

تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري:

دراسة مقارنة

حسن حسين البراوي

h-elbarrawy@qu.edu.qa

DOI: <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2013.cl.2>

ISSN: 2223-506X

Article type: Research article

Submitted: 22 October 2012

Accepted: 14 May 2013

Cite this article as: البراوي تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة.

International Review of Law, 2013:X <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2013.X>

Running head: البراوي, *International Review of Law* 2013:X

Copyright: 2013 البراوي. Licensee Bloomsbury Qatar Foundation Journals. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License CC BY 3.0 which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

THIS PROVISIONAL PDF CORRESPONDS TO THE AUTHOR-SUPPLIED ARTICLE AS IT WAS ACCEPTED.

FULLY FORMATTED PDF AND HTML VERSIONS WILL BE MADE AVAILABLE SOON.

This peer-reviewed article, like all on QScience.com, was published immediately upon acceptance. It can be downloaded, printed and distributed freely provided the original work is properly attributed.

For information about publishing your research in QScience.com journals, please go to <http://authorsqscience.com/>

تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري:

دراسة مقارنة

حسن حسين البراوي

كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، قطر

ملخص

يصنف شراح القانون المقارن العائلات القانونية الرئيسية إلى ثلاث: العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الانجلوسكسونية، والشريعة الإسلامية، وعلى الرغم مما يبدو ظاهرياً أن القانون المدني القطري ومعه غالبية التشريعات العربية تدرج تحت لواء العائلة اللاتينية، إلا أن البحث في ثنايا هذه التشريعات يكشف عكس ذلك. وتتمثل أهمية البحث في إظهار تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، حيث تتمثل مشكلة البحث في بيان مدى تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، وما ينبغي حيال هذا التأثير، وأثره على المشرع والقاضي في ظل النصوص القانونية النافذة.

وتنهج الدراسة منهج الدراسة التحليلية المقارنة للنصوص القانونية القطرية وعدد من قوانين الدول العربية سواء التي وردت في الدساتير أو المدونات المدنية. حيث تناولت الدراسة هذا التأثير من خلال النص الدستوري في دستور قطر الدائم والذي يجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، ومدى تأثير هذا النص الدستوري على القانون المدني بالنسبة للتشريعات اللاحقة والسابقة على نفاذه. وكذلك النص في القانون المدني على الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً تالياً على التشريع يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي. حيث تم تحليل هذا النص ودراسته مقارنة بالنصوص العربية المشابهة. وانتهت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات تمثلت في كيفية تفعيل النص الدستوري، والتوصية بإعادة صياغة نص المادة الأولى من القانون المدني والخاصة بتعداد المصادر التي يلجأ إليها القاضي في ضوء تحليل هذه المادة خاصة فيما يتعلق بترتيب العرف بين هذه المصادر ومدى جدوى اللجوء إلى قواعد العدالة، ووجوب التفرقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، والمناداة بإعادة فتح باب الاجتهاد في الفقه الإسلامي مع بيان الضوابط التي يتعين الالتزام بها، والأخذ بتقنين الفقه الإسلامي بضوابط معينة، واستخلصت الدراسة بعض النظريات العامة والأحكام التفصيلية المستمدة من الشريعة الإسلامية والمنصوص عليها في القانون المدني القطري والتي تظهر مدى تأثير القانون المدني القطري بالشريعة الإسلامية.

الكلمات الرئيسية:

الشريعة الإسلامية; الفقه الإسلامي; القانون المدني; التقنين; العرف; قواعد العدالة

Abstract

Commentaries on Comparative Law classify law into three types: Roman, Common or Anglo-Saxon, and Islamic *Shari'a*. In spite of the fact that Qatari civil law, as well as the majority of Arab legislation, appear to fall within the Roman family, research into the details of these systems reveals the opposite. The importance of this research lies in the fact that it shows the extent of the influence of Islamic *Shari'a* on Qatari civil law. The problem of conducting this research lies in revealing the extent of the influence of Islamic *Shari'a* on Qatari civil law, what needs to be done in view of this, and its influence on the legislator and the judge within the context of the applicable legal provisions.

This study follows the method of the comparative analytical study of Qatari legal texts and a number of laws from Arab countries, both those contained in constitutions and those contained in civil codes. The study looks at this influence through the text of the permanent constitution of Qatar, which stipulates that Islamic *Shari'a* is a main source of legislation, and the extent of the influence of this constitutional text on civil law, both texts previously in force and those subsequently in force. Similarly, the fact that civil law refers to Islamic *Shari'a* as a source of legislation requires the judge to refer to it in the absence of a legal text. This text is subjected to an analytical study in which it is compared to similar Arab texts. The study reaches a number of conclusions and recommendations focusing on how to implement the constitutional text and recommends that Article One of the civil law relating to the enumeration of the sources to which the judge must refer, to be reformulated in light of the analysis of this article. This should be done especially as regards the customary ordering of these sources, the effectiveness of referring to rules of justice, the need to distinguish between Islamic *Shari'a* and Islamic *Fiqh*, the call for the door of *ijtihad* to be reopened in Islamic *Fiqh* while listing the principles which must be observed and the need for Islamic *Fiqh* to follow specific principles. The study concludes with some general reflections and detailed provisions drawn from Islamic *Shari'a* and spelled out in Qatari civil law, which show the extent to which Qatari civil law has been influenced by Islamic *Shari'a*.

Keywords:

مقدمة

تصنف الشريعة الإسلامية ضمن العائلات القانونية الرئيسية جنباً إلى جنب مع العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الانجلوسكسونية⁽¹⁾، وإن كانت الدراسات التاريخية لهذه العائلات القانونية، غير الشريعة الإسلامية، تكشف لنا عن أنها في مراحل تطورها قد تأثرت بالدين إلى حد ما. فإذا كانت الديانة المسيحية تقوم على مبدأ الفصل بين الدين والدولة، كما جاء في الأقوال المأثورة للمسيح عليه السلام: "ليست مملكتي في هذا العالم" وقوله "دع ما لقيصر لقيصر، وما لله لله"، فإنه على الرغم من هذا الفصل إلا أن تطور القانون الروماني - وهو الأصل التاريخي للعائلة اللاتينية - في إحدى مراحلها يثبت تأييد رجال الكنيسة المسيحية له، "وهو قانون الدولة التي أيدت الديانة المسيحية ونشرتها بنشر فتوحاتها بحيث أصبحت للقانون الروماني صفة عالمية، حتى قيل بأن روما فتحت العالم ثلاث مرات؛ مرة بجيشها ومرة بدينها ومرة بقانونها"⁽²⁾. أما الشريعة الإسلامية فإنها تتميز بين هذه العائلات القانونية بأنها لا تفصل بين الدين والدولة، فهي تتضمن نظاماً للدين والدنيا⁽³⁾. ومن ثم، فتتظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع على جميع المستويات من صميم هذه الشريعة، وبما أن القانون هو الأداة التي يتم بها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع، فلا غور أن تحوى الشريعة تنظيمًا قانونيًا يحكم هذه العلاقات الإنسانية⁽⁴⁾.

ويُعد القانون المدني، تاريخياً، أقدم فروع القانون، وواقعياً أهمها؛ نظراً لأنه يتناول بالتنظيم جميع الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض، ولقد أصدر المشرع القطري القانون المدني الحالي رقم 22 لسنة 2004 والصادر في 30/6/2004 ويعد هذا القانون أول قانون مدني قطري متكامل، تناول فيه المشرع القطري العديد من المسائل التي لم تكن منظمة في قانون المواد المدنية والتجارية السابق، وعلى الرغم من ظاهر تصنيف هذه القانون ضمن العائلة اللاتينية، إلا أن دراسته تبين بجلاء تأثره - إلى حد كبير - بالشريعة الإسلامية وبالتشريعات العربية المقارنة. ونحن نبحت في تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، حيث نتناول هذا

¹ د. عبد السلام الترميني: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة - مطبوعات جامعة الكويت - 1980 - ص 91.

² الأستاذ على بدوي: أبحاث في أصول الشرائع - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير 1935 - ص 39.

³ د. محمد سلام مذكور: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقده جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396 هـ - ص 262.

⁴ د. عبد الحميد متولى: أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر 1948 - ص 14.

التأثير من خلال النص الدستوري في دستور قطر الدائم والذي يجعل الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسيًا للتشريع، وكذلك النص في القانون المدني على الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرًا تاليًا على التشريع يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي، ثم نبين النظريات العامة التي استقاهها المشرع القطري من الشريعة الإسلامية، وكذلك بعض الأحكام التفصيلية.

منهج وخطة الدراسة

نتناول تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري من خلال دراسة تحليلية مقارنة للنصوص القانونية لعدد من الدول العربية سواء التي وردت في الدساتير أو المدونات المدنية، وذلك بغية الوصول إلى الدور الحقيقي للشريعة الإسلامية ومدى تأثيرها على القانون المدني خاصة في دولة قطر. وعليه يتم تناول الموضوع من خلال فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي نحدد فيه المقصود بالشريعة الإسلامية والفارق بينها وبين الفقه الإسلامي، وندخل في الفصل الأول التأثير المزدوج للشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري، بيد أنه قد أثارت مسألة تتصل اتصالاً وثيقاً بموضوع الدراسة ألا وهي مسألة تقنين الفقه الإسلامي، وتبدو أهمية هذه المسألة في ظل ما تضمنته التشريعات المدنية في الدول العربية من إحالة القاضي للشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع. وفي الفصل الثاني نبين النظريات العامة والأحكام التفصيلية التي استقاهها المشرع القطري من أحكام الشريعة الإسلامية والمنصوص عليها في القانون المدني، ونختتم بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، وعليه تكون خطة البحث على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية والفارق بينها وبين الفقه الإسلامي
الفصل الأول: التأثير المزدوج للشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري
المبحث الأول: أثر النص الدستوري على الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني
المبحث الثاني: أثر النص على الشريعة الإسلامية في القانون المدني
المبحث الثالث: تقنين الفقه الإسلامي

الفصل الثاني: النظريات العامة والأحكام التفصيلية التي استقاهها المشرع القطري من أحكام الشريعة الإسلامية والمنصوص عليها في القانون المدني
المبحث الأول: النظريات العامة التي استقاهها المشرع القطري من أحكام الشريعة الإسلامية
المبحث الثاني: الأحكام التفصيلية التي استقاهها المشرع القطري من أحكام الشريعة الإسلامية خاتمة.

مبحث تمهيدي

تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية والفارق بينها وبين الفقه الإسلامي

اكتسبت الشريعة الإسلامية أهمية بارزة في غالبية التشريعات العربية المقارنة، حيث نص المشرع الدستوري في العديد من هذه التشريعات عليها باعتبارها مصدرًا من مصادر التشريع، فضلًا عن أن المشرع العادي في معظم مدونات القانون المدني في معظم الدول العربية قد نص عليها باعتبارها من المصادر التي يتعين على القاضي أن يرجع إليها إذا لم

يجد حكمًا في النصوص التشريعية، بيد أن المشرعين الدستوري والعادي استخدموا تارة مصطلح الشريعة الإسلامية، وتارة أخرى مصطلح الفقه الإسلامي، مما يتعين معه بيان الفارق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، ولكن نبين أولاً مكانة الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية من خلال استعراض النصوص الدستورية والمدنية في التشريعات العربية التي نصت على الشريعة الإسلامية.

أولاً: مكانة الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية

تُظهر الدراسات التاريخية أن حياة العرب قد تغيرت اجتماعياً وسياسياً بظهور الإسلام في شبه الجزيرة العربية، ولقد مرت الدول العربية بمراحل تطور قانوني، كان أثر الشريعة الإسلامية فيه كبيراً⁽⁵⁾؛ لذلك لم يكن غريباً أن تحظى الشريعة بمكانة بارزة في التشريعات العربية الحديثة، يظهر ذلك من خلال النصوص الدستورية والمدنية.

أولاً: النصوص الدستورية

نصت بعض الدساتير العربية صراحة على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع إضافة إلى النص على أن الإسلام دين الدولة من هذه الدساتير:

- 1- دستور الكويت الصادر في 1962 نص في المادة الثانية منه على أنه: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع".
- 2- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في 1971 نص في المادة السابعة منه على أنه: "الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية".
- 3- دستور مملكة البحرين الصادر في 2002 نص في المادة الثانية على أنه: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية".
- 4- دستور دولة قطر الصادر في 2004 نص في المادة الأولى على أنه: "قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها، ونظامها ديمقراطي، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية. وشعب قطر جزء من الأمة العربية".
- 5- الإعلان الدستوري المصري في عام 2011 حيث نصت المادة الثانية على أنه: "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.

