

العنوان:	مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية : دراسة في التشريعين الأردني والكويتي
المصدر:	المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية
الناشر:	جامعة مؤتة - عمادة البحث العلمي
المؤلف الرئيسي:	الصرايرة، منصور عبدالسلام
مؤلفين آخرين:	الخليفي، رياض منصور(م. مشارك)
المجلد/العدد:	مج 5, ع 4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الشهر:	كانون أول / محرم
الصفحات:	11 - 62
رقم MD:	468256
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo, EcoLink
مواضيع:	الكويت ، الشريعة الإسلامية ، الفقه الإسلامي ، العرف، القانون المدني ، الأردن
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/468256

مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية

”دراسة في التشريعين الأردني والكويتي“

د. منصور عبد السلام الصرايرة (٥)

د. رياض منصور الخليلي (٥)

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٢/٧/٩ تاريخ القبول: ٢٠١٣/٣/٢٥

ملخص

يندرج القانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي تحت طائفة القوانين العربية التي التزمت أحكام فقه الشريعة الإسلامية الغراء في قواعدها ونصوصها، غير أن هذا لا يمنع نقد نصوص هذين القانونين إذا أصاب بعضها الخلل، سواء أكان خلافا في الصياغة القانونية، أو خلافا في الموضوع.

وقد تناول هذا البحث دراسة نقدية لمصادر القانون المدني الرسمية في التشريعين الأردني والكويتي، فبينما ما نعتقده خلافا في الموضوع والشكل في النصوص القانونية النازمة لهذه المصادر، مقترحين تعديلات أو نصوص بديلة، بحيث يتجاوز المشرع المدني سواء أكان في الأردن، أم في الكويت أوجه هذا الخلل.

الكلمات الدالة: مصادر القانون المدني، التشريع، الفقه الإسلامي، العرف، قواعد العدالة، القانون المقارن، المشرع الأردني، المشرع الكويتي.

(٥) كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.

(٥) كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Cash Audit on Official Sources of the Civil Law A Study in Jordanian and Kuwaiti Legislation

Abstract

Jordanian civil law and Kuwaiti civil law fall under a variety of Arab laws, which are committed to the provisions of the jurisprudence of Islamic Sharia in their bases and texts. However, this does not prevent criticism of the provisions of this Act if it creates some imbalance, whether an imbalance in the legal drafting, or an imbalance in the subject.

This research has addressed the critical study of sources of civil law in official Jordanian and Kuwait legislation, while we have pointed out what we believe an imbalance in the topic and the form in legal texts governing these sources, proposing some amendments alternative texts, beyond civil legislator, whether in Jordan, or in Kuwait of this imbalance.

Keywords: Sources of Civil law, legislation, Islamic jurisprudence, custom, rules of justice, comparative law, Jordanian legislature, Kuwaiti legislature.

المقدمة:

سنوضح مقدمة هذه الدراسة ضمن الفقرات السبع الآتية:

أولاً: فكرة عامة عن موضوع الدراسة

لقد أسهم الفقه القانوني المعاصر في بناء منظومة إجرائية متينة في ضبط آليات التقاضي وتتبع التفاصيل الإجرائية والشكلية المتعلقة بالدعوى المدنية، وذلك بدءاً من إجراءات الشروع في الدعوى، وكتابة وتحرير لائحته متضمنة بياناتها الأساسية، فضلاً عن تحرير النظم الإجرائية المعتمدة للمرافعات المدنية بما اصطلح عليه اسم (أصول المحاكمات المدنية) كما هو الحال في الأردن وسورية ولبنان، أو (قانون المرافعات المدنية والتجارية) كما هو الحال في مصر والكويت والبحرين، أو (قانون القضاء المدني)^(١)، ولا شك أن هذا النضج في الضبط الشكلي والإجرائي لنظرية الدعوى أدى إلى ترشيد مسار الدعاوى ولا يزال، بيد أن الملاحظ من الدراسات المتعلقة بنظرية الدعوى، أنها لم تتطرق إلى تأصيل المنهجية الأصولية لبناء المحتوى الموضوعي للدعوى المدنية نفسها،

(١) الزعبي، عوض أحمد (٢٠١٠). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، إثراء للنشر والتوزيع بالأردن، ومكتبة الجامعة بالشارقة، ط٢، ص١٠. وعبد

الفتاح، عزمي (٢٠١١). الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط٢، ص٨.

فإذا كان الفقه القانوني المعاصر قد أجاب وبإسهاب عن السؤال الآتي: كيف تبنى الدعوى شكلياً؟ فإنه أهمل بالمقابل الإجابة عن سؤال آخر لا يقل أهمية وهو: كيف تبنى الدعوى موضوعياً؟.

وتأتي هذه الدراسة بعنوان: "مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية في التشريعين الأردني والكويتي" في سياق التجديد النوعي والتطوير الموضوعي للمحتوى العلمي لنظرية الدعوى؛ ذلك أن المصادر الرسمية للقانون المدني تدور حول ثلاثة مصادر هي: التشريع، الفقه الإسلامي، والعرف. أما التشريع فهو النص القانوني النافذ في الدولة باعتباره مصدراً رسمياً أصلياً، وهو موضع اتفاق بين القوانين المدنية في تسميته وفي تقديمه على سائر مصادر القانون الأخرى، بينما نجد القوانين المدنية قد اضطرت في ترتيب المصادر الأخرى، فضلاً عن تسميتها^(١).

فقد رتب المشرع الأردني المصادر الرسمية ما بين مصادر رسمية أصلية واحتياطية، وذلك على النحو الآتي^(٢): التشريع (مصدر رسمي أصلي)، ثم الفقه الإسلامي (مصدر رسمي احتياطي)، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية (مصدر رسمي احتياطي)، ثم العرف (مصدر رسمي احتياطي)، ثم قواعد العدالة (مصدر رسمي احتياطي).

أما المشرع الكويتي فقد رتب هذه المصادر على النحو الآتي^(٣): التشريع، ثم الفقه الإسلامي، ثم العرف، وقد اعتبرها جميعاً مصادر رسمية للقاعدة القانونية، في حين أن المشرع المصري^(٤) خالف في ترتيب الأخيرين بعد التشريع، فذكر العرف، ثم الفقه الإسلامي، باعتبارهما مصادر أصلية، ثم ذكر مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، مشيراً إلى أنها مصادر احتياطية.

هذا وقد ذهب المشرع السوري^(٥) إلى ترتيب مغاير، فذكر التشريع، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، ومن ثم مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة.

(١) تجدر الإشارة أن قانون الموجبات والعقود اللبناني قد جاء خلواً من نص يحدد ويرتب المصادر الرسمية للقانون. تفصيلاً انظر: سلطان، أنور (٢٠٠٥)، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة السادسة.

(٢) انظر: نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني المؤقت رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٢٦٤٥، تاريخ ١/٨/١٩٧٦م، ص ٢، وأصبح قانوناً دائماً بعد إقراره من مجلس الأمة بموجب القانون المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٤١٠٦، تاريخ ١٦/٣/١٩٩٦م، ص ١٢.

(٣) انظر: المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م وتعديلاته، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٤٨)، تاريخ ١٧/٢/١٩٤٨م، ص ٥.

(٤) انظر: المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته، منشور في جريدة الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد (١٨)، تاريخ ١٣/٥/١٩٨٠م، ص ٣.

(٥) انظر: المادة الأولى من القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٤٩م وتعديلاته، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (٤٥)، تاريخ ٢٩/٥/١٩٤٩م، ص ٢.

أما المشرع العراقي^(١)، فرتب مصادر القانون المدني على النحو الآتي: التشريع، فالعرف، فمبادئ الشريعة الإسلامية، ومن ثم قواعد العدالة.

لقد أدت هذه الحالة المنهجية والتي تمثلت في الاتفاق على المصدر الأول (التشريع)، والاختلاف في المصادر الأصلية الأخرى إلى بروز ظاهرة الاعتماد العملي على التشريع وحده كمصدر أساسي وشبه مطلق يدور عليه البناء الموضوعي للدعوى المدنية، وحول هذا النص التشريعي تدور رحى المذكرات والدفع بين الخصوم، ثم تأتي الأحكام القضائية في عامتها لتفصل في المنازعات على أساس النص التشريعي، والذي يمثل بالنسبة للقاضي الملاذ الآمن والمنهج الأسلم من طعن الخصوم أو تعقب الرقابة القضائية عليه، ولا شك أن هذه المنهجية الأصولية شبه الفردية، قد شاعت في الدعاوى حتى باتت بحكم القانون العملي المستقر، وفي سياق هذه الحالة تراجعت العناية بتفعيل واستثمار المصادر القانونية الأخرى.

والحق أن الضرورة العلمية والحاجة العملية بشأن تطبيق هذه المنهجية الأصولية وتفعيلها في واقع الدعاوى المدنية لتؤكد، كلما تجددت الدعاوى المدنية والمنازعات حولها، ولا سيما آليات التعاملات المالية المعاصرة بمختلف مجالاتها وإجراءاتها العقدية وألقابها التجارية، الأمر الذي يصبح معه الاقتصار على النص (التشريع) أمراً معيياً شكلاً وموضوعاً، مما قد تضيع الحقوق بسبب التقصير في إدراك حيثيات الدعوى وتوصيفها الواقعي وآثارها القانونية؛ ذلك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فالتصور في تصور الواقعة يوجب الخطأ المنهجي في الحكم عليها.

وتأسيساً عليه، فقد كان لزاماً على الفقه القانوني المعاصر أن يعمل بجد نحو مراجعة وتقييم منهجية مصادر القانون المتفشية في عامة القوانين المدنية المعاصرة، وما تتسم به من قصور بالغ متمثل في الاعتصام بالنص القانوني على حساب إهمال المصادر الأخرى، وتقديم الحلول العملية لهذه الظاهرة الغريبة والتي باتت تتسع بالاضطراد مع مرور الزمن، وتشعب مجالات الحياة المدنية والتجارية، وآليات التنفيذ، وإجراءات العمل، وإنما يكون ذلك من خلال تفعيل المصادر القانونية الرسمية الأخرى باعتبارها بديلاً واقعياً عن النص القانوني "التشريع"، وهو المقصود الأساس من هذه الدراسة.

يجدر بنا التنويه هنا إلى أن هذه الدراسة تقتصر على تناول مصادر القانون المدني الرسمية سواء أكانت أصلية أم احتياطية، ومن ثم يخرج من نطاقها مصادر القانون المدني الاسترشادية أو التفسيرية المتمثلة في القضاء والفقه القانوني^(٢).

(١) انظر: المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م وتعديلاته، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٥٣)، تاريخ ١٩٥١/٧/١م، ص ٤.

(٢) انظر: المادة (٤/٢) من القانون المدني الأردني.

ثانيا: هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى:

١. إحداث مراجعة نقدية وتحليلية معمقة في المضامين العلمية لموضوع المصادر الرسمية للقاعدة القانونية في القانون المدني، وذلك بالرجوع إلى واقع نصوص بعض التشريعات المدنية المعاصرة، ولا سيما القانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي؛ بغية الخروج بنتائج وتوصيات تجيب على أوجه القصور التشريعي حول موضوع هذه الدراسة، والتي تركز على الدعوة لتجديد دراسة تلك المصادر وفق دراسة تأصيلية وتطبيقية شمولية، بهدف تنقيح المفاهيم العلمية لتلك المصادر من جهة، وللإستفادة من مصادر القانون الرسمية الأخرى غير التشريع في واقع التطبيق العملي لبناء الدعاوى والأحكام القضائية.

٢. كما تهدف هذه الدراسة إلى بيان الوضع القانوني القائم لهذه المصادر، إذ أن هناك عدم دقة في صياغتها وأولوياتها.

ثالثا: أهمية الدراسة

يمكننا إيجاز أهمية هذه الدراسة من واقع الجوانب الآتية:

١. بعث التجديد العلمي حول فكرة مصادر القانون المدني الرسمية بحيث يتم إعادة تناولها بصورة تأصيلية وعلمية غير مسبوقة بشقيها الموضوعي والشكلي.

٢. الكشف العلمي عن أوجه الاضطراب والخلل والتناقض في مفاهيم مصادر القانون المدني الرسمية.

٣. إن أهمية هذه الدراسة - برأينا - تكمن في بعث الروح في مصادر القانون المدني الرسمية الأخرى، وتفتح للفقهاء القانوني المعاصر آفاقا رحبة، إذ من المؤكد أن تعدد هذه المصادر وتنوعها يمنح الفكر القانوني ثراء أكبر وأفقاً أوسع في تشخيص الوقائع وصيانة الحقوق بأنواعها؛ تحقيقاً لاستخلاص العدالة طبقاً لظروف الواقعة وقرائن الحال، وهي الغاية الكبرى التي ما وضعت التشريعات إلا من أجل تحقيقها.

٤. كما تكمن أهمية هذه الدراسة بحمل القضاء على ضرورة إدراك الواقع العملي للدعوى المدنية المنظورة بكافة مستجداتها وتفصيلها الفنية، وعدم الاستسلام لنص التشريع، والاستكفاء به عن بقية المصادر الأخرى، وحسبما تقضي به أصول الحكم القضائي جبراً لا اختياراً، وبيان ذلك:

أن القاضي متى علم أن حكمه قد يطعن عليه من جهة منهجه الأصولي، وتحديدًا في مصادره الموضوعية، وأن ذلك ربما استحق بموجبه نقضه بأحد أسباب الطعن المتعارف عليها، مثل: الخطأ في تطبيق القانون، أو الخطأ في تأويله، أو الطعن بعدم الأخذ

بالدفع، فإن هذه الطعون منفردة أو مجتمعة تحمل القضاء بقوة المنهج الأصولي على الاحتراز منها، ولا يكون ذلك إلا برعاية تطبيق مصادر القانون الرسمية الأخرى، والترقي عن حالة التهميش والإهمال الضمني لها.

٥. كما أن مقام الخبراء واستشاراتهم الفنية إزاء المنازعات النوعية ستمثل بالنسبة للقاضي سنداً أساسياً لا مجرد رأي استشاري، وما ذاك إلا لاقتزان الخبرة بتحقيق مصدرية العرف باعتباره مصدراً رسمياً من مصادر القانون المدني، وأن الخبرة تمثل - وبحق - عينا من عيون القضاء في تطبيق القانون، وأنها أداة القاضي في صون حكمه القضائي عن الطعن في موضوعه، وليس ذلك بالطبع يؤثر في استقلالية القاضي في إصدار الحكم، فضلا عن حقه في استجلاء حقيقة العرف بانتداب خبراء آخرين حول الدعوى المدنية ذاتها.

رابعاً: مشكلة الدراسة

يمكننا تلخيص مشكلة الدراسة في الآتي:

١. إنه على الرغم من صدارة مواد التشريعات المدنية في البلاد العربية بالنص على المصادر الرسمية للقانون المدني، إلا أن الواقع العملي في الدعاوى قد انحاز في غالبه نحو أعمال المنهج الأسهل؛ وهو الاقتصار على أعمال مصدر التشريع، بينما لم تحظ المصادر الرسمية الأخرى بنفس درجة التفعيل والاهتمام، وذلك اكتفاء بمركزية النص القانوني، الأمر الذي انعكس على تراجع القوة الموضوعية للدعاوى المدنية؛ كنتيجة لتمحورها حول النص ودلالاته؛ مهما كان النص قاصراً أو غير مطابق للواقعة المدنية المعاصرة.

٢. كما أن تركيز الدعوى حول النص القانوني - مهما كان معيياً أو قاصراً أو غائباً عن مطابقة الدعوى المدنية - قد يؤدي إلى تضييع العدالة في العديد من المنازعات المدنية، ذلك أن تطبيق النص القانوني بما لم يوضع له أصلاً - لا قصداً ولا صورة - ولا سيما في مجال المعاملات المدنية المعاصرة، ربما أغرى الخصوم بتتبع الثغرات النصية في النصوص القانونية طلباً لتضييع الحقوق أو المماطلة في أدائها، بدلاً من تكريس إحقاق الحق وقصد العدالة بواسطتها.

٣. كما كان لضعف تفعيل بقية المصادر القانونية الرسمية الأخرى، مثل العرف، الأثر البالغ في التخلف الموضوعي لمنهجية بناء الدعوى المدنية عن مواكبة المستجدات المدنية المعاصرة، حيث أصبحت الدعاوى تتحصن داخل الحدود الضيقة للنص القانوني، الأمر الذي أضعف بدوره فقه الوقائع والعجز عن إدراك حقائقها وآلياتها؛ نظراً لقصد التحصن بحرفية النص القانوني.

٤. يضاف لمشكلة الدراسة من جهة مصادر، ما نلاحظه من غياب البحوث العلمية والدراسات التي تناولت موضوع مصادر القانون المدني بتحرير وتأصيل يليق بالبعد الأصولي لهذا الموضوع، فلا تكاد المصنفات القانونية على كثرتها تعنى بالدراسة التفصيلية لمنهج الاستدلال الأصولي بمصادر القانون، وخصوصاً الإجابة عن الأسئلة العلمية التالية: ما التعريف

العلمي المنضبط لفكرة مصادر القانون؟ ولماذا سميت مصادر؟ وما مدى حجيتها في بنية الدعاوى المدنية؟ وكيف يستفيد القاضي من هذه المنهجية في التوصل إلى الأحكام القضائية؟ والمقصود هنا، أن هذا الموضوع رغم أهميته وعظيم أثره، لم ي حظ بالتأصيل العلمي ولا العرض الموضوعي على الوجه اللائق بمنزلته في فقه القانون والقضاء على حد سواء، الأمر الذي يعد بحد ذاته مشكلة من مشكلات هذه الدراسة.

٥. وما يزيد المشكلة تعقيدا أننا نجد الدرس القانوني - ولا سيما في كليات الحقوق في العالم العربي - على الرغم من إشارات السطحية والمختصرة لمصادر القانون المدني للدارسين في مراحلهم الدراسية الأولى، إلا أن المنهج الدراسي، وعلى مدى سنوات الدراسة، ينزع نحو الإغراق في تعظيم حالة التمسك بالنص القانوني، واعتماد أساليب الحفظ النصي، والتعمق في دراسة الجوانب الشكلية والإجرائية للدعاوى المدنية، ويقابل ذلك غض الطرف عن تأهيل الدارسين بكيفية تفعيل مصادر القانون الرسمية الأخرى، وتدريبهم على كيفية استثمارها في بناء الدعوى المدنية، علما بأن هذا الهدف الأخير هو غاية الدرس القانوني ومنتهى قصده وأسمى مطالبه العلمية ومراميه التطبيقية في الواقع.

