

منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة:

نماذج تطبيقية في القوانين المدنية

د. عمر صلاح العزاوي*

الملخص:

يتناول البحث موقف النظم القانونية المقارنة من التقنين، حيث تباينت المنهجية المتبعة فيها وتغيّرت عبر الزمن؛ لمواكبة التطورات القانونية الحديثة، فكان المنهج التشريعي هو السائد في سن القوانين المتأثرة بالنظام اللاتيني وفي مقدمتها القانون الفرنسي، ثم انتقلت فكرة التقنين إلى القوانين العربية بدرجات متفاوتة، وآثر بعضها التمسك بالمنهجية المقررة في الفقه الإسلامي، وحاولت مزجها بالمنهج التشريعي الغربي، فوضعت قوانينها طبقاً لذلك.

وإلى جانب ما تقدم، كان المنهج القضائي المتمثل بالنظام الأنجلوأميركي يتطور ويُغيّر من منهجيته في تنظيم القواعد القانونية، فأخذت العديد من الدول المتبعة لهذا النظام بتقبل فكرة التقنين إلى جانب السوابق القضائية ومنها القوانين الإنجليزية والأمريكية والمليزية، فتوسعت دائرة التقنين فيها، وبالمقابل وُجدت فكرة الأخذ بالسوابق القضائية في الدول ذات المنهج التشريعي، فكانت المبادرة في إمارة دبي، حيث وُضع ولدواع اقتصادية نظام للمحاكم المدنية يعمل وفقاً لمنهج السوابق القضائية، إلى جانب المنهج التشريعي المتأثر بالفقه الإسلامي والمطبق في الإمارة، مما يشير إلى تنامي فكرة المزج بين النظم القانونية في المستقبل لدى العديد من الدول؛ لجمع مزايا كلا النظامين في المنظومة التشريعية الواحدة.

كما تسلط الدراسة الضوء على بعض الجوانب المتداخلة بين الفقه الإسلامي والنظام اللاتيني من جانب، والنظام الأنجلوأميركي من جانب آخر، حيث أثّرت دعوى تأثر الفقه الإسلامي بالمنهج التشريعي المستمد من النظام اللاتيني، فضلاً عن وجود تقارب بين الفقه الإسلامي والنظام الأنجلوأميركي، وتحديد القانون الإنجليزي من حيث منهجية استنباط وتطبيق القواعد القانونية، فضلاً عن تشابه في القواعد الكلية والتطبيقات الفرعية.

كلمات دالة: سن القوانين، سوابق قضائية، الفقه الإسلامي، النظام الأنجلوأميركي، النظام اللاتيني، القانون المدني المقارن.

* باحث، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

المقدمة

1- توطئة:

إن الشرائع القانونية التي تتقاسم حكم العالم تتمثل في الشريعة اللاتينية، التي تعود جذورها إلى القانون الروماني، وتجد امتداداتها في القانون الفرنسي والتقنيات المدنية التي تبعتها، كما تتمثل في الشريعة الجرمانية التي تطبق في ألمانيا والنمسا، والشريعة الأنجلوأمريكية المطبقة في إنجلترا وأمريكا، والشريعة الإسلامية التي كان العالم الإسلامي يتحاكم إليها وما زال لها دور مؤثر في بعض التقنيات العربية والإسلامية⁽¹⁾. ويسود علي نطاق واسع بأن الشريعة الجرمانية تقترب في منهجية التقنين من اللاتينية؛ حيث صنف العلامة السنهوري - رغم اهتمامه بالشريعة الجرمانية - الشرائع الكبرى التي تحكم القانون المدني المقارن إلى ثلاث فقط هي: الإسلامية، الرومانية والإنجليزية⁽²⁾.

وفي هذا النطاق، فقد أُثيرت بعض المسائل ذات العلاقة بالفقه الإسلامي، فالمنهج اللاتيني طرحت حوله شبهات تربط أساسه بالفقه الإسلامي، وقد يتقارب الأخير مع منهج السوابق القضائية من حيث ابتعاده عن التقنين، واقترابه من المنهج القضائي في مراحل تطوره الأولى إلى الوقت الذي تبنت فيه بعض التقنيات المدنية العربية منهجية «تقنين الفقه الإسلامي» متبعة خطى «المنهج التشريعي».

ومهما يكن من أمر، فإن موقف التقنين المدنية من التقنين يمكن رده إلى منهجين رئيسين، هما: المنهج التشريعي، وتمثله الشريعة اللاتينية، والمنهج القضائي، وتمثله الشريعة الأنجلوأمريكية، فضلاً عن أنظمة مزدوجة «Mixed Legal System» تخطط بين النظامين «اللاتيني والأنجلوسكسوني» «Common Law & Civil Law»، ويُطلق عليه النظام «المقنن وغير المقنن»، «Codified & Uncodified»⁽³⁾ ومن تطبيقاته النظم القانونية في كل من ولاية لويزيانا الأمريكية ومالطا والفلبين ومقاطعة كيبيك في كندا، كما ورد

(1) عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخیر، ورقة عمل تقدم بها إلى ورشة عمل بعنوان «الأسلوب الأمثل لمقارنة الفقه الإسلامي بالتشريعات الوضعية»، تقديم ومناقشة د. جاسم علي سالم الشامسي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع12، فبراير 1999، ص413.

(2) نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، عبد الرزاق السنهوري من خلال مذكراته الشخصية، ط1، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988، مذكرة رقم 56، كتبت في ليون 27 ديسمبر 1922، ص81. في حين ورد عن د. السنهوري في موضع آخر رأي يقضي بتقسيم رباعي يتمثل في الآتي: القوانين اللاتينية (القانون الفرنسي)، والقوانين الجرمانية (القانونان الألماني والسويسري)، والقانون الإنجليزي، والشريعة الإسلامية، راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، بمناسبة العيد الخمسين للمحاكم الأهلية، مقالات وأبحاث د. عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص (1ج)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.

(3) William Tetley, Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), *Lou-sian Law Review*, Vol. 60, no.3 (Spring 2000).

المزج بين أحد النظامين سالف الذكر، والنظام القانوني الإسلامي، ومن هذه التطبيقات ما هو معمول به في ماليزيا ونيجيريا⁽⁴⁾، ونرى أن إمارة دبي ستسير على هذا النهج في المستقبل؛ من خلال إنشاء محاكم محلية تعمل بنظام السوابق القضائية (DIFC) في ظل نظام قانوني عام تبنى المنهج التشريعي منذ تأسيسه.

2- أهمية البحث ودواعيه:

ما أن نشأت حركة التقنين وتطورت حتى تبنتها العديد من النظم القانونية متبعة المنهج التشريعي، ومنها الدول العربية التي خرجت عن منهجها المقرر في الفقه الإسلامي في سنن القوانين، ولكنها حاولت أن تتمسك بإرثها الإسلامي في بعض الأحكام الموضوعية. وبالمقابل فإن دولاً أخرى عاشت أحقاباً من الزمان دون أن تعرف المنهج التشريعي، وتمسكت بالمنهج القضائي وبدأت مؤخراً بطرح فكرة التقنين، كما ثارت شبهات تتعلق بالاقتراب المتبادل بين أحد المنهجين من جهة، والفقه الإسلامي من جهة أخرى، وهو ما أثبتته بعض النماذج التطبيقية والتي تقتضي تتبعها ومقارنتها، وهو ما نحاول التعرف عليه في هذه الدراسة.

3- منهج البحث:

يقوم البحث على الجمع بين المنهجين التحليلي والوصفي القائمين على الاستقراء، فضلاً عن المنهج المقارن، وذلك على النحو التالي: • تحليل الظاهرة محل الدراسة وبيان كيفية تطورها واتساع نطاقها أو انحسارها من نظام قانوني لآخر. • تتبع واستقراء التطبيقات القانونية والفقهية في النظم القانونية محل الدراسة ومقارنتها مع بعضها البعض؛ لاستخلاص النتائج والتوصيات. • مقارنة المسائل محل الدراسة باتباع المنهج المقارن بين النظم القانونية من جهة، والفقه الإسلامي من جهة أخرى، سعياً لاستخراج أوجه التماثل والتباين.

4- خطة البحث:

قسّمت البحث إلى: مقدمة، ومبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: المنهج التشريعي في النظام القانوني اللاتيني

المبحث الثاني: المنهج القضائي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي

(4) تعتمد ماليزيا على النظام المختلط أو المزدوج من خلال المزج بين مصادر القانون وبين التشريعات المقننة والشرعية العامة «Common Law» وفقاً للمنهج القضائي، راجع للتفصيل: Vernon Valentine Palmer and Mohamed Y. Mattar and Anna Koppel, Mixed Legal Systems: East and West, Ashgate Publishing Co., Burlington, USA, 2015, p.279.

المبحث الأول

المنهج التشريعي في النظام القانوني اللاتيني

مرّت حركة التقنين في الدول الأوروبية بحقب زمنية عديدة، وساهمت عدة عوامل في تطور القواعد القانونية العرفية وتحولها إلى قواعد قانونية مكتوبة بالشكل الذي هي عليه اليوم، ثم انتقلت من التقنينات الغربية إلى القوانين العربية وتأثرت بها، كما كان لتطور المذاهب الإسلامية وفكرة التدوين دور في تبني تلك القوانين للمنهج التشريعي، واثارت شبهات حول تأثير المنهج التشريعي بالفقه الإسلامي أو العكس.

ولتناول ما تقدم، فإننا نخصص المطلبين التاليين: الأول في حركة التقنين في القوانين المقارنة، والثاني في شبهة التأثير المتبادل بين الفقه الإسلامي والنظام اللاتيني.

المطلب الأول

حركة التقنين في القوانين المقارنة

يُنسب للاتجاه اللاتيني وعمدته النظام القانوني الفرنسي، تطور فكرة التقنين وانتشارها حول العالم، بما فيها الدول العربية، والتي تباينت في منهجية تقنين القواعد القانونية من حيث تمسك بعضها بالفقه الإسلامي قدر المستطاع بدرجات متفاوتة، وهو ما سوف نتناوله في فرعين مستقلين: نخصص الأول للقوانين الغربية، والثاني للقوانين العربية.

الفرع الأول

تطور التقنين في القوانين المدنية الغربية

أولاً- نواة المنهج التشريعي:

انتقلت نواة التشريع الأولى من اليونان إلى الرومان، وأطلق مصطلح الفقه الروماني على القواعد القانونية للأمة الرومانية في العصور المختلفة منذ نشأتها وحتى وفاة «جستنيان»، قبل ظهور الإسلام بنصف قرن تقريباً⁽⁵⁾. لقد نشأ القانون الروماني نشأة عرفية، فلم يكن للتشريع إلا دور ثانوي في تكوين القاعدة القانونية خلال العصرين الملكي والجمهوري، إذ إن التشريعات التي صدرت خلال هذه الفترة كانت لأسباب سياسية، وفي العصر الإمبراطوري أصبح التشريع هو المصدر الأساسي لتطوير

(5) مصطفى الرفاعي، تاريخ التشريع والقواعد القانونية، ط1، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1993، ص18.

القواعد القانونية⁽⁶⁾، إذ كان للرومان اهتمام كبير بالتقنين وأشهر مجموعاتهم الأولى (الألواح الاثني عشر) التي تم تجميع القواعد العرفية فيها عام 452 ق.م، من قبل هيئة من الحكام وتم إخراجها من سريتها إلى الناس؛ لتصبح علنية فيحيطون بها علماً⁽⁷⁾.

وللسيطرة على الفوضى التي اتسم بها الوضع القانوني في روما آنذاك، قام الإمبراطور جستنيان بوضع مجموعة قانونية مدنية مكتوبة، تتمثل في مجموعة الدساتير الإمبراطورية Codex ومجموعة النظم Institutes والموسوعة Digests ومجموعة الدساتير الجديدة Norelles⁽⁸⁾، وهي عبارة عن تثبيت وتجميع للقواعد الرومانية السائدة آنذاك، وقد تم إنجاز ذلك التقنين في ست سنوات؛ لإنقاذ الناس من الظلم بسبب الجهل بالقواعد العرفية، ومن سوء معاملة العارفين بهذه القواعد ومحتكريها؛ ولتحقيق المساواة بالعلم بالقانون، مما كان له الأثر العظيم في نشر العدالة التي اعتمد عليها العالم المتمدن لاحقاً في بناء شرائعه المدنية⁽⁹⁾.

وأهم ما يُميّز قانون جستنيان، هو تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها إلى: التزامات ناشئة عن العقد كالبيع، وأخرى ناشئة عن شبه العقد كالوصية، والتزامات ناشئة عن جريمة كالسرقة، وأخرى ناشئة عن شبه الجريمة ومصدرها الفعل الضار⁽¹⁰⁾. ويُستدل من ذلك أن التقسيمات الواردة انتقلت عبر حركة التقنين إلى القوانين التي أصدرها نابليون في فرنسا، إذ تعد المجموعات الفرنسية التي سميت بمجموعات نابليون الحدث الأول من نوعه في هذا المضمار⁽¹¹⁾، خاصة التقنين المدني الذي صدر في 21 مارس 1804، حيث يعد بداية لحركة التقنين في القوانين الحديثة، وأخذت معظم نصوصه من المبادئ القانونية التي كانت سائدة في فرنسا ومن كتب الفقهيين المشهورين (دوما) و (بوتيه) ثم صدر التقنين التجاري البحري عام 1807... إلخ⁽¹²⁾، حتى وصف البعض هذا التقنين أنه

(6) علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها: مدخل لدراسة القوانين القديمة - القانون الروماني - الشريعة الإسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002، ص184.

(7) علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2004، ص143.

(8) Arthur Schiller, Roman Law: Mechanisms of Development, Mouton Publishers, Malta, 1978, Pp.29-31.

(9) علي غالب الداودي، مرجع سابق، ص143

(10) غسان رياح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2007، ص140-146.

(11) Jacqueline Moreau-David, Code civil français et Code civil qatarien: regards sur la codification, "the Qatari Civil Code in its First Decade", A legal Conference 23-24 November 2014, Collage of law, Qatar University, Doha, p.206.

(12) علي غالب الداودي، مرجع سابق، ص143، كذلك راجع: Jacqueline Moreau-David, op. cit., p. 205.

«التقنين الثوري» «Revolutionary Code» لما يعكسه من إنجازات الثورة الفرنسية⁽¹³⁾، إلا أن الربط بين فكرة التقنين وقيام الثورة الفرنسية وظهور مجموعة نابليون أمر فيه نظر، حيث عرّف التاريخ حركة التقنين منذ زمن بعيد⁽¹⁴⁾.

ومهما يكن من أمر، فإن تقنينات نابليون جعلت التشريع⁽¹⁵⁾ بمعناه القانوني المصدر الأهم للقانون الفرنسي والقوانين التي تتبع النظام القانوني اللاتيني، وبسبب انعكاسات الثورة الفرنسية على السلطة الدينية، وُضعت أحكام الأسرة في التقنين المدني الفرنسي لإثبات الطبيعة العلمانية لهذا القانون⁽¹⁶⁾.

ثانياً- تقنين نابليون وانتشاره في أنحاء العالم:

كان لتقنين نابليون الأثر الساحر في العالم خلال القرن التاسع عشر؛ حتى أطلق عليه البعض «عصر التقنين»⁽¹⁷⁾، فانتشرت فكرة «تقنين نابليون» واقتبستها كثير من الدول الأوروبية مع تعديلات محلية لتناسب كل دولة، وسارعت تلك الدول إلى إصدار التقنينات المدنية المتأثرة بالتقنين المدني الفرنسي، ومنها التقنين المدني النمساوي (1811)، والإيطالي (1865)، والهولندي (1838) والبرتغالي (1867) ... إلخ، ويؤكد الباحثون أن التقنين المدني الفرنسي كان وراء ولادة القانون المدني الألماني (14 تموز/ يوليو 1896) والذي دخل حيز التنفيذ في أول يوم من عام (1900)⁽¹⁸⁾، بل وتخطى تأثير قانون نابليون إلى بعض الولايات الأمريكية، وفي مقدمتها ولاية لويزيانا «Louisiana»⁽¹⁹⁾ التي أصدرت

(13) William Tetley, op. cit., p.687.

(14) محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص93.

(15) والتشريع بهذا المعنى هو كل قاعدة قانونية مكتوبة تصدر عن السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بوضع التشريع، راجع: عدنان سرحان وآخرون، المدخل لدراسة القانون «نظرية القانون- نظرية العقد»، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص67.

(16) Jacqueline Moreau-David, Op.Cit., p.211.

(17) محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق، ط1، دار إحياء التراث الإسلامي، الدوحة، 1986، ص33.

(18) William Tetley, op. cit., p.688.