وثمة طائفة من الدساتير العربية نصت على أن الإسلام دين الدولة ودون أن تنص على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع، من ذلك دساتير الأردن والجزائر والمغرب، حيث

⁵ د. صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها - دار العلم للملايين - ص 15 وما بعدها. ونظر في حال العرب في الجزيرة العربية قبل الإسلام د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - 1976 - ص 14 وما بعدها.

تنص المادة الثانية من دستور الأردن على أنه: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية" ونفس المعنى نص عليه في دساتير المغرب والجزائر. أما الدستور العراقي فقد نص في المادة الثانية على أنه: أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساسي للتشريع. (أ) لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

ثانياً: النصوص المدنية

تنص غالبية التشريعات العربية في مدوناتها المدنية على الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، بيد أنها اختلفت فيما بينها حول الترتيب الذي وضعت فيه الشريعة بين المصادر الأخرى، يتضح ذلك من استعراض النصوص العربية المدنية التالية:

(1) جمهورية مصر العربية
القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 تنص المادة 1/1 "1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها 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."

(2) الجمهورية العربية السورية
القانون المدني السوري مرسوم 84 لسنة 1949 تنص المادة الأولى: "1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

(3) جمهورية العراق
القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 تنص المادة الأولى على أنه: "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 ملائمة لنصوص هذا القانون دون النقيذ بمذهب معين؛ فإذا لم يوجد، فبمقتضى قواعد العدالة.
3- وتستترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية."

(4) جمهورية الجزائر
القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، حيث تنص المادة الأولى على أنه: "يسري القانون على جميع

المسائل التي نتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية؛ فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى العرف؛ فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

- (5) المملكة الأردنية الهاشمية
القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، حيث تنص المادة الثانية على أنه:
"1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي نتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص.
2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.
3- فإن لم توجد، حكمت بمقتضى العرف؛ فإن لم توجد، حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين، فيسري حكمه على ذلك البلد.
4- وبسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على ألا يتعارض مع ما ذكر."

- (6) دولة الكويت
القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1982 نص في المادة الأولى على أنه: "1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي نتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.
2- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها؛ فإن لم يوجد، حكم بمقتضى العرف. ((تم استبدال هذه الفقرة بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996 مادة أولى))."

- (7) دولة الإمارات العربية المتحدة
القانون المدني رقم 5 لسنة 1985 تنص المادة الأولى على أنه:
"تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي نتناولها 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.
فإذا لم يجد، حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة، يسري حكمه على هذه الإمارة."

- (8) مملكة البحرين
تنص المادة الأولى من القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 على أنه:
"أ) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها.
ب) فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف؛ فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهدياً بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها؛ فإذا لم

يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

(9) دولة قطر

تنص المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على أنه:

"1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي نتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.

2- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية؛ فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة."

ثانياً: تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية

الشريعة لغة تعني الطريقة المستقيمة، وفي هذا المعنى يقول الله عز وجل "ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون" (الجاثية -18).

وعند علماء المسلمين الشريعة هي: ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه(6)، فهي مجموعة الأحكام التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لتبليغها للناس(7). فهي ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام في شؤون الحياة كلها(8).

وتتضمن الشريعة بهذا المعنى ثلاثة أنواع من الأحكام:

- 1- العقائد الأساسية، كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسله واليوم الآخر، وقد تكفل بهذا القسم علم الكلام.
- 2- ما يتعلق بتهذيب النفس وإصلاحها، كالأحكام المبينة للفضائل كالصدق والأمانة والشجاعة، وبتعنين على الإنسان أن يتحلى بها. وتلك المبينة للزائل والتي يتعين على الإنسان أن يتخلى عنها كالكذب والخيانة والجبن، ويبين هذه الأحكام علم الأخلاق.
- 3- ما يتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقاتهم كالأحكام الصوم والصلاة والزكاة والحج، وتنظيم علاقاتهم مع بعضهم البعض كالأحكام البيوع والإجارة والرهن والزواج، وقد انفرد بهذا القسم علم خاص يسمى علم الفقه(9).

أما الفقه فلغة يقصد بها الفهم، وفي الاصطلاح الشرعي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية(10). فالفقه لا يُعنى إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات

⁶ د. صبحي محمدي: فلسفة التشريع في الإسلام - دار العلم للملايين - ص 22.

⁷ د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - 1976 - ص 38 وما بعدها.

⁸ فضيلة الشيخ: مناع خليل القطان: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص 188.

⁹ فضيلة الأستاذ الدكتور الشيخ: محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي - الدار الجامعية - الطبعة العاشرة 1985 - ص 29.

¹⁰ فضيلة الشيخ عبد الوهاب خالف: علم أصول الفقه - دار القلم - 1990 - ص 11.

والمعاملات⁽¹¹⁾). وقد مرّ الفقه الإسلامي بأدوار أربعة: دور النشأة والتأسيس، ودور البناء والكمال، ودور التنظيم والوقوف عن التقدم ويشمل عصور التقليد كلها، وأخيراً دور النهضة الحالية.

وتشمل المذاهب الفقهية الخوارج وفقه الإباضية، والشيعية ومذاهبهم الزيدية والإمامية الاثني عشرية والإسماعيلية، ومذاهب أهل السنة والجماعة وهي: المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، إضافة إلى بعض المذاهب الأخرى كمذهب الأوزاعي والمذهب الظاهري.

وتتضمن كتب الفقه الإسلامي تنظيمًا يماثل التقسيمات القانونية المعروفة لدى القانونيين.

الفارق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي

الفقه أخص من الشريعة، وليس مساوياً لها⁽¹²⁾، فهو جزء من كل. ولقد حوت الشريعة على مجموعة من المبادئ الكلية، والقواعد العامة، ما تصلح لأن تؤسس عليه العديد من النظريات القانونية المعاصرة، ولقد تضمنت كتب أصول الفقه العديد من هذه القواعد الكلية والمبادئ العامة. وفي ضوء ذلك تصبح الشريعة الإسلامية في المقام الأول بما تحويه من مبادئ وقواعد عامة. ويصبح دور المجتهدين والعلماء البحث والتقيب في ثلثها هذه الشريعة عن مقاصد الشارع وخطته في ما أوحى به من أحكام، وتطبيقها بعد ذلك على مستجدات كل عصر لاستنباط الأحكام التي يتطلبها⁽¹³⁾.

أما الفقه الإسلامي في عصر من العصور أو في مذهب من المذاهب، فيقصد به ما قام بتدوينه الفقهاء المسلمين في عصر من العصور، وهم ولا شك قاموا بتدوين ما انتهوا إليه من أحكام تتوافق وعصرهم، ومن ثم فإنه يتعين حين النظر إليه أن يوضع هذا في الاعتبار.

يتضح من النصوص الدستورية والمدنية سالف الذكر أن غالبيتها يستخدم مصطلح الشريعة الإسلامية، بيد أن البعض منها استخدم مصطلح الفقه الإسلامي، وفارق بين الاثنين فالشريعة الإسلامية من المرونة والرحابة ما تسمح لأن يستنبط منها ما يتلاءم ويتوافق ومستجدات العصر، حيث تتضمن هذه الشريعة من القواعد الكلية والمبادئ العامة ما يستوعب مستجدات العصر، وآية صدق ذلك أن المنصوص عليه من أحكام في مجال المعاملات قليل إذا ما قورن بما هو مسكوت عنه؛ وذلك حتى يترك المجال للعرف، المعتبر شرعاً، وللعادات أن تطبق، وما لا نص فيه يمكن قياسه على ما ورد به نص، واستهداف المصلحة العامة في التعامل، حيث لا نص، أخذاً بما ذكره ابن تيمية من أنه حيث تحققت المصلحة فثم شرع الله؛ وهذه رحمة من الله سبحانه وتعالى بعباده⁽¹⁴⁾. فضلاً عن توسيع منطقة العفو قصداً، "فتوسيع هذه المنطقة لم يجئ اعتباطاً ولا مصادفة وإنما هو أمر مقصود للشارع، الذي أراد

¹¹ د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق - ص 65.

¹² فضيلة الشيخ: محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق - ص 33.

¹³ د. عبدالناصر العطار: المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - مطبعة السعادة - ص 16 وما بعدها.

¹⁴ د. مصطفى الجمال و د. نبيل سعد: النظرية العامة للقانون - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 310.

لهذه الشريعة العموم والخلود والصلاحيية لكل زمان ومكان وحال" (15).

ويرى شراح القانون المدني أن إحالة المشرع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي يلجأ إليه حينما لا يوجد نص تشريعي أفضل من إحالته للفقهاء الإسلامي، على أساس أن الرجوع للشريعة الإسلامية يكون بإعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب ليستتبط منها القاضي حلاً للنزاع؛ أما في الإحالة إلى الفقه الإسلامي، فإن القاضي سيكون مقيداً بالتفصيلات والتفريعات الفقهية التي تذخر بها كتب الفقه الإسلامي (16).

وقد حسن المشرع القطري فعلاً حينما فضل مصطلح "الشريعة الإسلامية" على مصطلح "الفقه الإسلامي"، إذ ثمة فارق بين الاثنين على نحو ما بينا.

الفصل الأول

التأثير المزدوج للشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري

يبدو تأثير الشريعة الإسلامية على القانون القطري من وجهتين: الأولى من ناحية النص الدستوري، والثانية من ناحية نص المادة الأولى في القانون المدني، ونبحث هذا التأثير المزدوج من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول

النص في الدستور على الشريعة الإسلامية وأثره على القانون المدني

نص المشرع الدستوري القطري في المادة الأولى على أنه: "قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها، ونظامها ديمقراطي، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية، وشعب قطر جزء من الأمة العربية". ويتطابق النص القطري مع العديد من النصوص الدستورية العربية من ذلك دساتير الكويت، والإمارات، والبحرين، وأيضاً مع دستور 1971 المصري الملغى مع اختلاف أن هذا الأخير كانت صياغته في الأصل مطابقة لكل الدساتير العربية المشار إليها، إلا أنه في عام 1980 عدلت هذه المادة لتصبح "... والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". وهذا ما تضمنه الإعلان الدستوري المصري لعام 2011.

ولقد أثار هذا النص الدستوري المصري بعد التعديل العديد من النقاشات الفقهية، دارت كلها

¹⁵ د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص 73.

¹⁶ راجع في ذلك كل من: د. توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية - 1993 - ص 278 وما بعدها. د. حسام الدين الأهواني: أصول القانون - 1988 - ص 187.

حول القيمة القانونية لهذا النص الدستوري⁽¹⁷⁾. وخلاصة هذه النقاشات أن ذهب البعض إلى أن جعل المشرع الدستوري الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أفضل من استخدامه مصطلح مصدر رئيسي فقط، على سند من أن الاستخدام الأخير يفهم منه أنه توجد مصادر أخرى رئيسية غير الشريعة الإسلامية، بينما استخدام المصدر الرئيسي معرفة يقطع بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس الذي يستقى منه التشريع. ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أن هذا النص يجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مبادئ دستورية، مما يعني عدم جواز مخالفة التشريع لمبادئ الشريعة الإسلامية⁽¹⁸⁾.

بيد أن جانباً آخر من الفقه يرى أنه لا أثر في النقرة بين استخدام المشرع الدستوري لمصطلح مصدر رئيسي سواء في صيغة التكرير أو المعرفة، فالحكم واحد في الحالتين وهو جعل الشريعة الإسلامية المصدر الذي تستقى منه التشريعات⁽¹⁹⁾.

بل أن البعض ذهب إلى أبعد من ذلك وقرر أنه سواء نص أو لم ينص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي فلا أثر لذلك على جعلها المصدر الرئيسي للتشريع على سند من أن التشريع يستمد مادته الأولية من القيم السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع، ولما كانت المجتمعات العربية تدنن غالبيتها بالإسلام؛ فإنه من المنطقي أن تأتي هذه القيم مستمدة من الشريعة الإسلامية، وينتهي بذلك إلى أن مكانة الشريعة الإسلامية لن تتأثر سواء نص عليها أم لم ينص⁽²⁰⁾.

والمجمع عليه فقهاً بين شراح القانون الدستوري والقانون المدني أن المشرع جعل بهذه المادة الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً يتعين على المشرع أن يستقي أحكامه منه، وأنها تمثل المصدر الرئيس الذي يتعين أن يبحث فيه المشرع قبل باقي المصادر الأخرى⁽²¹⁾.