ولسنا مما سبق من المشكلات نبرئ ساحة القضاء لنلقي باللائمة على الخصوم أو وكلائهم، وإنما هذه الظاهرة المنحازة إلى التشريع دون غيره تسري على تطبيقات متعددة لدى جميع الأطراف ذات العلاقة بالدعوى كل بحسب طبيعته ودرجته وصفته. وتأسيسا على ما سبق، فإن مشكلة الدراسة تتلخص في: حاجة الفكر القانوني المعاصر لإحداث مراجعات نقدية تنصب على أصول القانون ومصادره الرسمية، وكيفية الاستفادة منها في مجال استنباط الأحكام القانونية فقها وقضاء، ومن ثم إسقاطها في بناء الدعوى المدنية لمواكبة المستجدات المعاصرة.

خامسا: منهج الدراسة

نظرا لما يتسم به موضوع الدراسة من جوانب منهجية تأصيلية وأخرى واقعية عملية، وما يتوقع أن ينتج من آثار ومفاهيم، فقد روعي في الدراسة تطبيق المناهج العلمية الآتية:

١. **المنهج الاستقرائي:** حيث تم استقراء مصادر القانون المدني الرسمية في عدد من القوانين المدنية العربية.
٢. **المنهج التحليلي:** حيث تم تناول دلالات المصادر القانونية بالتحليل والنقد والتقييم.
٣. **المنهج التأصيلي:** حيث تم تأصيل مفاهيم المصادر القانونية الرسمية للقانون المدني، مما يتيح تطبيقها بفاعلية وكفاءة في مختلف الدعاوى المدنية والمسائل القانونية.
٤. **المنهج المقارن:** حيث تولت الدراسة إبراز مجموعة من المراجعات النقدية للمصادر الرسمية للقانون المدني في التشريعين الأردني والكويتي، وفي عدد من التشريعات المدنية العربية.

سادسا: الدراسات السابقة

لم نقف - حسب علمنا واطلاعنا - في إطار بحثنا على من أبرز هذا الاتجاه الأصولي في دراسة علمية مستقلة، فضلا عن ضبط الموضوع بهذا العنوان: "مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية"، وإن كان ثمة بعض الباحثين^(١) قد تناولوا بصورة متجزأة ومستقلة الحديث عن بعض مصادر القانون، وذلك في سياق التأكيد على أهميتها، وهو اتجاه تفصيلي لما تضمنته مقررات المدخل أو أصول القانون من سرد عام لتعداد هذه المصادر وبيان مفهوما، ودون الدخول إلى عمق الأثر الأصولي في الاستدلال بمصادر القانون في بناء الدعوى المدنية، إذ أن ذلك لا يتناسب في العادة مع مستوى الدارسين في مراحلهم الدراسية الأولى.

وعليه، فإن هذه الدراسة -على الرغم من سبقها في موضوعها- فإنها تعمق الأهمية الموضوعية للاستدلال بمصادر القانون الرسمية الأخرى، كما تبين الأثر العملي للاستدلال بها في بناء الدعاوى المدنية.

سابعا: خطة الدراسة:

تحقيقا للأهداف المرجوة من هذه الدراسة، فإننا قسمنا خطتها على نحو منهجي متوافق مع عناؤها، فاشتملت خطة الدراسة على: مقدمة ومبحث تمهيدي ومبحثين وخاتمة.

أما المقدمة، فقد خصصناها لبيان الإطار العام للدراسة. وأما المبحث التمهيدي، فقد جاء تحت عنوان: "مفهوم مصادر القاعدة القانونية"، وفيه مطلبين؛ هما:

المطلب الأول: تحديد معنى مصدر القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة إنزال النص القانوني منزلة النص التشريعي.

ومن ثم جاءت الدراسة في مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: المراجعات الموضوعية لمصادر القانون المدني الرسمية.

المبحث الثاني: المراجعات الشكلية لمصادر القانون المدني الرسمية.

الخاتمة: وضمناها أبرز النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من خلال هذه الدراسة.

(١) انظر: فيغو، عبد السلام أحمد (١٩٩١)، ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية في جامعة القاضي عياض بمراكش، المغرب، العدد السادس عشر، ص ٤٣٦ وما بعدها. والخشروم، عبد الله (٢٠٠٠)، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع، ص ١١ وما بعدها.

المبحث التمهيدي مفهوم مصادر القاعدة القانونية

إن هذه الدراسة تقتضي منا أن نبين مفهوم مصادر القاعدة القانونية كمسألة أولية من شأنها إيضاح الصورة بخصوص تلك المصادر. وسنبحث هذا المفهوم من زاويتين وبإيجاز، هما: تحديد معنى مصدر القاعدة القانونية، ومن ثم بيان مفهوم قاعدة إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي.

لذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحديد معنى مصدر القاعدة القانونية

يطلق مصطلح "المصدر" مرادفاً لمصطلح "الأصل" في الدراسات القانونية، ويقصد بهما: ما يؤخذ منه الحكم القانوني فقها وقضاء، فالقاضي في طريقه نحو تكوين عقيدته بشأن الفصل في خصومة معينة، لا بد وأن يرجع إلى مصادر محددة يستقي منها حكمه^(١)، ذلك أن مصادر القانون بمنزلة الثوابت في النظام القانوني، ولا يتصور أن يقوم علم القانون على غير ثوابت تمده بالانضباط والموضوعية وتمنحه الثبات والاضطراد في أحكامه، فلو افترضنا أن القانون يقوم على متغيرات مطلقة، فإن ذلك يلزم منه نفي الانضباط العلمي عن مقررات الفقه القانوني، لأنه يتحول حينئذ إلى فوضى غير منضبطة ويستحيل البناء عليها.

وما دمننا بصدد المراجعة النقدية للمصادر الرسمية للقاعدة القانونية، فلا بد من أن نبين تعريف مصادر القانون في اللغة والاصطلاح ابتداءً، كي يتسنى لنا بعد ذلك تقييم تلك المصادر.

المصدر في اللغة مأخوذ من الصدر، وهو: أ على مقدم كل شيء وأوله وكل ما واجهك، من صدري صدر صدرا، وصدر السهم: ما جاز من وسطه إلى مستدقه، وسمي بذلك لأنه المتقدم إذا رمي، ومنه: التصدير للكتاب بمقدمة، والموضع مصدر، ومنه: صدر المطية، والصدرة من الإنسان: ما أشرف من أعلى صدره، ومنه الصدرة التي تلبس، والصدر بالتحريك الاسم من قولك: صدرت عن الماء وعن البلاد^(٢).

وعلى هذا فمصطلح المصدر يدل على ما يصدر عنه الشيء. ويمكننا تعريفه في اللغة بأنه: "ما يتفرع غيره عنه حتى يكون مستندا في وجوده إليه". وعند علماء اللغة: صيغة اسمية تدل على الحدث فقط^(٣).

(١) الزعي، عوض أحمد (٢٠١١)، المدخل إلى علم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع بالأردن، ومكتبة الجامعة بالشارقة، ط ٢، ص ٩٥. وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١٠٥-١٠٦.

(٢) الجوهري، أبو نصر إسماعيل الفارابي (دون سنة نشر)، الصحاح في اللغة، ج ١، ص ٣٨٢. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب (دون سنة نشر)، القاموس المحيط، ج ١، ص ٥٤٣.

(٣) مصطفى، إبراهيم وآخرون (دون سنة نشر)، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج ١، ص ٥١٠.

أما في الاصطلاح، فيمكن أن يؤخذ مصطلح مصادر القاعدة القانونية بمعانٍ متعددة، فقد يقصد بها الأصل المادي أو المضمون الذي تكونت منه هذه القاعدة، وقد يقصد بها الأصل التاريخي الذي أخذت عنه القاعدة ثم وضعت في صلب قانون معين، وقد يقصد بها الأصل الذي أعطى القاعدة بناء على ما قضى به المشرع قوتها الملزمة، وأخيراً قد يقصد بها المرجع الذي يلتمس عنده تفسير القاعدة القانونية عندما تحتاج هذه القاعدة إلى تفسير^(١).

هذا ولم نقف - حسب اطلاعنا - على تعريف علمي لمصطلح مصادر القانون ضمن المراجع التي تناولت النظرية العامة للقانون، بيد أننا - ولأغراض هذه الدراسة - يمكننا أن نستخلص لهذا المصطلح المحوري تعريفاً علمياً منضبطاً. وعليه، فإن تعريفنا لمصطلح مصادر القانون هو: "الأصول المرجعية التي تستمد منها الأحكام القانونية فقها وقضاء".

وعلى هذا، فإن مصادر القانون في النظم التشريعية المعاصرة، تعني معرفة الأصول المرجعية التي تستمد تلك التشريعات منها، ومن ذلك قولنا: أصول القانون المدني، وأصول القانون التجاري، ونحو ذلك. فإذا تقرر ذلك أفاد أهمية البدء بدراسة المصادر التي يقوم عليها القانون قبل دراسة نص القانون ذاته، على سند من أن النص القانوني مهما كانت صورته لا قيام له إلا على أساس من مصادر القانون، فلا يليق الإغراق في دراسة الفرع ممثلاً بالنص القانوني (التشريع) أو الفقه الإسلامي أو العرف، دون الابتداء ببيان الدلالة الواضحة والمنضبطة لمصطلح مصادر القانون.

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي

لما كانت هذه الدراسة تهدف للكشف عن معالم التناقض والاضطراب في الإطارين الموضوعي والشكلي لفكرة المصادر الرسمية للقانون، وقبل الدخول في العرض التحليلي لأوجه الاضطراب وبيان تفاصيلها وأمثلتها من واقع التشريعات المدنية المعاصرة، فإن من المناسب أن نصدر ذلك كله بيان المنشأ الحقيقي والسبب الجوهرى الذي أدى إلى وقوع الفقه القانوني في ذلك الاضطراب، وهذا السبب الفنى يمكننا التعبير عنه بقاعدة ضمنية مفادها: "إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي"، فلنوضح هذه القاعدة من خلال فرعين وبيانهما فيما يلي:

الفرع الأول: تحليل معنى القاعدة

إن هذه القاعدة وإن لم ينص عليها صراحة في القانون، إلا أنها تشيع بمنزلة القاعدة الضمنية في عامة المدونات القانونية، ولا سيما نصوص القوانين المدنية وشروحها، والحق أن الفقه القانوني المدني ينطلق من هذه القاعدة أيضاً، ويمكننا تحليل فكرة القاعدة من خلال الفصل بين مسألتين؛ وهما بالتركيب ينتجان القاعدة المذكورة. ويمكننا بيان تلك المسألتين على النحو التالي:

(١) انظر في ذلك: الصراف، عباس، وحزبون، جورج (٢٠٠٨)، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط ١، الإصدار العاشر، ص ٥٣ وما بعدها. والداودي، غالب علي (٢٠١١)، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الأردن، ط ١، الإصدار الثامن، ص ٩٤ وما بعدها. والخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢.

المسألة الأولى: أن المصدر التاريخي لاستمداد القانون المدني، هو الفقه الإسلامي، وهذه مسلمة قانونية لا زالت آثارها باقية في عدد من التشريعات المدنية العربية، حيث أنها تحيل إلى مجلة الأحكام العدلية^(١)، وهي منظومة القواعد القانونية المستمدة من فقه المذهب الحنفي والتي كانت سائدة في الدولة العثمانية، ولا شك أن هذا الاستمداد التاريخي يؤكد القاعدة الضمنية التي ذكرناها^(٢).

المسألة الثانية: أن القواعد الفقهية المستخدمة في فهم النص الشرعي من الكتاب والسنة؛ والتي تنظم عملية الاستدلال بالنص الشرعي واستنباط الأحكام منه؛ هذه القواعد هي بعينها يمكن استعمالها لفهم النص القانوني، بحيث يمكن تفعيل النص القانوني واستثمار دلالاته واستنباط الأحكام منه باستعمال نفس تلك القواعد والأدوات الفقهية التي طورها الفقهاء عبر تاريخ الحضارة الإسلامية. والنتيجة: أنه مما استقر في العقل للفقه القانوني المعاصر، كثيرا ما يستعمل القواعد الفقهية الإسلامية ويطبق الأدوات الاستدلالية التي صممها فقهاء الإسلام في سياق تفعيل الاستفادة المثلى من النص القانوني، وتطبيقه على المعاملات المعاصرة فقها وقضاء.

الفرع الثاني: تطبيقات القاعدة

إن الشواهد العلمية والتطبيقات القانونية على صدق هذه القاعدة الضمنية كثيرة ومثبتة في مدونات التشريع، ولا سيما القانون المدني الأردني. ويمكننا الإشارة بإيجاز إلى نماذج تمثيلية لتلك الشواهد والتطبيقات في الفقه الإسلامي^(٣)، وهي:

١. ترتيب المصادر الأصولية في التشريع الإسلامي، بحيث يجعل النص مقدم الرتبة على غيره من المصادر.
٢. استعمال مباحث دلالات الألفاظ في أصول الفقه الإسلامي.
٣. استعمال طرائق التعليل وألفاظها في الفقه الإسلامي.
٤. استعمال القواعد الفقهية.
٥. استعمال الفكرة الموضوعية للنظريات، مثال: العقد والعرف والضرر ونحوها.

(١) مجلة الأحكام العدلية، هي قانون أصدرته الدولة العثمانية في القرن الماضي لتنظيم أحكام المعاملات المالية، وكان مصدرها التاريخي المذهب الحنفي، وهو أحد المذاهب الإسلامية الأربعة الرئيسة في فقه الشريعة الإسلامية، وقد جرى تطبيق هذه المجلة في مختلف البلدان التي كانت تابعة للدولة العثمانية، ومنها الأردن والكويت، وكانت سارية في الأردن كقانون مدني، إلى أن جرى وضع القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ م، وهي ما تزال مطبقة في التشريع الأردني بالنسبة للأحكام التي لم يعرض لها القانون المدني الأردني طبقا لنص المادة (١/١٤٤٨) منه، في حين ألغى المشرع الكويتي العمل بالمجلة بموجب المادة الأولى من القانون المدني رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ م وتعديلاته.

(٢) انظر في هذا المعنى: الزعبي، خالد الفضل، منذر (١٩٩٥)، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، ص ٤٠.

(٣) انظر تفصيلا: زيدان، عبد الكريم (١٩٩٤)، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ص ٢٧٥ وما بعدها.

٦. إدراج الفقه الإسلامي كأحد مصادر القاعدة القانونية.
- هذا وقد قنن المشرع المدني الأردني الكثير من الأصول الفقهية الكلية في الفقه الإسلامي، ومنها على سبيل المثال^(١):
١. يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي^(٢)، وهذا صريح في الدلالة على القاعدة الضمنية التي قرنها وهي "إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي".
 ٢. العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٣).
 ٣. لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان^(٤).
 ٤. اليقين لا يزول بالشك^(٥).
 ٥. البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر^(٦).
 ٦. لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال^(٧).
 ٧. جناية العجماء جبار^(٨).
 ٨. العادة محكمة عامة كانت أو خاصة^(٩).
- على الرغم من كثرة تلك الشواهد والتطبيقات الواردة في القانون المدني الأردني لمن أراد استقصائها في دراسة تحليلية مستقلة، إلا أن الملاحظ أنها استبعدت النص الشرعي من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة كمصدر رسمي أصلي، وهي النصوص الشرعية التي ما قامت القواعد والأدوات الفقهية إلا من أجل ضبط فهمها وطرق الاستنباط منها، ومن ثم قام المشرع ومعه الفقه القانوني بإحلال النص القانوني محل النص الشرعي في ذلك كله.

(١) وردت هذه الأصول في رياض الصالحين للنووي، ص ١٢-١٣.

(٢) انظر: نص المادة (٣) من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر: المادة (١/٢١٤) من القانون المدني الأردني.

(٤) انظر: المادة (١/٩٥) من القانون المدني الأردني.

(٥) انظر: المادة (٧٤) من القانون المدني الأردني.

(٦) انظر: المادة (٧٧) من القانون المدني الأردني.

(٧) انظر: المادة (٦٢) من القانون المدني الأردني.

(٨) انظر: المادة (٢٨٩) من القانون المدني الأردني.

(٩) انظر: المادة (١/٢٢٠) من القانون المدني الأردني.

إن استسلام الفقه القانوني لهذه القاعدة وهي "إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي"، قد أدى ذلك إلى وقوعه في العديد من الاضرابات والتناقضات الجسيمة، وكلها بالفحص والتحليل العميق ترجع إلى ذلك الأساس الفني المتمثل في القاعدة الضمنية المذكورة، فالقانون الوضعي رفع منزلة النص القانوني وجعله في المرتبة الأصلية الأعلى، تماما كما فعل النص الشرعي ممثلا بالقرآن والسنة في علم أصول الفقه الإسلامي، ومن ثم حاول المشرع أن يحيط النص القانوني بالعديد من طرائق الفهم واستنباط الأحكام في مباحث دلالات الألفاظ عند الأصوليين، ومثال ذلك: دلالة النص والمفهوم بنوعيه الموافق والمخالف، والعام والخاص، والمطلق والمقيد^(١)، وذلك في محاولة لإسباغ الضوابط الدلالية على النص القانوني الوضعي؛ إنزالا للنص القانوني البشري منزلة النص الشرعي الإلهي.

المبحث الأول

المراجعات الموضوعية لمصادر القانون المدني الرسمية

من خلال هذا المبحث سنبين الملاحظات الموضوعية التي يمكن أن تسجل على المصادر الرسمية للقانون المدني في ضوء الترتيب الذي أورده المشرع الأردني مقارنة مع بعض التشريعات، وبخاصة القانون المدني الكويتي. ونؤكد ابتداءً أننا لن نحوض في تفاصيل كل مصدر من هذه المصادر، وإنما سنتناولها ضمن الحد الذي يعيننا في هذه الدراسة. لذلك سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، هي:

المطلب الأول: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية التشريع.

المطلب الثاني: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية أحكام الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية مبادئ الشريعة الإسلامية.

المطلب الرابع: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية العرف.

المطلب الخامس: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية قواعد العدالة.