ويُقَسَّم التقنين المدني الألماني إلى 5 فصول، الأول قواعد عامة مثل تقسيم الأشياء، والأهلية القانونية .. إلخ، والثاني نظرية الالتزامات، والثالث القواعد المتعلقة بالعقار وما يتعلق به من حقوق، والرابع يتعلق بالعائلة، والخامس يتعلق بالتركة والإرث، انظر:

George Mousourakis, Roan Law and the origin of the civil law tradition, Springer, New York, 2015, p.295.

(19) يستند النظام القانوني في هذه الولاية (لويزيانا) على التقنين متأثراً بالنهج الفرنسي، وقد ضم القانون المدني لهذه الولاية 2160 مادة قانونية منها 1516 مادة مقتبسة من القانون المدني الفرنسي بنسبة تقارب 70% من مجمل نصوص القانون، مع اقتباسات أخرى من مواد قانونية إسبانية، راجع في هذا:

A.N. Yiannopolulos, The Civil Code of Louisiana: Civil Law Commentaries, V.1, Winter 2008, Issue1, p.8.

قانوناً مدنياً عام 1808 متأثراً بالقانون المدني الفرنسي، والذي أثر لاحقاً في القانون المدني لولاية نيويورك⁽²⁰⁾.

من جانب آخر، فقد ساهمت المدارس الفلسفية القانونية في تطور حركة التقنين، وإثراء التقنين المدني الفرنسي، والذي لم يكن إلا نتيجة منطقية للمذهب التقليدي في القانون الطبيعي، والذي يقضي بأن مصدر القانون هو الأمة، فمادام القانون الطبيعي ثابتاً لا يتغير، فإن التقنين لا يتنافى مع ذلك؛ حيث يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ويُسجِّله في كتاب، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود⁽²¹⁾، أما مدرسة «الشرح على المتون» فكان لها دور مؤثر، فالمتن هو النص الوضعي، وبصفة أدق هو التقنين المدني الفرنسي (1804)، والذي نتج عنه اعتقاد راسخ بفكرتين:

الفكرة الأولى تتمثل في كمال التشريع، حيث اعتبر التشريع كاملاً لا نقص فيه، ولذا يعد المصدر الوحيد للقانون⁽²²⁾، فقالوا تبعاً لذلك بضرورة التخلص من المصادر الكاذبة، وفي مقدمتها: السوابق القضائية والعادات غير المنصوص عليها في التقنين⁽²³⁾.

وأما الفكرة الثانية فتمثل في واجب المحافظة على التقنين؛ باعتباره المصدر الوحيد للتأويل وذلك باتباع منهجية معينة، تتلخص بالتقيد بالنص في حالتي غموضه أو غيابه، عبر التحليل اللفظي؛ لفهم المعنى الصحيح باعتماد اللغة والقواعد النحوية؛ للبحث عن المعنى المقصود، فإن تعذر ذلك يُصار إلى التحليل القسدي، بالالتجاء إلى البحث عن قصد المشرِّع ونيتته؛ لسد النقص والثغرات التي وجدت في التقنين، ليبقى متمتعاً بصفة الكمال⁽²⁴⁾.

أما المدرسة التاريخية المعارضة للتقنين بزعامة الفقيه سافيني (Savigny) والتي أثبتت أن القانون كائن حي ينمو ويتطور، وهو أكثر مرونة من أن يعيش في نصوص جامدة، مادامت الحياة في تطور مستمر، وهذه الحقيقة وإن كانت لا تنسجم مع التقنين إلا أنها لا تصطدم معه⁽²⁵⁾، حيث يمكن وضع تقنيات تتسم بالمرونة وتواكب التطورات، وهو ما تنبَّه إليه المشرِّع الفرنسي، فكانت صياغته لأحكام المسائل العملية تنطوي على قدر

(20) A.N. Yiannopoulos, Op. Cit., p.12.

(21) محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط2، المطابع الأميرية، القاهرة، 1969، ص61-62.

(22) محمد كمال شرف الدين، النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق، ط1، مجمع الأطرشي للكتاب المتخصص، تونس، 2017، ص172.

(23) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص749.

(24) محمد كمال شرف الدين، مرجع سابق، ص172.

(25) عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص41.

كبير من المرونة، بما يسمح لها أن تتطور من خلال التطبيق والتفسير، فتتماشى مع مقتضيات الحياة العملية وتطورها⁽²⁶⁾.

وبرغم ما تم ذكره في مساهمة المذاهب الفلسفية القانونية في تطور حركة التقنين، وانعكاساتها على التقنين الفرنسي، إلا أن مدرسة البحث العلمي الحر⁽²⁷⁾ ورائدها الفقيه جني (Geny) كان له الحصة الأكبر في تطور منهجية التقنين في العصر الحديث، من خلال جملة من أبحاثه، كان آخرها كتابه الذي يحمل عنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص"⁽²⁸⁾ حين فرّق بين صناعة القضاء وصناعة الفقه وصناعة التشريع وصناعة التقنين، وهذه الأخيرة يمكن النظر إليها من ناحيتين داخليتين: الأولى تعنى بالإجراءات وهي أفضل السبل التي تتبع في إجراءات التقنين، والثانية تعنى بالمادة التشريعية⁽²⁹⁾.

وقد انعكست تلك الأفكار على طبيعة النظام اللاتيني المعاصر، والذي يتبع منهج التشريع، فبات يستند إلى قواعد قانونية واضحة؛ ولهذا ظهر التمييز بين القانونين العام والخاص، في حين أن النظام القانوني غير المقنن يعتمد على تقسيمات المحاكم العامة ومحاكم العدالة؛ ولذا يهتم النمط الأول بالقانون الموضوعي المنظم للعلاقة فيما بين الأفراد أي «المعاملات المدنية»، بخلاف النمط الثاني الذي يهتم بالقانون الإجرائي مثل قانوني المرافعات والإثبات⁽³⁰⁾.

ويمتاز المنهج التشريعي وفي مقدمته التقنين المدني الفرنسي بمزية التمييز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه، فلم يجاوز الدائرة الأولى إلى الثانية، ولم يتخذ موقفاً معيناً من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية، فحذف واضعوه ثلاثاً وثلاثين مادة من المشروع تخوض في مذاهب فلسفية، ومنها مذهب القانون الطبيعي⁽³¹⁾.

وفي خضم تلك التطورات كانت الدول العربية في طور التكوين والاستقلال، وبدأت حركة التقنينات المدنية تنشط فيها، فتباينت توجهات مشرعيها، واتسعت دائرة التفكير بإصدار قوانين مدنية حديثة على خطى المشرع الفرنسي ومنهجه في التشريع.

(26) عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص (ج1)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992م، ص 278.

(27) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 68؛ محمد كمال شرف الدين، مرجع سابق، ص 172.

(28) F. GÉNY, Science et Technique en droit privé positif, SIREY, Paris, 1910.

(29) عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 97-98.

(30) William Tetley, op. cit., Pp.706-707.

(31) عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، ج 1، ص 278.

الفرع الثاني

انتقال التقنين إلى القوانين المدنية العربية

من الأمر المقطوع به أن التقنين بصورته الحديثة لم يكن معروفاً في تاريخ الفقه الإسلامي والقضاء قبل أواخر الحكم العثماني، حيث كان القضاة يتصدون للنظر في القضايا بالاجتهاد في الدلائل والوقائع بحسب ما يترجّح لديهم. وهذا يعني أنهم كانوا يطبقون «المنهج القضائي» وفقاً لضوابط الفقه الإسلامي، وهو منهج يقترب من فكرة السوابق القضائية، حيث يعمد القاضي إلى البحث في كتب الفقه المعتمدة لديه؛ لاستنباط الحكم وهو غالباً ما يكون محكوماً بالراجح من الأقوال، التي تعد بمثابة سابقة فقهية يقتضي الخروج عليها ضوابط منهجية محددة، تخضع في مجملها لقواعد أصول الفقه الإسلامي⁽³²⁾.

وبمرور الزمن كانت حركة التقنين تنمو وتتطور في الدول العربية، ويرجع ذلك إلى أمرين: الأول هو نشاط حركة التأليف والتدوين في مذاهب الفقه الإسلامي، وإنشاء المدونات الفقهية، وطرح فكرة إلزام القضاة بتطبيق بعض تلك المدونات وفقاً لمنهجية المذهب الأحادي كالفتاوى الهندية، مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، ومجلة الأحكام الشرعية المالكية، ومجلة الأحكام العدلية وغيرها⁽³³⁾، والأمر الثاني هو انتشار الفقه القانوني الغربي وتحديد اللاتيني، حيث ساهمت الدول الغربية التي نشطت فيها حركة التقنين، بوضع تقنيات لبعض الدول العربية قبل استقلالها، بغية نقل نظمها القانونية إليها⁽³⁴⁾.

ويرى العلامة السنهوري أن النظم القانونية التي كانت سائدة في الوطن العربي خلال الحقبة التي سبقت صدور التقنينات الحديثة فيه تعود إلى ثلاث طوائف: الأولى قانونها المدني غير مكتوب وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية وتطبق المذهب الحنبلي، واليمن وتطبق المذهب الزيدي، والثانية قانونها المدني، هو تقنين الشريعة الإسلامية في المذهب الحنفي «مجلة الأحكام العدلية» التي أصدرتها الدولة العثمانية، فتطبقها البلاد التي كانت تقع تحت حكمها، واستمر العمل بها بعد انهيار الدولة العثمانية، وهي سورية والعراق وفلسطين والأردن وليبيا، والثالثة، قانونها المدني مقتبس من القانون المدني الفرنسي وتشمل مصر ولبنان وتونس والجزائر ومراكش⁽³⁵⁾.

(32) هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث: دراسة تأصيلية، ط1، دار التدمرية، الرياض، 2012، ص395.

(33) محمد عبد العزيز الفايز، تقنين الأحكام القضائية، ط1، مؤسسة الجريس، الرياض، 1431هـ، ص42 وما بعدها.

(34) هيثم الرومي، مرجع سابق، ص466.

(35) عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص3.

اشتركت التقنينات العربية في معظمها بالتأثر بالفقه الإسلامي على نحو متفاوت، ونص بعضها في مقدمته على أن الشريعة الإسلامية من مصادر القانون، بل وأنزل المشرع في كثير من تلك التقنينات مبادئ الشريعة منزلة المبادئ الدستورية وتعد بالتالي من صلب النظام العام، ويترتب على ذلك أهمية كبيرة على الصعيد التشريعي من حيث دستورية تلك التقنينات في حال مخالفتها لقواعد الشريعة الإسلامية⁽³⁶⁾.

وبناء على ما تقدم، نرى أن التقنينات العربية من حيث تأثرها بالمنهج التشريعي التابع للنظام اللاتيني من جانب، ومنهج الفقه الإسلامي من جانب آخر، كانت على درجات متفاوتة، ويمكن تصنيفها على النحو الآتي:

أولاً- تصنيف التقنينات المدنية المتأثرة بالفقه اللاتيني:

يمكن القول إن التقنينات العربية المتأثرة بالفقه اللاتيني وتحديداً القانون الفرنسي، يمكن فرزها إلى عائلتين، كالآتي:

العائلة الأولى: تضم تقنينات «مجلات» مدنية تنحدر من أقدم تقنين مدني عربي نافذ، هو «مجلة الالتزامات والعقود التونسية» الصادرة في عام 1906، ثم اقتبس منها التقنين المغربي «ظهير الالتزامات والعقود» عام 1913، اقتباساً شبه كلي.

وبعد ذلك وبسعي من سلطة الحماية الفرنسية، صدر عام 1932، القانون المدني اللبناني، وهو بدوره مأخوذ بشكل مباشر من القانون المغربي، مع تعديلات فرضتها خصوصية المجتمع اللبناني، وبشكل غير مباشر من المجلة التونسية، وفي عام 1989 صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتانية المستمدة مباشرة من المجلة المغربية، بما يجعلها بالتالي متصلة بوجه غير مباشر بالمجلة التونسية⁽³⁷⁾. ومن سمات هذه العائلة ومصدرها المجلة التونسية سאלفة الذكر، ما يأتي:

- غموض مقصود في هذه العائلة من حيث النص على المصادر الشكلية، واعتبار التشريع المصدر الشكلي الأساسي للتقنين، وفي هذا التزام واضح بمنهجية الشرح على المتون.
- غياب النص الصريح والمباشر على اعتبار الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي.
- استمداد محدود للأحكام الموضوعية المستوحاة من الفقه الإسلامي، تأثراً بالفقه القانوني الغربي من حيث التقسيم والتبويب وتبني الأحكام الموضوعية.

(36) محمد حسين منصور، الشريعة الإسلامية من مصادر التقنين المدني، بحوث مؤتمر التقنين المدني القطري في عقده الأول 23-24 نوفمبر 2014، كلية القانون، جامعة قطر، ص 19.

(37) محمد كمال شرف الدين، مرجع سابق، ص 187-188.

وتطبيقاً لما تقدم، نصت المادة (535) من المجلة التونسية على الآتي: «إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون».

ويعني ذلك أن التشريع هو المصدر الشكلي الأساسي، فإن غاب جرى العمل بالقياس على التشريع الموجود ذاته، وإن بقي شك تم تطبيق «القواعد العامة للقانون»⁽³⁸⁾ وكذلك استبعدت المجلة المغربية ما يقابل المادة (535) الواردة في المجلة التونسية، فلم يرد ذكر للفقهاء الإسلامي كمصدر للقانون، وطبق ذات المسلك في قانون الموجبات اللبناني؛ لتفادي التعرض لمكانة الشريعة الإسلامية في قانون قد لا يحتمل الخوض في هذه المسألة؛ نظراً لتعدد ديانات مواطنيها.

العائلة الثانية: تضم التقنين المدني المصري، والتقنينات المدنية العربية التي انحدرت منه، مع تفاوت في درجات تأثرها به، ومنها القانون المدني العراقي (1951)، والذي وضعه العلامة السنهوري بتكليف من الحكومة العراقية⁽³⁹⁾، والقانون المدني الليبي (1953)، والجزائري (1975)، والقانون المدني القطري (2004)، وغيرها، وتعد مصر من أوائل الدول العربية التي دونت تقنينها المدني منذ القرن التاسع عشر، حتى استقر الحال بصور قانونها المدني الحالي في عام 1948.

ولم تطبق مجلة الأحكام العدلية في مصر؛ كونها لم تكن خاضعة لسيطرة العثمانيين، وكان أول تقنين مدني حديث يصدر فيها هو القانون المدني الصادر في 22 سبتمبر 1883، والذي وضع بالتعاون مع أحد المحامين الإيطاليين الذي كان يعمل قاضياً في محكمة الإسكندرية المختلطة بالاشتراك مع محمد قدرى باشا، وتم وضعه باللغة الفرنسية أولاً ثم ترجم إلى العربية، وتأثر هذا القانون بالقانون الفرنسي وتجاهل النظريات الفقهية الإسلامية مثل التعسف في استعمال الحق ونص على مفهوم الاستبدال في المادة (186) وما بعدها بدلاً من نظرية الحوالة، فضلاً عن عيوب الصياغة التشريعية وعدم وضوح المصطلحات⁽⁴⁰⁾، لذا نقد العلامة السنهوري بالقول: «ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي، بل زاد عليها عيوباً من عنده،.... ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب، وفيه غموض وتناقض، ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة...»⁽⁴¹⁾

(38) خصص المشرع لتلك القواعد المواد من (523) إلى (562) والمستوحاة من الفقه الإسلامي.

(39) يقول السنهوري في مذكراته ليوم 19 يوليو 1943: «وقد كلفتني الحكومة العراقية بوضع مشروع لقانون مدني، فسرني كثيراً أن أكلف بهذه المهمة...»، راجع: نادية السنهوري، عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية، مرجع سابق، ص 210.

(40) خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، كلية الشريعة والقانون، 1997، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 212-213.

(41) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 15.

وأبرز سمات هذه العائلة المنحدرة من التقنين المدني المصري مع تأثير متفاوت بالفقه الإسلامي، الآتي:

- وضوح موقف هذه العائلة من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً شكلياً احتياطياً للتقنين، عند غياب النص، مع تنوع تلك المصادر وتباين ترتيبها من تقنين لآخر.

- محاولة المزج بدرجات متفاوتة بين التقنيات اللاتينية وتحديداً القانون الفرنسي والفقه الإسلامي، باعتبار الأخير أحد المصادر المادية لاستمداد الأحكام الموضوعية.

إن المنهج الذي اتبعه السنهوري في أول تجربة له، وهي القانون المدني المصري هو منهج التفليق التشريعي من القوانين المدنية المقارنة والفقه الإسلامي، والقضاء المصري القديم وبعضها مستمد من أصول لاتينية وجرمانية وإسلامية، يراه البعض غير مؤثر على وحدة وتماسك التقنين المذكور⁽⁴²⁾.