ولكن هل تصبح الشريعة صالحة بذاتها للتطبيق إعمالاً لهذا النص الدستوري، حتى وإن لم تكن مصاغة في نصوص تشريعية؟ أثارت هذه المسألة نقاشاً في الفقه المصري، فرأى

¹⁷ انظر في هذه النقاشات كل من: د. عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - ص 15 وما بعدها. د. سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف - ص 136 وما بعدها. د. عصام ثور سليم: المرجع السابق - ص 19 وما بعدها.

¹⁸ د. عصام ثور سليم: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني - منشأة المعارف - 1996 - ص 23 وما بعدها.

¹⁹ د. عبد الحميد متولي: المرجع السابق - ص 16 وما بعدها. وأيضا د. عصام ثور سليم: المرجع السابق - ص 23 وما بعدها.

²⁰ د. سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - منشأة المعارف - ص 136 وما بعدها.

²¹ انظر في اعتبار المادة الثانية بمثابة خطاب للمشرع الدستوري والعادي ليستقي أحكامه من الشريعة الإسلامية رسالة الزميل د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين المصري والفرنسي رسالة من جامعة القاهرة - 2001 - ص 220 وما بعدها.

البعض مؤيداً في ذلك ببعض القضاء، أن النص على الشريعة في الدستور لا يعدو أن يكون سوى خطاب من المشرع الدستوري للمشرع العادي أن يستلهم فيما يسنه من تشريعات أحكام الشريعة الإسلامية، والقول بغير ذلك، من وجهة نظرهم، فيه عدوان على مبدأ استقلال السلطات، حيث يصبح القاضي مشرعاً، والفرض فيه أنه مطبقاً للتشريع لا صانعاً له⁽²²⁾.

ويرى البعض أن الشريعة الإسلامية تعد من المبادئ العامة للقانون في مصر، ومن ثم فهي من مصادر القانون الملزمة للقاضي، "إذا كان القاضي يلتزم أصلاً بإرادة المشرع وهي إرادة بدورها ملزمة باتباع أحكام الشريعة، فمن باب أولى يكون القاضي كذلك"⁽²³⁾.

ويتمثل تأثير هذا النص الدستوري على قواعد القانون المدني في أنه لا يجوز للمشرع العادي حينما يسن تشريعات مدنية أن يخالف الشريعة الإسلامية عملاً بسمو النص الدستوري على التشريع العادي، ويظهر هذا التأثير جلياً في المستقبل حيث يتعين على المشرع ألا يسن تشريعات تخالف هذا النص الدستوري. أما التشريعات السابقة على العمل بالدستور القطري ومدى إمكانية الطعن فيها من عدمه بعدم الدستورية، فإنه مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع القطري أصدر القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا⁽²⁴⁾ حيث بمقتضى قانون هذه المحكمة يجوز للقاضي أن يوقف الفصل في

²² د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - 1- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني - الطبعة السادسة - تنقيح الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي - القاهرة - 1987 - ص 446 وما بعدها.

²³ د. سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص 144 وما بعدها.

²⁴ نظم المشرع القطري الرقابة على دستورية القوانين واللوائح بمقتضى القانون 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا حيث نص على أن هذه المحكمة مستقلة عن السلطة القضائية (م1) ولها تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما تتولى تفسير النصوص التشريعية، وقد نص في المادة على أن تنشر أحكام المحكمة الدستورية العليا في الجريدة الرسمية، وقد بين القانون إجراءات تصدي المحكمة للرقابة القضائية، وبين أثر الحكم بعدم الدستورية. وطبقاً للمادة الأولى من القانون 12 لسنة 2008 فإن المحكمة لدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، أي أنها ليست ضمن السلطة القضائية العادية، وتُشكل المحكمة من رئيس وستة أعضاء، ويصدر بتعيين رئيس المحكمة أمر أميري، ويكون بدرجة وزير، ويعين باقي الأعضاء بأمر أميري، يحدد أقدمياتهم (المادة الثانية)، وطبقاً للمادة الثالثة فإنه يجب أن تتوفر فيمن يعين عضواً بالمحكمة الشروط المطلوبة لتولي القضاء المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية على ألا يقل عمره عن أربعين عاماً، وأن تكون لديه خبرة في العمل القانوني لا تقل عن خمسة عشر سنة. وتصدر المحكمة أحكامها وقراراتها مسيبة بأغلبية آراء الحاضرين، وإذا تسوت الأصوات، يرجح الجانب الذي منه الرئيس.

وطبقاً لأحكام هذا القانون يمكننا أن نوجز قواعد الرقابة على دستورية القوانين في قطر فيما يلي:
أولاً: طبقاً للمادة 12 من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإنها تختص دون غيرها من المحاكم، بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ويتضح من هذا النص أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا اختصاص استثنائي لا ينافيها فيه أي من المحاكم سواء كانت محاكم القضاء العادي أو محاكم القضاء الإداري، فرقابة دستورية القوانين مقصورة على المحكمة الدستورية العليا وحدها دون غيرها، كما أن الرقابة تشمل رقابة التشريع العادي (القوانين)، والتشريعات الفرعية (اللوائح) فاية مخالفة لأحكام الدستور، سواء كانت من القانون أو اللوائح، يكون للمحكمة الدستورية العليا أن تراقب دستوريته، وسواء كانت المخالفة شكلية أو موضوعية.

ثانياً: طبقاً للمادة 13 من قانون المحكمة فإن عرض مسألة دستورية القوانين واللوائح على المحكمة يتم في

الدعوى إذا تراءى له أن نصاً في قانون أو لائحة مخالف للشرعية. ولكن من الناحية الفعلية لم يتم تفعيل هذا القانون ولم تتعد المحكمة بعد. وبرزت على ذلك أن أي قانون أو لائحة، حتى ولو كان غير القانون المدني، مخالف للشرعية الإسلامية يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية، على سند من أن المشرع الدستوري قد جعل الشرعية الإسلامية مصدراً رئيسياً لكل التشريعات التي تصدر في دولة قطر، وهذا يعني أن مجال تطبيق النص الدستوري لا يقتصر على القانون المدني فحسب، بل يشمل فروع القانون كافة.

رأينا الخاص

الحالات الآتية:

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية، للفصل في دستوريته.

ووفقاً لهذا النص فإنه إذا وجدت أي محكمة من المحاكم، أثناء نظرها لإحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وكان هذا النص لازم للفصل في النزاع، عليها أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا، لتتولى الفصل في المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة جدية الدفع، أوقفت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ستين يوماً لرفع دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ووفقاً لهذا النص فإنه أثناء نظر أي دعوى أمام أي محكمة، سواء كانت محكمة عادية، أو محكمة إدارية، دفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإن للمحكمة إذا رأت جدية الدفع، أن توقف الدعوى، وتحدد للخصم ميعاد، لا يتجاوز ستين يوماً، وتصرح له برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم يرفع الخصم دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا في الميعاد المحدد من محكمة الموضوع، اعتبر الدفع كأن لم يكن، واستردت محكمة الموضوع سلطاتها في نظر النزاع، ويتضح لذلك أنه يشترط لتطبيق هذا النص: الشرط الأول: دفع من أحد الخصوم أثناء نظر دعوى منظورة فعلاً أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة.

الشرط الثاني: جدية الدفع، بوجود شبهة عدم الدستورية، ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في هذا الشأن.

الشرط الثالث: توقف محكمة الموضوع الدعوى التي تنظرها، وتصرح للخصم الذي قدم الدفع برفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا.

الشرط الرابع: تحديد ميعاد لرفع الدعوى الدستورية بشرط ألا يتجاوز ستين يوماً، وهذا الميعاد يمثل الحد الأقصى، فقد يكون الميعاد شهر، أو أقل حسبما تحدد محكم الموضوع.

ثالثاً: أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا

تنص المادة 27 من قانون المحكمة على أنه: "أحكام المحكمة وقراراتها بالتفسير نهائية وغير قابلة للطعن، وتكون ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة". كما تنص المادة 28 على أنه: "تنشر أحكام المحكمة الصادرة في المسائل الدستورية وقراراتها بالتفسير في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها". ويتضح من ذلك أن لأحكام المحكمة الدستورية العليا حجية مطلقة، وعليه فلا تنظر المحكمة في دستورية قانون سبق الفصل فيه بعدم الدستورية. والقضاء بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة حكم يسرى على الكافة، وعلى جميع سلطات الدولة، ويوقف تطبيق هذا النص، وهذا يعني أن القضاء بعدم الدستورية يعني إلغاء النص المخالف للدستور، ولو أن النصوص لا تقرر ذلك صراحة.

ومن جانبنا نرى أن هذا النص الدستوري في معظم الدساتير العربية، على الرغم من أهميته، إلا أنه من الناحية القانونية والواقعية لم يحقق ما تصبو إليه الشعوب العربية الرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك لسببين:

الأول: من الناحية القانونية

المشرع الدستوري ينص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، أو مصدر رئيس، وهذا وعلى نحو ما انتهى إليه فقهاء القانون الدستوري والمدني يُعد بمثابة توجيه من المشرع الدستوري للمشرع العادي ليضع نصب عينيه الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدراً مادياً حينما يقوم بسن التشريعات، ولكن لا توجد آلية قانونية تمنع صدور تشريعات مخالفة للشريعة. أو بعبارة أخرى، فإن المنتبج لخطوات سن التشريع في غالبية الدول العربية لن يجد من ضمن مراحلها وجوب مطابقة التشريع المقترح للشريعة الإسلامية وعدم مخالفته إياها.

وإذا قيل على فرض سن تشريعات مخالفة للشريعة، فإنه يمكن الطعن بعدم دستوريته وصولاً لإلغائها، خاصة في ظل وجود المحكمة الدستورية العليا في معظم البلاد العربية، نقول أنه على الرغم من هذه الإمكانية إلا أنها محدودة الأثر، فمن ناحية لا بد من الطعن أمام المحكمة من طريقين لا ثالث لهما حددتهما المحكمة الدستورية العليا، الأول للمحكمة، والثاني للأفراد، وقد لا يترأى للمحكمة من تلقاء نفسها وجود شبهة مخالفة دستورية، وقد يعزف الأفراد من جانبهم عن رفع الدعوى؛ ومن ناحية ثانية فهذه رقابة لاحقة تمنع وجود تشريع مخالف للشريعة، وكنا نتمنى أن تكون ثمة رقابة سابقة تمنع أصلاً وجود تشريع مخالف للشريعة.

الثاني: من الناحية الواقعية

لا توجد أدوات فاعلة للتأكد من أن التشريعات قبل صدورها مطابقة للشريعة الإسلامية، سواء كان ذلك لدى السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، فعلى مستوى هذه الأخيرة لم ينشأ في أي دولة من هذه الدول معهداً علمياً متخصصاً يبحث في مدى شرعية التشريعات قبل سنّها، ولم تسع السلطة التشريعية من جانبها، إلا ما ندر، إلى إحالة أي مشروع قانون قبل مناقشته للجان شرعية لدراسته وبيان مدى مطابقته للشريعة من عدمه.

ولذلك فإننا نعتقد أن هذا النص غير ذي فائدة كبيرة ما لم تكن ثمة إرادة سياسية واجتماعية حقيقية ترغب في تطبيق الشريعة الإسلامية، وآية صدق ذلك الجدل الكبير الذي حدث في مصر، وما يزال، في ظل هذا النص الدستوري، وتضييع الكثير من الوقت والجهد في مناقشات تدور رحاها حول هل نستخدم عبارة المصدر الرئيس أم مصدر رئيس، وهل نستخدم مصطلح مبادئ أم أحكام، ولا ننتهي من هذا الجدل حتى ندخل في جدل قضائي جديد في ضوء الأحكام القضائية التي صدرت عن المحكمة الدستورية العليا في مصر حول كلمة مبادئ هل تشمل الأحكام كافة أم تشمل الأحكام قطعية الدلالة قطعية الثبوت دون الأحكام ظنية الدلالة ظنية الثبوت. وهل نطاق تطبيق النص يقتصر على التشريعات اللاحقة على صدور النص الدستوري دون التي صدرت قبله، أم يمتد نطاق تطبيقه لجميع التشريعات

السابقة واللاحقة؟

ولذلك فإننا نعتقد أن النص على الشريعة الإسلامية في الدساتير العربية يجب أن يرافقه إرادة صادقة لدى القائمين على الأمر بتفعيل مثل هذا النص، سواء ذلك للتشريعات السابقة، أو المزمع إصدارها، فبالنسبة للأولى يتعين تنقية التشريعات القائمة واتباع سنة التدرج في تنقيتها بما لا يؤثر على استقرار المجتمع ولا يحدث به هزات عنيفة لا يتحملها، وبالنسبة للثانية فإنه يتعين العمل على سن تشريعات في المستقبل لا تخالف الشريعة من خلال توافر الآليات الفنية التي تسمح بمراجعة التشريعات ودراستها من الناحية الشرعية قبل إصدارها، ومن خلال جهات علمية موثوق بها مستقلة تمامًا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.