المطلب الأول: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية التشريع

سنبحث من خلال هذا المطلب تعريف التشريع، وبيان مراتبه، ومن ثم نبحث في الاعتراضات الواردة على مصدرية التشريع، وذلك من خلال فرعين:

(١) انظر تفصيلا: زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

الفرع الأول: تعريف التشريع وبيان مراتبه

التشريع لغة من شرع الشيء وأشرعه؛ إذا سنه ونهجه ومهده، وأصله في اللغة من البيان والإظهار، يقال: شرع الله كذا؛ أي جعله طريقاً ومذهباً^(١)، وفي لغة العصر التشريع يطلق على سن القوانين؛ بمعنى وضع القوانين والقواعد القانونية^(٢).

أما التشريع في اصطلاح الفقه الإسلامي هو: "خطاب الله تعالى المتعلق بالعباد طلباً أو تحييراً أو وضعاً"^(٣)، فهو صفة يختص بها الله سبحانه وتعالى، فكما أنه الخالق والمدير والمتصرف في الخلق وحده، فهو سبحانه الأحق بالتشريع وحده دون سواه، ومن هنا ينبغي أن يعلم أنه لا حق في التشريع إلا الله وحده، كقوله تعالى: "إن الحكم إلا الله يقص الحق وهو خير الفاصلين"^(٤)، فليس لأحد - كائناً من كان - أن يشرع حكماً، سواء ما يتصل بحقوق الله أو حقوق العباد؛ لأن هذا افتراء على الله، وسلب لما اختص به نفسه^(٥). وأما مصطلح التشريع في الاصطلاح القانوني يطلق ويراد به أحد معنيين: المعنى الأول: هو ذات القواعد القانونية المكتوبة، وهي قوالب نصية كلية ومجردة تكتسب صفة الإلزام ويستحق مخالفتها الجزاء. وعلى هذا يعرف مصطلح "التشريع" بأنه: "مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والتي تصدرها السلطة المختصة في الدولة وفقاً للدستور بهدف تنظيم العلاقات فيما بين الأشخاص وفيما بينهم والدولة"^(٦). وطبقاً لهذا المعنى، فإن دلالة التشريع تشمل ثلاثة مستويات تشريعية: أولها؛ التشريع الأعلى أو الأساسي وهو الدستور، وثانيها؛ التشريع العادي وهو القانون، وثالثها؛ التشريع الفرعي وهو اللوائح أو الأنظمة بأنواعها^(٧).

المعنى الثاني: هو نفس عملية وضع التشريع، فمقصودها هنا العمل التشريعي الذي يصدر من السلطة المختصة طبقاً لأحكام الدستور. وعلى هذا يقال: تشريع القوانين. وطبقاً لهذا المعنى يمكننا تعريف مصطلح "التشريع" بأنه: "الجهود الفنية العلمية والعملية المبذولة في سن الأحكام القانونية الملزمة وفقاً لأحكام الدستور".

(١) الجرجاني، علي بن محمد (٢٠٠٥)، التعريف، ج ١، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ص ١٦٧.

(٢) مصطفى، إبراهيم، وآخرون، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، دون طبعة ودون سنة نشر، ص ١٩٩.

(٤) سورة الأنعام، الآية ٥٧.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٦) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (٢٠١١)، أصول القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ط ١، ص ٢٠.

(٧) الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ١٠٠.

الفرع الثاني: الاعتراضات الواردة على مصدرية التشريع

يحتل التشريع في الوقت الحاضر المرتبة الأولى بين مصادر القانون متغلبا بذلك على العرف الذي هو أسبق في الوجود من التشريع وباقي المصادر الأخرى. ورغم أن للتشريع مزايا كثيرة^(١) ساعدت على انتشاره في النظم التشريعية المعاصرة، إلا أن إخضاع مصدرية التشريع لأدوات البحث والتحليل والفحص يفضي بنا لاستخلاص العديد من الإشكالات والاعتراضات التي تمس الجوانب الموضوعية لهذا المصدر، وذلك من جهة مدلوله وأثره. وقبل أن نستعرض أبرز الاعتراضات والانتقادات الموجهة لمصدرية التشريع، نود أن نؤكد بأن التشريع يعد متجددا ومتطورا وليس جامدا، لأن التشريع يعد قابلا للتعديل والتغيير، وإذا كان هناك جمود في بعضه، فهذه مشكلة المشرع نفسه وليس التشريع، وتتناول تباعا هذه الاعتراضات والانتقادات.

الاعتراض الأول: قصور المشرع عن مواكبة تطورات الواقع المدني

إن وضع "التشريع" بنصوصه القانونية المكتوبة عادة ما تستغرق جهدا كبيرا ووقتا طويلا، وقد يمر بإجراءات ومراحل تؤخر صدوره، ذلك أن المشرع نفسه بطيء، حيث يضع المشرع التشريعات ويقرها بعد مضي زمن طويل من استقرار العرف العملي بين الناس، وكذلك من حيث زمن تعديل التشريع وتطويره، إذ لا يتدخل المشرع إلا عندما تدعو حاجات الناس ومصالحهم إلى ذلك وعلى نحو يساير الظروف المتطورة في المجتمع.

وهذه السمة آلت بالقوانين المدنية لأن تكون متقدمة في نصوصها، ولا تكاد تفي المستجدات المعاصرة، ولا ريب أن ذلك يتعارض مع الطبيعة المدنية للقانون، إذ يعتبر القانون مرآة للمجتمع تعكس، أو بالأحرى تجسد ظروفه وعاداته وتقاليده ومعتقداته وما يهدف إليه من مثل عليا، وما يحرص عليه من مبادئ، وما يهفو إليه من آمال، وما يشهده من تطور. فإذا لم يستجب القانون لظروف المجتمع وحاجاته ولد ميتا، فلا يصادف نجاحا في التطبيق^(٢)، الأمر الذي قد يؤدي إلى تضييع الحقوق، وتقويت العدالة عن طائفة من المجتمع.

وبيان ذلك أن القانون المدني - على سبيل المثال - نظم كثيرا من أحكام العقود كالبيع والإجارة والضمان ونحوها، وهي عقود اقتصر القانون على تنظيمها وفق صورها البدائية والبسيطة التي كانت عليها عند بداية وضع التشريعات المدنية. والملاحظ أن الواقع العملي للدعوى المدنية المعاصرة، سواء في الأحوال المالية أو الأحوال الشخصية، بات أكثر تعقيدا وتركيبا من الصور البسيطة المنصوصة في القانون، فعقود البيع والإجارة ألحق بها الواقع العملي شروطا وضوابط إجرائية ليست واردة في نص القانون المدني الحالي.

(١) انظر في هذه المزايا: سلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١١٠-١١١. والداودي، غالب، مرجع سابق، ص ٩٨-٩٩. والزعي، عوض، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٢) عبد الرحمن، حمدي (٢٠٠٣)، مبادئ القانون - نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ص ٣٥. إبراهيم، أسامة (٢٠٠٨)، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١.

تتأكد هذه الحالة في مجال المعاملات المالية بجميع صورها وتطبيقاتها المعاصرة، ولا سيما ما يتصل بالتجارة والمعاملات الدولية، والتي بات يهددها بصورة مباشرة بطء المشرع في وضع التشريعات اللازمة أو تعديل المعمول بها لمواكبة الواقع، الأمر الذي فرض اللجوء إلى أداة التحكيم كأداة عملية بديلة ومثلى لفض المنازعات بعيدا عن التشريعات وحرفيتهما، فضلا عن تعقيداتها الإجرائية. أما النتيجة العملية التي ترتبت على هذه الظاهرة : أن القضاء سيعجز بالضرورة عن تطبيق النص القانوني الحالي لكونه أجنبيا عن تطبيقات العقود بشروطها وضوابطها الجارية في الواقع المعاصر، ولا يسعه حينئذ إلا الاجتهاد بأحد طرق الاجتهاد، فهو إما أن يعمل النص في الواقعة على وجه يتسم بالتكلف وعدم الموضوعية تارة، وبالتعسف بإعمال التأويل والتفسير للنص القانوني حتى يخرجها عن دلالة النصية الظاهرة تارة أخرى، وفي كلا الحالتين يعسر على القضاء أن يتمسك بالنص القانوني، وذلك بسبب عدم مطابقته للواقعة بظروفها وقرائنها . والحاصل أن فرض الالتزام بالنص التشريعي من شأنه تقييد القضاة، وربما كانت هذه المنهجية سببا مباشرا لتصيير غالبية القضاة المدنيين ظاهريين في موقفهم من النصوص القانونية في الدعاوى المدنية المعاصرة، بمعنى أنهم يلتزمون تطبيق ظاهر النص القانوني على الوقائع المعاصرة مهما كانت بيئتها وقرائنها الصارفة.

تجدر الإشارة هنا إلى أن جانبنا من الفقه القانوني^(١) قد عد ظاهرة الجمود والقصور لدى المشرع في النصوص القانونية معلما من معالم الاستعمار ودعا إلى تحريره بجعله قانونا وطنيا خالصا نرى فيه طابع هويتنا ونحس به أثر عقليتنا.

الاعتراض الثاني: التشريع اجتهاد بشري

على الرغم من كون التشريع ينظم شؤون الأمة ويهدف إلى تحقيق مصالحها، إلا أنه في المقابل لا يعدو أن يكون نتاجا بشريا محضا، ويتحكم بوضعه في العادة قلة قليلة في المجتمع، وهو يعكس أوضاعا عرفية سابقة وغير مطابقة للواقع المعاصر، لا سيما في أنماط المعاملات المتجددة في الأمور المالية.

ومن هنا فإن الإلزام بتقديم التشريع، وهو نتاج بشري مجرد لا فضيلة له على أي اجتهاد مماثل إذا صدر عن ذي أهلية، إذ ليست أحكام واضع التشريع بأولى من أحكام القضاة في الوقائع العملية التي يفصلون بها بين الناس، فكيف يصح التعويل والاعتماد على اجتهاد بشري نظري، ولا يتم الإلزام بالسوابق القضائية^(٢) التي هي أيضا اجتهاد بشري واقعي؛ هذا فضلا عن أنها أكثر واقعية وتطورا والتصاقا بإرادة الأطراف في شريعتهم العقدية التي اصطالحوا عليها.

(١) السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٢)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ص٨.

(٢) السوابق القضائية: هي الأحكام الصادرة عن المحاكم بمختلف درجاتها، وذلك في المنازعات التي تعرض عليها، وهي تشكل مصدرا رسميا للقانون في الدول الأنجلو سكسونية، وهي ملزمة للقاضي لاستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه. انظر: الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص١٨-

لقد كان لهذا الاعتراض الموضوعي في قوته ووجهته الأثر التاريخي بالغ الأهمية، فقد قامت مدرسة النظام القضائي الأنجلو سكسوني (المشترك)، بالاعتماد على نظام "السوابق القضائية"، وطرحه بالمقابل لفكرة الإلزام بنصوص التقنين المدني، ولا ريب أنه نظام تشريعي معتبر وله مدرسته المتميزة في العديد من الدول في عالمنا المعاصر^(١)، وفيه تتقدم المحاكم في الوصول إلى مبادئ وأحكام جديدة يأخذ بها المشرع لاحقاً ويضمها إلى التشريع.

وفي الأردن والكويت يتبع النظام اللاتيني الذي يقتصر دور القاضي فيه على تطبيق النص القانوني لا وضعه، لذلك فإن القاضي غير ملزم بأن يحكم استناداً إلى أحكام قضائية سابقة حتى ولو كانت صادرة عن ذات المحكمة أو عن محكمة أعلى.

يؤكد هذه الحقيقة العملية في الواقع ما نراه من الدور الكبير الذي تضطلع به مبادئ وأحكام محكمة التمييز في جميع الدول ذات الصبغة المدنية، والتي أضحت كالقريب المطور الذي يحمل على عاتقه مسؤولية تدارك النقائص وسد الخلل وترميم العي وب التي تعترى الصياغات القانونية السارية في مختلف جوانبها الموضوعية أو الشكلية، ولا ريب أن هذه الحقيقة القانونية الواقعية والدائبة في العالم أجمع لتكشف بجلاء عن مدى القصور في الاعتماد على التشريع كمصدر رسمي مقدم الرتبة على غيره من المصادر.

ولعلنا نجد صدى تشريعي للأخذ بنظام السوابق القضائية في المادة (٢٠٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م وتعديلاته^(٢)، والتي تنص بأنه: "إذا رأت إحدى هيئات محكمة التمييز أن تخالف مبدأً مقرراً في حكم سابق تحيل الدعوى إلى الهيئة العامة". وبدورنا نقترح التوسع في هذا الاستثناء، وذلك بإلزام محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى بقرارات محكمة التمييز عن طريق القياس. وكذلك في نص المادة الثالثة من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م^(٣)، وبموجبها إذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً في قانون التجارة يمكن تطبيقه، فله أن يسترشد بالسوابق القضائية؛ لأنها إحدى مصادر قانون التجارة غير الملزمة. هذا ولا نشهد في التشريع الكويتي تطبيقاً لنظام السوابق القضائية.

وفي هذا السياق نأمل من القضاء الأردني والكويتي نشر الأحكام الصادرة ليس عن محكمة التمييز فقط، وإنما الصادرة عن جميع المحاكم على اختلاف درجاتها؛ لما فيه من فائدة لجميع العاملين في مجال القانون والقضاء على حد سواء.

الاعتراض الثالث: القانون إطار عام والعقد هو شريعة المتعاقدين

تمثل العقود المالية أو عقود الأحوال الشخصية الشريعة الحاكمة للعلاقة والمنظمة للحقوق والالتزامات لكلا الطرفين، إذ يعد العقد بالنسبة لكليهما بمنزلة التشريع المعبر عن إرادة كل منهم اتجاه موضوع العقد المبرم، والقاعدة أنه عند تعارض القانون مع

(١) مثل بريطانيا وأمريكا وكندا وأستراليا ونيوزيلندا. انظر: الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص ١٩. الزعي، عوض، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص ١٥٩-١٦٠.

(٢) منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم ٣٥٤٥، تاريخ ١٩٨٨/٤/٢م، ص ٧٣٥.

(٣) منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٩١٠)، تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠م، ص ٤٧٢.

العقد، فإن المقدم هو نص العقد المبرم بين الطرفين والذي عبرا فيه عن إرادتهما الحرة، وذلك ما لم يخالف إحدى القواعد الآمرة التي تمثل النظام العام أو الآداب العامة^(١).

لذلك، يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها هذا العقد على عاتقه، وموضوع تنفيذ العقد يثير ثلاث مسائل، هي: تفسير العقد، وتحديد مضمونه، واحترام قانون العقد.

فتفسير العقد من عمل القاضي وفقا للقواعد القانونية التي وضعها المشرع^(٢)؛ لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية وهي تفسير العقد إلى التعديل فيه، ذلك أن القاضي يطبق العقد كما لو كان يطبق قانونا؛ لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين^(٣).

وبعد أن يفرغ القاضي من تفسير العقد، ينتقل إلى تحديد مضمونه، وتحديد مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يتناول كذلك ما يعد من مستلزمات العقد^(٤)، كذلك لا بد من احترام قانون العقد؛ ذلك أن النتيجة الطبيعية لهذا المبدأ هي حرمان المتعاقد من الانفراد بنقض أو تعديل العقد، بل وحرمان القاضي كذلك من المساس بمضمون العقد، وهذا هو معنى العقد شريعة المتعاقدين^(٥).

المطلب الثاني: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية أحكام الفقه الإسلامي

سنبحث من خلال هذا المطلب في تعريف الفقه الإسلامي ، ومن ثم بيان الاعتراضات الواردة عليه؛ وذلك في فرعين.

الفرع الأول: تعريف مصدر الفقه الإسلامي

الفقه لغة هو: الفهم مطلقا، سواء ما ظهر أو خفي من المعاني، ففهم ذلك كله يسمى فقها، وذهب بعض العلماء إلى أن الفقه لغة هو: الفهم الدقيق للشيء، ويقال: فق هت كلامك؛ أي أدركت بدقة ما يرمي إليه كلامك من أغراض وأسرار، وهذا ما يدل عليه ظاهر الاستعمال في آيات القرآن^(٦).

(١) داود، أحمد محمد علي (٢٠١١)، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، ص ٥٩.

(٢) انظر مثلا: المواد من (٢١٣-٢٤٠) من القانون المدني الأردني التي تناولت القواعد الخاصة بتفسير العقد.

(٣) انظر في هذا المعنى: د. السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٦٩٧.

(٤) انظر: المادتان (٢/١٠٠، ٢٠٢) من القانون المدني الأردني.

(٥) انظر: السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٦٩٧، وسلطان، أنور (١٩٨٧)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١، ص ٢١١.

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ١١.

وعرفت مصادر علم أصول الفقه مصطلح "الفقه" بأنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية" (١)، وعلى هذا استقر رأي العلماء إلى يومنا هذا (٢)، فالفقه أحكام اجتهادية يستنبطها المجتهدون وفقهاء الشريعة من نصوص الشريعة الإسلامية المتمثلة بالقرآن الكريم والسنة النبوية، والاجتهاد الفقهي يختص بالأحكام العملية المتعلقة بمجمل أعمال الإنسان تجاه نفسه وتجاه الغير من الخلق، سواء تعلق ذلك بالعبادات، أو المعاملات المالية، أو الأحوال الشخصية، أو العقوبات ونحو ذلك. ويطلق الفقه ليشمل إحاطة الفقيه بأمرين:

أولهما؛ معرفة الحكم الشرعي المجرد الخاص بالمسألة؛ كالوجوب والاستحباب والإباحة والكرهية ثم التحريم؛ إذا تعلق أي منها بالمسألة المخصوصة، وهو ما يعرف بالأحكام التكليفية، مثل: وجوب الصلاة والحج، وتحريم الخمر والربا، وإباحة الطعام واللباس، ونحو ذلك من المسائل العملية (٣).

ثانيهما؛ معرفة الدليل الشرعي الذي استند إليه الحكم الخاص، كوجوب الصلاة مأخوذ من الدليل الشرعي "وأقيموا الصلاة" (٤)، وتحريم الربا مستمد من الدليل الشرعي "وحرم الربا" (٥). فانتظم بذلك أن علم الفقه في الواقع يتكون من جزأين: العلم بالأحكام الشرعية العملية بالنسبة لكل جزئية منها، والعلم بالأدلة التفصيلية لكل حكم (٦).