وطبقاً للإعلان الدستوري المصري الصادر عام 2011، فإن الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، إذ نصت المادة (2) منه: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع». وهذا النص نقل كما هو من دستور 1971 الساري حتى ثورة 25 يناير، والذي عطل العمل به بمقتضى الإعلان الدستوري الصادر في 13 فبراير 2011⁽⁴³⁾، وكانت المناقشات قد أثرت سابقاً حول هذا النص من خلال استخدام عبارة «مصدر رئيسي» أو «المصدر الرئيسي» للتشريع، وكان هنالك مقترح لإضافة كلمة «الوحيد»⁽⁴⁴⁾ وقد استقر الرأي خلال وضع الدستور عام 1971 على عبارة «مصدر رئيسي للتشريع» ثم عدلت المادة المذكورة بتاريخ 22 مايو 1980 لتصبح «المصدر الرئيسي للتشريع»، والفرق واضح فالعبارة الأولى لا تمنع من وجود مصادر أخرى للتشريع بخلاف الثانية، فكان ذلك تصحيحاً لصياغة قانونية مهمة⁽⁴⁵⁾.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (1) من القانون المدني المصري على الآتي: «1- تسري

(42) فايز محمد حسين، أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية، ندوة تطور العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشرة تحت عنوان (الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح) من 6 إلى 9 أبريل 2014، منشورات وزارة الأوقاف، مسقط، ص24.

(43) حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة في القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي، كلية القانون، جامعة قطر، العدد2، سنة 2013، ص3.

(44) محمد عبد الجواد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون - تقنين الشريعة الإسلامية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص20.

(45) محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول، ط3، دار السلام، القاهرة، 2012، ص145. علي نجيدة، دور الشريعة الإسلامية في القانون الوضعي، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل القطرية، العدد1، السنة 9، يونيو 2015، ص68.

النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

ويقول السنهوري معلقاً على هذا النص: «إن المشرع المصري بالرغم من كل هذا، لم يخط خطوة حاسمة في جعل القانون المدني مشتقاً في مجموعه من الفقه الإسلامي، فلا يزال القانون المدني الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية لا الثقافة القانونية الإسلامية، وإذا كان قد جعل الفقه الإسلامي من بين مصادره الرئيسية، فقد جعله يأتي في المكان الثالث بعد النصوص والعرف..»⁽⁴⁶⁾، فالعرف وفقاً لعلماء الأصول لا يعمل به كمصدر من مصادر التشريع إلا حيث غاب النص من القرآن والسنة، ولم يكن هنالك إجماع أو قياس صحيح⁽⁴⁷⁾ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن العرف لم يعرفه القانون ولم يضع له ضوابط اشتراطها الفقهاء، منها أن يكون صحيحاً غير مناقض لأحكام الشريعة الثابتة والإجماع والقياس الصحيح⁽⁴⁸⁾.

رغم كل ما تقدم، فإن بعض نصوص التقنين المدني المصري جاءت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية نذكر بإيجاز منها الآتي:

1- قبول زيادة التعويض الاتفاقي عن حقيقة الضرر والواقع فعلاً:

بموجب المادة (225) من القانون المدني المصري والتي تنص: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً»، فاشتراط مقدار التعويض في حال وقوع الضرر أو قبل وقوعه من الشروط الفاسدة غير المعتمدة، لما فيه من الغرر والجهالة، إذ إن التعويض في الشرع يكون على قدر الضرر، فمادام لم يتحقق الضرر فلا محل لتقدير التعويض مسبقاً، وإذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة⁽⁴⁹⁾.

2- السماح بتقاضي الفوائد القانونية والاتفاقية:

تطبيقاً لنصوص المواد (226) و(227) و(228) يحق للدائن تقاضي فوائد عن تأخر

(46) عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص 7.

(47) محمد وفيق زين العابدين، مرجع سابق، ص 77.

(48) مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ط 5، الخنساء للطباعة، بيروت، 1999، ص 70.

(49) محمد وفيق زين العابدين، مرجع سابق، ص 78. في حين أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ذهب إلى منح القاضي الحق بإعادة تقدير التعويض الاتفاقي بناء على طلب أحد الطرفين، راجع المادة (2/390).

المدين في الوفاء بالدين النقدي سواءً بالتراضي أو بالتقاضي، ومعلوم أن كل اتفاقٍ على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به يقع باطلاً شرعاً، وتعد فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها كان قد اشترطها الدائن، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية، وكل ما يجوز للدائن المطالبة به إذا ما تأخر المدين عن الوفاء بالدين هو تعويض الضرر المادي أو الأدبي الذي لحقه بسبب هذا التأخير وفقاً للقواعد العامة.

ثانياً- التقنينات التي تأثرت بالفقه الإسلامي وفكرة المزج بين عدة مناهج:

كانت بلاد الشام والعراق تطبق مجلة الأحكام العدلية في مجال المعاملات المدنية ونظام التقاضي والإثبات منذ عام 1887، ثم توقف العمل بها في تلك الدول بصدور قوانين مدنية مستقلة تتباين في ولادتها من رحم الفقه الإسلامي، وتتوقف قصيراً عند القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بصفته التجربة الأولى لتطبيق منهج السنهوري في المزج بين الفقهين الإسلامي والغربي.

انتهى العمل بمجلة الأحكام العدلية في العراق بصدور القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والذي يعد أول محاولة في الوطن العربي لوضع تقنين مدني مستمد من الفقه الإسلامي ومتأثر بالفقه اللاتيني على نطاق محدود.

وكانت فكرة العلامة السنهوري في وقتها تقوم على منهج المزج بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني الغربي؛ فوضعها في حيز التطبيق العملي من خلال القانون المدني العراقي، إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي: «رؤي أن سكوت المشروع مثالاً لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجاء مزاجاً متألقاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية...»⁽⁵⁰⁾. ويرجع ذلك -في نظرنا- إلى تأثر العلامة السنهوري بالفقه الفرنسي تأثراً كبيراً في تلك الفترة، ورغم الملكة الفقهية والقانونية التي يتمتع بها واضعه، إلا أنها لم تدفع عن هذا القانون مواطن الخلل في الشكل والموضوع، ولا عذر له سوى حادثة المحاولة التي تمخض عنها.

وانتقد البعض هذا التوجه - منهج المزج في التقنين- للعلامة السنهوري بالقول: «هو - أي السنهوري- يعرض الشريعة على واقع الحياة ولا يعرض واقع الحياة على الشريعة»⁽⁵¹⁾. وفي موضع آخر جاء بأن: «الذي يهدف إليه السنهوري هو شرّ الحلول، فلا شك أن تفاعل الشريعة الإسلامية مع شرائع الغرب الوضعية هو أقل شراً مما كان حادثاً من استعارة

(50) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 237.

(51) سيد بن حسين العفاني، زهرة البساتين من مواقف العلماء والربانيين، ج 5، دار العفاني للنشر، القاهرة، ص 529.

القانون الغربي كله أو بعضه؛ لأن من الممكن التخلص من الدخيل في هذه الحالة، أما في حال الاندماج والتفاعل فإدراك الحدود بينهما صعب... ويصبح الناتج من تفاعلها شيئاً جديداً معقد التركيب تختلف خصائصه وصفاته عن كل من العنصرين المكونين له»⁽⁵²⁾

واستقى القانون المذكور مصادره من منابع ثلاثة: مجلة الأحكام العدلية، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل، والقانون المدني المصري الجديد⁽⁵³⁾.

من حيث ترتيب مصادر القانون المذكور فقد نصت المادة (1) منه على الآتي: «1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة»⁽⁵⁴⁾. 3 - وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية»، وهو الترتيب نفسه الذي اتبعه المشرع المصري من حيث جعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة، فما قيل هناك يقال هنا.

ونرى أن منهجية المزج بين التقنيات المختلفة والتي اتبعت في القانون المدني العراقي لم تكن موفقة بشكل كامل، ولنتمس العذر فيها كونها المحاولة الأولى، ووصفها السنهوري قائلاً: «تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث»⁽⁵⁵⁾ ونورد ملاحظتين في النص أعلاه:

1- إن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث بعد التشريع والعرف، وفي هذا يتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري.

2- إن النص يتضمن تفسيراً معيناً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي يلجأ إليها القاضي، إذ يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، المبادئ الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني العراقي هذا من ناحية؛ حتى تنسجم كليات القانون مع جزئياته وألا يتم تطبيق مبادئ

(52) سيد بن حسين العفاني، المرجع السابق، ص 530.

(53) عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص 14.

(54) وقد يفهم البعض أن الإشارة إلى قواعد العدالة هو اقتباس للمفهوم الغربي، فقد استقر الفقه الإسلامي على معيار موضوعي للعدالة، وهو العدالة الظاهرة بمعنى أن لا يرى الإنسان ما يخالف كتاب الله عز وجل وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وهو معيار استقر عليه العمل في مدونات الفقه الإسلامي القديمة، راجع: عبد السميع أبو الخير، مرجع سابق، ص 419. وللمزيد حول مفهوم العدل والعدالة في الفقه الإسلامي راجع: مصطفى الزلمي، الكامل للزلمي «معين القضاة»، ج 12، ص 136، وقارن مفهوم العدالة في النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني لدى: علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص 172، 176.

(55) عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص 18.

الشريعة الإسلامية إلا تلك الملائمة للاتجاه العام وروح وفلسفة النصوص القانونية. ومن ناحية ثانية، لم يُفَيِّد دور القاضي في استنباط مبادئ الشريعة الإسلامية من مذهب فقهي واحد دون الآخر، بل تم منح القاضي سلطة تقديرية كبيرة في هذا الصدد، إذ له استنباط مبادئ الشريعة الإسلامية من جميع مذاهب الفقه الإسلامي دون التقيّد بمذهب معين، بشرط أن يكون ما يستخلصه ملائماً لنصوص القانون⁽⁵⁶⁾.

ثالثاً- قانون المعاملات المدنية الإماراتي كتطبيق لتطور منهج التقنين في الفقه الإسلامي:

كانت المملكة العربية السعودية وإمارات الخليج منذ نشأتها محتفظة بنظامها القضائي القائم على تطبيق الشريعة الإسلامية، بالاستناد إلى المنهج الفقهي «غير المقنن»، ولم تعرف دولة الإمارات العربية المتحدة تقنياً يرجع إليه قضاتها سوى الشريعة الإسلامية حتى صدور بعض التقنينات مثل قانون عقوبات أبوظبي (1970)، ومجموعة قوانين أم القيوين (1971)⁽⁵⁷⁾، ثم أعقب ذلك قيام الاتحاد، وصدر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة عام 1985. وبعد نجاح نسبي لفكرة السنهاوري، صدرت عدة قوانين متأثرة بمنهج ومحاولة تلافي النقد الذي قيل بحق القانون المدني العراقي؛ فصدر القانون المدني الأردني المقتبس من مجلة الأحكام العدلية في معظم نصوصه، ثم صدر قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والذي يعد نسخة منقحة للقانون المدني الأردني.

وتجدر الإشارة إلى أن دستور دولة الإمارات الصادر عام 1971 قد نص في المادة (7) منه على أن: «الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية». وفي هذا تصريح لتبني المنهج التشريعي وفقاً لمنظور الفقه الإسلامي.

ونتفق مع البعض في أنه طالما أن المشرع نص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، سواء أضيفت إليها أداة التعريف أم لم تضاف، فإن الشريعة مصدر يبقى لها العلو على سائر المصادر الأخرى، خاصة وأن المشرع لم يذكر مصدراً رئيسياً آخر، وكل مصدر آخر ورد النص عليه في قانون يظل محكوماً بالشريعة الإسلامية التي أشار إليها النص الدستوري⁽⁵⁸⁾.

وتطبيقاً لذلك جاء قانون المعاملات المدنية الإماراتي متأثراً بالفقه الإسلامي؛ ويظهر ذلك

(56) فايز محمد حسين، مرجع سابق، ص 26.

(57) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 217.

(58) جاسم الشامسي، دور الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 23، العدد 1، مارس، 1999، ص 166.

في جميع نصوصه وفي مقدمتها: نص المادة (1) بقولها: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإن لم يجد، حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة». المادة (2): «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي».

بعض الملاحظات بشأن هذين النصين:

1- المصدر الرسمي والأول هو التشريع ثم الشريعة الإسلامية، وجعل لها الأولوية دائماً على المصادر الأخرى كالعرف، ويقصد بالشريعة الإسلامية هنا الفقه الإسلامي لا الشريعة في عمومها⁽⁵⁹⁾.

2- ميل المشرع إلى المذهبين المالكي والحنبلي، تماشياً مع واقع الدولة والمذهب السائد فيها من خلال إعطاء الأولوية لأنسب الحلول في المذهبين على ما في غيرهما من المذاهب عند غياب النص التشريعي، لكن ذلك لم يمنعه من تبني وجهة نظر المذهب الحنفي تشريعياً عندما جعل قانون المعاملات المدنية نسخة منقحة ومزينة عن القانون المدني الأردني المتأثر بالفقه الحنفي⁽⁶⁰⁾. لكن ذلك لم يكن بشكل مطلق، فقد ظهر تأثير قانون المعاملات المدنية بالفقه المالكي في أكثر من موضع منه في «رضائية عقد القرض» إذ لم يشترط القبض لتمام القرض وفقاً للمادة (711) التي تنص على أن: «المقترض يملك القرض ملكاً تاماً بالعقد، ولو لم يقبضه...»، مخالفاً في ذلك القانون المدني الأردني والذي نصت المادة (1/637) منه على أن: «عقد القرض يتوقف تمامه على قبض المال» ومقرباً من القانون المدني السوري في المادة (506) والفقه المالكي⁽⁶¹⁾.

3- أكد النص على ضرورة الرجوع في تفسير النصوص وتأويلها إلى مصدر الاستمداد، وهو الفقه الإسلامي؛ لخصوصية قواعد التفسير فيه، ولتجنب تعارض الأحكام والابتعاد عن إرادة المشرع، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية بقولها: «رؤي وضع

(59) جاسم الشامسي، المرجع السابق، ص 114.

(60) عدنان سرحان، ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات الحقوق الشخصية والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 23، مايو 2005، ص 226.

(61) محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط 1، دار المثني، أبوظبي، 1988، ص 56.

هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا القانون من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله»⁽⁶²⁾.

ورغم هجر فكرة التلفيق من خلال النص على ترتيب المذاهب الإسلامية بالنسبة للقاضي في قانون المعاملات المدنية، إلا أن تكوين التشريع أو تعديله في القانون الإماراتي يبقى أخذاً بمبدأ التلفيق في التشريع بوجه عام، وفي هذا يقول جانب من الفقه: «أما تكوين التشريع أو تعديله فيما بعد، فنرى أنه من باب الحاجة إلى اتباع منهج التلفيق، ومعناه ضم الأشياء والملاءمة بينها لتكون شيئاً واحداً أو لتسير على وتيرة واحدة، ومنه كان استعمال الفقهاء والأصوليين والمحدثين لكلمة التلفيق»⁽⁶³⁾.

رابعاً- المملكة العربية السعودية كتطبيق للمنهج القضائي في الفقه الإسلامي:

يعارض تيار من العلماء في المملكة فكرة التقنين، حيث يطبق المذهب الحنبلي وفق الراجح في المؤلفات الفقهية المعتمدة، مثل كشاف القناع وغاية المنتهى⁽⁶⁴⁾، وبهذا تكون مؤلفات هؤلاء الفقهاء بمثابة مصدر رسمي للقانون يحكم الواقعة محل النزاع⁽⁶⁵⁾، في حال عدم وجود نص في الكتب المعتمدة في المذهب الحنبلي، جاز البحث في حل المسألة المعروضة في باقي المذاهب، وفقاً لما تقتضيه المصلحة⁽⁶⁶⁾.

وكان التيار المانع للتقنين أشد وأقوى عما هو عليه اليوم، إذ صدر قرار الهيئة العامة للبحوث بعدم جواز التقنين، وصدر قبلها العديد من المؤلفات لفقهاء فيها يمنعون التقنين⁽⁶⁷⁾ وذهب أغلب المشايخ إلى النفور من كلمة «قانون» أو «تقنين» مما دعا إلى تسمية «التقنين» الذي وضع في الفقه الحنبلي بـ «مجلة الأحكام الشرعية»⁽⁶⁸⁾ وإلى اليوم لا تستخدم كلمة تقنين أو قانون، وبدلها مصطلح «نظام»، لكنه يلاحظ في الفترة الأخيرة كثرة الأصوات التي تطالب بالتقنين في المملكة العربية السعودية⁽⁶⁹⁾، وفي مقدمتهم القضاة؛ لما يواجهونه من

(62) المذكرة الإيضاحية، ص 18، وفي هذا يشير البعض إلى أن مصدر النص يجر إلى مرجع تفسيره، وإلى خلاف يُضَيِّع المقصد من وراء النص، لاختلاف مصادر التأويل والتفسير، راجع: محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص 86.

(63) جاسم الشامسي، دور الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 109.