المبحث الثاني

أثر النص على الشريعة الإسلامية في القانون المدني

نص المشرع القطري في القانون المدني رقم 22 لسنة 2004 على أنه: "1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي نتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.

2- إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فيمقتضى قواعد العدالة".

يحدد هذا النص مكانة الشريعة الإسلامية بين باقي المصادر الأخرى التي يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع، ويتطابق النص القطري مع التشريعات العربية في كل من: الكويت والأردن والإمارات والجزائر، ويختلف عن التشريعات المدنية في كل من: مصر ومملكة البحرين، حيث تجعل هذه التشريعات مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، وهذا ما كان معمولاً به في دولة قطر قبل صدور القانون المدني الحالي.

ويجعل النص من الشريعة الإسلامية مصدرًا احتياطيًا يرجع إليه المشرع حينما لا يجد نصًا في التشريع، ولقد تباينت التشريعات العربية في استخدامها للمصطلحات الدالة على هذا المصدر، فالبعض منها نص على مبادئ الشريعة الإسلامية كما هو الحال في قطر والجزائر، والبعض الآخر منها نص على أرجح الأقوال في مذهب معين كما هو الحال في تشريعات: الإمارات، والكويت، والأردن.

ويرى جانب من الفقه أنه إذا كان المشرع، في معظم الدول العربية، قد أضفى على الشريعة الإسلامية أهمية خاصة، بجعلها ضمن المصادر الرسمية للقانون، إلا أن أثر هذه الأهمية قد يبدو محدودًا؛ حيث إن التشريع في العصر الحديث قد انتشر، وتزايدت حركة التشريع في الوقت الراهن، وما من مسألة تجد، إلا وسارع المشرع بمواجهتها بتشريع ينظمها⁽²⁵⁾.

²⁵ د. جميل الشرقلوي: دروس في أصول القانون - 1984- ص 139. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون - 2002- دار الجامعة الجديدة للنشر - ص 343.

وبمقارنة النص القطري مع ما يقابله من نصوص في التشريعات العربية نخلص إلى ما يلي:

1- ليس المقصود بالشريعة الإسلامية في هذا الصدد مجموعة القواعد القانونية التي تطبق في مسائل الأحوال الشخصية، أو القواعد التي نظم بها المشرع أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية على المال، حيث إن تنظيم هذه الموضوعات كان من المشرع في صورة نصوص قانونية مكتوبة، ولذلك يعتبر التشريع هو المصدر الأول لهذه القواعد، وهذا ما فعله المشرع القطري في قانون الأسرة القطري الحالي، حيث نظم هذه المسائل في صورة نصوص قانونية مكتوبة ومعلومة؛ ومن ثم فالمصدر هنا للتشريع، وليس للشريعة الإسلامية، على الرغم من أن هذه النصوص التشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية⁽²⁶⁾. وإنما يُقصد بالشريعة الإسلامية هنا المبادئ الكلية الأساسية التي تقوم عليها هذه الشريعة، دون المبادئ التفصيلية، وهذه لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية. وهي بهذا المعنى تعتبر مصدرًا رسميًا احتياطيًا من مصادر القانون القطري، لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي. والقاضي حينما يلجأ إلى الشريعة الإسلامية، فإنه يطبقها ليس باعتبارها قواعد دينية، وإنما باعتبارها قواعد قانونية شأنها في ذلك شأن التشريع إن كان موجودًا.

2- هذا النص على جانب كبير من الأهمية إذا يبين للقاضي الحل في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، ولا يمكن الاحتجاج بأن أثر هذا النص محدود بدعوى انتشار التشريع؛ ذلك لأن المشرع مهما أوتي من قوة لن يحاط علمًا بكل المسائل التي ستطرح على القضاء؛ من هنا تنبذ أهمية هذا النص، ودور الشريعة الإسلامية في كونها تمد القاضي بحكم للنزاع المعروض عليه⁽²⁷⁾.

3- استخدم المشرع القطري مصطلح الشريعة الإسلامية ولم يستخدم مصطلح الفقه الإسلامي كما فعلت بعض التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردني والكويتي والإمارات العربية المتحدة. وقد بينا الفارق بين الاثنين، وتفضل صياغة المشرع القطري هذه التشريعات العربية حيث تمنح للقاضي حرية البحث في الشريعة عامة وصولاً للحكم الشرعي دون التقيد بمذهب معين. وجاءت الإحالة عامة غير مقيدة بمبادئ أو أحكام، كما فعل المشرع المصري والجزائري وهذا العموم في الصياغة أفضل حيث يتيح للقاضي أن يبحث بحرية في الشريعة الإسلامية دون التقيد بمبادئ أو أحكام يتم تصنيفها لدى بعض الفقهاء على أنها من المبادئ أو الأحكام.

²⁶ د. عبد المنعم الصده: مبادئ القانون - 1972 - ص 168.

²⁷ كان قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم 16 لسنة 1971 ينص في المادة الرابعة منه على أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد عرف، طبقت مبادئ الشريعة الإسلامية.

4- جعل المشرع القطري الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية في حالة عدم وجود نص تشريعي، وجعل العرف في المرتبة الثالثة، وكان قانون المواد المدنية والتجارية القطري الملغى يجعل العرف في المرتبة الثانية والشريعة في المرتبة الثالثة كما هو الحال في التشريع المصري والجزائري. ويرى البعض أن تقديم العرف أو تأخيرها عن الفقه الإسلامي ليس بالمسألة بالغة الأهمية؛ لأن الفقه الإسلامي ذاته يأمر بإعمال العرف⁽²⁸⁾. ونعتقد هنا أن تقديم الشريعة يجب العرف وغيره من المصادر، إذ من المسلم به أن الشريعة تعمل العرف المعترف شرعاً⁽²⁹⁾، ومن غير المتصور أن يستنفذ القاضي جهده في المصدر الثاني وهو الشريعة ليوجد الحكم في العرف، فهذا ينافي وما هو مقرر من صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، فضلاً عن أن من ضمن شرائط العرف عدم مخالفته للنظام العام والآداب، وتعد الشريعة الإسلامية، واستناداً إلى النص الدستوري مكوناً أساسياً من مكونات النظام العام في الدولة؛ ومن ثم فمخالفتها هي مخالفة للنظام العام، مما يعني أنه من غير المتصور أن يكون ثمة عرف مخالف للشريعة، ولذلك فالأوفق صياغة أن يكون العرف المعترف شرعاً تالياً على التشريع وسابقاً على الشريعة كمصدر احتياطي، وينظر إليه عندئذٍ كالتشريع بحيث يكون متوافقاً والشريعة. ولذلك تفضل صياغة المشرع المصري والجزائري صياغة التشريعات العربية الأخرى.

5- أحال المشرع القطري في نهاية المادة الأولى القاضي إلى مبادئ العدالة كمصدر أخير يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي. ونعتقد من جانبنا أن هذا تزييداً من قبل المشرع ما كان في حاجة له، حيث تغني الشريعة كمصدر احتياطي عنه؛ وذلك للأسباب التالية:

(أ) تحديد معنى العدالة: غموض هذا المعيار وعدم تحديده فكرة قواعد العدالة، فكرة غير محددة، أي فكرة مبهمّة، فالعدالة هي شعور كامن في النفس، "يكشف عنه العقل السليم، ويوحى به الضمير المستنير، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه"⁽³⁰⁾، فهي شعور غريزي يهدف إلى اختيار أفضل الحلول، وأكثرها اتفاقاً مع الغرض مع النظام القانوني. وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات المقارنة استخدمت عبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽³¹⁾. فالقانون الطبيعي وقواعد العدالة لم يكن في يوم من

28 د. محمد وحيد الدين سوار: الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ص 245.

29 " القواعد الفقهية ومبادئ الشريعة الإسلامية تقر العرف مرجعاً لبعض الأحكام، فتقرر أن "العادة محكمة" و "أن استعمال الناس حجة يجب العمل به" وأن "الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" وأنه "لا ينكر تغير الأحكام بتغيير الأزمان" وأن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وأن "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" انظر في العرف ومكانته بين مصادر الفقه الإسلامي فضيلة الشيخ مصطفى شبلي: المرجع السابق - ص 260 وما بعدها. وفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص 89 وما بعدها.

30 د. عبد المنعم البدرلوي: المرجع السابق - ص 345.

31 من ذلك المشرع المصري حينما نص في المادة 1/2 على أن المصدر الأخير للقانون المصري هو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وقد حاول بعض الفقه المصري تعريف القانون الطبيعي بأنه مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهو كامن في الطبيعة لا يصنعه الإنسان، بل يكشف عنه بعقله، وهو واحد في كل المجتمعات.

الأيام سوى مجموعة من الأفكار العامة والمبهمة التي لم يستقر لها مضمون معين⁽³²⁾. ومعنى ذلك أن قواعد العدالة لا تحيل القاضي إلى قواعد محددة، وأحكام بينة ليحكم بمقتضاها، كما هو الشأن في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف، وإنما هي تحيله إلى مبادئ عامة غير منضبطة، ليستخلص منها في كل حالة على حدة الحكم الذي يطبقه على النزاع، في ضوء ظروف وملابسات كل نزاع؛ لذلك يثار التساؤل حول جدوى إحالة المشرع للقاضي إلى هذا المصدر غير المحدد؟

ب) الغاية من اللجوء إلى قواعد العدالة

يجمع الفقه على أن المقصود من إحالة القاضي إلى مبادئ العدالة هو السماح له بأن يجتهد برأيه ليجد حكمًا للنزاع المعروض عليه، إذا لم يجد حكمًا في المصادر الثلاثة السابقة على قواعد العدالة، حتى لا يعد مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة. فإحالة القاضي إلى قواعد العدالة لا تعني أكثر من تكليفه أن يجتهد بالرأي في المسألة المعروضة⁽³³⁾.

وإذا نظرنا إلى تحديد معنى العدالة والغاية من وجودها ضمن المصادر الاحتياطية لوجدنا ذلك في الشريعة الإسلامية، حيث:

1- إذا كان معنى العدالة هو إعطاء كل ذي حق حقه فإن هذا مقرر بشكل ظاهر للعيان في الشريعة الإسلامية، فالعدل صفة إلهية، قال تعالى: "إن الله لا يظلم مثقال ذرة" سورة النساء، وقال سبحانه "إن الله لا يظلم الناس شيئاً" سورة يونس، وذلك لكمال عدله سبحانه وتعالى.

بيد أن جانبًا من الفقه المصري يرى أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما تعبيران يقصد منهما المشرع شيئاً واحداً، فمبادئ القانون الطبيعي هي ما تفرضه الطبيعة ذاتها لحكم سلوك البشر، ولا بد أن تكون هي قواعد العدالة، فالطبيعة لا يمكن أن تفرض قواعد غير عادلة، ولا يخالجنا الشك في صحة هذا القول، فالتعيران مترادفان لمعنى واحد، ولذلك فإن المشرع القطري حينما استعمل مصطلح قواعد العدالة، دون أن يضيف إليه مبادئ القانون الطبيعي، لم يكن مختلفاً عن المشرع المصري حينما حدد هذا المصدر بكونه يشمل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فمبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة مترادفان نفس المعنى، فالقانون الطبيعي هو قواعد العدالة والعكس صحيح. انظر في ذلك: د. عبد المنعم البدر لوي: المدخل للعلوم القانونية - 1962 - ص 345. د. جميل الشرفاوي: المرجع السابق - ص 140. د. منصور مصطفى منصور: مبادئ القانون - 1972 - ص 173. د. نعمان جمعة: دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية - ص 217.

³² د. حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون - 1979 - ص 216.

³³ ونجد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، والذي يعد مصدراً تاريخياً للقانون القطري، ما يؤيد وجهة النظر هذه، حيث جاء فيها: "إن المشروع لم يشأ أن يجارى التقنين المدني السويسري فيأذن للقاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضعه هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (1/2) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية، مع أن عمله ينحصر في تطبيق الأحكام فحسب. ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون النولة (م 3 من التقنين المدني الإيطالي الجديد)، أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (المادة الأولى من التقنين الصيني) بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه؛ بسبب ما يؤخذ عليها عادة من الإبهام، إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعاً لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي، وتارة إلى العدالة، وتارة إلى قانون النولة، أو إلى القانون بوجه عام، دون نعت أو تخصيص" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الأول - ص 188.