الفرع الثاني: الاعتراضات الواردة على مصدرية الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى نص المادة (٢/٢) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادة (٢/١) من القانون المدني الكويتي، يتبين لنا من هاتين المادتين أن على القاضي، من أجل الحكم في النزاع المعروض أمامه - في حال لم يجد في التشريع نصا يستطيع الاستناد إليه - أن يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي التي تتفق في منطلقاتها العامة مع نصوص القانون المدني. ومن خلال هذا الفرع سنبين أوجه الاعتراضات الواردة على مصدرية الفقه الإسلامي للقاعدة القانونية.

الاعتراض الأول: الخلط بين مفهومي الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية

إن الفقه القانوني كثيرا ما يخلط بين مفهومين متباينين تماما هما: الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، فرمما أورد الباحث القانوني مصطلح "الفقه الإسلامي" مريدا به الأحكام الشرعية المنصوصة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وقد يطلق على العكس

(١) الأمدي، سيف الدين (دون سنة نشر)، الإحكام في أصول الأحكام، ج ١، دون دار نشر ودون طبعة، ص ٥٠. السبكي، تاج الدين (دون سنة نشر)، جمع الجوامع، ج ١، دون دار نشر ودون طبعة، ص ٤٢.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ١٣.

(٣) زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٤) سورة البقرة، الآية ١١٠.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٦) جميعي، عبد الباسط، وآخرون (٢٠٠١)، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، المجلد الأول، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ط ١، ص ١٢٠.

مصطلح "الشريعة" مريداً به مجموعة الأحكام الفقهية التي استنبطها الفقهاء اجتهاداً من النصوص الشرعية^(١)، ولا ريب أن هذه الاستعمالات الموهومة تمثل خطأ جسيماً في العلم، بل يدرك الدارسون المبتدئون في العلوم الشرعية فساد ذلك.

وبيان ذلك أن "الفارق بين الشريعة والفقه في معناهما العام والخاص يتمثل في أن الشريعة هي الأحكام نفسها المنزلة من عند الله، وهذه لا اختلاف فيها ولا تناقض ولا اضطراب، وهي الشريعة الكاملة الملزمة للأمة الإسلامية كلها، وليس لأحد أن يرفض الأخذ بها، أما الفقه فإنه يمثل الأحكام التي استخلصها الفقهاء من نصوص الشريعة الإسلامية، أو بالدلائل الاجتهادية التي تعتبر من أدلة الأحكام كالقياس والمصالح المرسله وقول الصحابي، وهذه الأحكام تكون موافقة للشريعة الإسلامية... والذي لم يصب الحكم الشرعي يكون قوله داخلاً في دائرة الفقه، ولكنه ليس من الشريعة بحال"^(٢).

ولو أن الباحث في القانون أحكم دراساته الشرعية الأولية لأدرك بدهاء تبيان المفهومين، إلا أن تهميش العلوم الإسلامية في هيكلية التحصيل القانوني المعاصر آلت بهذه المفاهيم الأصولية إلى التعمية والإبهام، وهو ما يجب أن يتم تداركه في الدرس القانوني الأكاديمي المعاصر.

لكي نزيل الخلط والالتباس بين المفهومين، فلا بد من بيان أبرز الفروقات بين الشريعة والفقه، وهي فروقات تكشف عن نتائج علمية غاية في الأهمية، وبيانها كالاتي:

١. الشريعة نصوص ثابتة لا تتغير ولا تتبدل إلى قيام الساعة، بينما الفقه اجتهاد متحرك ومتجدد، وهو يتغير بحسب اختلاف الزمان والمكان والأعراف والبيئات والقرائن، ك ما قال تعالى: "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون"^(٣)، والذكر يعم الكتاب والسنة.
٢. الشريعة نصوص معصومة لا يعتربها الخطأ لأنها إلهية محكمة، بينما الفقه الإسلامي نتاج استنباطي بشري يقبل الإصابة والخطأ. وفي الحديث "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجر، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجران"^(٤)، فأقر الشرع الحكيم بورود الخطأ على الاجتهاد، والمجتهد إذا أخطأ بعد بذل الجهد، فهو مأجور على سعيه وقصدته أجزاً واحداً.
٣. الشريعة متعبد بها وذات قدسية، لأنها وحي إلهي وتشريع سماوي محض، بينما الفقه اجتهاد لا قدسية له في ذاته، بل ربما أتى فاسداً فكان واجب الدفع والإنكار^(١).

(١) انظر: شواهد على حالة الخلط والاضطراب هذه: السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٥٩. وينظر مثلاً آخر للخلط: عبد التواب، معوض (١٩٩٦)،

المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ص ٣٩.

(٢) الأشقر، عمر سليمان (٢٠٠٥)، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط ١، ص ٤٢-٤٣.

(٣) سورة الحجر، الآية ٩.

(٤) حديث صحيح، رواه أحمد في مسنده، الحديث رقم (١٧٨٠٩)، وسنن أبو داود، الحديث رقم (٣٥٧٦)، وسنن الترمذي، الحديث رقم (١٣٢٦).

٤. إن المنكر لواحد أو أكثر من نصوص الشريعة الإسلامية؛ ممثلة بالقرآن الكريم وصحيح السنة النبوية، يحكم بكفره أو رده، بينما المنكر لرأي أو لآراء فقهية مجردة لا يجوز الحكم بكفره ولا رده، وذلك استناداً إلى أن الفقه الإسلامي ليس إلا وجهاً من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشريعة وأحكامها^(٢)، وغاية ما يوصف به منكر الرأي الفقهي أنه مجتهد إن كان من أهل الاجتهاد، أو مفتتت على الاجتهاد إن كان من العامة.

الاعتراض الثاني: كيف للقاضي أن يفصل في وقائع عصرية باجتهادات تاريخية مغايرة

إن من المسلم به أن الفقه الإسلامي بمدوناته المشهورة لا يعدو أن يكون إسهامات اجتهادية استنبطها الفقهاء طيلة القرون السابقة، فالفقه مصدر اجتهادي وهو تاريخي تراكمي، وقد تم استمداده من النصوص الشرعية لكن في ظل أعراف وبيئات متباينة وأحوال وقرائن مختلفة، وهي بيئات تاريخية لا تكاد تمت إلى ظروف واقعنا المعاصر بصلة، فكيف يقال للقاضي مثلاً في العصر الحديث:

عليك أن تعتصم باجتهادات وآراء فقهية دونت قبل نحو ألف عام؟! بل كيف للقاضي في العصر الحديث أن يلزم في الحكم على قضية مصرفية أو مالية؛ إلكترونية أو ائتمانية معاصرة بالرجوع إلى مدونات الفقهاء القدماء، مثل: مدونات القرن الرابع أو السابع أو العاشر الهجري مما لا صلة له بقرائن وأعراف الواقع.

إن الاعتداد بمصدرية الفقه الإسلامي وجعله مصدراً يلتزمه القاضي المعاصر في إصدار أحكامه القضائية على الوقائع المعاصرة لا شك أن ذلك مناقض للشرع والعقل معاً، فضلاً عن الحس والواقع، كما أن ذلك من شأنه أن يصير هذا المصدر التاريخي مفرغ الدلالة من محتواه، كما يجعله من الناحية العملية غير قابل للتطبيق إن لم يكن مستحيلاً، وذلك بحكم ضرورة اختلاف الأعراف والأحوال والبيئات.

إن ما ذكرناه آنفاً ليس رأياً مجرداً، وإنما هو أمر ثابت، كالقاعدة المستقرة، وهو بمنزلة القضية المجمع عليها، فالأحكام المترتبة على العوائد مثلاً تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب في الأغراض في البياعات ونحو ذلك^(٣).

الاعتراض الثالث: فقهاء الشريعة أنفسهم لم يقولوا بمصدرية الفقه الإسلامي

إن من أظهر الاعتراضات الواردة على القول بمصدرية الفقه الإسلامي وأشدّها غرابة، أننا نجد الفقهاء الذين وضعوا مدونات الفقه الإسلامي وأحكامه على مر القرون لم يتجرأ أحد منهم على القول بأن الفقه الإسلامي يعد مصدراً من المصادر التي

(١) فيغو، عبد السلام، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٢) زيدان، عبد الكريم (٢٠٠٩)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ - الإصدار العاشر، ص ٥٨.

(٣) انظر تفصيلاً: القرائن، شهاب الدين أحمد الصنهاجي (دون سنة نشر)، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج ٢، دون دار نشر ودون طبعة، ص ٢٤٢-٢٤٣.

يستقي منها الفقيه والمجتهد الأحكام في المسائل التي تعرض له^(١)، فإذا كان الفقهاء في كل طبقة تاريخية لم يحملوا من بعدهم على الالتزام بالرجوع إلى مصادر الفقه، فكيف لنا أن نلزم القضاة المعاصرين بذلك المصدر الذي لم يلتزمه الفقهاء أنفسهم؟. هذا فضلا عن أنه كيف يلزم القاضي المعاصر به، وهو غير مدرك لحقيقة الفقه القديم ولا خبر محتواه؟! بل كيف للقاضي المعاصر ذي التأهيل القانوني الصرف أن يتفهم مأخذ الفقه الإسلامي قديمة وحديثه وهو لم يتأهل في الدراسة الموضوعية الجادة في علم أصول الفقه ولا القواعد الفقهية ولا المقاصد الشرعية، فضلا عن الضعف الكبير الذي يعتري دارس القانون في فهم القرآن الكريم والسنة النبوية، ومعرفة دلالتهما ومعانيهما.

المقصود هنا أن فاقد الشيء لا يعطيه، فلا يتوقع من قاضٍ أهمل في تكوينه دراسة مصادر التشريع الإسلامي وعلومه أن يتصدر لم قام الاستنباط من النصوص الشرعية! وبالتالي لا يتوقع منه أن يدرك على الحقيقة خبرات ومهارات الفقه الإسلامي، والذي هو علم له أصوله وقواعده ونسقه الذي قاد الحضارة الإسلامية لأكثر من ألف وأربعمائة عام، ولا يزال غضا طريا متدفقا بإبداع عبر المجامع الفقهية والندوات العلمية المعاصرة؛ فضلا عن الهيئات واللجان الشرعية في جميع أنحاء العالم الإسلامي.

وما قرناه هنا نجد برهانه في الدرس الأصولي عند الفقهاء، وتحديدًا في باب شروط المجتهد^(٢)، فقد نص الأصوليون على أن من شروط المجتهد أن يكون عارفاً بالكتاب والسنة، فلا يصح أن يجتهد المجتهد في استنباط الأحكام وهو جاهل بالنصوص الشرعية، ثم معرفة الناسخ والمنسوخ فيهما، ومواقع الإجماع، ووجوه القياس، ثم ما يلزمه من علوم الآلة كاللغة وعلومها، وأصول الفقه ولا سيما دلالات الألفاظ، مع الإدراك لمقاصد الشريعة الكلية.

وعلى الرغم مما أفاض فيه الأصوليون من تفاصيل بشأن شروط المجتهد، إلا أنهم لم يشترطوا العلم بالخلاف، وفي لغتنا المعاصرة، لم يشترطوا العلم بمصدر الفقه الإسلامي، ولم يعدوه مصدرا أصوليا ولا شرطا في الاجتهاد، وإن قالوا بأن: معرفة فقه الخلاف مهم لتحصيل الدربة والمران العملي، وبه يتأهل الفقيه للترقي في مهارات الاستنباط الفقهي، ولم يجنحوا للقول بأنه مصدر من مصادر الفقه؛ لا الأصلية منها ولا التبعية الاجتهادية^(٣)، وفي ذلك يقول جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية: الشرط في ذلك كله

(١) انظر تفصيلا: فيغو، عبد السلام، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٩.

(٢) انظر: الزركشي، بدر الدين أحمد بن بهادر (دون سنة نشر)، البحر المحيط في الأصول، ج ٦، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، ط ١، ص ١٩٩. الطوي، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي (١٩٩٠)، شرح مختصر الروضة، ج ٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ص ٥٧٧-٥٧٨.

(٣) يقصد بالأدلة الأصلية ما تقوم بذاتها دون حاجة لغيرها وهي: القرآن الكريم والسنة النبوية، وأما الأدلة التبعية فهي ما يستند إلى غيره في وجوده، وهي سائر الأدلة الأصولية الأخرى، كالإجماع والقياس وقول الصحابي وشرع من قبلنا والعرف والاستصلاح والاستصحاب، ونحوها من الأدلة التي لا تستقل بذواتها عن الأصلين الأولين الكتاب والسنة. انظر: البعلي، عبد الحميد محمود (٢٠١١)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ط ١، ص ٧٣.

معرفة جملة لا جميعه، حتى لا يبقى عليه شيء، لأن هذا لم نره في السادة القدوة من الصحابة، فقد كان يخفى على كثير منهم أدلة الأحكام فيعرفونها من الغير^(١).

هذا الاعتراض قد صرح بعض شراح القانون المدني بفحواه : وهذا الذي ذهب إليه المشرع بالنسبة لمكانة الفقه الإسلامي بين مصادر القانون هو أمر جديد له خطورته، ونود أن نلفت النظر إليه خاصة، أما كونه تجديدا فلأن المشرع قد نوه بأحكام الفقه الإسلامي لا بوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد القانون المدني فحسب، بل بوصفها مصدرا ملزما، بمعنى أن القاضي يلزم بتطبيق القواعد التي تستقي منها عند خلو النص، ولا يعترض على رأينا هذا بدعوى أن الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي مقيد بما يكون من تلك الأحكام موافقا لنصوص القانون، فهذا قيد نظري لن يحدث في العمل، لأن أحكام الفقه الإسلامي لن تطبق إلا حيث لا يوجد نص في القانون"، وأما خطورة التجديد فمصدرها أن المشرع لم يقيد الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بالتزام الرأي الراجح في مذهب معين، بل أطلق الرجوع إلى تلك الأحكام دون تحديد، وهو ما يفسح المجال لاختلاف الحكم في المسألة الواحدة باختلاف وجهات نظر القضاة^(٢).

الاعتراض الرابع: عدم الانضباط في الإحالة إلى مصدرية الفقه الإسلامي

إن مما يستغرب على المشرع المدني الأردني والمشرع المدني الكويتي أنهما أحالا القاضي - في حال عدم وجود نص في التشريع - يستطيع الاستناد إليه - الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي دون أن يقيداه بمذهب معين، وإنما بالأكثر موافقة لنصوص القانون المدني، ومن ثم فإن الرجوع إلى الفقه الإسلامي هكذا بإطلاق يوجب استحالة التطبيق؛ ذلك أن الفقه الإسلامي بمدوناته المتراكمة بما يناهز الخمسة عشر قرنا من الزمان لا يمكن الاطلاع عليها مجموعة في مكان، فضلا عن الإحاطة بها وتفصيلها في مختلف المسائل، وهو ما يعجز عن بلوغه علماء الشريعة أنفسهم قديما وحديثا، فكيف يلزم القاضي المعاصر به؟! وهو كالأجنبي عنها في تأهيله ولغته.

وإذا تبين لنا استحالة إعمال هذا المصدر على إطلاقه، فما تقيده إذا؟ هل يقيد بالفقه الإسلامي في زمن الصحابة رضي الله عنهم أو في زمن التابعين، أو في زمن الأئمة الأربعة مثلا، أو فيمن جاء بعدهم؟ والمقصود أن ذلك التقييد هو أيضا متعذر الوقوع، فإن ضبطنا الفقه الإسلامي في طبقة معينة أو مدة زمنية محددة فالسؤال: بأي مذاهب الفقه يلزم القاضي؟ هل يقيد بالمشهورة المعتبرة منها في تلك الحقبة الزمنية وهي الحنفية والشافعية والمالكية والحنبلية، أم يتقيد بمذهب الظاهرية أو الأمامية أو الزيدية مثلا؟

(١) الزركشي، بدر الدين أحمد بن بحدار، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤.

(٢) جميعي وآخرون، مرجع سابق، ص ١١٧.

ثم على التسليم بالأخذ بمذهب واحد فقط؛ ماذا يصنع القاضي عند حلول التعارض والاختلاف بين الأقوال والآراء الفقهية الواردة بين علماء المذهب الواحد، فلو خالف أبا حنيفة النعمان صاحبه؛ أبو يوسف ومحمد ابن الحسن رحمهم الله جميعاً فبأيهما يأخذ القاضي؟ بل ماذا لو كان الخلاف بين متقدمي المذهب ومتأخريهم كمخالفة الكاساني أو ابن عابدين لما استقر في مذهب الحنفية؟

وأشد من ذلك : ماذا يصنع القاضي عندما تتعارض عنده الأقوال المنقولة في الفقه الإسلامي عن الإمام الواحد في المذهب الواحد في المسألة الواحدة .. فكيف يصنع؟ ومثال ذلك ما اشتهر باضطراب في مذهب الحنابلة من تعدد الروايات عن الإمام أحمد؛ حتى لتصل إلى ثلاث أو أربع أو خمس أو سبع، ثم على فرض اتفاق المذاهب على قول واحد في المسألة الواحدة بقرائنها القديمة؛ فما الحكم لو تعددت آراء القضاة المعاصرين وتنوعت اتجاهاتهم بسبب ما اختلف بالمسألة من قرائن معاصرة؟.

الحاصل أن الإحالة على مصدر الفقه الإسلامي هو إحالة على ما لا ينضب في موضوعه، ولا يتحدد في محتواه، فدل ذلك على أن إطلاق القول بمصدرية الفقه الإسلامي؛ مع إلزام القاضي بالحكم بمقتضاه، هو أمر محال ومتعذر التطبيق من الناحية العملية والواقعية قديماً؛ فكيف يقال به في العصر الحديث، هذا رغم أن الفقهاء أنفسهم لم يلزموا به، فهو محال التحقق والتطبيق في ذاته حتى عند علماء الشريعة ومجتهدي الفقه أنفسهم . وعليه، فالقول بإلزام القاضي ذي التأهيل القانوني المعاصر بالرجوع إلى مصدر الفقه الإسلامي ضرب من الإحالة على مجمل لا دلالة فيه على حكم منضبط أو معين.

هذا فضلاً عن أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع إلى الفقه الإسلامي من خلال الأخذ بالرأي الراجح في مذهب معين، مما يؤدي عملياً لاختلاف الحكم في المسألة الواحدة تبعاً لاختلاف وجهات نظر القضاة^(١).