(64) وهبة الزحيلي، المجتهدون في منتصف (ق 14 هجري) بين التجديد والتقنين، بحث مقدم إلى ندوة التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر المنعقدة خلال الفترة من (5-8) أبريل 2008، مسقط، عمان، ص 83.

(65) مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج 1، تعريف القانون - القواعد القانونية - مصادر القانون - تطبيقات قضائية، الفتح للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص 213.

(66) محمود عبد الحميد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1996، ص 481.

(67) عبد الرحمن القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام «دعوة مخلص لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية»، ط 2، مكتبة الملك عبد العزيز العامة بالرياض، 1977 م.

(68) وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر، دمشق، 2004، ص 71.

(69) منهم الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن بن بسام، تقنين الشريعة «أضراره ومفاسده»، مطابع دار الثقافة، مكة المكرمة، 1379 هـ.

صعوبات عملية قد يتمكن التقنين من معالجة الكثير منها⁽⁷⁰⁾.

وتتبع المملكة نظاماً قانونياً مختلطاً يعتمد على مصادر قانونية متنوعة في مقدمتها الكتاب والسنة ويتبعها القياس والمصلحة، وكل ذلك في ضوء المراجع الفقهية المعتمدة، إلا أن ذلك النظام يضم العديد من التقنيات في بعض الفروع، ويرجع ذلك إلى بعض القوانين التنظيمية مثل قانون الجمارك ونظام تشيكولات المحاكم الشرعية الصادر في 4 صفر 1346 هـ، ويتألف من 633 مادة، ونظام الأوراق التجارية لسنة 1383 هـ في 120 مادة، ونظام الشركات لسنة 1385 هـ في 233 مادة⁽⁷¹⁾.

ويرتبط هذا الوضع وتباطؤ حركة التقنين فيها - من وجهة نظرنا - بالمنهج الذي تتبعه ما يعرف بـ «مدرسة أهل الحديث» والتي تقابل «مدرسة أهل الرأي»، فالأولى تتمسك بالمصادر الأصلية من كتاب وسنة كمصدر للتشريع⁽⁷²⁾، وتترك مرونة أكبر في التطبيق للعمل القضائي، وبهذا فإنها تقترب في هذا المنهج من فلسفة المدرسة التاريخية⁽⁷³⁾ في الفقه القانوني، والتي تعارض التقنين وترفض فكرة وجود قانون ثابت لأنه يؤدي إلى الجمود، كما تقترب في ذلك من النظام القانوني الأنجلوسكسوني والذي يستند إلى العمل القضائي بالدرجة الأولى.

وفي ضوء ما سبق، فإننا نخلص إلى أن النظام في المملكة أصبح اليوم مختلطاً ومزيجاً من تشريعات مقننة في فروع محددة، إلا أنه في المعاملات المدنية مازال يخضع للنظام القضائي الذي يرجع في أحكامه إلى المصادر الأصلية من كتاب وسنة.

ورغم اقتراب النظام القانوني في المملكة من نظام السوابق القضائية المتبع في الدول ذات النهج الأنجلوأميركي، إلا أن البعض⁽⁷⁴⁾ يؤكد أن هذا التشابه غير موجود وإن وردت بعض الإشارات في الأنظمة السعودية تدعم هذا التشابه، منها نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/78) في 19/9/1428 هـ والذي أشار إلى إمكانية الأخذ بمبدأ السوابق القضائية عند النظر في القضايا المعروضة، حيث نص النظام على إنشاء مركز للبحوث في وزارة العدل، يتألف من عدد كاف من الأعضاء المتخصصين، يتولى نشر

(70) ومنهم القاضي محمد بن عبد العزيز الفايض القاضي بالمحكمة العامة بالرياض، وأخرج كتابه بعنوان «تقنين الأحكام القضائية»، ط 1، الرياض، 1431 هـ.

(71) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 222.

(72) وائل حلاق، مرجع سابق، ص 116.

(73) علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص 64.

(74) سليمان بن محمد المزيد الشارخ، مختصر الطريق لمقارنة أنظمة وقوانين القضاء والمرافعات والتحقيق: دراسة مقارنة تصف الأنظمة بالملكة العربية السعودية ومصادر تشريعها وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية ومصادر تشريعها، ط 1، مطابع سلطان الرياض، الرياض، 2013، ص 82-83.

الأحكام القضائية المختارة والمستندة على فكرة السوابق القضائية بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء عليها، وهو يقابل التقارير القانونية التي تضم السوابق القضائية في النظام الأنجلوأميركي.

المطلب الثاني

دعوى التأثير المتبادل بين الفقه الإسلامي والنظام اللاتيني

تشير بعض الدراسات في الفقهين الإسلامي والقانوني إلى وجود شبهة الاقتباس المتبادل بين مناهج وفروع وتطبيقات الفقه الإسلامي من جهة، ونظيراتها في الفقه القانوني اللاتيني من جهة أخرى، وهو ما سوف نستعرضه في فرعين: الأول في دعوى التأثير المتبادل، والثاني في نماذج من التطبيقات القانونية ذات العلاقة بالموضوع.

الفرع الأول

أصل دعوى التأثير المتبادل وردّها

يرى بعض المستشرقين ومنهم «غولت سهير»⁽⁷⁵⁾ إن تقسيم الأحكام في الفقه الإسلامي إلى مكتوبة «Ieges Scriptae» وغير مكتوبة «Ieges non scripate» مأخوذ من القانون الروماني، والمكتوب يُقصد به «النص» وغير المكتوب «غير المنصوص» - يُقصد به القياس، وإن كان لم يُسمَّ بهذا المصطلح - وأقام أبحاثه في هذه المسألة على هذا الأساس، وهذا التمييز بيّنه باحث آخر في كتابه العهود بين القانون المستند إلى التشريع وبين القانون

(75) هو أغانطوس غولت سهير (1850-1921)، أحد الكتاب المشهورين في الدراسات العربية، وسبقه في هذا النهج السير وليام الذي وضع كتاباً باللغة الإنجليزية بعنوان «المبادئ والسوابق القضائية للقانون المحمدي» "Principle and Precedents of Mohammedan Law, Calcuta", India, 1817".

نقلاً عن: محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي «تاريخ العقل الفقهي - مفاهيمه - أدلته - مذاهبه - عصوره»، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 54. وكذلك ما أورده شيلدون آموس Scheldon Amos «من أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية، معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات»، راجع للمزيد: صوفي حسن أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، ج 1، مجلة الأزهر، ذي القعدة 1434هـ، سبتمبر/أكتوبر 2013م، ص 32. كما ينضم إلى هؤلاء الفقيه الفرنسي (إدوارد لامبير) وكان مديراً لمدرسة الحقوق الملكية في مصر ومشرفاً على أطروحة الدكتوراه للعلامة السنهوري «الخلافة وتطورها»، ويرى لامبير تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني عن طريق القانون اليهودي، راجع: محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 41. وانظر: صوفي أبو طالب في رد هذه الشبهة، مرجع سابق، ص 90، وفي هذا السياق نشرت المجلة الأمريكية لتاريخ القانون بحثاً حول التقارب بين مصادر الفقه الإسلامي والفقه التلمودي لليهود، في محاولة لربط جذور الفقه الإسلامي باليهودية، راجع:

Judith Romney Wenger, Islamic & Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of Islamic Law and Their Talmudic Counterparts, The American Journal of Lagel History, V.26, No.1, Jan. 1982, Pp.2571-.

المستند إلى العرف والعادة⁽⁷⁶⁾، ومن هنا عرف الفقه الإسلامي نمطين هما: نظام التشريع المكتوب «التقنين»، ونظام القواعد العرفية «غير المكتوبة»، مما دعانا إلى بحث هذه المسألة ذات الجذور التاريخية.

إن هذه الشبهة أثرت منذ زمن، وتدور حول تأثير الفقه الإسلامي بالقانون الروماني بحجة أن الأول جاء تاريخياً بعد القانون الروماني مباشرة بفارق قدره البعض بسبعة قرون تقريباً⁽⁷⁷⁾، فضلاً عن وجود تقارب في بعض الجوانب مما ساهم في بقاء هذه الشبهة قائمة إلى يومنا هذا.

رد البعض⁽⁷⁸⁾ هذه الشبهة من وجوه عدة نوجز بعضها بالآتي:

1- إن «الكتابة» تكاد لا يكون لها أي دور في القانون الإسلامي قبل السلاطين العثمانيين، فكل عمل قانوني بما في ذلك تنصيب القاضي كان يجب أن يكون شفهيًا، إلا حين يتعذر النطق كما في الأصم الأكم، فقد وجد الفقهاء بدائل كتحرير الرأس علامة عن القبول⁽⁷⁹⁾، بخلاف الكتابة في فكرة «التقنين» إذ هي قديمة ومتجذرة في القانون الروماني.

2- إن البحث المعاصر في تاريخ القانون يتجه إلى أن الشريعة الرومانية القديمة اختفت واندثرت بشكل تام في القرن السادس الميلادي، ولم تظهر إلا في القرن الثاني عشر الميلادي، وإن القانون الروماني الحديث الذي ظهر ليس هو ذاته القانون الروماني القديم لا في الجوهر ولا في نصوصه⁽⁸⁰⁾، بمعنى أن القانون ظهر متأثراً بالفقه الإسلامي وفقاً لسياق تاريخي نستعرضه لاحقاً.

(76) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام - مدخل منهجي، ط 1، المؤسسة الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 82. تجدر الإشارة إلى أن هذا التمييز موجود في القانون الإنجليزي بين القانون غير المكتوب «Common Law» والقانون الموضوعي «Statute Law»، وهو أحد مصادر القانون وهو قانون مكتوب ويصدر من سلطة تشريعية «مجلس التشريع أو البرلمان» وهكذا يعرفه الإنجليزي كمصدر للنظام القانوني عندهم بالقول:

Statute Law refers to the law that has been created by parliament in the form of Legislation.

راجع للمزيد:

Gary Slapper & David Kelly, English Legal System, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, 2001, P.1

والتشريع قد يشمل نوعاً آخر من الأنظمة أو المراسيم تصدرها جهات معينة في شكل تشريعات بناء على تفويض من البرلمان وفي حالات معينة وتعرف بـ «Delegated Legislation or Subordinate Legislation»

راجع للتفصيل:

Gary Slapper & David Kelly, English Legal System, 6th Edition, Routledge, New York, 2015, P.116.

(77) مصطفى الرفاعي، مرجع سابق، ص 18 - 19.

(78) صوفي أبو طالب، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها. شويش المحاميد، مرجع سابق، ص 405.

(79) محمد كمال الدين إمام، تاريخ العقل الفقهي، مرجع سابق، ص 93.

(80) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه «مدخل منهجي»، مرجع سابق، ص 97.

3- وجود بعض الأنظمة القانونية في القانون الروماني، لا وجود لها في الفقه الإسلامي كنظام السلطة الأبوية والسيادة الزوجية والتبني الذي ألغاه الإسلام⁽⁸¹⁾.

دعوى تأثر التقنيات الأوروبية الحديثة بالفقه الإسلامي:

وبالمقابل نجد نقاشاً لدى الباحثين في تاريخ القانون والفقه المقارن حول تأثر بعض التقنيات الغربية «الأوروبية» تحديداً بنظريات وأحكام فقهية مرجعها في الأصل هو الفقه الإسلامي، إذ يجزم بعض الباحثين أن تقنين نابليون المدني متأثر بالفقه الإسلامي وتحديداً بالفقه المالكي، حتى أن البعض يؤكد أنه منقول من شرح الدردير على متن خليل، ويرجع ذلك إلى جملة عوامل منها: فتح الأندلس ودخول مذهب الإمام مالك إليها (إسبانيا والبرتغال وجنوب فرنسا)، حيث حكمها المسلمون حتى 1429م - 977هـ، وانتقل المذهب إلى فرنسا عن طريق انتشار المدارس الكبرى في الأندلس والتي كانت تضم تلاميذ من المسلمين وغيرهم، وكانت تُدرس فيها علوم مختلفة منها فقه الإمام مالك، فضلاً عن انتشار العادات الإسلامية - أي الأعراف - غير المدونة والتي انتشرت في جنوب فرنسا، ويُضاف لكل ما تقدم تأثير ابن رشد الحفيد في الفلسفة الغربية، وفي الفلسفة القانونية تحديداً، وأخيراً ترجمة نابليون للفقه المالكي بعد غزوه لمصر ومنها مختصر خليل⁽⁸²⁾.

ويرجع تاريخ هذه المسألة إلى شكوى الرومان من جور وظلم قوانينهم، حتى ذهبوا إلى الأندلس بحثاً عن أنظمة قانونية عادلة، فاقتبسوا الفقه الإسلامي الذي كان سائداً هناك بعد تعديله بما يتناسب وعقائدهم، والتي أعلن الملك «لوثاريوس» سنة 1137م عن اكتشافها مدعياً أنها مجموعة الحقوق الرومانية الشهيرة، ولم تكن سوى أحكام الفقه الإسلامي في ثوب لاتيني⁽⁸³⁾، وبناء عليه أشار البعض إلى تأثر القانون الإسباني بمبدأ الفصل بين ذمة الزوجين السائد في الفقه الإسلامي والمطبق في الأندلس آنذاك⁽⁸⁴⁾. كما أن ترجمة كتب الفقه الإسلامي إلى اللغات الأوروبية في القرنين الأخيرين قد يكون وراء ما يراه الباحثون من تأثر قوانين تلك الدول بالفقه الإسلامي، ومنها مصنفات الحنفية، إذ ترجم كتاب «الهداية» للمرغيناني وصدرت طبعته الثانية في لندن عام 1870م، وترجم كتاب ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبي إلى الفرنسية، وفي الفقه المالكي فقد ترجم إلى الفرنسية كتاب البيوع في موطأ الإمام مالك ونشر عام 1911م وغيره⁽⁸⁵⁾.

(81) رمضان علي السيد الشربناصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط2 مزيدة ومنقحة، مطبعة الأستانة، 1403هـ، ص 43.

(82) حمزة أبو فارس، علاقة القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي، موقع نادي القضاة الموريتانيين، ص3 <http://cmrim.com/hjg6575/2599-2012-12-15-18-39-46.html>

وفي ذات المعنى راجع: مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص 137.

(83) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه، مرجع سابق، ص 98.

(84) خليفة بابر الحسن، مرجع سابق، ص 278.

(85) محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي «تاريخ العقل الفقهي»، مرجع سابق، ص 47.

الفرع الثاني

نماذج من التطبيقات القانونية

وردت بعض التطبيقات القانونية والتي من شأنها الإشارة إلى تأثير النظام اللاتيني بالتطبيقات الواردة في الفقه الإسلامي، ومنها الآتي:

1- العقد الرضائي وأحكامه:

ذهب العلامة مصطفى الزلمي⁽⁸⁶⁾، في كتابه المطول «الكامل للزلمي في الشريعة والقانون» إلى هذا الرأي القائل بتأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي، فوضع عنواناً لفقرة فرعية هي: «تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي»⁽⁸⁷⁾، حيث يرى أن تطور العقد الرضائي والذي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول الصادرين ممن هم أهل للتعاقد دون رعاية شكلية، قد انتقلت إلى القانون الفرنسي متأثرة بالفقه الإسلامي، ولا يمكن أن تكون قد آلت إليه من القانون الروماني الغارق في الشكلية، إذ تناولت المواد (1108-1122) من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان «شروط صحة العقد وأحكام العقد الرضائي» كما هي مقررة في الفقه المالكي، كذلك أحكام العارية التي عالجتها المواد (1875-1894) من القانون المذكور جاءت متأثرة بالفقه الإسلامي وتحديد الفقه المالكي⁽⁸⁸⁾ ويشير البعض إلى أن الرضائية في عقد البيع الواردة في المادة (1583) من القانون الفرنسي ومفادها: «يكون البيع تاماً بين الفرقاء والملكية المكتسبة حتماً للشاري تجاه البائع، منذ أن تم الاتفاق على الشيء والتمن رغم عدم تسليم الشيء أو أداء ثمنه»، أصلها ما ورد في مختصر خليل في شأن عقد البيع بمجرد الرضا دون اشتراط القبض⁽⁸⁹⁾.

(86) هو الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم محمد أمين الزلمي، علامة ومفكر إسلامي، ولد في قرية «زلم» في محافظة السليمانية -شمال العراق- عام 1924، وسيرته حافلة بالإنجازات العلمية له ما يزيد على خمسين مؤلفاً في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، وأشهرها كتابه الصادر مؤخراً بعنوان «الكامل للزلمي في الشريعة والقانون» من أربعة وعشرين مجلداً، والمؤلف من أجزاء، صدر عام 2014، راجع: الموسوعة الحرة «ويكيبيديا» مصطفى-الزلمي [/ar.wikipedia.org/wiki/مصطفى-الزلمي](http://ar.wikipedia.org/wiki/مصطفى-الزلمي)

(87) وفصل البعض في عقد مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، راجع: سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي: مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دار السلام للطباعة والنشر، ط 1، الرباط، 2001.