بل إن المصادر الرئيسية لهذه الشريعة تحث على العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، يقول الله سبحانه وتعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى" سورة النحل(34)، ويتضح من ذلك أنه إذا كان معنى العدالة هو إيتاء كل ذي حق حقه فهذا مقرر وثابت في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فلم يضاف لنا هذا المصدر جديداً.

2- إذا كانت الغاية من اللجوء إلى هذا المصدر، وعلى نحو ما يقرر شراح القانون المدني، هو دعوة القاضي للاجتهاد برأيه ليصل لحل للنزاع المعروض عليه، فإن هذا هو عين الاجتهاد المقرر من لدن صاحب الرسالة في الحديث المعلوم حينما أرسل سيدنا معاذ إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضى بكتاب الله. قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو؟ فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله." وعليه فإذا كانت الغاية من الإحالة لقواعد العدالة هي دعوة القاضي للاجتهاد برأيه ليصل لحكم للنزاع المعروض عليه، ولكن تحت ستار قواعد العدالة، فإن هذه الغاية محققة في الشريعة الإسلامية، حيث يتناول علماء الأصول الاجتهاد تفصيلاً وبينه تعريفه، والشروط التي يجب توافرها في المجتهد، ومجال إعماله(35).

المبحث الثالث

تقنين الفقه الإسلامي

انتهينا في المبحث السابق إلى أن الشريعة الإسلامية تجب باقي المصادر الاحتياطية الأخرى، وهذا يستلزم بالضرورة صلاحيتها لكل زمان ومكان، مما يعني أن القاضي عليه أن يبحث في الشريعة ليصل لحكم النزاع الذي لا يجد له نصاً تشريعياً، والسؤال أين يبحث القاضي؟ وهل ثمة تقنينات في الفقه الإسلامي على نسق القانون الوضعي يمكن أن يلجأ إليها القاضي؟ هذه المسألة تتصل اتصالاً وثيقاً بكون الشريعة مصدراً احتياطياً أخيراً يتعين أن يجد فيه القاضي حكماً للنزاع، نتناول هذه المسألة من خلال مطلبين نبين في الأول آراء الفقهاء في تقنين الفقه الإسلامي، وفي الثاني نبين رأينا الخاص، لكن يجدر بنا أن نعرف التقنين أولاً.

التقنين: هو تجميع التشريعات التي تتصل بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة مرتبة ومنسقة، تسمى المجموعة، أو المدونة أو الـCode ومن ذلك يقال: المجموعة المدنية، أو المجموعة التجارية. ولقد نادى البعض من الفقهاء بتقنين الفقه الإسلامي على

³⁴ جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية: "وقال سفيان بن عيينة: العدل في هذا الموضع: هو استواء السريرة والعائنية من كل عامل لله عملاً والإحسان: أن تكون سريرته أحسن من علانيته. والفحشاء والمنكر: أن تكون علانيته أحسن من سريرته

³⁵ عبد الوهاب خالف: المرجع السابق - ص 216 وما بعدها.

نسق القوانين الوضعية، بيد أن جانباً آخر من الفقهاء يرى عدم جواز تقنين الفقه الإسلامي، ونعرض لكلا الرأيين في المطلب الأول.

المطلب الأول

آراء الفقهاء فيما يتعلق بتقنين الفقه الإسلامي

يشير الشراح إلى أن أول عملية لتقنين الفقه الإسلامي في العصر الحديث كانت على يد العثمانيين عام 1869 حينما تم تكليف مجموعة من العلماء ببلغ عددهم سبعة علماء برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية بتقنين المعاملات المدنية على نسق القوانين الوضعية، واستغرقت اللجنة سبع سنوات حيث أنجزت عملها في عام 1876 م الموافق 1293 هـ حيث تم وضع مجلة الأحكام العدلية وتحتوى المجلة على 1851 مادة، واستمدت معظم أحكامها من ظاهر الراوية الفقه الحنفي إلا النذر من الأحكام أخذت فيه بالمذاهب الأخرى، وظلت هذه المجلة مطبقة في بعض البلاد الإسلامية وظهرت لها شروح، أكبرها وأهمها شرح علي حيدر بالتركية، وقام بتعريبه فهمي الحسيني، ومن شروح المجلة أيضاً شرح سليم باز⁽³⁶⁾.

وأعقت ذلك محاولات أخرى فردية قام بها نفر من المهتمين من ذلك ما قام به قدرى باشا حينما وضع كتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان على نسق القوانين الوضعية، واستمد أحكامه من الفقه الحنفي كذلك. ولم تتوقف محاولات تقنين الفقه الإسلامي عند هذا الحد بل قامت محاولة من قبل مجمع البحوث الإسلامية التابع للأزهر الشريف بتقنين أحكام الفقه في البيوع، لكنها قننت أحكام البيوع في كل مذهب على حدة ولم تضع تقنيناً واحداً.

ويذهب الفقهاء في مدى جواز تقنين الفقه الإسلامي من عدمه إلى رأيين، الأول يذهب إلى عدم وجوب تقنين الفقه لأن ذلك مدعاة لحصر الشريعة في مذهب معين، وهو ما لا يتفق وروح الشريعة وكمالها، كما أن في تقنين الفقه تقييد للقاضي بالقضاء وفق مذهب معين وفي ذلك قتل لروح الاجتهاد لدى القاضي⁽³⁷⁾، فالأخير أمر بأن يحكم بالعدل، وهو ما يراه محققاً للعدل، قال تعالى: "فاحكم بين الناس بالحق" والحق لا ينحصر في مذهب بعينه فقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب⁽³⁸⁾.

والفريق الثاني يذهب إلى أنه يتعين تقنين الفقه الإسلامي لأن في ذلك مدعاة لاستقرار

³⁶ د. صبحي محمدي: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها - دار العلم للملايين - الطبعة الرابعة - 1981 - ص 197 وما بعدها.

³⁷ د. يوسف القرضاوي: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد - دار الصحو للنشر - الطبعة الأولى - 1986 - ص 56.

³⁸ د. محمد زكى عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق) - إدارة إحياء التراث الإسلامي بالدوحة - 1986 - الطبعة الثانية - ص 37.

المعاملات حيث يعلم المتقاضون بداية الحكم المنتظر أن يكون بحقهم، أما إذا ترك الأمر واجتهاد القضاء فإن ذلك مدعاة للاختلاف خاصة مع اختلاف المذاهب الفقهية، بل اختلاف أنصار المذهب الواحد، كما أن هذا من شأنه أن يخفف العبء من على كاهل القاضي حيث إن مسألة البحث في الفقه الإسلامي كله للوصول للحكم ليست بالمسألة الهينة، وتتطلب في القاضي صفات لا تتوافر في الغالبية منهم هذه الأيام⁽³⁹⁾.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل تجاوزه إلى مسألة أخرى وهي إذا سلمنا بإمكانية تدوين الفقه الإسلامي، فهل في تدويننا لهذا الفقه نلتزم مذهباً معيناً، أم نأخذ من كل مذهب بما يتوافق وحاجتنا؟ ثم أنه في عملية التقنين هل علينا أن نلتزم الحكم في كتب الفقهاء الأقدمين، أم نحاول أن نصل للحكم في إطار الثوابت والقواعد الكلية التي تحكم الشريعة الإسلامية؟ ومدعاة هذا السؤال في غاية الأهمية خاصة في حالة عدم وجود نص يحكم النزاع هنا يكون على القاضي أن يلجأ إلى الشريعة الإسلامية فأين يجد القاضي الحكم في الشريعة الإسلامية، خاصة إذا كان للنزاع حكماً في القوانين الأجنبية فهل للقاضي أن يأخذ به على سند من أنه ما لا يخالف الشريعة فهو موافق للشريعة؟ وإن أخذ القاضي بالحل الموجود في القوانين الأجنبية فما هو الأساس الشرعي لذلك؟

ذهب البعض إلى أنه في تقنين الفقه الإسلامي علينا أن نلتزم الحكم في كتب هذا الفقه، ولا يجوز لنا أن نتعلل بفكرة أن ما لا يخالف الشريعة الإسلامية فهو مقبول وجائز العمل به، فالشريعة - من وجهة نظر صاحب هذا الرأي - تتضمن أحكاماً صادرة عن الشريعة وهذه يجب العمل بها، وما عدا ذلك من الأحكام فهي ليست صادرة من الشريعة، ومن ثم فلا يجب العمل به، فليس هناك منطقة وسطى بين الاثنين تسمى ما لا يخالف الشريعة، فما "لا يخالف الشريعة الإسلامية" ليس من الشريعة الإسلامية⁽⁴⁰⁾ ويطرئ على ذلك وجوب البحث في تراثنا أولاً للوصول للحكم.

ويرى البعض أنه في حالة ما إذا لم يجد القاضي نصاً يحكم النزاع، وكانت القوانين الأجنبية تتضمن حكماً للنزاع المعروف، فإنه للقاضي أن يأخذ بهذا الحل الموجود في القوانين الأجنبية، فطالما قلنا بفتح باب الاجتهاد، فلا يجوز لنا أن نحرم مشرعنا من الأخذ بقاعدة قانونية لمجرد أنها ذات مصدر وضعي، ولو كان أجنبياً، بل المنطقي أن تكون التشريعات الأجنبية والأعراف الأجنبية والفقه والقضاء الأجنبيان، ومن باب أولى التشريعات الوطنية السابقة والأعراف الوطنية وكذلك الفقه والقضاء الوطني هي أول ما يرد عليه بحث المجتهد وصولاً للحكم الذي يتوافق والحاجات المعاصرة ويمكن إسناد الحكم المنصوص عليه في القوانين الأجنبية إلى العرف كأساس شرعي تبني عليه الأحكام، والقاضي ملزم بالجوء

³⁹ د. محمد زكى عبد البر: المرجع السابق - ص 49 وما بعدها.

⁴⁰ د. محمد زكى عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق) - إدارة إحياء التراث الإسلامي بالدوحة - 1986. الطبعة الثانية - ص 83 وكان ذلك في تعقيبه على تقرير اللجنة الفرعية المنبثقة عن لجنة التقاضي لإعادة النظر في قواعد الأحكام وطرق الطعن والتفويض الجبري، وهي إحدى لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري.

إليه⁽⁴¹⁾.

المطلب الثاني رأينا في الموضوع

بدايةً لا بد من الاعتراف بمجهودات العلماء الأجلاء الذين كتبوا في مسألة تقنين الفقه الإسلامي، حيث بينوا ما لعملية التقنين وما عليها، والاشتراطات التي يتعين الالتزام بها أثناء القيام بتقنين هذا الفقه، ونحن نبدي رأينا في ضوء فهمنا لنص القانون المدني القطري، وكذلك التشريعات العربية المدنية المقارنة التي أحالت القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي يتعين عليه اللجوء إليه حينما يعوزه النص التشريعي، ونجمل رأينا في النقاط التالية:

أولاً: نعتقد بأن الشريعة الإسلامية تعد مصدراً وحيداً يتعين للقاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم النزاع، ومبنى هذا الاعتقاد أن الشريعة تستوعب باقي المصادر الأخرى التي أوردها النص القطري والنصوص المشابهة في التشريعات العربية حيث تتمثل باقي المصادر في: العرف، وقواعد العدالة. وقد سبق لنا بيان أن العرف كمصدر تبنى عليه الأحكام الشرعية مقرر في الشريعة الإسلامية بضوابط ومعايير حددها الفقهاء في كتاباتهم، ومن ثم فمن غير المتصور أن ينشأ عرف يخالف الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة لقواعد العدالة أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، فقد سبق لنا بيان أن هذا المصدر في حقيقته هو توجيه من المشرع للقاضي بأن يجتهد برأيه ليفصل في النزاع المعروض عليه، وقد سبق لنا بيان أن الاجتهاد يعد أصل من أصول الشريعة الغراء، ومن ثم فينبغي تسمية الأشياء بمسمياتها، دون البحث عن ستار لمصدر غير محدد، ومعيار غير منضبط لنخفي به حقيقة دور القاضي وهو قيامه بالاجتهاد ليفصل في النزاع.

يترتب على ذلك أولاً أن تكون الشريعة الإسلامية حاوية لكل مسألة تستجد، ونعتقد مع ما يراه الكثير من الفقهاء أن الشريعة تحوى على حكم لكل مسألة تستجد، ويكون الوصول إلى حكم هذه المسائل التي تستجد باتباع أدوات ووسائل تناولها الفقهاء، حتى ولو كانت هذه الوسائل مغايرة عن تلك التي تتبعها القوانين الوضعية للوصول للحكم، ولا غضاضة في ذلك فلكل فقه أسلوبه وأدواته الفنية⁽⁴²⁾.