الخلاصة:

كيف يلزم القاضي المعاصر باعتماد الفقه الإسلامي هكذا بإطلاق كمصدر تاريخي تراكمي؛ بحيث يستمد منه أحكامه القضائية بشأن الوقائع والمنازعات القضائية المعاصرة؟ وذلك على رغم التباين الكبير بين بيئة الدعوى المدنية المعاصرة والأحكام الفقهية القديمة، الأمر الذي يترتب عليه تفرغ مصدرية الفقه الإسلامي من محتواها من الناحية العملية في واقع القضاء المعاصر. مع تأكيدنا على حقيقة ثابتة بأن الفقه الإسلامي يعد له قيمة لا يمارس فيها؛ فالفقه الإسلامي بما اشتمل عليه من مرونة وحيوية، يعد قادراً على أن يواجه المشاكل ويعطي الحوادث المتجددة ما يناسبها، ولكن ينبغي أن يسلك المشرع طريقاً واضحاً في

(١) جميعي وآخرون، مرجع سابق، ص ١١٧.

إحالة القاضي إليه. لذلك وفي ضوء ما تقدم آنفاً، نقترح على المشرع الأردني والمشرع الكويتي إعادة مضمون الرجوع إلى الفقه الإسلامي بشكل منضبط^(١).

المطلب الثالث: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية مبادئ الشريعة الإسلامية

سنبحث من خلال هذا المطلب في تعريف الشريعة الإسلامية، ومن ثم نبين الاعتراضات الواردة على مصدريتها؛ وذلك في فرعين:

الفرع الأول: تعريف الشريعة الإسلامية

الشريعة لغة من الشروع في الشيء؛ بمعنى الابتداء فيه، وتطلق على ما كان من الأمور بينا ظاهراً واضحاً، والشريعة مأخوذة في أصلها اللغوي من مجرى الماء في الأرض، حيث يقصده الناس وغيرهم للشرب والاستسقاء منه - أي طلب السقيا -، ولا يكون كذلك إلا إذا كان الماء كثيراً دائماً الجريان ظاهراً للعيان يسهل الأخذ منه. كما تطلق الشريعة والشرعة في اللغة على معاني أخرى؛ ومنها: الملة بمعنى: الدين والمنهاج والطريقة والمذهب المستقيم^(٢).

والإسلامية نسبة إلى دين الإسلام، وهو الدين الواحد الذي ارتضاه الله للأولين والآخرين؛ كما قال تعالى: "إن الدين عند الله الإسلام"^(٣)، وأصله من تمام الاستسلام وكمال الخضوع لله رب العالمين^(٤)، وحقيقته: الاستسلام لله وحده بالتوحيد والانقياد له بالطاعة، والبراءة من الشرك والبدعة^(٥)، وتطلق الشريعة الإسلامية على معنى الطريقة والمنهاج العملي، فيكون معناها: تلك الشريعة الخاتمة التي أوحاها الله لرسوله محمد صلى الله عليه وسلم.

أما الشريعة في الاصطلاح هي: "اسم جامع لكل ما شرعه الله من العقائد والأحكام"^(٦)، فإذا أضيفت الشريعة إلى الإسلام كانت مقيدة بكل ما أنزله الله بطريق الوحي على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، فالشريعة هنا (تنظم كل الأحكام التي سنها الله في كتابه، أو جاءتنا عن طريق رسوله صلى الله عليه وسلم في سنته، لا فرق بين أن تكون في مجال العقيدة أو العمل أو

(١) ونجد صدى تشريعي لمقترحنا هذا في التشريع الأردني، إذ أحال المشرع الأردني القاضي الشرعي فيما لا ذكر له من أحكام في قانون الأحوال الشخصية الرجوع فيه إلى الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة. انظر: نص المادة (٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم (٥٠٦١)، تاريخ ١٦/١٠/٢٠١٠م، ص ٥٨٠٩.

(٢) ابن منظور (٢٠٠٦) لسان العرب المحيط، ج ٨، دار لسان العرب، بيروت، ط ٩، ص ١٧٤.

(٣) سورة آل عمران، الآية ١٩.

(٤) الكفوي، أبو البقاء (دون سنة نشر)، الكليات، ج ١، ص ١٥٧.

(٥) التميمي، محمد بن عبد الوهاب (دون سنة نشر)، الأصول الثلاثة، ص ٣١٨.

(٦) قال ابن تيمية: "اسم الشريعة والشرع والشرعة فإنه ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأحكام". مجموع الفتاوى لابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (دون سنة نشر)، ج ١٩، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ص ٣٠٦، وقال ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث: "الشرع والشريعة هو ما شرع الله لعباده من الدين، أي سنه لهم وافترضه عليهم". المكتبة العلمية، بيروت، ص ٤٦٠.

الأخلاق، وهذا هو تعريف الشريعة بمعناها العام، وهذا هو التعريف المشهور للشريعة قديما وحديثا^(١)، وذلك مصداقا لقول الله تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً"^(٢).

وفي العرف الاستعمالي لفقهاء الشريعة، فإن مصطلح "الشريعة الإسلامية" ينصرف بالمطابقة إلى مجموع النصوص الشرعية الثابتة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة، فالشريعة الإسلامية في الاصطلاح ليست إلا هذه الأحكام الموجودة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، والتي هي وحي من الله إلى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم ليبلغها إلى الناس^(٣). وبهذا نتبين أن المفهوم العلمي المنضبط لمصطلح "الشريعة الإسلامية" والمستقر لدى علمائها المشتغلين بها هو: "مجموعة النصوص الثابتة المعصومة في القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية المطهرة".

الخلاصة، أن الشريعة الإسلامية مصدرها الله تعالى وحده، وقد أنزلها على خاتم أنبيائه ورسله محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم لتكون خاتمة الرسالات جميعها، وهي شريعة ظاهرة في منهجها وواضحة في أحكامها ومقاصدها، وهي منضبطة في نصوصها، وثابتة بألفاظها الخالدة من الكتاب والسنة، وهي ثابتة لم تتغير ولم تتبدل منذ أكثر من ألف وأربعمائة عام، وهذه النصوص الشرعية محفوظة بحفظ الله لها، وهي تمثل حجر الزاوية ومنطقة الثوابت في منظومة العلوم الإسلامية كلها، وستبقى ثابتة محفوظة بحفظ الله لها حتى قيام الساعة، فلا يقصدها أحد إلا صدر عنها بالري والخير الوفير؛ الذي يفى بحاجته الدينية والدينية، فمن لزمها فقد لزم المورد العذب الصافي وسبيل الهداية والنجاة.

الفرع الثاني: الاعتراضات الواردة على مصدرية مبادئ الشريعة الإسلامية

إذا لم يجد القاضي في الفقه الإسلامي الأقرب إلى نصوص القانون المدني الأردني حكما يمكن أن يستند إليه من أجل إصدار حكمه في الدعوى المطروحة أمامه، فإن المشرع الأردني ألزمه بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عملا بالفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني.

ومن الملاحظ هنا، أن المشرع المدني الأردني عد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا بعد أحكام الفقه الإسلامي، ومن ثم فإن نصيب القانون المدني الأردني من تأثير الشريعة الإسلامية أوفر من نصيب القانون المدني الكويتي، إذ لم يعد المشرع المدني الكويتي مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون، وإنما اكتفى فقط بأحكام الفقه الإسلامي.

ومن خلال هذا الفرع سنبين أوجه الاعتراضات الواردة على مصدرية الشريعة الإسلامية للقاعدة القانونية:

(١) الأشقر، عمر، مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٣.

(٣) زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٣٥.

الاعتراض الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية مصطلح حادث وضعه المشرع

من المعلوم أن من السمات العلمية المميزة للدراسات الإسلامية أنها أولت عناية خاصة بضبط المصطلحات العلمية وتحرير دلالاتها على سند من أن الألفاظ قوالب المعاني، كما اعتنوا بإتقان صناعة التعريفات لأنها بوابات العلوم، وقد شهدنا ذلك عياناً في تعريفات أصول العلوم الإسلامية مثل: علم الفقه وعلم أصول الفقه وعلم القواعد الفقهية، بل قد تعدى ذلك الضبط ليشمل تعريفات علوم الآلة كالنحو والبلاغة ونحوها.

لقد أسلفنا الحديث عن الدلالة المنضبطة لدى فقهاء الشريعة بشأن تعريف مصطلح "الشريعة الإسلامية"، وأنها اسم جامع لكل ما شرعه الله من العقائد والأحكام، ويقصد بها على وجه المطابقة عند جميع فقهاء الشريعة قديماً وحديثاً مجموعة النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وأن هذا التعريف مستقر في الدراسات الإسلامية.

بيد أن المشرع الوضعي قد ابتدع مصطلحاً جديداً من عند نفسه؛ وأطلق عليه "مبادئ الشريعة الإسلامية"، ولم يقف عند مجرد الاختراع الشكلي لهذا المصطلح، وإنما زاد الأمر ابتداعاً وجرأة حين اعتبر "مبادئ الشريعة الإسلامية" مصدراً مستقلاً من مصادر القانون، هذا فضلاً عن أنه لم يفصح عن ماهية هذا المصدر، ولا عن ضابطه في دلالته على الأحكام.

والحق أن هذا المصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" هو مصطلح حادث على العلوم الإسلامية، بل ليس له وجود في أمهات مصادر الفقه الإسلامي ولا في مدوناته المعتمدة قديماً وحديثاً، مما يؤكد على وجود هذه الظاهرة الوضعية في القانون، حيث عمد المشرع الوضعي إلى ابتداع مصطلحات ومعاني مبهمة من عند نفسه، ثم أوهم نسبتها زوراً إلى العلوم الإسلامية، ثم جعلها مصادر للقاعدة القانونية في القانون المدني.

الاعتراض الثاني: مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" ذو دلالة مجملة وغير منضبطة

إنه على فرض تسليمنا بالجانب الشكلي لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، إلا أننا نتساءل عن الجانب المعنوي فيه؛ فنقول: ما تعريف هذا المصطلح الحادث؟ وما دلالته المعنوية على الأحكام؟ وكيف يستفاد منه في استخلاص الأحكام فقها وقضاء؟ إن الحقيقة العلمية التي يدركها المتخصصون في علوم الشريعة الإسلامية، تقضي بأن هذا المصطلح لا يحمل دلالة منضبطة ولا مفهوماً معنوياً معرّفاً بدقة ووضوح، أما الشريعة الإسلامية فهي اصطلاح مستقر ظاهر الدلالة، إلا أن تصديره بكلمة "مبادئ" يصيره مصطلحاً فضفاضاً ومجملاً لا يحكي دلالة منضبطة، بل هو حمال وجوه لا ينتج معنى يمكن التعويل عليه في بناء الأحكام فقها وقضاء.

لا ريب أن هذه الحالة المعيبة لدلالة المصطلح يستحيل معها اتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القاعدة القانونية عموماً، فضلاً عن عدم صلاحيتها لأن تكون مصدراً معتبراً من مصادر القانون المدني.

يضاف لما سبق، أن المصطلح الجديد غدا محرفاً، لأنه يجتزئ بعض الحقيقة ولا يعبر عن كليتها، وهذا الاجتزاء يوجب تخصيص المعنى بجانب معين من الشريعة فقط، وهو جانب المبادئ منها لا غير، مما يوحي باستبعاد سائر نصوص الشريعة قرآناً وسنة اكتفاء بمبادئها، الأمر الذي ينطوي على تعطي لنصوص الشريعة الإسلامية الخالدة، واستبعاد إعمالها في الواقع العملي للقوانين والتشريعات المعاصرة، وهو ما قصده الواضع الغربي عموماً والفرنسي خصوصاً عند وضعه للتشريعات والقوانين المعاصرة.

واليوم نشهد في الواقع القانوني المعاصر كيف أن المحتل الأجنبي قد نجح في تغريب تشريعاتنا القانونية، حتى غدت تعكس موقفه هو من أصوله التشريعية ومصادره القانونية، وليست تعكس أصولنا التشريعية نحن ولا نظامنا القانوني والقومي العام، ثم جاء الدارسون في القوانين الأجنبية، وبخاصة الفرنسية منها ليلعبوا دور الوسيط الذي نيطت به مهمة ال توفير والمواءمة بين تلكم الحالين التشريعتين المتناقضتين، فبرزت ظاهرة المصطلحات الغربية والتي تم تصميمها وصياغتها صياغة غريبة وأجنبية عن واقعنا المجتمعي، ولا تتفق مع نظامنا القومي العام؛ الذي هو منبع القوانين والتشريعات.

وبهذا يمكننا القول : بأن المشرع الغربي قد نجح في إقصاء الشريعة الإسلامية بنصوصها من القرآن والسنة عن التأثير في الواقع التشريعي العام، فلم تعد الشريعة الإسلامية حاكمة في ميدان الدعاوى والأقضية في العصر الحديث، وقد سلك الاحتلال التشريعي في سبيل ذلك حيلة قانونية ناعمة تتقي المصادمة مع المصادر الإلهية، فتعط لها بصورة قانونية غير مباشرة، وذلك إما بتأخيرها صراحة ضمن ترتيب المصادر القانونية، وإما بتحريفها صراحة لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية بدلا من الشريعة الإسلامية ذاتها، وإما بتضليل الفكر القانوني القومي؛ بالإحالة إلى الفقه الإسلامي ليحل محل الشريعة الإسلامية.

في جميع هذه الأحوال، يمكن لفقه التبعية والاحتلال أن يعمل في تشريعاتنا القومية عمله تحت مظلة التقدم والتطور، وأني حكم الأهواء والآراء البشرية غير المنضبطة بضابط الشريعة الإسلامية، الأمر الذي أدرك بعض شراح القانون المدني خطورته فنبهوا عليه بقولهم : "فالشرائع السماوية؛ وعلى رأسها الإسلام إلهية بمصادرها وأحكامها الأولى، بخلاف القانون الذي يستمد أحكامه من سلطة الدولة التي تسنه وتعده وتلغيه بحسب الظروف، وقد يتحكم فيها الهوى"^(١)، وقد كان الواجب أن تنسجم التشريعات العربية مع نظامه العام، فتمثله في مصادرها ونصوصها لا أن تكون أجنبية عنه ومغايرة له^(٢).

(١) جميعي وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١.

(٢) جاء في المادة الأولى من نظام المرافعات السعودي: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراء نظرها بما ورد في هذا النظام، ولذا فإن اسم هذا النظام "نظام المرافعات الشرعية"، كما نصت المادة نفسها على سلطان القضاء فقالت: "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء". وانظر أيضا: الدقيلان، عدنان بن محمد (٢٠٠٨)، الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط ١، ص ١٨٨.

الاعتراض الثالث: اضطراب التفسير القانوني لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"

في سياق المجازة لما فرضته بعض الدساتير^(١) والقوانين المدنية^(٢) بشأن اعتمادها مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، فقد حاول بعض الباحثين في القانون المعاصر^(٣)، وكذا في الدراسات الإسلامية^(٤) أن يقدموا إيضاحاً لدلالة هذا المصطلح الحادث، وما ذاك إلا مجازة لهذا المصطلح، مما اضطرتهم للوقوع في الخلط والاضطراب والإجمال الخاوي عن دلالة منضبطة وإفهام واضح.

والبيان الت تحليلي لحالة الخلط والاضطراب المشار إليها يظهر من خلال الإيضاح التالي: لما كان مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" لا وجود له بصورته ومعناه بين أدبيات علوم الشريعة الإسلامية، فقد تكلف البعض محاولاً وضع مفهوم له يوضح معناه، فجاء إيضاحهم مضطرباً متردداً ومستمدداً من عدة مصادر، حيث تم تفسير المصطلح بالاستعانة ببعض القواعد الشرعية المستمدة من ثلاثة علوم استدلالية متميزة من علوم الشريعة الإسلامية، وهي: علم أصول الفقه، وعلم القواعد الفقهية، وعلم المقاصد الشرعية^(٥).

فمن علم أصول الفقه تم إدراج بعض النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية، وهي نصوص شرعية قرآنية تتضمن أحكاماً عامة مثل: الأمر بالشورى الوارد نصه في القرآن الكريم في قوله تعالى: "وأمرهم شورى بينهم"^(٦)، وقوله: "وشاورهم في الأمر"^(٧)، فهذا الأمر الشرعي في الآيات تدرس دلالاته الشرعية العملية ضمن قواعد أصول الفقه الإسلامي.

وأما من علم القواعد الفقهية، فيتم التمثيل بنماذج من القواعد الفقهية الكلية الكبرى، مثل: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، ومن علم المقاصد الكلية في الشريعة الإسلامية يتم التمثيل بمثل: مقصد العدالة، ومقصد المصلحة، ومقصد التيسير ورفع الحرج^(٨).

(١) تنص المادة الثانية من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢م بأن: "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع". في حين تنص المادة الثالثة في فقرتها الثانية من الدستور السوري الجديد الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٢/١٥م بأن: "الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع". كما تنص المادة الثالثة من الدستور المصري المؤقت الصادر في ٢٠١١/٣/٣٠م بأن: "... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، في حين نص دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١م في مادته السابعة بأن: "... والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه...". كما أن المشرع الأردني عد الإسلام دين الدولة بموجب المادة الثانية من الدستور لسنة ١٩٥٢م وتعديلاته لسنة ٢٠١١م.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري قد عد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً تالياً للتشريع. انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني، في حين عد المشرع المصري مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً تالياً للتشريع والعرف والفقه الإسلامي. انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني، كذلك عد المشرع الأردني مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً يطبق بعد أحكام الفقه الإسلامي. انظر: نص المادة (٢/٢) من القانون المدني.

(٣) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٥٩. عبد التواب، معوض، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٤) زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٤٧-٤٩.

(٥) زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٧.

(٦) سورة الشورى، الآية ٣٨.

(٧) سورة آل عمران، الآية ١٥٩.

(٨) انظر تفصيلاً: زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٧٧-٨٨.

ومن بين ما سبق تحصل حالة الخلط بين أحكام وقواعد مستمدة من العلوم الإسلامية الثلاثة، وقد تم انتقاؤها بعشوائية وتحكم، فنتج مصطلح جديد لا وجود له في أدبيات العلوم الإسلامية وهو "مبادئ الشريعة الإسلامية"، فأمثله تستمد من العلوم الثلاثة ولا قيام له بنفسه استقلالا.

والحق أن الفقه الإسلامي بجميع مدارسه ومذاهبه قديما وحديثا، قد استقر على إثبات العلوم الاستدلالية الثلاثة، فاصطلح لكل منها على معنى مستقل، وصنفت في كل منها المصنفات الشهيرة المحررة، ولم يزل القضاة والمفتون على مدى تاريخ الحضارة الإسلامية يعتمدون على هذه العلوم الاستدلالية كأدوات ضابطة لعملية الاجتهاد واستنباط الأحكام فقها وقضاء.