(88) مصطفى الزلمي، الكامل، مرجع سابق، ج 10، ص 65، وراجع في ذات الرأي خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 281. فالملكية في القانون الروماني والقانون الأنجلوسكسوني قبل الغزو النورماندي واحتلالهم لإنجلترا عام 1066، لا تنتقل بمجرد الإيجاب والقبول يخالف ما عليه في الفقه الإسلامي كما أن القبض (التسليم) يحدد تبعة هلاك المبيع فتكون على البائع قبل التسليم، وهي تقارب تفاصيل دعوى الدين «Write of Debt» في القانون الإنجليزي، راجع: برهام محمد عطا الله، تأثير الفقه الإسلامي على تكوين القانون الإنجليزي، مجلة التسامح، وزارة الأوقاف العمانية، مسقط، العدد 24، سنة 2008، ص 2.

(89) حمزة أبو فارس، مرجع سابق، ص 4.

2- بيع الوفاء⁽⁹⁰⁾:

وهو طبقاً لما ورد في كتب المذهب الحنفي مفاده أنه: «البيع المشروط فيه رجوع المبيع للبائع متى رد الثمن على المشتري»⁽⁹¹⁾، وعالجته مجلة الأحكام العدلية في المواد (396-403)⁽⁹²⁾، ويؤكد البعض أن هذا النوع من البيوع والذي يقتضي البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو من إبداع الحنفية قبل أن يقتبسه القانون المدني الفرنسي عام 1804 والذي عالجته في المواد (1659-1673)⁽⁹³⁾، حيث نصت المادة (1659) من القانون المدني الفرنسي على الآتي: «إن حق استرداد المبيع أو استرداده وفاءً هو اتفاق يُخوّل البائع استعادة المبيع مقابل رد الثمن الأصلي»⁽⁹⁴⁾. والجدير بالذكر أن الفقهاء نظموا هذا النوع من البيوع لغايات عملية، منها أن صاحب النقد يريد أن ينتفع بماله، ولا يعطيه للآخرين بقرض حسن دون أن يستفيد مادياً، حيث يجد حرجاً في أخذ الربا عن ماله⁽⁹⁵⁾.

3- تحول العقد:

يجزم البعض بتأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي عن طريق الخلافة العثمانية في مسألة تحول العقد الذي عالجته القانون الألماني في المادة (144) منه⁽⁹⁶⁾، حيث صاغ التقنين المدني الألماني نظرية تحول العقد وعلى نهجه سار التقنين المصري الجديد في المادة (140) منه، ثم تبنتها بعض التقنينات المدنية العربية⁽⁹⁷⁾.

(90) اصطلاح عليه «بيع الوفاء» لأن البائع وفى بما عهد من رد المبيع إذا رد له المشتري الثمن، راجع: عثمان بن علي بن محجن البارعي، وفخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج 5، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ، ص 184.

(91) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ج 2، ط 2، دار الفكر، بيروت، ص 333.

(92) راجع ما ورد في شرح المجلة بخصوص المواد أعلاه، سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا سنة طبع، ص 223 وما بعدها.

(93) مصطفى الزلمي، الكامل، مرجع سابق، ج 10، ص 66.

(94) ونص المادة المذكورة أعلاه بالفرنسي كالآتي:

«La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article..»

وباللغة الانجليزية:

«A power of redemption or repurchase is an agreement by which the seller reserves to himself the taking back of the thing sold, through restitution of the purchase price, and the reimbursement ...».

(95) محمد نجات محمد، خيار النقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته الاقتصادية المعاصرة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص 389.

(96) مصطفى الزلمي، الكامل، مرجع سابق، ج 10، ص 65.

(97) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج 4، مرجع سابق، ص 73.

المبحث الثاني

المنهج القضائي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي

لم يحتل التشريع مكانة هامة في النظام الأنجلوأمريكي؛ لاعتماده على ما يعرف بـ «السوابق القضائية»، حيث لم يكن المجتمع في وقتها يثق في التشريع؛ لأنه مظهر لتعسف الحكام، إلا أن الوضع تطور بمرور الزمن⁽⁹⁸⁾، فمصدر الأحكام هو القضاء، والأخير لا يقن لأنه في تطور مستمر، إلا أن هذا الاتجاه بدأ يتغير⁽⁹⁹⁾، وبات للتقنين تطبيقات قانونية في ظل تلك الأنظمة، ولذا نتناول في هذا المبحث مسألتين هما: أهم ملامح النظام الأنجلوسكسوني (غير المقنن)، والتقارب والتأثر بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي، ونخصص لكل منهما مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

ملامح النظام الأنجلوأمريكي المعاصر

إن «التقنين» بمفهومه العام يكاد يجد صده في تاريخ معظم الدول والحضارات، لكنه يُستثنى من ذلك النظام القانوني الإنجليزي؛ ويرجع البعض ذلك لطبيعة الإنجليز المحافظة من جهة، ولما يتمتع به نظامهم القانوني من اعتماد على السوابق القضائية من جهة أخرى⁽¹⁰⁰⁾. وتظهر أهم ملامح النظام الأنجلوسكسوني والذي طبقه بريطانيا والولايات المتحدة وكندا - عدا مقاطعة كيبيك - والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا وغيرها⁽¹⁰¹⁾، في موضعين أساسيين: قواعد غير مكتوبة، وقدرة القضاء على خلق وتطوير قواعد قانونية، ونتناول كلا منهما في فرع مستقل.

(98) علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص185.

(99) محمد زكي عبد البر، مرجع سابق، ص33-34.

(100) علي غالب الداودي، مرجع سابق، ص143.

(101) حيث انتقلت السوابق القضائية إلى الولايات المتحدة بعد أن تعرضت أمريكا الشمالية للاستعمار الإنجليزي، ولم تطبق المحاكم الأمريكية القانون العرفي الإنجليزي، بل إنها لجأت لأحكام الشريعة السماوية وقواعد العدالة حال عدم وجود نص صريح في المسألة محل النزاع، واعتبرت المحاكم القانون الإنجليزي قانوناً أجنبياً لا يطبق إلا في حال النص عليه صراحة في قانون المستعمر، راجع: Micheal Zander, The Law-Making Process, Cambridge University Press, New York, 6th edition (2011), p.327.

الفرع الأول

قواعد غير مكتوبة مع تنامي فكرة «التقنين»

إن إنجلترا راعية النظام الأنجلوسكسوني لا يوجد فيها دستور مُدَوَّن حتى الآن، وما يسميه الإنجليز دستوراً إنما هو مجموعة قواعد يرجع بعضها إلى أصول تشريعية وبعضها الآخر إلى أصول قضائية⁽¹⁰²⁾، أما القانون العادي «الشريعة العامة» Common Law وقد يطلق عليه بعض فقهاء القانون المقارن مصطلح الشريعة العامة (Common Law Legal System) وأحياناً يسمى بشريعة القانون المدني (Civil Law Legal System).⁽¹⁰³⁾ ويذهب بعض المؤرخين إلى أن القانون العرفي بمعناه الحالي نشأ في عهد الملك الإنجليزي هنري الثاني⁽¹⁰⁴⁾. ومهما تكن المصطلحات، فإنها تعني نتاج أحكام المحاكم المتنوعة، أو ما يطلق عليه الفقه الإنجليزي «السبب المنطقي» Ratio Decidendi أو «سبب الحكم» الذي استند إليه القاضي في حكمه والذي يعتبر قاعدة قانونية يتألف من مجموعها ما يسمى بـ «السوابق القضائية» Precedents⁽¹⁰⁵⁾. وعليه ليست الوقائع هي التي تقيم السابقة، بل المبدأ القانوني أو القاعدة القانونية التي تم استخلاصها من تلك الوقائع⁽¹⁰⁶⁾.

وتتلخص فكرة نظام السوابق القضائية في أن القاعدة التي استند إليها الحكم الصادر من محكمة يلزم في حدود معينة جميع المحاكم الإنجليزية التي تقع في مرتبة المحكمة التي أصدرته، والمحاكم الأدنى منها، لذا تُعد أحكام المحكمة العليا سوابق قضائية ملزمة لكل المحاكم وتلتزم بتطبيقها في قضايا مماثلة، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الدنيا فلا تعتبر سوابق قضائية لأي جهة، وكذلك الأحكام الصادرة من محكمة العدل العليا في جلساتها خارج لندن⁽¹⁰⁷⁾.

(102) محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص 94.

(103) محمد نور فرحات، الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، القاهرة، 1994، ص 295 وما بعدها.
(104) Christopher Harper-Bill & Nicholas Vincent, Henry II: New Interpretations, The Boydell Press, UK, 1st ed., 2007, p. 215.

(105) محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص 94. وتعريف السوابق القضائية اصطلاحاً هو أنها: «القواعد النظامية غير المدونة التي يستنبطها القضاة من الأنظمة ومبادئ العدالة والعرف، عندما لا توجد قواعد نظامية أو عرفية تحكم المنازعة الموجودة وهو ما يطلق عليه الاجتهاد، وهي المسماة بالسوابق القضائية غير الملزمة، وتسمى مبادئ قضائية، وهي لا بد أن تكون صادرة عن أعلى جهة قضائية»، راجع: خالد خليل الظاهر، السوابق القضائية و ضمانات تحقيقها للعدالة وحجبتها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2011، ص 222.

(106) Neil Duxbury, The Nature and Authority of Precedent, Cambridge University Press, UK, 1st edition, (2008), p.84.

(107) خالد الظاهر، مرجع سابق، ص 225، وكذلك راجع:

Garry Slapper & David Kelly, The English Legal System, Routledge, New York, 13th Edition (2012-2013), p. 116.

إن فكرة التقنين أو التشريع المكتوب قد تطورت في القانون الإنجليزي - وقوانين أخرى تتبع النهج الأنجلوسكسوني، وأصبح التشريع «Legislation» أحد مصادر القانون، ليقوم بمهمة التصحيحات «Errata» أو الملحقات «Addenda» التي من شأنها تصحيح واستكمال الهيكل الأساسي للقانون الإنجليزي⁽¹⁰⁸⁾. فالقانون العام يعني السوابق القضائية والقواعد الراسخة التي خلقتها السلطة القضائية خلال فصلها في القضايا المعروضة عليها، أما القانون المكتوب أو التشريع فيعني القانون الذي يصدره البرلمان في شكل تشريع.

أولاً- دعوات للتقنين في الدول ذات النهج غير المقنن:

بالرغم من أهمية السوابق القضائية في النظام القانوني غير المقنن، إلا أن دعوات عديدة ظهرت مؤخراً في الأنظمة الراعية لهذا النهج مثل القانون الأمريكي والقانون الإنجليزي والنيوزلندي.. إلخ؛ للتخلي عنه والاتجاه نحو منهج التقنين أو النظام المزدوج أو نحو التقنين الجزئي للشرعية العامة على أقل تقدير⁽¹⁰⁹⁾، وفعلاً بدأت تدريجياً بإصدار تقنينات جزئية لمعالجات تشريعية ضرورية متسمة بالوضوح، منها على سبيل المثال:

- قانون بيع البضائع الإنجليزي (1893)⁽¹¹⁰⁾.

- قانون حقوق الإنسان لسنة 1998 الذي أحدث نقلة نوعية في مجال السوابق القضائية حين قرر عدم شرعية تصرف الهيئات العمومية بما لا يتفق مع الحقوق المقررة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR)⁽¹¹¹⁾، ويؤدي ذلك إلى اعتبار تصرف المحكمة غير شرعي إن صدر مخالفاً للاتفاقية الأوروبية.

- قانون التحكيم (1966)، والذي صدر ليكون تقنياً واضحاً لقواعد التحكيم الإنجليزية⁽¹¹²⁾.

- قانون المسؤولية عن الحيوان (1971)، ويتألف من (13) وضعاً ليعالج النقص في القانون العرفي، وجعل المسؤولية مفترضة على المالك أو الحائز، وفرّق بين الحيوانات الخطرة والأليفة⁽¹¹³⁾.

(108) محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص 95.

(109) Bernard Schwartz, the code Napoleon & the Common - Law world: The Sesquicentennial Lectures Delivered At The Law Center of New York University, December 13 1954, 15-, The Lawbook Exchange, LTD, New Jersey, 1998, p.267.

(110) Mary Keyes & Therese Wilson, Codifying Contract Law, Ashgate Publishing Co., Burlington, USA, 2014, p.5.

(111) H.R. Hahlo Dr. Jur, Codifying the Common Law: Protracted Gestation, The Modern Law Review, V.38, Issue 1, January 1975, p.32.

(112) Mary Keyes & Therese Wilson, Op. Cit., p.6.

(113) Vivienne Harpwood, Modern tort law, Cavendish Publishing Limited, London, 6th ed., 2005, p.281.

- أدى نفاذ قواعد الإجراءات المدنية في أبريل 1999 إلى التأثير على مبدأ السوابق القضائية، وخاصةً تلك التي استقر العمل بها قبل صدور هذا القانون، فقد نص في المادة الأولى منه على أن: «هدف قواعد الإجراءات المدنية الرئيسي يتمثل في تمكين المحكمة من التعامل مع الدعاوى بعدالة»⁽¹¹⁴⁾

ثانياً- في الولايات المتحدة الأمريكية:

لا شك أن جهود أحد أهم رجال القانون في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية وهو «Field Dudley David» كانت وراء حركة التقنين فيها، إذ يُعد وبحق رجل التقنين الأول في التاريخ الأمريكي، فقد تبنى منهج التقنين وكرّس حياته له، ويعود الفضل له في أغلب التقنيات في القارة الأمريكية وأهمها:

1- قانون الإجراءات المدنية لولاية نيويورك (1850):

يسمى أيضاً باسم قانون فييلد «Field Code»⁽¹¹⁵⁾ نسبة لوضعه وهو ديفيد فييلد، وأهم ما تضمنه القانون هو إلغاء التفرقة بين محاكم القانون ومحاكم العدالة ودمجها، إذ كان يترتب على التفرقة بين النوعين، أن المدعي بالتعويض عن الأضرار في الدعوى المدنية لا يطالب إلا بتعويض مالي «monetary damages» أمام المحاكم القانونية، في حين يقتصر التعويض عن الأضرار على تعويضات غير مادية «non-monetary damages» أمام محاكم العدالة مع فروقات أخرى⁽¹¹⁶⁾. وتحول القانون فيما بعد إلى قانون فيدرالي موحد بعد أن تبنته العديد من الولايات مثل ولاية كاليفورنيا وغيرها⁽¹¹⁷⁾.

1- القانون المدني لولاية كاليفورنيا (1872):

وأصله مسودة القانون المدني لولاية نيويورك والتي وضعتها لجنة صياغة القوانين، وهي في الأصل ثمرة محاولات التقنين لـ «ديفيد فييلد» أيضاً، إلا أنها لم تحظ بالتصويت لإصدارها في نيويورك، لكنها تبقى من أهم محاولات تقنين القانون المدني في الولايات

(114) R 1.1(1), CPR 1998: «(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.»

(115) تم توسيع تطبيق قانون فييلد فيما بعد ليصبح نموذجاً فيدرالياً لقانون الإجراءات المدنية الموحد، راجع:

Arthur T. von Mehren & Peter L. Murray, Law in the United States, 2nd ed., Cambridge University Press, 2007, p.128.

(116) Charles E. Cark, The Union of Law & Equity, Yale Law School Legal Scholarship Repository, V.1.1, 1925. Philip M. Halpern, Mixing Law & Equirty Cases of Action Does Not Preclude a Jury Trial, Pace Law Review, V.35, Issue.3, Spring 2015.

(117) راجع مقدمة القانون المذكور: The Code of Civil Procedure of the State of New York, 1850, P.ix.

المتحدة الأمريكية⁽¹¹⁸⁾.

1- القانون الأمريكي التجاري الموحد (2002):

وصفه البعض⁽¹¹⁹⁾ بأنه أفضل نموذج بين مشاريع تقنين القانون العام المستمد من الأحكام القضائية «غير المقننة».

إن تقنين القواعد العامة غير المقننة في الدول ذات النهج الأنجلوسكسوني أو ما بات يعرف بالأنجلوأمريكي ليس بالأمر اليسير؛ إذ تعترضه العديد من العقبات مثلاً: في القانون الإنجليزي تعترضه دعوات المتمسكين بالإرث غير المقنن، فضلاً عن صعوبة المهمة عملياً على من يقوم بعملية التقنين من البرلمانيين من حيث الإحاطة بكل الفرضيات القانونية التي قد تقع، ووضع حلول لها بخلاف الحال في وجود قاعدة أو مبدأ عام تخضع له الجزئيات، ويقصد بها «آلية عمل السوابق القضائية»، فضلاً عن الصعوبات الإدارية مثل عدم وجود وزارة للعدل بهيكلية إدارية متكاملة لتقنين القوانين⁽¹²⁰⁾، ولكن تبقى سمات التقنينات المدنية ومنها الشمولية والتناسق والمنهجية وقطعية الأحكام والقواعد القانونية هي مقومات لا تتوفر في النماذج القانونية غير المقننة⁽¹²¹⁾، مما يبرر استمرار وتزايد الدعوات لتوسيع التقنينات في الدول ذات النهج غير المقنن.