ويرى الفقهاء أن الفقه الإسلامي من المرونة بحيث يستوعب كل ما يستجد من مسائل جديدة، وفي هذا الإطار يتناول الفقهاء المصادر الرئيسية للشريعة الإسلامية وهي القرآن

⁴¹ د. عصام ثور سليم: المرجع السابق - ص 119.

⁴² انظر في ذلك مجموعة من الأبحاث قدمت إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396 هجرية ونشرت تحت عنوان: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية والشبهات التي تثار حول تطبيقها - المجلس العلمي - 1981 - 19.

والسنة، ولقد تضمنت هذه المصادر العديد من الأحكام الكلية، والمبادئ العامة، والقليل من المسائل التفصيلية، ويرى العلماء أن هذا من علامات خلود هذه الشريعة وبقائها، فلا ينكر تغير أحوال الناس بتغير الزمان، ولذلك تضمنت هذه المصادر الرئيسية المبادئ الكلية والقواعد العامة التي تضع أسس التعامل دون دخول في التفصيلات، تاركة التفصيلات لاجتهاد العلماء⁽⁴³⁾. أما المسائل الفرعية التي لا تتباين بتباين الأزمان فهذه قد بينتها هذه المصادر تبياناً لا يحتاج إلى تأويل أو تغيير، من ذلك تنظيم أحكام الطلاق، وقواعد الميراث، حيث إن هذه المسائل باقية بقاء النوع الإنساني، لا تتغير ولا تتبدل⁽⁴⁴⁾.

ثانياً: تذخر كتب أصول الفقه ببيان مصادر الحكم الشرعي التالية على القرآن والسنة، حيث نجد الإجماع، والقياس، ثم بعد ذلك الاستحسان، أو المصالح المرسلة، والعرف. وهذه المصادر جميعها محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من يقدم بعضها على بعض، ومنهم من يأخذ ببعضها دون بعض، وذلك في ضوء فهم كل فقيه وتفسيره، ولا شك أن الفهم والتفسير يتغير من فقيه لآخر، ومن زمن لآخر.

ولقد ترك لنا الفقهاء المسلمون ثروة قيمة من كتب الفقه الإسلامي تناولت كل المسائل، ويتعين البحث في هذه الكتب ودراستها والاعتناء بها للوقوف على كيفية استنباط الأحكام الشرعية، لكن النظر لهذا الفقه يكون من خلال أنه جهد بشري، له قيمته وتقديره، لكنه غير معصوم من الخطأ، فلا عصمة لغير نبي، ولا ينكر وجود اختلاف بين المذاهب الفقهية في ضوء فهم كل فقيه للمسألة، بل أكثر من هذا فإن أصحاب المذهب الواحد قد يختلفون فيما بينهم، فمحمد وأبو يوسف قد خالفا الإمام أبي حنيفة فيما يقرب من ثلث المذهب، والشافعي حينما كان في العراق أفتى على نحو معين، ولما انتقل إلى مصر أفتى على نحو آخر، لذلك نجد في كتب الشافعية قولهم في القديم والجديد، ويقصدون بذلك قول الشافعي حينما كان في العراق، وحينما كان في مصر.

ثالثاً: يحاول البعض حينما يتناول المسائل الجديدة، خاصة في مجال المعاملات، أن يلتمس لها طريقاً من خلال كتابات الفقهاء في كتب الفقه القديمة، لعله يجد لها شبيهاً في هذه الكتب فيلحقها به عن طريق القياس⁽⁴⁵⁾، مع أن هذه الكتب قد صيغت في زمن معين لحكم مسألة في هذا الزمن، ولاشك أن اختلاف الأزمان يترتب عليه اختلاف في طبيعة المسألة مما يستوجب إعادة النظر في حكم المسألة. والبعض الآخر تحوطاً يجعل كل مسألة غير منصوص عليها في كتب الفقه غير معترف بها، ويرى العلماء أن هذين المسلكين قد حادا عن جادة الصواب، ذلك لأنه يتعين حينما تعرض مسألة جديدة أن ينظر إليها في زمن حدوثها، وأن في الشريعة من المصادر ما يمكن به أن نصل لحكم لهذه المسألة دون الأخذ بهاذين المسلكين.

⁴³ الدكتور الشيخ محمد الحبيب الخوجة: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص 24.

⁴⁴ د. يوسف القرضاوي: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد - دار الصحوة للنشر - الطبعة الأولى - 1986.

⁴⁵ فضيلة الدكتور الشيخ محمد مصطفى شلبي: الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية - الدار الجامعية - 1982 - ص 244.

رابعاً: إن المسائل التي تستجد يكون البحث فيها أولاً في المصادر الرئيسية وهي: القرآن والسنة، مع إعمال كافة قواعد التفسير المتعارف عليها لدى علماء الأصول حيال هذين المصدرين⁽⁴⁶⁾، فإن لم نجد حكماً لها انتقلنا بعد ذلك إلى المصادر الأخرى، حيث نجد الإجماع⁽⁴⁷⁾، ثم القياس، والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، وتعتمد هذه المصادر الأخيرة على المجتهد، حيث ينبغي عليه أن يبذل الجهد للوصول إلى الحكم الشرعي من دليل تفصيلي من الأدلة الشرعية⁽⁴⁸⁾.

خامساً: نصل إلى الاجتهاد وفي هذا الصدد ينبغي التأكيد على القاعدة الأصولية "لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعي" والتأكيد على فتح باب الاجتهاد من جديد، لأن هذا الباب فتحه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يملك أحد إغلاقه من بعده، ولا يكفي مجرد الإعلان عن فتح باب الاجتهاد، إنما ينبغي ممارسته فعلاً⁽⁴⁹⁾، لكن الاجتهاد لا يكون من أي شخص، وإنما ممن يكون أهلاً له، ولعل في تجربة المجامع الفقهية، أو مراكز البحوث الفقهية، ما يمكن معه أن يكون الاجتهاد موصلاً للحكم الشرعي في ضوء الضوابط التي يتعين على المجتهد أن يلتزم بها وفقاً لما قرره علماء أصول الفقه، شريطة أن تكون عضوية هذه المجامع الفقهية بعيدة عن الحكومات والانتماءات السياسية، ويكون المعيار فيها مدى توافر شروط المجتهد فمن يكون عضواً فيها.

وعلى المجتهد ألا يتقيد في اجتهاده بمذهب معين، بل يبحث عن الحكم في جميع المذاهب ويتخير منها ما يتوافق ومصالح الناس ويدفع الحرج عنه، وعندئذ يكون على المجتهد أن يلتزم بالحكم في كتب الفقه فإن وجد فيها حكماً، فيها ونعم، وإن كانت الأخرى فعليه أن يبحث عن الحكم في ضوء الواعد الأصولية، ولا ينبغي ألا يكون عدم وجود حكم في كتب الفقهاء القدامى مدعاة للقول بعدم وجود حكم شرعي للمسألة، أو أنها تخالف أحكام الشريعة، فهذا لا يستقيم وطبيعة الشريعة وكونها صالحة لكل زمان ومكان. فالمصالح المرسلة أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الإسلامي، على أساسه يمكن لولي الأمر إيجاد النظم الضرورية التي تحقق الخير والمصلحة للناس، فضلاً عن العرف المعتبر شرعاً فإنه يعد أصلاً فقهيّاً

⁴⁶ يفرق علماء الأصول بين الأحكام القطعية، والأحكام الظنية، وهي تكون كذلك من ناحيتين، أما من ناحية الثبوت، وأما من ناحية الدلالة، ويجمع علماء الأصول على أن الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة لا تحتمل تأويلًا، أما الأحكام الظنية سواء من ناحية الثبوت أو الدلالة فهذه تحتمل التأويل. انظر في ذلك: فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص 35 وما بعدها.

⁴⁷ يصعب القول بوجود إجماع في العصر الحالي، حيث يجب اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على حكم شرعي معين. ويرى علماء الأصول أن الإجماع كان يمكن أن يتحقق في عهد الخلفيتين أبي بكر وعمر، أما بعد هذا العصر فقد تفرق العلماء في الأمصار الإسلامية، وحدثت أحداث سياسية، تجعل من المتعذر الاتفاق بين جميع المجتهدين، أو على الأقل يتعذر معرفة رأي كل المجتهدين في المسألة. انظر في ذلك فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص 48 وما بعدها. فضيلة الدكتور الشيخ محمد مصطفى شبلي: المدخل في الفقه الإسلامي - ص 248.

⁴⁸ فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص 216.

⁴⁹ د. يوسف القرضاوي: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد - المرجع السابق - ص 39.

تبنى عليه الأحكام⁽⁵⁰⁾. واتساع منطقة العفو أو الفراغ التي تركتها النصوص قصداً، ما وجدت إلا لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملئوها بما أصلح للناس، ويستند العلماء إلى القول بأن منطقة "العفو" تركت قصداً إلى ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله حد حدوداً فلا تعتدوها، وفرض أشياء فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها"⁽⁵¹⁾.

وأن يتجه المجتهد إلى التيسير والرفق بالناس، حيث يرى العلامة القرضاوي أن الشريعة نفسها أمرت بالتيسير، ولذلك يرى إذا كان في المسألة قولان متعادلان أحدهما أحوط، والآخر أيسر، نأخذ بالأيسر لأنه أرفق وانتسأ برسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما، ما لم يكن إثماً⁽⁵²⁾.

وإذا تحقق ذلك فإنه لا بأس من تقنين الفقه الإسلامي على المدى القريب، على أن يعاد النظر في هذا التقنين بعد فترة؛ لجعله متوأكباً مع التغيرات والمستجدات الاجتماعية على نسق القوانين الوضعية على ألا يقتصر التقنين على مذهب معين، بل يأخذ من كل مذهب بما يتلاءم وحاجات العصر ومستجداته، متى كان ذلك له أصل في الشريعة. فالفقه الإسلامي بمصادره ومقوماته واستناده إلى الشريعة، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والأفراد والدولة⁽⁵³⁾.

الفصل الثاني

النظريات العامة التي استقاها المشرع القطري من الفقه الإسلامي

اهتم الفقه الإسلامي في مراحل تكوينه بوضع حلول لما يستجد من قضايا، ولم يتوقف عند حد وضع حلول لما يستجد من قضايا بل ذهب الفقهاء إلى وضع حلول لفروض غير موجودة ولكنهم افترضوها، وذلك على عكس بعض العائلات القانونية الأخرى التي تهتم بصياغة النظريات العامة والتأصيل لها؛ لذلك لا نجد في الفقه الإسلامي اهتماماً بصياغة نظريات عامة كما هو الشأن في التشريعات اللاتينية، لكننا نجد حلولاً في هذا الفقه هي ذاتها تلك النظريات المتعارف عليها في هذه التشريعات الحديثة، ويعد هذا التباين أمراً طبيعياً، إذ لكل فقه صناعته وأدواته، ونبين في هذا الفصل بعض النظريات العامة المتعارف عليها في التشريعات الحديثة والتي استقاها المشرع القطري من أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك نشير لبعض الأحكام التفصيلية التي تضمنها القانون المدني القطري والمستمدة من أحكام هذه الشريعة الغراء، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

50 د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق - ص 67 وما بعدها.

51 هذا الحديث رواه الدارقطني وحسنه النووي في الأربعين راجع في ذلك د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص 72.

52 د. يوسف القرضاوي: المرجع السابق - ص 62.

53 د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق - ص 69 وما بعدها.

المبحث الأول

النظريات العامة التي استمدتها المشرع القطري من الشريعة الإسلامية

لقد تضمن القانون المدني القطري عدداً من النظريات العامة استمدتها المشرع من أحكام الشريعة، وهذه النظريات على حسب ترتيبها في القانون المدني هي:

- 1- التعسف في استعمال الحق.
- 2- النزعة الموضوعية للالتزام.
- 3- الحوادث الطارئة.
- 4- حوالة الدين.
- 5- لا تركة إلا بعد سداد الدين.
- 6- الفائدة في القانون القطري.
- 7- تحمل التبعة.

أولاً: التعسف في استعمال الحق

تنص المادة 62 مدني قطري "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

وهذه المادة تقرر المبدأ العام حيث من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لم يضمن من ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر، وهذا المبدأ يجد أساسه في القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي من أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وهذه القاعدة منصوص عليها في المادة 91 من المجلة.