المقصود هنا أن وضع فقهاء القانون لمصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" هو أمر حادث ومفتأت فيه على فقه الشريعة الإسلامية، ولا وجود لهذا المصطلح في أي من علوم الشريعة الإسلامية قديمها وحديثها، ثم إنه مصطلح غير منضبط في دلالاته وفحواه؛ لا بين المتقدمين ولا المتأخرين، مما اقتضى من معتقيه أن يتكلفوا في إيضاح دلالاته تليقا لا تأصيلا، ثم يضاف لذلك إلحاق وصف المصدرية القانونية به، بحيث إذا أراد القاضي أعمال هذا المصدر الوهمي لم يجده شيئا منضبطا ولا مقننا، فضلا عن كونه غير معرف ابتداء، ولا شك أن هذه الحالة تفرغ المصدر من دلالاته ومعناه، فضلا عن تفرغه من أثره في الأحكام القضائية. تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المدني الإماراتي قد نص في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م بأن :

"تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية..."

نلاحظ هنا أن المشرع المدني الإماراتي قد وفق باستخدامه مصطلح "الشريعة الإسلامية" خلافا للمشرع المدني الأردني^(١) والمشرع المدني المصري^(٢) والمشرع المدني السوري^(٣)، إذ استخدموا مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية". ومن هنا نقترح على هؤلاء المشرعين حذف كلمة "مبادئ" والاكتفاء بالشريعة الإسلامية كما فعل المشرع المدني الإماراتي للمبررات التي ذكرناها آنفا.

المطلب الرابع: الملاحظات الموضوعية المتعلقة بمصدرية العرف

سنبحث من خلال هذا المطلب في تعريف العرف، ومن ثم نبين الاعتراضات الواردة على تأخير مصدرية العرف، وذلك في فرعين.

(١) انظر: نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني المصري.

(٣) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني السوري.

الفرع الأول: تعريف العرف

العرف لغة ضد النكر، قال ابن فارس: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة، فمن الأول عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ومن الثاني المعرفة والعرفان، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه، ومنه العرف، وهي الرائحة الطيبة؛ سميت بذلك لأن النفس تأنس بها وتسكن إليها^(١). هذا ولا يخرج معنى العرف في الاصطلاح عن معناه اللغوي، فالعرف ما تعارف عليه الناس واعتادوا فعله بينهم حتى أنسوه واطمأنوا له وسكنت نفوسهم إليه، ومن أجل ذلك اتخذوه قانوناً لهم وسيرة مضطردة يعملون بها ويتحاكمون إليها.

وتعريف العرف اصطلاحاً: "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"^(٢)، ومنه العادة: وهي ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى^(٣).

وقد تواضع علماء أصول الفقه على شرائط لحجية العرف، وكلها تدور على التحقق من صدقه في الواقع، والاحتجاج به منسوبا إلى ترتيب الأدلة الأصولية^(٤)، ولقد سار فقهاء القانون على منهج فقهاء الشريعة في أصل العرف وفي عامة شروطه، بأن يكون عاما وقيماً ثابتاً ومطرذاً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب^(٥).

الفرع الثاني: الاعتراضات الواردة على تأخير مصدرية العرف

إذا كان النزاع المعروض على القاضي يتعلق بأمر لم يرد فيه حكم لا في التشريع ولا في الفقه الإسلامي ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية - مع تحفظنا على موقف المشرع الأردني من هذه المسألة - لزم على القاضي الرجوع إلى العرف عملاً بالمادة (٢/٢) من القانون المدني الأردني.

ووفقاً لنص هذه المادة، فإن العرف يعد مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون في التشريع الأردني.

هذا ويتفق المشرع الكويتي مع المشرع الأردني في اعتبار العرف مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون عملاً بنص المادة (٢/١) من القانون المدني، وإن اختلفا في الترتيب^(١).

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٤، ص ٢٨١. وانظر: لسان العرب المحيط لابن منظور، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٣) الجرجاني، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٤) الكبيسي، حمد عيد، والسامرائي، محمد عباس، والزلي، مصطفى (٢٠٠٤)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار المعرفة، بغداد، ط ٦، ص ٢١-٢٣. عبد الكريم، زيدان، مرجع سابق، ص ١٧٢-١٧٣.

(٥) انظر تفصيلاً: الزعبي، عوض، مرجع سابق، ص ١٣١ وما بعدها. وقد أشار المشرع الأردني إلى هذه الشروط في نص المادة (٢/٢) من القانون المدني بقوله: "٢- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف... ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقيماً ثابتاً ومطرذاً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد".

ومن ثم فإن المشرعين الأردني والكويتي أحالا القاضي إلى العرف باعتباره مصدرا تكميليا يكمل النقص في نصوص التشريع، عدا نصوص التشريعات الجزائية التي تقوم على مبدأ أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون"، هذا ويمكن للعرف أن ينشئ قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كما يجوز أن ينشئ قاعدة مفسرة يجوز الاتفاق على مخالفتها، لذلك على القاضي الرجوع إلى العرف، وفي حال تجاوزه العرف رغم وجوده، كان حكمه معييا ومخالفا للقانون قابلا للنقض بطريق التمييز (٢).

وما تجدر الإشارة إليه أن للعرف مكانة هامة جدا في المعاملات وبخاصة التجارية؛ ذلك أن بدايات القانون التجاري كانت قواعد عرفية (٣).

لنا على موقف المشرع الأردني والمشرع الكويتي في اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا لا يلجأ إليه القاضي إلا بعد الرجوع إلى التشريع والفقهاء الإسلاميين ومبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمشرع الأردني، وبعد التشريع والفقهاء الإسلاميين بالنسبة للمشرع الكويتي عدة اعتراضات، وهي في الوقت ذاته تعد مؤيدات تبرر تقديم العرف على بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون، وهي على النحو الآتي:

أولاً: يعد العرف أصل التشريعات كلها، فكيف تقدم عليه في الرتبة؟

يعد العرف أصل التشريعات والقوانين جميعها، فهو سابق عليها زمانا، وهو روحها واقعا ومكانا، وبرهان ذلك أن اللوائح تشتق من القوانين، والقوانين تصنع على هدي من الدساتير، والدستور مشتق من وحي النظام العام، وهل النظام العام في أصله وحقيقته إلا ما تعارف عليه الناس من عادات وقيم ومبادئ استقرت بينهم حتى ألفوها وباتت بينهم كالقانون العام الحاكم

(١) فالعرف وفق ترتيب المشرع المدني الأردني يأتي بعد الرجوع إلى التشريع والفقهاء الإسلاميين ومبادئ الشريعة الإسلامية، في حين أن المشرع المدني الكويتي أحال القاضي للعرف بعد الرجوع إلى التشريع والفقهاء الإسلاميين. مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الكويتي كان يعد العرف مصدرا تاليا مباشرة للتشريع من حيث اعتباره مصدرا من المصادر الرسمية للقانون، إذ كانت تنص المادة الأولى في فقرتها الثانية قبل تعديلها بموجب القانون رقم (٩٦/١٥) الصادر في ١٩٩٦/٥/٢٢ م بأنه: "٢- فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد عرف اجتهد القاضي برأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها". إلا أن المشرع الكويتي، وبعد التعديل بموجب القانون المذكور، أصبح متفقا مع المشرع الأردني بخصوص تقديم أحكام الفقه الإسلامي على العرف، في حين كان يتعين تقديم الأخير على الأول كما سنرى في هذه الدراسة، إذ أصبحت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تنص:

"٢- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف". وانظر تفصيلا حول العرف: الخطيب، عبد العزيز طاهر (٢٠٠٨)، العرف، دراسة قانونية محكمة منشورة في مجلة المحامي، مجلة محكمة فصلية تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة ٣٣، العدد ٣، أغسطس، الكويت، ص ٧٣.

(٢) الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢.

(٣) تفصيلا انظر: الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص ١٥ وما بعدها. والخطيب، عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

للمجتمع^(١)، وإن لم يكن مكتوباً، ومادام العرف هو أصل التشريعات والقوانين كلها، فكيف يجعل في ترتيب المصادر متأخراً عنها، وهو أصلها الذي ما قامت إلا عليه؟

نتيجة لهذه الحقيقة العلمية، فإن الواجب أن يتبوأ مصدر العرف مكانة أسمى ومنزلة أعلى من بين مصادر القانون، ولا يجوز إهماله ليكون مصدراً احتياطياً يتأخر في رتبته عن التشريع "النص القانوني"؛ وذلك استناداً إلى أن العرف أكثر تحقيقاً للعدالة وأدعى لاعتبار قرائن الواقعة^(٢)، بينما التمسك بحرفية النص القانوني قد تفضي غالباً إلى تضييع الحقوق ومجافة العدالة. إن سلب النص القانوني روحه؛ وإلباسه لباس الحرفية بما يجعله منبت الصلة عن واقعه وعرفه؛ لا شك أن ذلك يحيله بالضرورة إلى موات لا حركة فيه ولا تأثير له في الواقع، فالنص دون اعتبار العرف بمنزلة الجسد لا حياة فيه ولا روح معه.

ثانياً: العرف ملاذ القضاء في الواقع العملي

على فرض التسليم بإلزام القضاء بالتشريع (النص القانوني) كمصدر رسمي أصلي، فإن هذه المنهجية ستقتصر في عامة تطبيقاتها على الإطار النظري المجرد، ذلك أن الواقعة القضائية عادة ما تحف بقرائن وتصطبغ بأعراف خاصة أو نوعية تخرج عن الحدود الدلالية للنص القانوني، ولا مناص حينئذ أمام القاضي إلا أن يلجأ إلى العرف العملي ليستعين به في تحقيق العدالة، وما الاستعانة بالخبراء إلا وسيلة عملية من وسائل تحقيق العدالة بطريق العرف، فإذا أضيف ذلك إلى حقيقة التطور المضطرب للوقائع وقرائنها؛ والعقود وشروطها وأماطها؛ فإن ذلك سينعكس بالضرورة على تحجيم نطاق النص القانوني، ولا سيما حال جمود النص وامتداد فترات بقاءه معيماً قاصراً عن الواقع.

ومن هنا قد تبرز ظاهرة قضائية خطيرة، وهي تعسف القضاء بالجمود على النص القانوني، مما يفوت العدالة عن أصحابها، ولو حاول القاضي التخلص من إفسار النص والتعويل على روحه ومقصوده، فإن حكمه سيكون محلاً للطعن عليه بعدم التطبيق الحرفي للنص القانوني، ولو أدى ذلك إلى تضييع الحقوق وتحقيق الظلم البين.

ثالثاً: العرف سيد المصادر في النظام القانوني الأنجلو سكسوني (المشترك)

إن من الحقائق العلمية الراسخة في فقه القانون الحديث، أن النظام القانوني الأنجلو سكسوني أو ما يعرف باسم "القانون المشترك أو العام" يعتمد على مصدر "السوابق القضائية" كمصدر ملزم للتشريع وللقضاء في أحكامه، وهي مصدر مقدم على أية مصادر قانونية أخرى، وتعريف السابقة القضائية بأنها: "قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعد قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما

(١) انظر: محمد خراز، محمد صالح (٢٠١١)، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، السنة الرابعة والثلاثون، العدد الثاني، ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١٣٧.

تلاها من القضايا المماثلة" (١). وتتباين النظم القانونية بشأن حجية السوابق القضائية إلى حد التضاد، وتعود جميع القوانين المعاصرة إما إلى القوانين الأنجلو سكسونية التي تلزم بالسوابق القضائية، أو للقوانين اللاتينية (المدنية) التي لا تلزم بها كالقانون الأردني والكويتي، والاعتبار بحجية السوابق القانونية وأنها المصدر الرسمي الأول للتشريع والقضاء، هو ما تعتمد عليه العديد من النظم القانونية العريقة في العالم؛ مثل: بريطانيا وأمريكا وكندا وأستراليا ونيوزيلندا (٢).

ومقصودنا الأهم مما سبق، التأكيد على أن حقيقة السوابق القضائية وجوهرها النابض، هو العرف العملي وقرائن الواقعة في بيئتها، وهذا المصدر ينبؤنا عن مكانة العرف في النظم القانونية الأنجلو سكسونية، وأنه مقدم الرتبة بإطلاق على أية مصادر قانونية أخرى، وأن هذا النظام القانوني لم يأخذ؛ بل رفض الأخذ بفكرة تقديم التشريع (النص القانوني) على العرف؛ كما هي عليه المنهجية الأصولية في المدرسة اللاتينية (المدنية).

وقد نتج عن منهجية الاعتماد على السابقة القضائية كمصدر أصلي قوامه العرف العملي، بروز العديد من الآثار المنهجية والتطبيقية في المجال القانوني، ولعل من أبرزها ما يلي:

١. عدم الفصل بين القانون التجاري والقانون المدني؛ وذلك على اعتبار أن القاضي يصدر فيهما عن مشكلة واحدة؛ هي عرف الواقعة وقرائن أحوالها، بينما في النظم اللاتينية (مدرسة القانون المدني) تعتبر القانون التجاري فرعاً مستقلاً عن القانون المدني (٣).
٢. إن القاضي في بل دان القانون الأنجلو سكسوني لا يختص بالنظر في نوع معين من المنازعات، بل القاضي نفسه قد ينظر المنازعات التجارية والأسرية والجنائية وغيرها (٤).
٣. وإمعاناً من بعض هذه النظم الأنجلو سكسونية في أعمال العرف وأثره في الواقعة، فقد اخترعوا فكرة الاستعانة بهيئة م حل ين، وجعلوها جزءاً من آلية إصدار الحكم القضائي نفسه، كما اعتبرت ذلك حقاً دستورياً للمدعى عليه في القضايا الجنائية (٥).
٤. أن القاضي في النظم الأنجلو سكسونية يخلق القانون ويضعه ومن ثم يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون، في حين أن دور القاضي في النظم اللاتينية تطبيق النص القانوني لا وضعه.

(١) انظر في هذا المعنى: الحشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ١٧٦-١٧٧.

(٣) انظر في هذا المعنى: العكيلي، عزيز (٢٠١١)، القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط ١، الإصدار العاشر، ص ١٧-٢٢.

(٤) انظر: الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٤)، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١.

(٥) Pritchard, John (2003), Guide to the law, Third Edition, p. 863. Kadar Abby and Whitehead Geoffrey, Export Law, Woodhead Faakner, London, p. 8.

رابعاً: أن الرجوع إلى العرف يكاد يكون أقرب إلى المستحيل

يعد رجوع القاضي للحكم بمقتضى العرف وطبقاً لما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني الأردني والمادة الأولى من القانون المدني الكويتي وما أوردتهما من ترتيب، أمراً قريباً إلى المستحيل وغير ممكن تقريباً من الناحية العملية، فإذا ما تركنا ما تعارف عليه الناس في بلد معين بخصوص أمر معين وصار قانونهم الذي يتعاملون بمقتضاه ولا يخرجون فيه لا على شريعة أو تشريع، ثم ذهبنا نبحت في كتب الفقه الإسلامي عن آراء الفقهاء وفروضهم التي افترضوها، لما استطعنا من الناحية العملية أن نجد للعرف مكاناً في التطبيق، وهذا بخلاف موقف المشرع المدني المصري، إذ عد العرف في مرتبة تالية للتشريع بموجب المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص بأن: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى الفقه الإسلامي، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". إن الملاحظات سالفه الذكر - رغم أهميتها - إلا أن الملاحظة القادمة، تعد على قدر جوهري من الأهمية.

خامساً: مكانة العرف في الفقه الإسلامي

أن الفقه الإسلامي نفسه يعد العرف مصدراً من مصادر الحكم الذي يتوجب على القاضي تطبيقه على النزاع المطروح عليه للحكم فيه . فبالرجوع إلى ما ورد في مجلة الأحكام العدلية من قواعد تتعلق بالعرف، نجد أن المقصود بقاعدة "العادة محكمة" أنها تصلح لإثبات حكم شرعي^(١)، ولكي تثبت العادة حكماً شرعياً يجب أن تكون غالبية مطردة^(٢)، كما تعد مرجعاً لحل النزاع عند عدم توافر النص؛ لأنها دليل يبنى عليه الحكم إذا لم يرد في ذلك الحكم المراد إثباته نص^(٣). وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية من أن: "العادة تجيز لمستأجر المحل لتعاطي مهنة (السمانة) أن يبيع الخضار في هذا المحل، والعادة محكمة"^(٤)، وهذا ما تؤكد أيضاً المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ م وتعديلاته^(٥).

(١) انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية للمرحوم علي حيدر، ج ١، ص ٤٠ في شرحه على المادة (٣٦)، و ص (٤٢) في شرحه على المادة (٣٧)، و ص (٤٦) في شرحه على المادة (٤٣).

(٢) سلطان، أنور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٣) حيدر، علي، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) تمييز حقوق أردني رقم ١٩٨١/٦٢٠، تاريخ ١٩٨١/١١/٣٠ (منشورات مركز عدالة).

(٥) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٥، إذ ورد فيها: "الواقع أن تقديم أحكام الفقه الإسلامي على العرف لا يتفق تماماً مع منطق ترتيب مصادر القانون، لأن العرف من أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الإسلامي اعتمادها، واعتماد مبادئ أصول الشريعة الإسلامية مؤداه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي في بناء الأحكام، فالأصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس، أو جرى العرف بينهم، إلا أن يتراضوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو

هذا فضلا عن أن حسن وضع التشريع يقتضي من المشرع أن يورد تسلسل المصادر نزولا من الخاص إلى العام، والعكس غير صحيح^(١). لذلك، فإننا نرى أنه كان يتعين على المشرع المدني الأردني أن يقدم العرف على الفقه الإسلامي فيجعله المصدر الثاني بعد التشريع.

كما أننا نرى أن المشرع المدني الكويتي لم يكن موفقا في تعديله لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني بموجب القانون المعدل رقم (٩٦/١٥) الصادر في ١٩٩٦/٥/٢٢، والذي بموجبه أصبح العرف مصدرا رسميا احتياطيا بعد التشريع والفقه الإسلامي، في حين أن نص الفقرة المذكورة - قبل التعديل - كان يقدم العرف على الفقه الإسلامي، فيجعله مصدرا تاليا مباشرة للتشريع من حيث اعتباره مصدرا من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية.

