرع الاول :تعريف الحيازة في الفقه الاسلامي. 30
الفرع الثاني: شروط الحيازة وآثارها في الفقه الاسلامي:..... 31
الفرع الثاني: دعاوي حماية الحيازة في الفقه الاسلامي:..... 33
المبحث الثاني: الكفالة في التشريع المدني والفقه الإسلامي..... 35
المطلب الأول: الكفالة في التشريع المدني 35
الفرع الأول: مفهوم الكفالة 35
الفرع الثاني: أثار عقد الكفالة 42
المطلب الثاني: الكفالة في الفقه الاسلامي..... 44
الفرع الاول: مفهوم الكفالة 44
الفرع الثاني: اركان الكفالة 46
الخاتمـــــــة: 49
قائمة المصادر والمراجع:..... 52
الفهـرس 57
الملخص: 58

الملخص:

كخلاصة لفصلنا الأول الذي تناولنا فيها الاطار المفاهيمي للفقه الاسلامي والتشريع المدني، حيث ان الفقه الاسلامي انفرد بخصية الخلود والبقاء وصلاحيته لكل زمان ومكان ، وقد ساعد في تفعيل هذه الخصية وترجمتها الى ارض الواقع تنوع مصادر الاستنباط، منها التشريع المدني الذي يعتبروا تاريخا مجموعة من الافكار القانونية المستمدة من الفقه الاسلامي وكذلك من مجموعة المذاهب القانونية كالحق الطبيعي والتقنين.

ومن المفاهيم انتقلنا الي دور الفقه الاسلامي في التشريع المدني قديما وحديثا، حيث كان الفقه الاسلامي قديما منشأ للقاعدة القانونية من خلال الاحكام الواردة في الكتاب والسنة، لكن مع تطور الزمن ونظرا للبروز الوقائع والاحداث الجديدة لا توجد في الفقه الاسلامي ظهرت القوانين الوضعية وتنوعت منها التشريع المدني الذي استمد معظم نصوصه من الفقه الاسلامي.

وفي الفصل الثاني تناولنا الحيازة والكفالة دراسة مقارنة بين النظامين التشريع المدني والفقه الاسلامي عرفنا كل منهما علي حدا في كلا النظامين ، وبينا المواضيع التي تناولتها كل منهما، وخترنا هذا الموضوع لما له من اهمية في وقتنا الحالي .

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي – التشريع المدني– دور الفقه الإسلامي .

Abstract :

Asa summary of our first chapter in which we delat with the conceptual frameword and civil legislation, as islamic jurisprudence is unique in the characteristic of immortality and survival and its validity for every time and place, and has helped to activate this feature and traslatite it into on the ground, the sources of deduction are diverse, including civil legislation, which historically considered a set legal ideas derived from islamic jurisprugence as well as from a set of legal doctrines such as natural right and codification. From the concepts, we moved to the role of islamic jurisprudence in civil legislation, ancient and modern , where islamic jurisprudence was in the past the origin of the legal base through the provisioned in the quran and the sunnah ,but with the development of rass and due to the emergence of new facts and events that are not found in islamic jurisprudence, man-made archetypes appeared and civil ligislation varied among them.which derived most of its texts from islamic jourisprudence.

In the second chapter , we delat with al-habara and al-kafala, a comparative study between the rapid civil unions and the prescibed islamic jurisprudence

because of its importance in our time.we knew each of the shares separately in both systems, and we were the topics covered by each, and we freed this insertion.

Keywords: Islamic jurisprudence - civil legislation - the role of Islamic jurisprudence