ونص المشرع القطري في المادة 63 مدني على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية:

- 1- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
 - 2- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 - 3- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.
 - 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف".
- وهذه المادة تحدد ضوابط استعمال الحق، حيث حددت المعايير التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع، ومن ثم وجب الضمان، وقد استمدت هذه المادة من الشريعة الإسلامية التي صاغت هذه النظرية بوصفها نظرية عامة، تطبق على جميع الحقوق الشخصية، والعينية، وروابط الأحوال الشخصية، وعلى جميع فروع القانون العام والخاص، وتستند هذه المعايير إلى مجموعة من القواعد الفقهية التالية: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال" و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" و"الضرر لا يزال بمثله" و"درء المفسد أولى من جلب المنافع"⁽⁵⁴⁾.

⁵⁴ انظر في أساس هذه النظرية وسندها د. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مؤسسة الرسالة.

ولم يقتصر الأمر على صياغة النظرية بشكل عام، بل أننا نلمح أثرًا لهذه النظرية في بعض نصوص القانون المدني القطري من ذلك نص المادة 837 والذي نص على أنه: "المالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" فالمشرع القطري لم يشأ أن يطلق سلطات المالك على ملكه بل قيدها بما للملكية من وظيفة اجتماعية تطبيقًا لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

ثانيًا: النزعة الموضوعية للالتزام

تتباين التشريعات المقارنة في نظرتها للالتزام، فالبعض يغلب النزعة الذاتية، أو الشخصية، وهذه هي التشريعات اللاتينية، حيث تغلب هذه التشريعات في الالتزام عنصره الشخصي لا موضوعه المادي، وتعول في العقد على الإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة. والبعض الآخر يغلب النزعة الموضوعية وهذه هي التشريعات الجرمانية. وهذه تغلب في الالتزام موضوعه المادي، وتعول في العقد على الإرادة الظاهرة. ويرى الشراح أن التشريعات التي تغلب النزعة الموضوعية هي تشريعات متقدمة، تكشف عن حرص المشرع فيها على ثبات المعاملات واستقرارها.

والشريعة الإسلامية من النوع الثاني حيث تغلب النزعة الموضوعية على النزعة الذاتية. فإذا كانت العبرة فيها بالمعاني- دون الألفاظ، إلى أن المعاني التي تقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ، لا من النية الدفينة في الصدور، ولا يعني هذا أن الشريعة الإسلامية تهمل الإرادة الباطنة تمامًا، إنما هي تقف عند الإرادة الظاهرة التي يكشف عنها اللفظ المستعمل تحقيقًا لاستقرار المعاملات.

فتعريف العقد في الفقه الإسلامي ينم عن النزعة الموضوعية التي تسوده، والتي لها كبير الأثر في العديد من مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة⁽⁵⁵⁾.

والمشرع القطري في القانون المدني أخذ ببعض آثار النزعة الموضوعية تأثرًا بالشريعة الإسلامية، من ذلك مثلاً أنه في مجال إبرام العقد، حيث تنص المادة 64 مدني على أنه: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا كان محله وسببه معتبرين قانونًا، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون من أوضاع خاصة لانعقاد بعض العقود"⁽⁵⁶⁾ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، والمتضمن نصًا مشابهًا للنص القطري: "وظاهر من تعريف الفقهاء إيثار مذهب الإرادة الظاهرة على الباطنة فالعقد ينعقد بالإيجاب والقبول أي بالإرادة المعلنة من الطرفين بموافقتهما على العقد وليس بنفس الإرادتين"⁽⁵⁷⁾، وأيضًا المواد 66 و

⁵⁵ د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي - دار الفكر العربي - الجزء الأول - ص 77.

⁵⁶ تجد هذه المادة أساسها في المادة 262 من مرشد الحيران، والمواد 103 و 104 و 167 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، وأيضًا البلبرتي: العلية من أول كتاب البيع - الجزء السادس ص 147.

⁵⁷ المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني - الجزء الأول - ص 97.

130 و 135/2 و 138/2 في إیرام العقد، والمادة 169 في تفسير العقد. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أنه وإن كان الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاته، إلا أنه وكما يقول العلامة السنهوري حينما تناول نظرية السبب: "ولكن الفقه الإسلامي من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالباعت الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي على النقيض من الاعتبار الأول أن يكون لنظرية السبب وهي نظرية خلقية في المقام الأول مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني" (58).

ثالثاً: نظرية الحوادث الطارئة

نص المشرع القطري على نظرية الحوادث الطارئة في الفقرة الثانية من المادة 170 مدني، فبعد أن وضع المشرع في الفقرة الأولى المبدأ بالنسبة لآثار العقد، نص في الفقرة الثانية على هذه النظرية، حيث نص على أنه: "1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وتختلف نظرية الحوادث الطارئة عن نظرية القوة القاهرة في أن الحادث الطارئ غير المتوقع لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً لدرجة لا تصل به إلى حد الاستحالة، وفارق آخر بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة يتمثل في أثر كل منهما، فالقوة القاهرة يترتب عليها انقضاء الالتزام، أما الحادث الطارئ فينحصر أثره في رد الالتزام إلى الحد المعقول، دون إعفاء المدين منه كلية.

وتجد نظرية الحوادث الطارئة أساسها في الفقه الإسلامي لدى فقهاء الحنفية فيما يعرف بمبدأ العذر، ولدى فقهاء المالكية والحنابلة فيما يعرف بالجائحة. أما بالنسبة للعذر فقد كان فسخ عقد الإيجار لعذر طارئ هو أكثر التطبيقات التي تعرض لها الفقهاء حيث أجازوا فسخ عقد الإيجار لعذر عرض للمؤجر أو المستأجر، أو للعين المؤجرة. أما الجائحة فهي ما يصيب الثمار من آفة سماوية كالبرد والعفن وثمة خلاف بين الفقهاء حول مدى إمكانية أن تكون الجائحة من فعل الإنسان، ومدى أعمال الجائحة على البقول (59).

58 د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي - الجزء الرابع - ص 51.

59 د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي - دار الفكر العربي - الجزء السادس - ص 90 وما بعدها. وأيضاً د. علي نجيدة ود. محمد حاتم الليات: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني القطري - الجزء الأول - مصادر الالتزام - ص 216.

بل أننا نجد أثرًا لهذه النظرية في القانون القطري في نص المادة 375/2 والتي تنص على أنه: "2- ومع ذلك يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم". حيث تعطي هذه المادة للقاضي أن يمنح المدين نظرة ميسرة إذا كانت ثمة حالات استثنائية، وقد يكون من ضمن هذه الحالات الاستثنائية الحادث الطارئ.

رابعًا: حوالة الدين

نظم المشرع القطري حوالة الدين في المواد من 337 – 353 مدني وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية، حيث إن حوالة الدين مأخوذ بها في التشريعات الجرمانية، وغير منصوص عليها في بعض التشريعات اللاتينية، ولقد استمدتها المشرع العربي في كثير من التشريعات من الشريعة الإسلامية، ولقد نظمت الحوالة في مجلة الأحكام العدلية من المادة 674 إلى المادة 700.

فالمادة 338 تنص على أن "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها" مقتبسة من المادة 683 من مجلة الأحكام العدلية، وهذا الأخير مأخوذ عن مذهب أبي حنيفة على نحو ما بين ابن الهمام في فتح القدير.

خامسًا: لا تركة إلا بعد سداد الدين

نص المشرع القطري صراحة على أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تحدد من هم الورثة، وأنصبتهم في الإرث، حيث نصت المادة 973 مدني على أنه: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها". وتطبيقاً لهذا النص، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة.

ونص على مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الدين صراحة في المادة 997 مدني والتي تنص على أنه: "بعد تنفيذ التزامات التركة، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة، كل بحسب نصيبه الشرعي".

وقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين تقضي بأن الدين الذي على المورث يجب أن يستوفي من أمواله قبل أن توزع على ورثته، وهذا المبدأ يضمن حقوق الدائنين دون أن يفرض التزاماً على الوارث، حيث لا يلتزم بديون المورث إلا في حدود ما آل إليه، ويحقق هذا التوجه الإسلامي العدل فلا تزر وزارة ووزر أخرى، على عكس بعض التشريعات الوضعية التي تجعل الوارث امتداداً لشخصية مورثة، وبالتالي يسأل عن ديونه متى لم يقبل التركة على أساس شرط الجرد.

سادسًا: الفائدة في التشريع المدني القطري

تباينت التشريعات العربية في نظرتها للتعويض المستحق للدائن في حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ولم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في التنفيذ، وهذا ما يعرف بالفوائد اتفاقية كانت أو قانونية. والسبب في هذا التباين يكمن أساساً في أن الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ تحرم الربا وتنتهي عنه؛ ولذلك جاءت التشريعات العربية متباينة في هذا الشأن.

فمن التشريعات من أجاز الفائدة بشكل مطلق، وبدون ضوابط أو قيود، ومن هذه التشريعات التشريع اللبناني والتونسي. ومن التشريعات من أجاز هذه الفوائد ولكن بقيود معينة من ذلك التشريع المصري. ومن التشريعات العربية من فرق في مدى جواز الفائدة من عدمه بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، فحرمها في تعاملات الأولين، وأجازها في تعاملات الآخرين من ذلك التشريع الجزائري. ومن التشريعات العربية من لم يجز الفائدة في صلب القانون المدني، لكنه عاد وأباحها في تشريعات أخرى من ذلك تشريعات الأردن، والإمارات العربية المتحدة.

أما المشرع القطري فقد نص في المادة 268 مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقيم المدين بالوفاء به بعد إعداره، وأثبت الدائن أنه لحقه بسبب ذلك ضرر، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة". ويقارب النص القطري - مع بعض الاختلاف - نص المشرع الكويتي في المادة 306 مدني كويتي⁽⁶⁰⁾.

ويتضح من نص المشرع القطري أنه وإن لم ينص على نظام الفوائد كتعويض يستحقه الدائن في حالة تأخر المدين بمبلغ من النقود عن تنفيذ التزامه، إلا أنه قرر إمكانية مسائلة المدين بمبلغ من النقود في حالة تأخره في تنفيذه لالتزامه. والعلة من هذا النص هي مواجهة الأضرار التي تلحق بالدائن، وبالنشاط الاقتصادي عموماً نتيجة لتأخر المدين في تنفيذ التزامه⁽⁶¹⁾. ويتضح من النص القطري أن هناك شروطاً يتعين توافرها لتطبيقه⁽⁶²⁾. كما أن

⁶⁰ تنص المادة 306 مدني كويتي على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقيم المدين بالوفاء به بعد إعداره، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة".

⁶¹ إبراهيم أبو الليل: أحكام الالتزام - فقرة 73.

⁶² ويشترط لتطبيق نص المادة 268 مدني قطري عدة شروط هي:

- 1- أن يكون محل التزام المدين مبلغاً من النقود. فإن كان محل التزام المدين عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو تسليم شيء، ولم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخر فيه، فإنه يخضع للقواعد العامة في التنفيذ بمقابل (التعويض) من حيث شروط الاستحقاق، والمعايير التي تحكم القاضي في تقدير التعويض.
 - 2- عدم وفاء المدين بالتزامه بعد إعداره. إذ يجب أولاً إعدار المدين، والإعذار يكون بإذار المدين، أو ما يقوم مقام الإنذار. ويختلف المشرع القطري في ذلك عن المشرع الكويتي إذ يشترط الأخير قدرة المدين على الوفاء، وعدم قيامه به، بينما المشرع القطري يكفي فقط بعدم الوفاء، سواء كان المدين قادراً عليه، أو غير قادر، وهو في هذا يتفق مع المشرع المصري.
 - 3- أن يلحق الدائن ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه. ويقع على عاتق الدائن عبء الإثبات، وقد يتمثل الضرر في تقويت صفقة رابحة كان الدائن سيعقدها فيما لو قام المدين بالوفاء بالتزامه في موعده. أو الحكم على الدائن بتعويض نتيجة لعدم وفائه بدین عليه كان يعول على ما لدى المدين لسداده.
- ويختلف المشرع القطري في هذا الشرط عن التشريعات العربية المقارنة التالية: التشريع المصري والعراقي

نطاق تطبيق النص تحكمه قواعد من حيث سلطة المحكمة في الحكم بالتعويض، ومن حيث مقدار التعويض⁽⁶³⁾.
سابعاً: نظرية تحمل التبعة

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية وتقصيرية، الأولى تكون في حالة الإخلال بالتزام عقدي، وتجد أساسها في العقد، والثانية تقوم في حالة الإخلال بواجب قانوني، ولقد تطورت هذه المسؤولية في فقه القانون الوضعي فكانت تؤسس في البداية على خطأ واجب الإثبات، ثم تطورت بعد ذلك وأصبحت تؤسس على خطأ مفترض، وانتهى التطور في فقه القانون الوضعي بإمكانية أن تقوم المسؤولية في حالات خاصة على الضرر، وذلك تحقيقاً للعدالة. ولقد كانت الشريعة الإسلامية أسبق من هذه القوانين الوضعية حيث تأخذ الشريعة الإسلامية بنظرية تحمل التبعة، فمسؤولية من يضر بغيره في الفقه الإسلامي هي مسؤولية مالية؛ فهي لا تقوم على الخطأ وإنما تقوم على الضرر، ولذلك لا يشترط أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً، وقد جاء في المجلة في المادة 916 أنه: "إذا أُلْف صَبى مال غيره فيلزم الضمان من ماله".