وعلى ضوء ما تقدم، فإننا نقترح تعديل المادة الثانية من القانون المدني الأردني، والمادة الأولى من القانون المدني الكويتي، والمنظمتين لمصادر القاعدة القانونية في الأردن والكويت بما يتفق والأهمية العملية للعرف في المعاملات، بحيث يقدم العرف على أحكام الفقه الإسلامي، فيصبح مصدرا تاليا للتشريع من حيث اعتباره مصدرا من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية.

المطلب الخامس: الملاحظات المتعلقة بمصدرية قواعد العدالة

لقد نص المشرع المدني الأردني على اعتبار قواعد العدالة مصدرا من مصادر القانون، وهذا ما تنص عليه المادة (٣/٢) من القانون المدني الأردني بأنه: "٢- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة...". وفي ضوء نص هذه المادة، فإن قواعد العدالة تعد مصدرا رسميا احتياطيا رابعا بعد أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك فقد اشتهر على ألسنة الشرعيين قولهم العرف في الشرع له اعتباره، وقولهم: "العرف شريعة محكمة"، ومن ثم يكون العرف بعد أحكام الفقه الإسلامي من قبيل التزيد ما دام أن العرف يعتبر من أهم المصادر في الشريعة الغراء".

والعرف، وهي في الترتيب العام بعد النص التشريعي تعد المصدر الخامس، وهو المنهج الذي جرينا عليه في الترتيب في هذه الدراسة.

عادة ما يستعمل إلى جانب مصطلح "قواعد العدالة" مصطلح آخر قريب منه في فكرته، وهو مصطلح "مبادئ القانون الطبيعي"^(٢)، نظرا للارتباط الوثيق بين فكرة العدالة وفكرة القانون الطبيعي، لذلك اعتبرهما المشرع المدني المصري متلازمين، إذ جاء في المادة الأولى من القانون المدني المصري: "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"؛ لأنه إذا أراد القاضي أن يلتزم بقواعد

تحريم حلال. وقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية هذا الأصل، فقال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" سورة النساء، الآية (٢٦)، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنتم أعلم بأمور دينكم، وما كان من أمر دينكم فيلي، وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به".

(١) الصراف، عباس، حزبون، جورج، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢) جميع ما ذكره تحت مصطلح "قواعد العدالة" يجري على المصطلح الشبيه له وهو مبادئ القانون الطبيعي، فكلاهما مصطلح مبهم في ذاته وفي دلالاته.

العدالة، وجب عليه الرجوع إلى القانون الطبيعي مبدئياً؛ ليعرف ما يتفرع عنه من قواعد للعدالة التي توافق ظروف النزاع المعروض عليه^(١).

ومن الشواهد القضائية لهذا المصدر، "أن البيع عند فقهاء الشريعة الإسلامية كما هو معلوم، ينعقد بالإيجاب والقبول، ويثبت به ملك المشتري للمبيع والثمن للبائع، ولم يدر بخلدهم أن القوانين الوضعية ستنص على بطلان بيع العقار خارج دائرة التسجيل، ولذا لم يتعرضوا إلى مسألة مهمة وهي: ما أحدث المشتري في المبيع قبل تسجيله، وفي هذه الحالة يصر إلى تطبيق مصدر قواعد العدالة ضمن أحكام المادة الثانية من القانون المدني، ومقتضى هذه القواعد أن لا يملك إنسان ملك آخر إلا بقيمته في تصرفات المعاوضة"^(٢). لقد أدى استعمال مصطلح "قواعد العدالة" ضمن مصادر القانون إلى بعث العديد من المحاولات لضبط هذا المصطلح بالتعريف والبيان، إلا أنها جميعاً لم تستطع إزالة الإبهام في معناه ولا ضبط دلالاته على الأحكام فقها وقضاء. ومن المحاولات التفسيرية القول: بأن قواعد العدالة عبارة عن: شعور كامن في أعماق النفس يكشف عنه العقل السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، ويوصي به الضمير المستنير لإيتاء كل ذي حق حقه، فقواعد العدالة تشمل الحلول العادلة لتحقيق الحق والعدل في الحالات التي لا يجد فيها القاضي الحكم اللازم لحسم النزاع المعروض عليه في المصادر الرسمية المختلفة للقاعدة القانونية^(٣).

وقواعد العدالة، هي قواعد مرنة ونسبية تختلف من شخص إلى آخر ومن مكان وزمان إلى آخر، والعدالة تعني بصفة عامة المساواة في الحكم، فقواعد العدالة، هي تلك القواعد التي تعلق قرارات الحكام وتشريعاتهم وتسمو، بحيث تصبح متصلة بمنزلة الإنسان وبصدقه وحقوقه الطبيعية والتي تتفق الأمم المتحدة على وجوب توفرها في المجتمع في كل الأزمنة^(٤).

إنه على الرغم من قبول الفقه القانوني - من حيث المبدأ - لفكرة اللجوء اضطراراً إلى قواعد العدالة، وأنها الملاذ الأخير للقضاء، ولا يجوز للقاضي التخلي عنه، إلا أنه ليس ثمة تعريف علمي منضبط لمصطلح "قواعد العدالة" في الفكر القانوني الحديث، سوى إيضاحات لغوية وتعميمات بلاغية لا تثمر في ميدان الأحكام العملية حكماً، فمن الغريب في الفقه القانوني أنه قرر المصطلح أولاً؛ وهو مصطلح تقديري ونسبي وغير منضبط، ثم هو يجعله مصدراً من مصادر القاعدة القانونية رغم إبهامه الشديد، لا ريب أن ذلك خطأ مركب، فما لا ضابط له في دلالاته كيف يكون مصدراً للاستنباط منه؟ إن هذا مخالف لمنطق العلوم الاستدلالية.

والحق أن هذا المصدر قد اختلفت فيه القوانين المدنية، فبينما رأينا المشرع المدني الأردني نص عليه كآخر المصادر القانونية، نجد في المقابل أن المشرع المدني الكويتي^(١) والمشرع المدني الإماراتي^(٢) لم ينصا أصالة على اعتبار قواعد العدالة مصدراً من مصادر

(١) انظر: الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٢) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٨٦/٨٤ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٨٦/٤/٩ م، (منشورات مركز عدالة).

(٣) انظر في هذا المعنى: سلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٤) انظر بخصوص ذلك: موقع جوريسبيا القانون المشارك الخاص بالمصطلحات القانونية <http://ar.jurispedia.org/index/php>.

القاعدة القانونية، الأمر الذي يثبت تردد المشرعين بين اعتبار مصدرية قواعد العدالة من عدمه، مما يضعف القول باعتبار قوة حجيته والاستناد إليه.

كذلك، إن من أمارات العجز والإبهام في دلالة هذا المصدر شكلا وموضوعا، أن الفقه القانوني بصفة عامة عجز عن تقديم منهجية واضحة ومحددة لكيفية الاستفادة من هذا المصدر وتفعيله في ميدان الفقه والتشريع والقضاء، ويتضح ذلك بالسؤال التالي: كيف يمكن للقاضي أن يتحقق من كونه قد طبق قواعد العدالة أو ربما طبق عكسها ظنا منه أنه يطبقها؟ لا سيما وأن ما يراه القاضي عدالة قد يراه قاضٍ آخر عين الظلم والفساد في التقدير والاستدلال والحكم. فما ضابط ذلك إذا؟

ونرى في هذا الصدد أن عبارة القانون المدني السويسري قد تكون أكثر توافقا مع المعنى المقصود من الإحالة إلى قواعد العدالة، فقد نصت المادة الأولى منه على أن: "القاضي حين لا يجد نصا في التشريع أو قاعدة في العرف، فإنه يحكم وفقا لما يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع" (٣).

المبحث الثاني

المراجعات الشكلية لمصادر القانون المدني الرسمية

بعد أن عرضنا لأهم أوجه المراجعات الموضوعية لمصادر القانون المدني الرسمية، وهي تشكل بدورها الجانب الموضوعي من هذه الدراسة، فإنه لا بد من دراسة أوجه المراجعات الشكلية لتلك المصادر، بغية بيان الوضع التشريعي القائم لهذه المصادر، إذ أن هناك عدم دقة في صياغتها وأولويتها، وأيضا في حجيتها، وأخيرا غياب الثوابت عن منظومة مصادر القانون الرسمية.

بناء على ما تقدم، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول: نقد تعداد المصادر وترتيبها.

المطلب الثاني: نقد حجية مصادر القانون المدني (رسمية أصلية، رسمية احتياطية).

المطلب الثالث: غياب الثوابت عن منظومة مصادر القانون المدني.

وسنبحث هذه المطالب تباعا.

(١) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي.

(٢) انظر: نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) أشار إلى النص: الصدة، عبد المنعم، مرجع سابق، ص ١٧٤-١٧٥. الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ١٧٤.

المطلب الأول: نقد تعداد المصادر وترتيبها

إن من مواطن الاضطراب الشكلية في مصادر القانون الرسمية ما نلاحظه من اختلافات جوهرية في موقف القوانين المدنية عند بيانها لهذه المصادر، وقد أخذ ذلك الاضطراب والاختلاف صوراً وأشكالاً متعددة، من أبرزها الاضطراب في تعدادها (أي عدد المصادر المذكورة)، والاضطراب في ترتيبها (أي في ترتيب المصادر من حيث القوة والحجية).

أولاً: من حيث تعداد المصادر

لقد نص المشرع المدني الأردني على المصادر الرسمية للقانون، فعدها خمسة مصادر، هي: التشريع، الفقه الإسلامي، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، قواعد العدالة^(١)، بينما عددها المشرع المدني الكويتي ثلاثة، هي: التشريع، الفقه الإسلامي، العرف^(٢). وقد عد المشرع المدني المصري المصادر الرسمية للقانون، وهي خمسة مصادر: التشريع، العرف، الفقه الإسلامي، مبادئ الشريعة الإسلامية، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(٣)، في حين عد المشرع المدني السوري أربعة مصادر، هي: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(٤)، كما ذكر المشرع المدني الإماراتي ثلاثة مصادر، هي: التشريع، الشريعة الإسلامية، العرف^(٥).

وتساءل هنا: ما دامت هذه المصادر بمثابة الأصول التي تستمد منها القواعد القانونية قوتها الملزمة، فلماذا اضطرب المشرعون في تعدادها؟ ولا ريب أنه ثمة فرق كبير بين أن نقول: إن المصادر ثلاثة أو أربعة، فإن أثر ذلك سينعكس حتماً على ذوات الأحكام الصادرة فقها وقضاء، فضلاً عن الاضطراب في منهجية إصدارها.

ثانياً: من حيث ترتيب المصادر

يطالعنا وجه آخر من أوجه الاضطراب الشكلي في مصادر القاعدة القانونية، ألا وهو اضطراب القوانين المدنية في الترتيب الموضوعي لتلك المصادر، فالمشرع المدني الأردني مثلاً رتبها كالآتي: التشريع، ثم الفقه الإسلامي، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، ثم قواعد العدالة، بينما رتبها المشرع المدني الكويتي قبل تعديل سنة ١٩٩٦ م على النحو الآتي: التشريع، ثم العرف، ثم الفقه الإسلامي، فصدر التشريع، ثم أردفه بالعرف، وجعل ثالثها الفقه الإسلامي، ثم عاد في التعديل الجديد لينقض ذلك الترتيب القديم، وليضع مكانه ترتيباً آخر للمصادر، وهو: التشريع، ثم الفقه الإسلامي، ثم العرف، فخالف ترتيب المصدرين

(١) انظر: نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي.

(٣) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني المصري.

(٤) انظر: نص المادة الأولى من القانون المدني السوري.

(٥) انظر: نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الأخيرين، حيث أحرع ففعله المصدر الثالث والأخير، ثم قدم عليه الفقه الإسلامي ليصبح المصدر الثاني، في حين رتبها المشرع المدني المصري ترتيبا مغايرا، ففء التشريع في صدارة هذا الترتيب، ثم تلاه العرف، ثم جعل ثالثها الفقه الإسلامي، ومن ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

والسؤال الأهم في مراجعتنا هنا : هل يوجد أساس علمي معتمد لعملية تعداد المصادر وترتيبها؟ وكيف للمشرعين في القوانين المدنية أن يتخيروا اجتهادا في ترتيب المصادر أو تعدادها من تلقاء أنفسهم؟ بل كيف للقانون المدني الواحد (الكويتي مثلا) أن يخالف بالتعديل في نصه بين المصدرين الأخيرين .. فتارة يقدم هذا ويؤخر ذاك؟ وما الضمانة العلمية لعدم تكرار وقوع هذه الحالة المضطربة في سائر القوانين المدنية الأخرى؟ لا ريب أن هذه الأسئلة المشروعة في مقام البحث العلمي لتؤكد على حقيقة مهمة مفادها: أن غياب المرجعية القانونية العربية الموحدة لتطبيقات مصادر القاعدة القانونية منشؤه غياب الأصول العلمية الموحدة للفقه القانوني ذاته.

إن ترك هذه المسألة بدون ضابط علمي واضح وبلا حسم تأصيلي يجعل قضية مصادر القانون الرسمية محلا للتلاعب والاجتهاد والتعديل بحسب مقتضيات ظروف البيئة التشريعية؛ ووفقا لمجريات الصراع السياسي والتدافع الأيديولوجي، وبالتالي فهي إلى الفوضى أقرب وأحرى؛ الأمر الذي لا يستقيم مع مبدأ الاستقرار والانضباط العلمي في المصادر القانونية، لا سيما وأن الاضطراب في ذلك من شأنه إلحاق الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون، وبالتالي لحوق الخلل والاضطراب لمنهجية استنباط الأحكام وإصدارها فقها قضاء.

إن دراستنا النقدية هذه بمراجعاتها العلمية تجدها سندا قويا في الفكر القانوني الحديث، وذلك فيما قرره الأستاذ "السنهوري" بشأن "ترتيب مصادر الالتزام"، حيث قال : "على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلان يول فضلا كبيرا في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام، وقد أجمع الفقهاء على أثر الحملة التي قام بها على نقد هذا الترتيب، وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث" (١)، ونرى أن المراجعات النقدية بشأن "مصادر القانون المدني" هو أولى وأحرى من مراجعات "مصادر الالتزام"، وكلاهما مطالب ضرورية في الفقه القانوني الحديث.

المطلب الثاني: نقد حجية مصادر القانون المدني (رسمية أصلية، رسمية احتياطية)

سبق لنا في تمهيد هذه الدراسة أن وضعنا تعريفا مختارا لمصطلح "مصادر القانون" كما يفهم من استعمال فقهاء وشرح القوانين المدنية، وهو : "الأصول المرجعية التي تستمد منها الأحكام القانونية فقها وقضاء"، وقولنا (الأصول) يفيد الإشارة إلى مبدأ

(١) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ١٣٩.

الحججة لتلك الأصول، بمعنى أن تكون تلك المصادر قادرة على إنتاج الأحكام سواء بطريق الاجتهاد الفقهي القانوني، أو بطريق الاجتهاد في إصدار الأحكام القضائية من قبل القضاة.

بيد أن من أبرز أوجه الاضطراب التشريعي في مصادر القوانين المدنية ما نلاحظه من تباين كبير في وصف حججة الاستدلال بمصادر القانون المدني، فنجد المشرع المدني الأردني مثلاً قد وضع له اصطلاحاً خاصاً في تقسيم المصادر، حيث قسّمها إلى ثلاثة أنواع (رسمية أصلية، رسمية احتياطية، وتفسيرية)، فاعتبر التشريع مصدراً رسمياً أصلياً، بينما اعتبر كلا من الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف مصادر رسمية احتياطية، ثم ساق مصطلحاً آخر لا يقل إهاماً في دلالاته عن سابقه، وهو مصدر "قواعد العدالة"، و عدّه مصدراً رسمياً احتياطياً. والحق أننا لا ندرى ما المعايير العلمية التي بنى عليها هذا التصنيف والتوصيف المشار إليه؟ وخصوصاً أنه ينعكس بشكل مباشر على فكرة "الحججة" في الاستدلال بالمصدر، وهي الثمرة الأساسية والكبرى من وراء النص على هذه المصادر ودراستها في كليات الحقوق.

وإذا ما رجعنا إلى المشرع المدني الكويتي لنقارن بين صنيعه تجاه مصادر القانون، فنسجده قد اختار لنفسه منهجية أخرى مختلفة تماماً عما ارتضاه المشرع المدني الأردني، فقد أورد المشرع المدني الكويتي المصادر التالية: التشريع، ثم الفقه الإسلامي، ثم العرف، فاعتبرها جميعاً مصادر رسمية للقاعدة القانونية، فلم يصنفها إلى رسمية واحتياطية.

وبالمقارنة بينهما مع القانون المدني المصري، فإننا سنجد المشرع المدني المصري أيضاً اختار لنفسه منهجية أخرى ثلاثة تغاير ما سار عليه الأولان، فقد أورد المصادر التالية: التشريع، والعرف، معتبراً إياها مصادر رسمية أصلية، ثم ألحقها بمصادر مبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، معتبراً إياها مصادر تفسيرية^(١).

إن التباين الكبير بين القوانين المدنية في وصف حججة "مصادر القانون" يكشف لنا مدى سعة الاضطراب العلمي والخلل المنهجي تجاه هذه المسألة، الأمر الذي يتطلب وقفة علمية جادة تعمل على إعادة ضبط مصادر القاعدة القانونية ابتداءً، ثم السعي نحو تطبيقها بصورة منهجية.

المطلب الثالث: غياب الثوابت عن منظومة مصادر القانون المدني

إن منطق النظم التشريعية الرشيدة يقضي بأنه ما من نظام تشريعي قويم إلا وهو يجمع بين ثنایاه ثوابت ومتغيرات، أما الثوابت فتتمد النظام التشريعي بالأصالة والرسوخ، بينما تمنح المتغيرات هذا النظام المرونة والحيوية والقابلية للتطور، وإن غلبة أحد الوصفين على ذلك النظام يحيله إلى جمود تام لاستحكام الثوابت عليه، أو لفوضى عارمة لسطوة المتغيرات عليه، وليس ثمة نظام تشريعي

(١) انظر: سلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١٠٧.

رشيد ونافع في مخرجاته إلا وهو ينتظم جانبي الثوابت والمتغيرات؛ والتي تتفاعل وتتكامل فيما بينها لتعطي مخرجات مطلوبة أو مرغوبة للإنسان.

ومن هنا، فإن تطوير الأنظمة التشريعية، إنما ينطلق من مدى قدرة واضعها على تطوير نسب التقدير بين مساحتي الثوابت والمتغيرات داخل هذه الأنظمة، وعلى هذا القانون الكويتي تجري كافة النظم المادية والمعنوية الرشيد في مسيرتها نحو التطور؛ سواء كان ذلك في الصناعات أو الخدمات أو في منظومة التشريعات.