ولم يقتصر ما تقدم على النطاق المحلي للدول ذات النهج القضائي؛ حيث تعدت آثاره إلى النطاق الدولي، وهو ما فرض على الدول الخضوع لنظم قانونية مختلفة، من خلال تنامي النهج التشريعي في الاتفاقيات الدولية، والتي مزجت بين قواعد كلا النظامين لزيادة فاعليتها.

ثالثاً- الاتفاقيات الدولية وأثرها في النظام الأنجلوأمريكي:

انعكس أثر المنهج التشريعي المتبع في معظم الاتفاقيات الدولية في تداخل النظم القانونية فيما بينها، فضلاً عن تنامي فكرة المزج بين قواعدها وأصولها، وعلى رأسها النظامان اللاتيني والأنجلوأمريكي، فأغلب تلك الاتفاقيات تتبع النهج التشريعي، وهي في ذات

(118) Frederick Olds Bissell, Codification in the State of New York, Historical Theses and Dissertations Collection, Cornell Law School, Adigital Repository, Pp. 34- 39. Maurice Eugen Lang, Codification in the British and America, The Lawbook Exchange, LTD, New Jersey, USA, 2005, Pp. 182- 184.

(119) Mary Keyes & Therese Wilson, Op. Cit., p.6.

(120) للمزيد حول عقبات وإشكاليات تقنين القانون العام «Common Law» راجع:

Peter M. North, Problems of Codification in a Common Law System, The Rable Journal of Comarative 504-and International Private Law, 46.Jarg H. 3. 1992, p.503

(121) Eva Steiner. -French Law, A Comparative Approach, Blanc-Jouvan Xavier, Revue internationale de droit comparé, Année 2010, Volume 62, Numéro 4, Pp. 1061- 1063. Eva Steiner, French Law A Comparative Approach, Oxford University Press, New York, 2010, p.40.

الوقت تضم العديد من الدول ذات النهج الأنجلوأمريكي كبريطانيا مثلاً، يضاف لذلك الأنظمة والتشريعات المطبقة في الاتحاد الأوروبي والتي يصدق عليها ذات الوصف.

ولعل أبرز تطبيقات المزج بين نظامين قانونيين مختلفين أو حتى متعارضين، هي تلك التشريعات التي تتصف بطابع الدولية، وتحديدًا في مجال القانون الخاص، كاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولية 1980 الصادرة عن الأونسترال⁽¹²²⁾، والمبادئ الموحدة للعقود التجارية الدولية 2010 الصادرة عن معهد توحيد القانون الخاص بروما، حيث وردت العديد من التطبيقات التي مزجت بين النظام القانوني اللاتيني من جهة، والأنجلوأمريكي من جهة أخرى، فتبنت أحكاماً متباينة تماماً في النظامين، إذ نظم المشرّع الدولي جزاء التنفيذ العيني في اتفاقية فيينا مقتفياً خطى النظام اللاتيني، وجعل التنفيذ العيني جزءاً أساسياً⁽¹²³⁾، على خلاف النظام الأنجلوأمريكي الذي يتعامل مع هذا الجزاء على أنه استثناء من القواعد العامة، في حين تبنت الاتفاقية جزاء إنقاص الثمن من النظام اللاتيني والمخالفة الجوهرية من النظام الأنجلوأمريكي، إلى غير ذلك من الأحكام التي لا يتسع المقام لذكرها⁽¹²⁴⁾. وقد يبرر هذا المزج بالقول إن تلك التشريعات غايتها تلبية متطلبات أنظمة قانونية مختلفة، وتشجيع دول وأفراد بخلفيات قانونية مختلفة للأخذ بها، وبروز البعد الاقتصادي للقاعدة القانونية.

الفرع الثاني

قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية

يمتاز النظام القانوني الأنجلوأمريكي من خلال منهجيته في الاعتماد على السوابق القضائية بشكل أساسي، واعتبار التشريع أحد مصادر القانون، بقدرة القضاء على خلق وتطوير نظريات وقواعد قانونية من خلال النظر في المنازعات المعروضة عليه. ويرجع ذلك إلى اختلاف مفهوم «القاعدة القانونية» في القانون الإنجليزي عنه في القانون الفرنسي، حيث إنه في النظام الأنجلوسكسوني يتم إرساء القاعدة القانونية بصفة روتينية من قبل القاضي في مواجهته لمسألة محددة ومعينة يستجيب لها القاضي من

(122) صدرت هذه الاتفاقية في 11 أبريل 1980، واسمها الرسمي «اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع»

United Nations Convention on Contrats for the International Sale of Goods 1980 .

(123) راجع على سبيل المثال المادة (75) وما يليها من الاتفاقية المذكورة.

(124) خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، ط 2، 2001، ص 24؛ وللمزيد حول الموضوع راجع: محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

خلال تطبيق القاعدة القانونية، ولكنه لا يُوسَّع من نطاقها إلى ما وراء هذه المسألة المعينة، في حين أن القاعدة القانونية في فرنسا هي نتاج فكر المشرِّع القانوني؛ ولهذا فإن القانون الفرنسي لا يهتم بالقضايا الفردية، إذ تقع القاعدة القانونية بالنسبة إليه في آفاق عالية من التجريد⁽¹²⁵⁾؛ ولهذا لا تؤدي الأحكام القضائية فيه إلى إنشاء قواعد قانونية، وإنما يفترض بها أن تقوم فقط بتطبيق القواعد القائمة على قضية معينة، بدلاً من النظر في كل قضية على أنها حالة قائمة بذاتها؛ ولهذا يسعى القانون الفرنسي - وهو النهج اللاتيني عموماً- إلى إرساء مبادئ عامة قبل أن يمضي إلى تفاصيل قضايا محددة⁽¹²⁶⁾.

وقد تُعد هذه السمة من مزايا النظام «غير المقنن» وهي المرونة والتطور والتجدد عكس «منهج التقنين» الذي قد يعاب عليه الجمود⁽¹²⁷⁾.

المطلب الثاني

مدى التقارب بين النظام الأنجلوأمريكي والفقهاء الإسلامي

كان ولا يزال البحث المقارن بين الفقهاء الإسلامي والقانون الإنجليزي بما يمثله من منهج للقانون غير المقنن محل اهتمام كثير من الباحثين من الغرب والشرق، إذ أورد بعضهم دراسات لقوانين منطقة الخليج تحديداً، ومنهم البروفيسور «نويل كولسن Noel J. Coulson» حيث تضمن أحد بحوثه العنوان التالي: «القانون التجاري في دول الخليج وسنن النظام القانوني الإسلامي»، وردت فيه مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي وتحديدًا العقد وأحكامه في الفقهاء الإسلامي⁽¹²⁸⁾.

كما يتفق كلا النظامين القانونيين في أن كليهما غير «مقنن» من حيث الأصل، فهما يتبعان منهجية متقاربة في المعالجة التشريعية والقضائية هذا من جانب، كما توجد دعوات

(125) غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية «نشوء القانون المدني العربي المعاصر 1932-1949»، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2009، ص 106.

(126) Christian Dadomo and Susan Farran, The French Legal System, London, Sweet & Maxwell, 1993, Pp.11- 13.

(127) يرد على هذا أن السوابق القضائية المستقرة في هذا النظام هي في أصلها أعراف ولم تصبح سابقة قضائية إلا بعد العمل بها سنين طويلة، حيث يفاخر الإنجليز بقدوم نظامهم، الذي يمتد قرابة 700 عام، راجع: روبرت كروس، السوابق القضائية، ط 1، ترجمة د. محمد الشيخ عمر، دار الجليل، بيروت، 1992، ص 19، وعبد العزيز الفايز، مرجع سابق، ص 133.

(128) Noel J. Coulson, Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition, The International Lawyer, V.20, No.1, Winter 1986, Pp.442- 447.

كما ورد ملخص لبحثه المذكور أعلاه في مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، عرضه البخاري عبد الله الجعلي، العدد 58، السنة 15، أبريل 1989 م، شعبان 1409 هـ، ص 249.

لتأثر القانون الإنجليزي بالفقه الإسلامي⁽¹²⁹⁾ من جانب آخر، نتناول كلتا المسألتين في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

التقارب المفترض في المنهجية القانونية

إن الفقه الإسلامي كنظام قانوني يقوم على السوابق الفقهية والقضائية قد يتقارب مع النظام الأنجلوسكوني الذي يتبع ذات المنهجية القانونية⁽¹³⁰⁾، إذ يقوم النظام الإنجليزي على الاستدلال من السوابق القضائية، بخلاف النظام اللاتيني الذي يقوم على الاستدلال من النصوص التشريعية، وبهذا يتميز النظام الأنجلوسكوني بالزامية السوابق القضائية⁽¹³¹⁾.

إن منهجية الفقه الإسلامي عموماً تقوم على فكرة الاستدلال بنص عام للوصول إلى الحكم المراد، وذلك بوسائل تختلف فيها المذاهب الإسلامية؛ وذلك لغياب النص التشريعي التفصيلي في أحيان كثيرة، مما يقتضي الرجوع إلى كليات عامة تقبل التفسير والتأويل، وهنا يظهر التقارب مع المنهجية المتبعة في القانون الإنجليزي، وكلاهما يختلف عما يعرف بـ «مدرسة التزام النص» - المنهج اللاتيني أو منهج التقنين - والتي صاحب ظهورها صدور تقنينات نابليون وانتشارها - وهي شبيهة بمنهجية المذهب الظاهري - إذ ساد الاعتقاد بشمولها وصلاحياتها وحصر مصادر القانون في التشريع، وجعلت مهمة المفسرين في استنباط الأحكام التفصيلية محصورة في البحث عن إرادة المشرع

(129) وقد أجريت العديد من الدراسات في هذا الشأن نذكر منها: دراسة جون مقدسي والذي توصل فيها إلى أن الفقه الإسلامي هو أصل القانون العام الإنجليزي «Common Law» راجع: John A. Makdisi, The Islamic Origins of the common Law, North Carolina Law Review, June 1999, (Pp.1637 - 1740).

وتتلخص نظريته في أن النظام القانوني الإسلامي الذي كان مطبقاً في صقلية الإسلامية استمر تحت حكم النورمانديين في صقلية ليؤثر على النورمانديين الذين حكموا إنجلترا في نفس الفترة. ويضيف باحث آخر في هذا الشأن أن صقلية الإسلامية طبق فيه مذهب الحنفية، إذ حكمها المسلمون ضمن ما يعرف بولاية القيروان من 212هـ لغاية 260هـ تحت لواء الخلافة العباسية. للمزيد، يمكن مراجعة: برهام محمد عطا الله، تطبيق الشريعة الإسلامية في صقلية الإسلامية والنورماندية، بحث مقدم إلى ندوة «الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح» وزارة الأوقاف والشؤون الدينية العمانية، مسقط، (من 6 ولغاية 9 جمادى الآخرة لعام 1435هـ/ 6-9 أبريل 2014م)، ص 5.

(130) عبد السمیع أبو الخير، مرجع سابق، ص 414، حيث يرى البعض ممن يعارضون التقنين ويرون تقييده بأمور تقارب فكرة السوابق القضائية منها القضاء بالرأي المشهور من المذهب المطبق في القضاء، أو ما جرى عليه العمل في المحاكم التي لا تأخذ بفكرة التقنين كالمملكة العربية السعودية، راجع: محمد الفايز، مرجع سابق، ص 131.

(131) فايز حسين، العرف والتشريع في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام القانوني الأنجلوسكوني، مجلة التسامح، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مسقط، العدد 24، سنة 2008، ص 6.

الصريحة أو الضمنية وصولاً للإرادة المفترضة؛ إلا أنه وبسبب صعوبة تطبيق هذا المفهوم عملياً، أصبح التشريع مجرد مصدر أصلي للقانون مع الاعتراف إلى جانبه بمصادر احتياطية كالأعراف أولاً، ثم ما يعرف بـ«البحث العلمي الحر» وهو يقابل في الفقه الإسلامي الأدلة الاجتهادية وأهمها الاستصلاح أو المصالح المرسله⁽¹³²⁾.

فالتقارب يظهر بين النظامين من خلال الاجتهاد القضائي وتمتع القاضي بسلطة واسعة في الحكم في المسائل التفصيلية المتفرعة عن الأصول الكلية، وخصوصاً في ظل التقييد المذهبي، فلا يخرج القاضي عن فتوى أو رأي المذهب الذي ينتمي إليه؛ مما يجعله بمثابة سابقة قضائية بالنسبة له، إلا أن الفقه الإسلامي في عمومه لا يلزم القاضي بموافقة قضاء من سبقه، بل يلزمه أن يجتهد في كل قضية باجتهاد جديد مستقل، لكن فقهاء المالكية اعتمدوا فكرة السوابق القضائية الملزمة إذا جرى بها العمل في بلدة معينة من البلاد وفق شروط معينة⁽¹³³⁾.

من جهتنا، نرى بأن القضاء بالرأي الراجح ثم المشهور ثم الضعيف بالنسبة للقاضي فيما يعرض عليه من قضايا الناس أمر لازم، سواء كان ما يقضي به هو مذهب القاضي نفسه أو هو مذهب تم إلزام القاضي بالحكم به من قبل ولي الأمر، أي التقييد بـ«المشهور من المذهب»، وبهذا لا يستطع القاضي الخروج على ما جرى به العمل في ذلك المذهب إلا لدرء مفسدة أو جلب مصلحة، وفي هذا تطبيق مقارب لفكرة السوابق القضائية. وبهذا الشأن، يؤكد مصطفى الزلمي بأن: «كثيراً من الفقهاء وأئمة المذاهب الإسلامية استعانوا - في فهم نصوص القرآن والسنة النبوية فهماً دقيقاً وفي استخراج الأحكام - بالسوابق القضائية... وقد ذكرنا نماذج من تلك التطبيقات القضائية ما يغني عن إثبات استعانة الفقهاء بالسوابق القضائية»⁽¹³⁴⁾، ومن تلك التطبيقات التي أوردها والتي تُعد «سوابق قضائية» ما يلي:

1- تضمين الأجير المشترك كالمقاول الصانع وغيرهما:

وهو ما ذهب إليه الإمام علي رضي الله عنه من أن الأجير المشترك إذا أتلّف شيئاً من الأموال التي تحت يديه، رغم أن يده عليها يد أمانة لا ضمان فيها ما لم يكن صاحبها متعدياً أو مقصراً في تلفها جزئياً أو كلياً، إلا أن الإمام علي رأى خلاف ذلك؛ حماية لأصحاب المواد الأولية وقال قوله الشهير: «لا يصلح الناس إلا ذلك»⁽¹³⁵⁾.

(132) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 355.

(133) خالد الظاهر، مرجع سابق، ص 265.

(134) مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 240.

(135) الحكم أعلاه مستند إلى المصلحة، ويراه د. محمد كمال الدين إمام تطبيقاً لـ«مصلحة الأغلبية» وهي في رأيه تعد «مصلحة عامة» في الأصل و«أغلبية» في التطبيق، راجع للمؤلف، أصول الفقه الإسلامي، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 202.

2- «قتل الجماعة بواحد»:

وهو حكم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما بوجوب تطبيق عقوبة القصاص على أكثر من واحد إذا اشترك الجميع في قتل شخص واحد، مع أن ظاهر الآية قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ أَنْفُسَ بِلِنَفْسٍ﴾⁽¹³⁶⁾.

منهجية القياس:

من حيث الأصل تختلف مكانة القياس في الفقه القانوني من نظام لآخر، فقد يكون مصدراً رسمياً للقانون أو تفسيريًا، إذ يراه البعض وسيلة اجتهادية من وسائل «البحث العلمي الحر»، وفقاً لرأي الفقيه الفرنسي «فرانسوا جيني»؛ لسد نقص في التشريع واستكمال تفسيره⁽¹³⁷⁾، إلا أن البعض ربط بين منهج القياس في الفقه الإسلامي ومنهجية الاستنباط المقررة في القانون الإنجليزي، وفقاً لنظام السوابق القضائية، والتي تعني مراجعة وبناء الأحكام على أساس الأحكام القضائية السابقة المشابهة للحالة التي يقوم القاضي بالحكم فيها⁽¹³⁸⁾، وهي ما تعرف بـ «التسبيب بالقياس»، وبموجبها يقوم القضاة بحسم الحالات المماثلة بطرق مماثلة وفقاً للامتداد القياسي للقرار السابق، كما تستبعد تبعاً لذلك الحالات غير المتشابهة والتي يجب أن تحسم بطرق متغايرة؛ ولهذا تظهر أهمية الرجوع للدوريات القانونية الإنجليزية؛ للتحقق من وجود أو عدم وجود تباين جوهري بين القضية السابقة والدعوى محل النزاع⁽¹³⁹⁾. وهذا باختصار جوهر عملية «القياس» عند الأصوليين في الفقه الإسلامي⁽¹⁴⁰⁾ أي أن القاضي الإنجليزي يبحث في الأحكام الصادرة في دعاوى مماثلة للنزاع المعروض عليه، ويستخلص منها قاعدة قانونية واجبة التطبيق، وهو في كل هذا ملتزم بالقواعد القانونية لأحكام المحاكم البريطانية (قانون القضايا) كحلول قضائية للنزاعات القضائية والقياس عليها؛ لتطبيقها على ما يظهر من نزاعات مماثلة في وقت لاحق⁽¹⁴¹⁾. إن من المقرر في أصول الفقه الإسلامي

(136) مصطفى الزلي، مرجع سابق، ص 85.