وبإسقاط ذلك على مصادر القاعدة القانونية، فإننا نلاحظ تخلف هذا القانون الكويتي عن منظومة مصادر القانون، وبيان ذلك: أننا نلاحظ كون مصادر القاعدة القانونية تتسم جميعها بكونها متغيرات، فالنص القانوني (التشريع) مثلا نجده يقبل التغيير بالحذف والإضافة، بل وإعادة الصياغة بقرار من السلطة المختصة، كما يمكن للسلطة التشريعية أن تلغي العمل بهذا التشريع برمته، وعليه فلا ثبات لهذا المصدر الذي يعد المصدر الرسمي الأصلي والأول من بين مصادر القانون^(١).

ومثل ذلك يقال بالنسبة لمصدر الفقه الإسلامي، فهو اجتهاد استنباطي تراكمي عبر التاريخ الإسلامي، ولا ثبات له لاشتقاقه عن بيئات عرفية متعددة، فهذا المصدر رغم استناده إلى النصوص الشرعية ابتداءً، وهي ثوابت لا تتغير ولا تتبدل على مر الزمان واختلاف المكان وتغير القرائن والأحوال، إلا أن جعل هذا المصدر تابعا لمصدر التشريع (النص القانوني) يجعله فرعاً احتياطياً تابعا لمتغير، والفقه الإسلامي بما اشتمل عليه من مرونة وحيوية، يعد قادراً على أن يواجه المشاكل ويعطي الحوادث المتجددة ما يناسبها^(٢). أيضا يقال بشأن مصدر "مبادئ الشريعة الإسلامية" فإن إثبات تبعية هذا المصدر على فرض ثباته للتشريع (النص القانوني) موجب لكونه متغيراً، وذلك ضرورة كونه تابعا لأصل متغير، وأما مصدر "العرف"، فإنه معلوم بدهاءة تغيره مع مرور الزمن والأحوال، والكلام نفسه يقال بالنسبة إلى مصدر "قواعد العدالة"، إذ تعتمد وبشكل رئيسي على اجتهاد القاضي مراعيها فيها حاجات المجتمع وظروفه المتغيرة، لأن لكل مجتمع مثله العليا^(٣). فثبت بذلك أن منظومة مصادر القانون جميعها لا تستند

(١) ولقد ترتب على غلبة خاصية المتغيرات على مصادر القانون كلها أن جاءت صياغة العلوم القانونية منسجمة مع هذه الخاصية، ذلك أن العلوم القانونية يمكن تقسيمها إلى: النظام العام، ويتفرع عنه دستور الدولة، ويتفرع عنه القوانين والمراسيم، ثم اللوائح التنظيمية والإدارية، وتدور تخصصات الدرس القانوني الحديث على هذه المراتب العلمية، والشاهد أن ليس شيء مما ذكرناه يتسم بالثبات، فالنظام العام قابل للتغير بحسب التطور في بيئة المجتمع وثقافة الشعب، وتأتي ظاهرة تعديل الدساتير لتؤكد على أنها متغيرة ومتجددة باضطراد، وهو ما نراه في صنيع الشعوب في دساتيرها وخصوصا بعد حلول الثورات الشعبية وحركات الإصلاح فيما يسمى بالربيع العربي، فإذا كان النظام العام والدستور متغيران، فمن باب أولى ما يتفرع عنهما من قوانين وتشريعات ولوائح، الأمر الذي يؤكد حقيقة أن العلوم القانونية لا تنطوي على ثوابت راسخة تمددها بالثبات والأصالة والانضباط، مما يحيلها إلى منظومة تشريعية أقرب ما تكون بسبب حاكمية المتغيرات عليها، إلى الفوضى وعدم الانضباط.

(٢) انظر تفصيلا: فيغو، عبد السلام، مرجع سابق، ص ٤٤-٥٦.

(٣) انظر: سلطان، أنور، مرجع سابق، ص ١٥٦.

إلى ثابت راسخ يمدّها بالأصالة والرسوخ، فألت تلك المنظومة بالضرورة إلى سيطرة المتغيرات عليها، وهي حالة معيبة لكونها أقرب إلى الفوضى منها إلى الثبات والانضباط.

وإذا جاز لنا أن نقارن بين مصادر القانون إلى جانب مصادر التشريع الإسلامي (أصول الفقه)، فإننا نجد أن مصدري القرآن والسنة يتصدران سائر مصادر التشريع الأخرى، وهما أصلان ثابتان خالدان لا يتغيران أبداً على مر الزمان وتغير المكان والأحوال، ومنهما تستمد باقي مصادر التشريع الأصالة والرسوخ والانضباط، وهذا هو مكن السر الإعجازي في التشريع الإسلامي؛ غير أن ثوابته مقدرة بإعجاز من الخالق الحكيم سبحانه وتعالى، بحيث تبقى أصولاً ثابتة تنظم البيئات على اختلاف زمانها ومكانها وأحوالها^(١).

والمقصود أن الأجدر بمنظومة مصادر القانون المدني، وهي بمثابة القواعد الأصولية للتشريعات القانونية وللعلوم القانونية كافة، أن تتسم بالطبيعة النظامية؛ بحيث تبني في جانب منها على ثوابت راسخة لا تتغير ولا تتبدل، مع اشتغالها في المقابل على مساحة من المتغيرات الباعثة على التطور والحيوية، وأما سيادة المتغيرات عليها كما النحو القائم حالياً، فهو مكن خطر؛ لكونها تؤول بمنهجية النظام القانوني كله إلى عدم الاستقرار؛ الذي هو سبيل يؤدي بدوره إلى الفوضى في الأحكام فقها وقضاء من جهة، والإخلال بالاستقرار الواجب تأمينه للمعاملات في المجتمع بالقانون من جهة أخرى^(٢).

(١) انظر تفصيلاً: زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٥٧-٥٩. وأيضاً: أشقر، عمر، مرجع سابق، ص ٦٣-٦٩.

(٢) الصدة، عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٩٢-٩٣. الداودي، غالب، مرجع سابق، ص ١٠٠.

الخاتمة

بعد المراجعات النقدية لمصادر القانون المدني الرسمية في التشريعين الأردني والكويتي، فإننا نصل إلى عدد من النتائج والتوصيات، وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١. أن المفاهيم العلمية لمصادر القانون المدني الرسمية مضطربة في بنائها ومبهمه في دلالتها ومتناقضة في تطبيقاتها في التشريعات والقوانين الحديثة، ولا سيما القوانين المدنية المعاصرة، ومنها القانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي.
٢. لا توجد منهجية علمية موحدة وضابطة لمصادر القانون المدني الرسمية في الفقه القانوني الحديث.
٣. إن الأساس الفني والمنشأ الفكري لما كشفت عنه الدراسة من اضطرابات وتناقضات في مجال مصادر القانون المدني الرسمية، إنما هو ناتج عن قاعدة ضمنية في الفقه القانوني الحديث مفادها: "إنزال النص القانوني منزلة النص الشرعي" في كل ما يتصل بالثاني من قواعد وآليات تضبط الفهم والاستنباط.
٤. لقد أبرزت الدراسة أن حالة الاضطراب والتناقض فيما يخص الجوانب الشكلية في مصادر القانون المدني الرسمية في التشريعين الأردني والكويتي، قد أخذت صورا وأشكالا متعددة، وأبرزها: الاضطراب في تعداد مصادر القانون المدني، وفي ترتيبها، وفي حجيتها ووصفها (رسمية أو احتياطية)، كما شمل الاضطراب أيضا مقارنة مصادر القانون بين القانون المدني وقانون التجارة، هذا بالإضافة إلى خلو منظومة مصادر القانون الرسمية من ثوابت تمددها بالأصالة والرسوخ، وبالتالي هيمنة المتغيرات عليها مما يجيلها إلى جانب الفوضى والاضطراب المزمّن، وذلك على خلاف فقه الشريعة الإسلامية؛ حيث يتصدر القرآن والسنة سائر مصادر التشريع وأصول الفقه الإسلامي، وهما أصلان ثابتان خالدران لا يتغيران أبدا على مر الزمان والمكان والأحوال، ومنهما تستمد باقي مصادر التشريع الأصالة والرسوخ والانضباط.
٥. لقد أثبتت الدراسة حجم الاضطراب في دلالة المصادر الرسمية للقانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي، وهي: التشريع، والفقه الإسلامي، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، وقواعد العدالة، حيث تمت مناقشة الملاحظات والاعتراضات الموضوعية العلمية الواردة على كل مصدر منها استقلالا.

٦. انتهت الدراسة إلى أن تقديم العرف بعد التشريع سواء أكان في القانون المدني، أم في قانون التجارة، هو الأقرب والأكثر تعبيرا عن متطلبات المعاملات المدنية والتجارية المعاصرة.
٧. أنه لا بد من الإحالة إلى الفقه الإسلامي بشكل منضبط، بأن تكون هذه الإحالة إلى الرأي الراجح في المذاهب الفقهية الأربعة الرئيسة، وهي: الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والمالكية.
٨. إن مباحث مبادئ القانون لدى كليات الحقوق في العالم العربي تعاني من نقص حاد في تأصيلها وتحرير مفاهيمها، فضلا عن حاجتها الماسة إلى ضبط دلالاتها على الأحكام المعاصرة فقها وقضاء.

ثانيا: التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة، فإننا نوصي بالآتي:

١. تعديل نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م والمنظمة لمصادر القانون المدني الرسمية بما يتفق ومتطلبات الحياة المعاصرة وما استقر عليه الفقه القانوني المعاصر، وفي هذا المجال نقترح النص الآتي: "أ. تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهد في مورد النص . ب. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، حكم القاضي بمقتضى الفقه الإسلامي على أن يراعي تخير أرجح الآراء من مذهبي الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي، فإذا لم يجد فمذهب الإمام أحمد بن حنبل والإمام مالك، حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية . ج. فإذا لم توجد، فإنه يحكم وفقا لما يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع". ومن ثم يكون ترتيب مصادر القانون الرسمية - دون تفرقة ما بين رسمية واحتياطية - في ضوء هذا الاقتراح على النحو الآتي:

- التشريع.

- العرف.

- الفقه الإسلامي.

- الشريعة الإسلامية.
- ما يضعه القاضي من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع.
٢. تعديل نص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي، بحيث يقدم العرف على الفقه الإسلامي، وأن تكون إحالة القاضي للفقه الإسلامي منضبطة بأرجح الآراء في المذاهب الأربعة الرئيسية . ونقترح النص الآتي " ١. تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورده النص. ٢. فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد، حكم القاضي بمقتضى الفقه الإسلامي على أن يراعى تخير أرجح الآراء من الإمام أبو حنيفة والإمام مالك بن أنس، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والحنبلي حسبما تقتضيه المصلحة".
٣. نوصي المشرعين الذين ذكروا مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون، كالمشرع الأردني والمشرع المصري والمشرع السوري، بأن يحدفوا كلمة "مبادئ" والاكتفاء بالشريعة الإسلامية، على غرار ما فعل المشرع المدني الإماراتي في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، وذلك بالنظر للملاحظات الموضوعية التي أبديناها بخصوص هذا المصدر.
٤. نوصي المحاضن العلمية والأكاديمية أن تعنى بضرورة تكثيف البحوث والدراسات حول هذه القضية الأصولية؛ نظرا لأهميتها وارتباطها بسائر التشريعات.
٥. كما نوصي الهيئات القانونية والمجامع والمنتديات القانونية العربية بجميع أنواعها، أن تعنى بتطوير منهج أصولي عربي موحد، بحيث يحدد مصادر القاعدة القانونية وتطبيقاتها بدقة وانضباط، لا سيما وأن الفكر القانوني منقسم تجاه هذه القضية الأصولية إلى مدرستين؛ الأولى : تعتنق منهجية مصادر القانون المدني، والأخرى : الأنجلو سكسونية لا ترى اعتبارا لهذه المنهجية التقليدية، وإنما تعتمد نظام "السوابق القضائية" كبديل عملي حقيقي يجعل القانون في خدمة حاجات الناس من وحي أعرافهم وقرائن أحوالهم، الأمر الذي يتطلب حسما علميا عربيا، وخصوصا أننا أمام قضية منهجية وأصولية وتفصيلية في آن واحد.

٦. نوصي في سياق تصحيح البناء الموضوعي لمنهجية الاستدلال والاستنباط القانوني ضرورة تخصيص مقرر دراسي يتم من خلاله تعريف الدارسين في تخصص القانون بمصادر القانون المدني بصورة علمية معمقة تليق بأهمية هذه الأصول بالنسبة للدارس القانوني؛ وذلك بهدف بناء شخصيته القانونية وفق أسس موضوعية قويمية.

المصادر والمراجع

أولاً: مصادر اللغة

- ابن فارس، أبو زكريا (دون سنة نشر). معجم مقاييس اللغة، ج ٤.
- ابن منظور، أبو الفضل كمال الدين محمد بن محمد بن مكرم (١٣٧٥هـ-١٩٥٦م). لسان العرب المحيط، ج ٨، دار لسان العرب، بيروت، الطبعة التاسعة.
- الجوهري، أبو نصر اسماعيل الفارابي (١٤١٩هـ-١٩٩٩م). الصحاح في اللغة، ج ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م). القاموس المحيط، ج ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى.
- مصطفى، إبراهيم وآخرون (دون سنة نشر). المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج ١، دار الدعوة، الرياض.

ثانياً: مصادر ومراجع الشريعة الإسلامية وفقهها

- القرآن الكريم، تنزيل من رب العالمين.
- ابن الأثير (دون سنة نشر). النهاية في غريب الحديث، ج ٢، المكتبة العلمية، بيروت، دون طبعة.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (دون سنة نشر). مجموع الفتاوى، ج ١٩، مكتبة ابن تيمية، الرياض.
- الأشقر، عمر سليمان (٢٠٠٥). المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى.
- الأمدي، سيف الدين (دون سنة نشر). الإحكام في أصول الأحكام، ج ١، دون دار نشر ودون طبعة.
- البعلي، عبد الحميد محمود (٢٠١١). المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، الطبعة الأولى.

- التميمي، محمد بن عبد الوهاب (دون سنة نشر). **الأصول الثلاثة**، دون دار نشر ودون طبعة.
- الجرجاني، علي بن محمد (٢٠٠٥). **التعريفات**، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى.
- سلطان، أنور (١٩٨٧). **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى.
- حيدر، علي (دون سنة نشر). **شرح مجلة الأحكام العدلية**، ج ١.
- داود، أحمد محمد علي (٢٠١١). **أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الأولى.
- الدقيان، عدنان بن محمد (٢٠٠٨). **الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي**، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى.
- الزركشي، بدر الدين أحمد بن بهادر (دون سنة نشر). **البحر المحيط في الأصول**، ج ١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، الطبعة الأولى.
- زيدان، عبد الكريم (١٩٩٤). **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى.
- زيدان، عبد الكريم (٢٠٠٩). **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، الإصدار العاشر.
- السبكي، تاج الدين (دون سنة نشر). **جمع الجوامع**، دون دار نشر ودون طبعة.
- سنن أبو داود.
- سنن الترمذي.
- الطوفي، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م). **شرح مختصر الروضة**، ج ٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى.

- القراني، شهاب الدين أحمد الصنهاجي (دون سنة نشر). أنوار البروق في أنواع الفروق، ج ٢، دون دار نشر ودون طبعة.
- الكبيسي، حمد عبيد، والسامرائي، محمد عباس، والزلي، مصطفى (٢٠٠٤). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار المعرفة، بغداد، الطبعة السادسة.
- الكفوي، أبو البقاء (دون سنة نشر). الكليات، ج ١، دون دار نشر ودون طبعة.
- مسند للإمام أحمد بن حنبل (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، المكتب الإسلامي، بيروت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت.

ثالثاً: الكتب القانونية

- إبراهيم، أسامة محمد طه (٢٠٠٨). النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (٢٠١١). أصول القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الطبعة الأولى.
- الجميعي، عبد الباسط وآخرون (٢٠٠١). الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، المجلد الأول، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، الطبعة الأولى.
- الداودي، غالب علي (٢٠١١). المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الثامن.
- الزعبي، خالد، والفضل، منذر (١٩٩٥). المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى.
- الزعبي، عوض أحمد (٢٠١٠). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، إثراء للنشر والتوزيع بالأردن ومكتبة الجامعة بالشارقة، الطبعة الثانية.

- الزعبي، عوض أحمد (٢٠١١). المدخل إلى علم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع بالأردن ومكتبة الجامعة بالشارقة، الطبعة الثانية.
- سلطان، أنور (٢٠٠٥). المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة السادسة.
- السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٢). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة.
- الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٤). أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
- الصراف، عباس، وحزبون، جورج (٢٠٠٨). المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار العاشر.
- عبد التواب، معوض (١٩٩٦). المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
- عبد الرحمن، حمدي (٢٠٠٣). مبادئ القانون (نظرية القانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.
- عبد الفتاح، عزمي (٢٠١١). الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية.
- العكيلي، عزيز (٢٠١١). القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار العاشر.

رابعاً: الأبحاث العلمية

- الخراز، محمد صالح (٢٠١١). المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، مجلة الرابع والثلاثون، العدد الثاني.
- الخشروم، عبد الله (٢٠٠٠). مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع.

- الخطيب، عبد العزيز ظاهر (٢٠٠٨). العرف - دراسة قانونية منشورة في مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، الكويت، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الثالث، أغسطس، سبتمبر.
- فيغو، عبد السلام أحمد (١٩٩١). ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، العدد السادس عشر.

خامسا: التشريعات

- الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م وتعديلاته لسنة ٢٠١١م.
- الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢م.
- الدستور المصري المؤقت الصادر في ٣٠/٣/٢٠١١م.
- الدستور السوري الجديد الصادر في ١٥/٢/٢٠١٢م.
- دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١م.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته.
- القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٤٩م وتعديلاته.
- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م وتعديلاته.
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م.
- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م وتعديلاته.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م.

سادسا: المراجع باللغة الإنجليزية

- Pritchard John (2003). **Guide to the law**, 3rd. London.
- Kadar, Abby and Whitehead, Geoffrey (2006). **Export Law**, Woohead Faulkner, 2nd. Edition.