(137) عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014، ص 451.

(138) George Makdisi, The Guilds of law in Medieval legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court, 34, Cleveland State Law Review 3 (1985 -1986), p.9.

(139) روبرت كروس، مرجع سابق، ص 44.

(140) فالقياس هو: «تعدي الحكم من الأصل إلى الفرع بعلّة متحدة لا تدرك بمجرد فهم اللغة»، راجع: محمد كمال الدين إمام، أصول الفقه الإسلامي، ص 173، وعرفه البعض بأنه: «استدلال بعلّة حكم مسألة على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة»، راجع: مصطفى الزلي، مرجع سابق، ص 95.

(141) سورة المائدة، الآية 45.

أن المصدر الحقيقي المنشئ للحكم - محل النزاع - هو نص حكم المقيس عليه⁽¹⁴²⁾ وهو السابقة القضائية في القضاء الإنجليزي.

كما إن عملية استقرار الجزئيات - الفروع - والتي تتعلق بوقائع مماثلة للنزاع المعروض والخروج بقاعدة كلية - أصولية - والقياس عليها بالمستقبل تظهر التقارب بين المنهج القضائي الأنجلوأميركي ومنهجية الاستنباط في الفقه الإسلامي.

وكذلك يربط البعض بين مفهوم «العدالة» في القانون الإنجليزي لتأصيل الأحكام، ومنهج الاستحسان كمصدر للأحكام في الفقه الإسلامي⁽¹⁴³⁾.

وإلى جانب ذلك، فإن ما يعرف بقانون القضايا «Case- Law» يتكون من جملة قواعد وضعها قضاة النظام القانوني الإنجليزي وفقاً لأحكام معينة، ويتعين على القضاة اتباعها عند تصديدهم للفصل في القضايا المعروضة عليهم لاحقاً⁽¹⁴⁴⁾ وهو يقارب إلى حد كبير الضوابط المقررة في علم أصول الفقه الإسلامي، والتي تستخدم في استنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية، وتحديداً في ضبط عملية القياس⁽¹⁴⁵⁾.

إن قواعد الفقه الإسلامي ومنهجيته القانونية أصبحت محل اهتمام متزايد لدى فقهاء القانون، ويكفي أن نذكر الدراسة التي قام بها مؤخراً أحد فقهاء القانون الأنجلوسكسوني كلارك ب. لومباردي «Clark B. Lombardi» والتي درس فيها استخدام الفقه الإسلامي وقواعده ومنهجيته في القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية⁽¹⁴⁶⁾.

(142) مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص 96.

(143) George Makdisi, Op.Cit.P.3

(144) روبرت كروس، مرجع سابق، ص 18.

(145) يقارب ما ذكر أعلاه عملية «تحقيق المناط» عند الأصوليين، وهي أن يتحقق المجتهد من العلة ويثبت بها الحكم في الفرع، وعملية «تخريج المناط» بأن يجتهد الناظر «القاضي» في استنباط علة الحكم المنصوص عليها للاستناد إليها في حكم مشابه لاحقاً، راجع: محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 42،

(146) في عام 2006 أصدرت محكمة العدل الدولية 38 قراراً، وقد تم الاستشهاد بقواعد الفقه الإسلامي في نصوص اثنين من تلك القرارات الصادرة، فضلاً عن نقاش دار بين قاضيين من القضاة في أحد القرارات، كما تم أول استشهاد واستدلال بقواعد الفقه الإسلامي في عام 1969 في قضية «North Sea Continental Shelf: 1969-ICJ»، والتي جمعت بين أطرافها كلاً من الدنمارك وألمانيا وهولندا، وكان أحد القضاة اللبناني الأصل وهو فؤاد أمون «Fouad Ammon»، ويرى الباحث أن المادة (38) فقرة 1-ج هي السند للقضاة في الرجوع للفقه الإسلامي والتي تقضي أن على المحكمة أن تفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الدولي وجمليتها: قواعد القانون العام التي أقرتها الأمم المتحدة، راجع:

Clark B. Lombardi, Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis, Chicago Journal of International Law, V.8, No.1, Article 7,2007, Pp.94 -97.

محاكم مركز دبي المالي (DIFC) والخروج على منهج التقنين نحو النظام المختلط:

يُعد النظام القانوني انعكاساً لحاجات المجتمع المتطورة والمتجددة، ولهذا كانت القوانين تتغير وتتبدل تبعاً لذلك، وبسبب التطور الاقتصادي الذي شهدته منطقة الخليج العربي ودولة الإمارات العربية المتحدة تحديداً؛ وتنامي التجارة الدولية عبر هذه الدول، قامت حكومة دبي بتطوير نظام قانوني للمحاكم في الإمارة ضمن المنطقة الحرة في مركز دبي المالي، أطلق عليها اسم «محاكم مركز دبي المالي»⁽¹⁴⁷⁾ بموجب القانون رقم 12 لسنة 2004 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2011، والتي تعد خروجاً على منهج التقنين المتبع في الدولة، إذ تطبق المحاكم المذكورة النظام الأنجلوأمريكي بوجه عام، وتحديدًا النظام القانوني الإنجليزي ونظام السوابق القضائية، ويتم الاحتكام إلى هذه المحاكم بناء على رغبة الأطراف، إما ابتداءً من خلال النص في العقود التي ترتبط بها على تحديد جهة الفصل في المنازعات بأن تكون محاكم مركز دبي المالي، أو بالاتفاق اللاحق على النزاع. وتشير التقارير التي تنشرها محاكم مركز دبي المالي إلى تزايد كبير في عدد القضايا المعروضة عليها، فمثلاً في عام 2014 نظرت المحاكم 116 قضية، وفي العام التالي (2015) 216 قضية⁽¹⁴⁸⁾، كما تشير التقارير إلى سرعة إنجاز عالية فمثلاً 90% من القضايا صغيرة الحجم تم إنجازها في أقل من 4 أسابيع، 98% من المتقاضين أعلنوا عن رضاهم إزاء التعاملات المباشرة مع المحاكم⁽¹⁴⁹⁾.

وقد يستدل من لجوء المتقاضين إلى محاكم مركز دبي المالي على عدم فاعلية «فكرة التقنين»؛ لأن هذه المحاكم لا تتبع منهج التقنين من حيث الأصل في النزاعات المعروضة عليها، وهذا قد يكون صحيحاً لكن ليس بسبب فاعلية منهجية التقنين أو عدمها؛ بل للحاجة إلى تعديلات تشريعية في منظومة التقنينات المحلية؛ لتتناسب مع روح

(147) بموجب القانون رقم 16 لسنة 2011 والذي يقضي بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 2004 بشأن محاكم مركز دبي المالي العالمي، فإن المادة (5) من القانون المذكور والتي تحدد الاختصاص القضائي وصلاحيات المحكمة الابتدائية تحديداً تنص على أنها تختص بالنظر والفصل في الطلبات والدعاوى المدنية والتجارية التي يكون مركز دبي المالي أو إحدى هيئاته أو مؤسساته طرفاً فيها وكذلك: «2 - يجوز للمحكمة الابتدائية النظر والفصل في الطلبات والدعاوى المدنية والتجارية إذا رفعت إليها باتفاق الأطراف خطياً سواء قبل أو بعد وقوع النزاع...». كما أعطيت القرارات الصادرة قوة تنفيذية داخل وخارج المركز وداخل وخارج دولة الإمارات العربية المتحدة بعد التعديل المذكور آنفاً، لتفاصيل أكثر، انظر: دليل تنفيذ الأحكام وقرارات محاكم مركز دبي المالي العالمي، الإصدار الثالث، مارس 2015، ص5.

(148) التقرير السنوي لمحاكم مركز دبي المالي للعام 2015، ص19.

(149) التقرير السنوي لمحاكم مركز دبي المالي للعام 2013، ص11.

العصر، فضلاً عن جهل أحد طرفي النزاع أو كليهما بالتقنيات المطبقة محلياً، ورغبته في المثول أمام نظام قانوني يشابه الأنظمة التي ينتمي إليها في موطنه؛ وهو غالباً النظام «أنجلوأمريكي»، وجُلُّ هؤلاء من الشركات العالمية التجارية التي تخشى التعامل مع النظام القانوني المحلي لعدم إحاطتها به علماً، يُضاف لكل ما تقدم عامل لغة التقاضي، والذي يُجنب أطراف النزاع إشكاليات الترجمة القانونية لكافة المستندات ذات العلاقة.

الفرع الثاني

التقارب المفترض في النماذج التطبيقية

يؤكد البعض⁽¹⁵⁰⁾ تأثر النظام الأنجلوأمريكي - وتحديدًا القانون الإنجليزي- بالفقه الإسلامي ليس فقط في المنهجية القانونية بل في تبني بعض النظريات والقواعد الفقهية والتي منها مايلي:

1- نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁵¹⁾:

حيث لم يعرف القانون الإنجليزي على وجه الخصوص، والقوانين الغربية والعربية هذه النظرية إلا عن طريق الفقه الإسلامي، إلا أن القوانين التي عالجت هذه النظرية اشترطت أن يكون الظرف الطارئ عاماً كالحرب والكوارث الطبيعية، في حين أن الفقه الإسلامي لا يشترط ذلك، بل يجوز تطبيق النظرية ولو كان الظرف الطارئ خاصاً بطرف واحد⁽¹⁵²⁾.

2- المثليات والقيميات:

تقسيم المال إلى مثلي وقيمي مستمد من الفقه الإسلامي، حيث نصت عليه مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁵³⁾، وفي القانون الإنجليزي لبيع البضائع (1979) يُميِّز بين الأشياء المعينة بالنوع [Specific Goods] وتلك المعينة بالذات [Unascertained Goods] إذ لا يسمح

(150) من هؤلاء: العلامة الدكتور مصطفى الزلمي، راجع مؤلفه: الكامل للزلمي، مرجع سابق، ج10، ص69. (151) وتتلخص هذه النظرية في أن تنفيذ الالتزام قد يصبح مرهقاً للمدين ومؤدياً إلى خسارة فادحة بسبب وقوع حوادث غير عادية مما يتطلب إعادة النظر في العقد على نحو يخفف من هذه الخسارة، ويعرف الفقه الإسلامي هذه الفكرة تحت مصطلح «الإعذار» والتي تسمح بفسخ عقد الإيجار لدى الحنفية، وأخذت بهذه النظرية القوانين العربية منها: قانون المعاملات المدنية الإماراتي (249) القانون المدني الأردني (205) والعراقي (146) والمصري (2/147)، راجع للمزيد: عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص255 وما بعدها.

(152) انظر: مصطفى الزلمي، الكامل، مرجع سابق، ج10، ص70.

(153) نصت المادة (145) من المجلة على أن المال المثلي: «ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به»، والمال القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة»

بإبطال البيوع إلا إذا كان محلها بضاعة معينة بالنوع متى تعذر تسليمها⁽¹⁵⁴⁾.

3- نظام الترسن «Trust» :

وهو نظام مقرر في القانون الإنجليزي ويقابل نظام «الوقف» المعروف في الفقه الإسلامي⁽¹⁵⁵⁾. ويتلخص النظام بنقل ملكية المال المخصص للخير أو إلى أي غرض شرعي آخر كالأهل والأولاد، إلى شخص آخر يكون هو الأمين، ويكون الأهل والأولاد أو الغرض الخيري المستفيد «Beneficiaries»، والأمين يكون المالك القانوني أو الرسمي، والأهل والأولاد أو الغرض الخيري هم الملاك عدالة وديانة، ولا يمكن للأمين «Trustee» أن يستفيد من إدارة الترسن على حساب المستفيدين، ووجه الشبه مع الوقف هو في نقل ملكية المال الموقوف أو المال موضوع الترسن إلى شخص آخر يتصرف فيه لمصلحة المستفيدين، وقد يكونون أفراداً أو جهات الخير، مثل المستشفيات والمدارس أو الكنائس، فالمال محبوس على ذمة الله، فيصبح المال غير قابل للتصرف فيه إلا طبقاً لشروط الوقف⁽¹⁵⁶⁾.

4- القواعد الفقهية «Legal Maxims» :

يوجد تشابه بين بعض القواعد القانونية في القانون الإنجليزي المعروفة بـ «Legal Maxims» والقواعد الفقهية في الفقه الإسلامي منها بإيجاز:

– قواعد الضرر: منها قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، أي أن الضرورات تبيح ما هو من قبيل الحقوق الخاصة⁽¹⁵⁷⁾. ومن تطبيقاتها القانونية المقننة مبدأ الدفاع عن

(154) Andrew Burrows, English Private Law, Third Edition, Oxford University Press, UK, 2013, p.670.

كما أن القانون المذكور لا يسمح أن يكون المحل المستقبلي في بيع البضائع إلا من المثليات، للمزيد حول هذا الموضوع راجع: نسرين محاسنة، بيع السلم وبيع البضائع المستقبلية: دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني وقانون بيع البضائع الإنجليزي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 27، يوليو 2006، ص 370.

(155) وفي دراسة حديثة انتهى الباحث إلى أن النظام الذي اقترحه والتر مرتون في عام 1264 لإنشاء نظام للترسن بكلية القانون بجامعة أكسفورد قد استوحى فكرة الوقف الإسلامي، راجع: Monica M. Gaudiosi, The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College, 136, University of Pennsylvania Law Review 1231 (1988).

(156) برهام محمد عطا الله، مرجع سابق، ص 4.

(157) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 288. محمد يحيى مطر، تأثير الفقه الإسلامي على القانون الإنكليزي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ندوة تطور العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشرة تحت عنوان (الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح) من 6 إلى 9 أبريل 2014، مسقط، ص 2. كما تنص المادة (21) من المجلة: «الضرورات تبيح المحظورات» ونصت عليها معظم القوانين العربية منها قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة (288): «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسؤول عن ذلك الضرر على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه».

النفس أو العرض أو المال المعروفة بـ«دفع الصائل»⁽¹⁵⁸⁾ وكذلك قاعدة «الضرر يزال»⁽¹⁵⁹⁾ وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁶⁰⁾، ومفادها أن الضرر الذي يتسبب في حدوثه لغيره في نفسه أو في ماله يجب العمل على إزالته ورفعته سواء بتعويض المتضرر أو أهله إن تسبب الضرر بموته أو إزالة العائق المتسبب بالضرر⁽¹⁶¹⁾، كذلك قاعدة «لا خطأ بدون تعويض» وهي قاعدة «There is no wrong without remedy»⁽¹⁶²⁾، وقد لعبت قاعدة «الضرر يزال» دوراً تاريخياً في القانون الإنجليزي، حيث صدر قانون وستمنستر الثاني (1285)، الذي أجاز للمحاكم قبول أي دعوى تتضمن المطالبة برفع الضرر ولو لم تستند إلى سابقة قضائية معينة، تكون سبباً للدعوى؛ مما أدى إلى قبول العديد من قضايا الغضب والإتلاف، بعد كان يشترط لقبولها أن تكون في حدود النماذج القضائية المكتوبة⁽¹⁶³⁾، فضلاً عن تأصيل العديد من الأحكام القضائية في القانون الإنجليزي على هذه القاعدة، مثل الحكم بتضمين المتسبب بفعله لما يقع من ضرر للغير سواء لمخالفته العقد «Breach of contract» أو لفعله الضار «Tort»، كمن حفر حفرة بالطريق العام ويقع فيها شخص يصاب بضرر، فيكون الضمان على حافر الحفرة⁽¹⁶⁴⁾.

– قاعدة الأمور بمقاصدها⁽¹⁶⁵⁾، والقاعدة في القانون الإنجليزي هي:

«An act is judged by its object»⁽¹⁶⁶⁾.

(158) ويقصد بدفع الصائل: هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره أو عرضه أو عرض غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة، اللازمة لدفع هذا الاعتداء. للمزيد حول هذا الموضوع راجع: زياد حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2008، ص 34.

(159) المادة (20) من المجلة تنص: «الضرر يزال».

(160) المادة (19) من المجلة تنص: «لا ضرر ولا ضرار».

(161) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 288.

(162) محمد يحيى مطر، مرجع سابق، ص 2، وللمزيد حول هذه القاعدة راجع:

S.P. Singh, Law of tort: Including Compensation Under the Consumer Protection Act, Fifth Edition, universal law publishing, INDIA, 2010, p.10.

(163) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 289.

(164) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 289.

(165) المادة (2) من المجلة: «يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر».

(166) خليفة بابكر الحسن، مرجع سابق، ص 289، وقاعدة الأمور بمقاصدها المادة (2) من المجلة.

الخاتمة:

- وفي ختام هذه الدراسة نحاول أن نستخلص بعض النتائج والتوصيات، وأهمها الآتي:
1. الفصل التام في منهجية تنظيم القوانين في الدول الحديثة لم يعد مسلماً به، فرغم تمسك الدول ذات المنهج القضائي المتمثل بالسوابق القضائية، نراها بادرت بإصدار العديد من التشريعات مقتفية أثر المنهج التشريعي.
 2. انتشار فكرة «التقنين» وفقاً للمنهج التشريعي في العديد من النظم القانونية التابعة للنظام اللاتيني الذي لم يمنعها من إدخال منظومة قانونية مزدوجة تعمل وفقاً للمنهج القضائي؛ لتلبي مقتضيات التجارة الدولية وتوفير بيئة قانونية مشجعة للاستثمار؛ الأمر الذي يندرج باتساع رقعة النظم المختلطة في المستقبل القريب ومنها على سبيل المثال محاكم المركز المالي في إمارة دبي (DFC).
 3. بعد انتشار حركة التقنين متمثلة بالمنهج التشريعي، حددت بعض الدول العربية توجهاتها التشريعية بسن قوانين مدنية متأثرة بالقانون المدني الفرنسي وهو عمدة النظام اللاتيني، وعلى رأسها مجلة العقود والالتزامات التونسية، وقانون الالتزامات والعقود المغربي، وقانون الموجبات اللبناني، والقانون المدني المصري وغيرها.
 4. آثرت بعض الدول الإبقاء على التطبيق المباشر للفقهاء الإسلامي وفق مذاهب معينة، متبعة المنهج القضائي أحادي المذهب في الأغلب، وهذا هو توجه القانون السعودي.
 5. حاولت دول أخرى اقتفاء أثر القانون المدني الفرنسي من حيث الشكل والتبويب، فأصدرت قوانين مدنية بمنهجية التقنين اللاتيني، مع استمداد أحكامها الموضوعية من القوانين الغربية والفقهاء الإسلامي، مع رجحان واضح لكافة الفقهاء الإسلامي وبدرجات متفاوتة، ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.
 6. أظهرت بعض التطبيقات الواردة وجود تقارب في بعض الفروع الفقهية بين المنهج التشريعي والفقهاء الإسلامي في معالجة بعض الأحكام الموضوعية.
 7. تقارب واضح في منهجية استنباط الأحكام بين الفقهاء الإسلامي والمنهج القضائي المتمثل بالنظام القانوني الأنجلوأمريكي.
 8. وقفت من خلال هذه الدراسة على العديد من المسائل التي تحتاج إلى مزيد من البحث؛ لذا أوصي الباحثين بتسليط الضوء عليها والتوسع في بحثها بالتحليل والاستقراء وتتبع التطبيقات ذات العلاقة، من خلال منهج المقارنة بين الفقهاء الإسلامي والنظم القانونية الأخرى، بما يساهم في تطوير منهجية التقنين في المنظومة القانونية العربية.

المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

أ- الكتب:

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ط2، دار الفكر، بيروت 1992.
- برهام محمد عطا الله:
- تطبيق الشريعة الإسلامية في صقلية الإسلامية والنورماندية، بحث مقدم في ندوة «الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح» المنعقدة في مسقط، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، للفترة من 6 ولغاية 9 جمادى الآخرة لعام 1435هـ / 6-9 أبريل 2014م.
- تأثير الفقه الإسلامي على تكوين القانون الإنجليزي، مجلة التسامح، وزارة الأوقاف العمانية، مسقط، العدد 24، سنة 2008.
- جاسم الشامسي، دور الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 23، العدد 1، مارس 1999.
- هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث - دراسة تأصيلية، ط1، دار التدمرية، الرياض، 2012.
- وهبة الزحيلي:
- جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر، دمشق، 2014.
- المجتهدون في منتصف (ق14 هجري) بين التجديد والتقنين، بحث مقدم إلى ندوة التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر، جامعة السلطان قابوس، مسقط، (5-8 أبريل 2008).
- حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة في القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، مجلة القانون الدولي، كلية القانون، جامعة قطر، العدد2، سنة 2013.
- حمزة أبو فارس، علاقة القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي، موقع نادي القضاة الموريتانيين، <http://cmrim.com/hjg6575/2599-2012-12-15-18-39-46.html>
- محمد بن عبد العزيز الفايز، تقنين الأحكام القضائية، مؤسسة الجريس، الرياض، ط1، 1431هـ.
- محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1969.

- محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، ط1، دار إحياء التراث الإسلامي، الدوحة، 1986.
- محمد عبد الجواد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون - تقنين الشريعة الإسلامية، ط1، منشأة المعرفة، الإسكندرية، 1991.
- محمد كمال الدين إمام:
 - أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
 - نظرية الفقه في الإسلام - مدخل منهجي، ط1، المؤسسة الجامعية، الإسكندرية، 1998.
 - الفقه الإسلامي: تاريخ العقل الفقهي - مفاهيمه - أدلته - مذاهبه - عصوره، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- محمد نور فرحات، الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، القاهرة، 1994.
- محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، دار المثني، أبوظبي، 1988.
- محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول، ط3، دار السلام، القاهرة، 2012.
- محمد يحيى مطر، تأثير الفقه الإسلامي على القانون الإنكليزي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ندوة تطور العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشرة تحت عنوان «الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح» من 6 إلى 9 أبريل 2014، مسقط.
- محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد خاص بأعمال ندوة «نحو ثقافة قانونية موحدة»، 1994.
- محمد حسين منصور، الشريعة الإسلامية من مصادر التقنين المدني، بحوث مؤتمر التقنين المدني القطري في عقده الأول 23-24 نوفمبر 2014، كلية القانون، جامعة قطر.
- محمد نجدات المحمد، خيار النقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته الاقتصادية المعاصرة، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013.
- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1996.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، 1988.

- مصطفى الرفاعي، تاريخ التشريع والقواعد القانونية، ط1، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1993.
- مصطفى الزلمي:
- أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، ط5، الخنساء للطباعة، بيروت، 1999.
 - الكامل للزلمي في الشريعة والقانون - معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة - الصلة بين المنطق والقانون، ط1، إحسان للنشر والتوزيع، 2014.
- مصطفى محمد الجمال:
- تجديد النظرية العامة للقانون، ج1، تعريف القانون - القواعد القانونية - مصادر القانون - تطبيقات قضائية، الفتح للطباعة والنشر، 2002.
 - في سبيل نظرية عامة موحدة للقانون في العالم العربي والإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 6، سبتمبر 1992.
- نادية السنهوري وتوفيق الشاوي، عبد الرزاق السنهوري من خلال مذكراته الشخصية، ط1، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988.
- نسرين محاسنة، بيع السلم وبيع البضائع المستقبلية، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني وقانون بيع البضائع الإنجليزي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 27، يوليو 2006.
- سيد بن حسين العفاني، زهرة البساتين من مواقف العلماء والربانيين، ج5، دار العفاني للنشر، القاهرة، بلا سنة نشر.
- سليمان بن محمد المزيد الشارخ، مختصر الطريق لمقارنة أنظمة وقوانين القضاء والمرافعات والتحقيق: دراسة مقارنة تصف الأنظمة بالمملكة العربية السعودية ومصادر تشريعها، وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية ومصادر تشريعها، ط1، مطابع سلطان الرياض، الرياض، 2013.
- سليم رستم باز، شرح المجلة، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي «مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ»، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2001.
- عبد الرحمن الكيلاني، تقنين الفقه الإسلامي في الأردن الواقع والآفاق، بحث مقدم لمؤتمر القضاء الشرعي في العصر الحاضر - الواقع والآمال الذي نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة من 10 إلى 13 أبريل 2006.
- عبد الرزاق السنهوري:
- القانون المدني العربي، منشور في مجلة القانون، وزارة العدل، الجمهورية العربية السورية، العدد 1، السنة 18، كانون الثاني، 1967.
 - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين المدني في العصور الحديثة، مقالات وأبحاث عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص (ج1)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1992.
 - وجوب تنقيح القانون المدني المصري، وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية، مقالات وأبحاث عبد الرزاق السنهوري، عدد خاص (ج1)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
 - الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
 - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط1، بلا سنة طبع.
- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، ورشة عمل بعنوان: «الأسلوب الأمثل لمقارنة الفقه الإسلامي بالتشريعات الوضعية»، تقديم ومناقشة د. جاسم علي سالم الشامسي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع12، فبراير 1999.
- عدنان سرحان، ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين لالتزامات الحقوق الشخصية - والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون تصدر عن جامعة الإمارات، العدد 23، مايو 2005.
- عدنان سرحان، ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية «الالتزامات» دراسة مقارنة، دار الثقافة، ط6، عمان - الأردن، 2016.
- عدنان سرحان وآخرون، المدخل لدراسة القانون «نظرية القانون - نظرية العقد»،

مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012.

- علي حسين محمد نجيدة:

- دور الشريعة الإسلامية في القانون الوضعي، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل القطرية، العدد 1، السنة 9، يونيو 2015.
- ومضات في القانون المدني القطري، مؤتمر التقنين المدني القطري في عقده الأول، كلية القانون - جامعة قطر، 23-24 نوفمبر 2014.
- عبد الرحمن القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام: دعوة مخلص لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ط2، مكتبة الملك عبد العزيز العامة، الرياض، 1977.
- عبد الله بن عبد الرحمن بن بسام، تقنين الشريعة - أضراره ومفاسده، مطابع دار الثقافة، مكة المكرمة، 1379هـ.
- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني، أحكام الالتزام، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ.
- عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014.
- علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مدخل لدراسة القوانين القديمة، القانون الروماني، الشريعة الإسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، 2002.
- علي غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2004.
- فايز محمد حسين:
- أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية، ندوة تطور العلوم الفقهية في نسختها الثالثة عشرة تحت عنوان (الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح) من 6 إلى 9 أبريل 2014، منشورات وزارة الأوقاف، مسقط.
- العرف والتشريع في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام القانوني الأنجلوسكسوني، مجلة التسامح، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في سلطنة عمان، العدد 24، 2008.

- صوفي حسن أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، ج1، مجلة الأزهر، ذو القعدة 1434هـ، سبتمبر/أكتوبر 2013م.
- رمضان علي السيد الشربناصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط2 مزيدة ومنقحة، مطبعة الأستانة، 1403هـ.
- روبرت كروس، السوابق القضائية، ترجمة د. محمد الشيخ عمر، ط1، دار الجيل، بيروت، 1992م
- شويش هزاع علي محاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، دراسة وثائقية تحليلية، ط1، دار عمار، عمان، 2001.
- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام 1980م، ط2، جامعة الإسكندرية، 2001.
- خالد خليل الظاهر، السوابق القضائية و ضمانات تحقيقها للعدالة وحجيتها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد2، 2011.
- خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1997.
- غاي بيخور، مدونة السنهوري القانونية «نشوء القانون المدني العربي المعاصر 1932-1949»، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2009.
- غسان رباح، الوجيز في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

- A.N. Yiannopolulos, The Civil Code of Louisiana, Civil Law Commentaries, V.1, Winter 2008, Issue1.
- Andrew Burrows, English Private Law, Third Edition, Oxford University Press, UK, 2013.
- Arthur Schiller, Roman Law: Mechanisms of Development, Mouton Publishers, Malta, 1978.
- Arthur T. von Mehren & Peter L. Murray, Law in the United Sates, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2007.

- Bernard Schwartz, *The Code Napoleon & the Common – Law world: The Sesquicentennial Lectures Delivered At The Law Center of New York University*, December 131954 ,15-, The Lawbook Exchange, LTD, New Jersey, 1998.
- Charles E. Clark, *The Union of Law & Equity*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, V.1.1 1925.
- Christopher Harper-Bill & Nicholas Vincent, *Henry II: New Interpretations*, The Boydell Press, UK, 1st Ed., 2007.
- Christian Dadomo and Susan Farran, *The French Legal System*, London, Sweet & Maxwell, 1993,
- Clark B. Lombardi, *Islamic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: An Analysis*, Chicago Journal of International Law, V.8, No.1, Article 7,2007.
- Eva Steiner:
 - French Law: A Comparative Approach, Blanc-Jouvan Xavier, *Revue internationale de droit comparé Année 2010 Volume 62 Numéro 4*.
 - French Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, New York, 2010.
- Frederick Olds Bissell, *Codification in the State of New York*, Historical Theses and Dissertations Collection, Cornell Law School, Adigital Repository.
- Gary Slapper & David Kelly:
 - English Legal Sysytem, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, 2001.
 - The English Legal System, Routledge, New York, 13th Edition (2012-2013).
 - English Legal Syaytem, 6th Edition, Routledge, New York, 2015.
- George Makdisi, *The Guilds of law in Medieval legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court*, 34, Cleveland State Law Review 3 (1985 -1986).
- F. GĒNY, *Science et Technique en droit privé positif*, SIREY, Paris, 1910.
- H.R. Hahlo Dr. Jur, *Codifying the Common Law” Protracted Gestation”*, The Modern Law Review, V.38, Issue 1, January 1975.

- Jacqueline Moreau-David, Code civil francais et Code civil qatarien, regards sur la codification, "the Qatari Civil Code in its First Decade", A legal Conference 2324- November 2014, College of law, Qatar University.
- John A. Makdisi, "The Islamic Origins of the common Law " North Carolina Law Review, Jun 1999.
- Judith Romney Wenger, Islamic & Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of Islamic Law and Their Talmudic Counterparts, The American Journal of Lagel History, V.26, No.1, Jan 1998.
- Mary Keyes & Therese Wilson, Codifying Contract Law, Ashgate Publishing Co., Burlington, USA, 2014.
- Maurice Eugen Lang, Codification in the British and America, The Lawbook Exchange, LTD, New Jersey, USA, 2005.
- Micheal Zander, The Law-Making Process, Cambridge University Press, New York, 6th edition (2011).
- Monica M. Gaudiosi, The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College, 136, University of Pennsylvania Law Review 1231 (1988).
- Neil Duxbury, The Nature and Authority of Precedent, 1st edition, Cambridge University Press, UK, (2008).
- Noel J. Coulson, Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition, The International Lawyer, V.20, No.1, Winter 1986.
- Peter M. North, Problems of Coditfication in a Common Law System, The Rable Journal of Comarative and International Private Law, 46.Jarg H. 3. 1992.
- Philip M. Halpern, Mixing Law & Equiry Cases of Action Does Not Preclude a Jury Trial, Pace Law Review, V.35, Issue.3, Spring 2015.
- S.P. Singh, Law of tort: Including Compensation Under the Consumer Protection Act, Fifth Edition, universal law publishing, INDIA, 2010.
- Vernon Valentine Palmer, Mohamed Y. Mattar, Anna Koppel, Mixed Legal Systems, East and West, Ashgate Publishing Co., Burlington, USA, 2015.

- Vivienne Harpwood, Modern tort law, 6th edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2005.
- William Tetley, Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), Louisiana Law Review, Vol. 60, no.3 (Spring 2000).

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
411	الملخص
412	المقدمة
414	المبحث الأول- المنهج التشريعي في النظام القانوني اللاتيني
414	المطلب الأول- حركة التقنين في القوانين المقارنة
414	الفرع الأول- تطور التقنين في القوانين المدنية الغربية
419	الفرع الثاني- انتقال التقنين إلى القوانين المدنية العربية
430	المطلب الثاني- دعوى التأثير المتبادل بين الفقه الإسلامي والنظام اللاتيني
430	الفرع الأول- أصل دعوى التأثير المتبادل وردھا
433	الفرع الثاني- نماذج من التطبيقات القانونية
435	المبحث الثاني- المنهج القضائي في النظام القانوني الأنجلوأمريكي
435	المطلب الأول- ملامح النظام الأنجلوأمريكي المعاصر
436	الفرع الأول- قواعد غير مكتوبة مع تنامي فكرة «التقنين»
440	الفرع الثاني- قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية
441	المطلب الثاني- مدى التقارب بين النظام الأنجلوأمريكي والفقه الإسلامي
442	الفرع الأول- التقارب المفترض في المنهجية القانونية
447	الفرع الثاني- التقارب المفترض في النماذج التطبيقية
450	الخاتمة
451	المراجع