أما المشرع القطري فإنه يؤسس المسؤولية على أساس الخطأ، حيث نص على ذلك في المادة 199، إلا أنه تأثرًا بالفقه الإسلامي أخذ بنظرية تحمل التبعة في الفقرة الثانية من المادة 200 مدني حيث نص على أنه: "2- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

والسوري والتي تأخذ بنظام الفوائد، حيث مجرد عدم وفاء المدين بالتزامه يفترض معه أن الدائن قد لحقه ضرر، وهذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس، بينما في التشريع القطري يتعين على الدائن أن يثبت أن ضرراً قد لحقه نتيجة لعدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه.

ويختلف المشرع القطري من ناحية ثانية عن التشريع الكويتي والذي يتضمن نصاً مشابهاً لحد ما للنص القطري، حيث يشترط المشرع الكويتي في الضرر الذي يصيب الدائن أن يكون ضرراً غير مألوف، وهو يكون كذلك إذا كان له صفة استثنائية، بمعنى أنه يؤدي إلى خسارة كبيرة للدائن.

⁶³ 1- فمن حيث سلطة المحكمة في الحكم بالتعويض. فالأمر جوازى للمحكمة، بمعنى أن لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، فلها أن تقضى بالتعويض، ولها ألا تقضى بالتعويض على حسب ما يترأى للمحكمة.

2- ومن حيث مقدار التعويض.

فالمحكمة لا تنقيد في تقديرها للتعويض بالضوابط التي تلتزم بها في تقديرها للتعويض القضائي، من حيث وجوب أن يكون التعويض كاملاً، أي تعويض الدائن عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب. وإنما تقدر المحكمة التعويض الذي يستحقه الدائن - في هذه الحالة - مراعية في ذلك مقتضيات العدالة.

فالمحكمة تضع في اعتبارها عند تقدير التعويض ظروف المدين والدائن، فالتعويض الذي تقضى به المحكمة هو التعويض العادل.

ونعتقد أن التعويض في هذه الحالة سوف يقتصر على الخسارة التي لحقت بالدائن نتيجة عدم وفاء المدين بالتزامه، ولن تشمل الربح الفائت؛ لأن القول بغير ذلك يعنى إجازة الفوائد بطريق غير مباشر، والمشرع القطري لم يشأ أن يأخذ بنظام الفوائد في القانون المدني.

المبحث الثاني

الأحكام التفصيلية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والمنصوص عليها في القانون المدني القطري

لقد تضمن القانون المدني القطري العديد من الأحكام التفصيلية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ولا يكاد يخلو باب من أبواب القانون المدني من أثر مستمد من الشريعة الإسلامية، ونعرض لبعض الأمثلة التي تظهر تأثر القانون المدني القطري بالشريعة الإسلامية على الرغم من تصنيفه ضمن عائلة القوانين اللاتينية، من ذلك:

أولاً: نظرية العقد

- لقد أقرت الشريعة الإسلامية مجموعة من المبادئ فيما يتعلق بالعقود عامة، ولقد ترجم القانون المدني القطري هذه المبادئ في صورة نصوص قانونية من هذه المبادئ:
 - 1- العقد المشروع ملزم لعاقده دون غيره، والتزام العاقد ينتقل إلى من يخلفه سواء كان وارثاً، أو موصياً له. وهذا المبدأ نجد أساسه في الآية القرآنية: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" المائدة.
 - 2- رضائية العقود، فالعقود تتعقد بتوافر التراضي الحر ودون توقف على مراسيم وإجراءات معينة.
 - 3- الشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين إلا ما يخالف النظام العام والآداب، وسند هذا المبدأ حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.
 - 4- العرف والعادة أساس لتحديد حقوق والتزامات المتعاقدين في كل ما سكت عنه العقد، ولقد تضمن القانون المدني العديد من النصوص فيما يتعلق بزمان ومكان تسليم المبيع، وتحديد من يلتزم بإعمال الصيانة التأجيرية في عقد الإيجار، وغير ذلك من الأحكام.
 - 5- أوجبت الشريعة إنشاء العقود وتنفيذها بحسن نية، وكل غش أو خداع أو تضليل سبباً لثبوت خيار المتعاقد الآخر، ويخوله فسخ العقد لإخلاله بركن الرضا.
- ولقد تضمن القانون المدني العديد من النصوص التي تستند إلى هذه المبادئ نذكر منها:

1- التعبير عن الإرادة

نص المشرع القطري في المادة 65/1 مدني على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه". وباستعراض النصوص الفقهية التي كتبها الفقهاء المسلمون فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة تحت عنوان التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ يتضح لنا تأثر المشرع القطري بالفقه الإسلامي في الاعتداد بهذه الوسائل مع مراعاة الاختلاف بين المذاهب الفقهية في الاعتداد

2- الغبن

تناول المشرع القطري الغبن كعيب من عيوب الرضاء وخصص له أكثر من مادة بداية من المادة 143 إلى المادة 146 كعيب مستقل⁽⁶⁵⁾، وذلك خلافاً للتشريعين المصري والسوري الذي لم يفردا للغبن تنظيمًا مستقلًا، وإنما تناول الغبن في فرض بيع عقار مملوك لناقص الأهلية على نحو ما جاء في المادة 425 مدني مصري. ويتفق مسلك المشرع القطري في ذلك مع نظيره الأردني. ويجد هذا التنظيم أساسه في المادة 356 من المجلة، وفي المادتان 300 و546 من مرشد الحيران. ويظهر الفارق بين القانون المصري من جهة والقطري من جهة أخرى من حيث نطاق تطبيق هذا العيب، ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، ومن حيث مدة التقادم.

3- المحل

نص المشرع القطري في المادة 149/1 "يجوز أن يرد العقد على شيء مستقبل، إذا انتفى الغرر". ونقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 131/1 والتي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً". ويبدو تأثر القانون القطري بالفقه الإسلامي في استلزامه انتفاء الغرر على نحو ما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم حيث يرى أنه ليس في كتاب الله ولا في سنة نبيه ما يفيد أن العقد على المعدوم غير جائز، وما ورد في السنة من النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة كقول الرسول عليه السلام "لا تبع ما ليس عندك" فليست العلة فيه العدم، وإنما هو الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم كبيع البعير الشارد، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم.

4- الإقالة

⁶⁴ د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء الأول - ص 99 وما بعدها.

⁶⁵ المادة 143 مدني: الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد إلا في الأحوال الخاصة التي يحددها القانون.

المادة 144 "1- إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة أو لأحد عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو تعديل التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن.

2- ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس.

3- ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون قد أجرى العقد عن المغبون من ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أننت به المحكمة.

المادة 145 "يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد بطلب الفسخ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه.

المادة 146 "لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون.

المادة 147 "تسقط بالتقادم دعوى الغبن إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة للنولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد. وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت. وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد.

نظم المشرع القطري الإقالة من العقد في المادتين 189 و190⁽⁶⁶⁾ متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي، وتستند مشروعية الإقالة إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة"، وقد أجمع المسلمين على جوازها فالعقد حقهما ويملكان رفعه دفْعاً لحاجتهما.

ثانياً: عقد البيع

نشير إلى أهم المسائل التي استقاهها القانون المدني القطري من الشريعة الإسلامية في تنظيمه لعقد البيع:

- (1) خيار الرؤية
تتناول المادة 421 مدني ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الرؤية حيث تنص على أنه:
"1- يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع.
2- ويعتبر علماً كافياً بالمبيع، اشتغال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بياناً يمكن من تعرفه.
3- وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.
4- وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال مدة معقولة، اعتبر ذلك قبولاً له".
ويعرف خيار الرؤية لدى الفقهاء بأنه: حق يثبت بمقتضاه للعاقِد أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه⁽⁶⁷⁾. وقد وضع الفقهاء شروطاً لإعمال هذا الخيار⁽⁶⁸⁾، ويعد من مسقطات هذا الخيار الرضاء الصريح أو الضمني من العاقِد بالعقد وهذا ما قرره القانون المدني.

(2) الغبن في البيع

القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الغبن الفاحش يعد سبباً لفسخ العقد، والغبن الفاحش هو ما لم يكن داخلاً تحت تقويم المقومين، وثمة آراء للفقهاء في أثر الغبن، أرجحها ثبوت حق الفسخ للمغبون إذا كان الغبن نتيجة تغرير غيره، ومنعه إذا لم يكن كذلك، وعلى هذا نصت المادة 438 من كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على أنه: "لا رد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتعاقدين الآخر أو غره الدلال". ولقد وضع المشرع القطري الغبن ضمن عيوب الإرادة كعيب مستقل متأثراً بأحكام الشريعة، على عكس المشرع المصري الذي

⁶⁶ المادة 189: "1- للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضائهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما.

2- فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه، جازت الإقالة في الباقي منه بقدر حصته في العرض.

المادة 190: "تعتبر الإقالة من حيث أثرها بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير.

⁶⁷ فضيلة الشيخ مصطفى شلبي: المرجع السابق - ص 617.

⁶⁸ فضيلة الشيخ مصطفى شلبي: المرجع السابق - ص 619 وما بعدها.

لم يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة فردية هي حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية.

(3) بيوع الأمانة

- ينقسم البيع لدى الفقهاء إلى تقسيمات عدة، من هذه التقسيمات تقسيم البيع بالنظر إلى طريقة تحديد الثمن؛ حيث ينقسم البيع إلى بيع المساومة، وبيع المزايدة، وبيوع الأمانة.
- ولقد نص المشرع القطري على هذا النوع الأخير في المادة 428 مدني على أنه: "1- يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكاً أو وضعية.
- 2- والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه.
- 3- إذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره، كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي.
- 4- ويعتبر تدليساً كتمان البائع ملايسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضا المشتري". وهذه الطرق لتقدير الثمن مأخوذ من الشريعة، ولم يأخذ القانون المدني المصري والسوري بهذا الطريق من طرق تقدير الثمن، على عكس المشرع الأردني (م 480 مدني) والكويتي (م 462 مدني كويتي).

(4) ضمان العيب الخفي

تناول الفقه الإسلامي هذا الضمان تحت اسم خيار العيب، ويعرف لديهم بأنه يكون للمتملك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد⁽⁶⁹⁾. ولقد تناول محمد قدرى باشا في كتابه مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان هذا العيب في المواد من 418 إلى 430⁽⁷⁰⁾ ولقد نص المشرع القطري على ضمان العيب الخفي في المادة 455 على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة (451)، إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته، أو ينقص من منفعة بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده"⁽⁷¹⁾.

⁶⁹ فضيلة الشيخ مصطفى شلبي: المرجع السابق - ص 606.

⁷⁰ المادة 420: "العيب الموجب لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيراً أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في أمثال البيع عدمه"

المادة 421: "يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قديماً".

المادة 422: "العيب القديم هو ما كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم".

المادة 423: "إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه في خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر، ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى أو بعيب آخر".

المادة 425: "ما بيع مطلقاً منقولاً كان أو عقاراً وظهر للمشتري عيب فيه فله الخيار إن شاء قبله بكل الثمن المسمى وإن شاء رده واسترد الثمن إن كان نقده للبائع".

⁷¹ انظر نص المادة 513 مدني أردني: "المادة 513-1- إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أتقصه العيب من الثمن.

2- يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

وإضافة إلى هذه الأحكام ثمة أحكام أخرى استمدها المشرع القطري في تنظيمه لعقد البيع من الشريعة الإسلامية من ذلك مثلاً ما يتعلق بحقوق البائع والمشتري في حالة العجز أو الزيادة في مقدار المبيع، وكذلك حالة هلاك المبيع، وحق البائع في حبس المبيع حتى يفي المشتري بالثمن، وبيع المريض مرض الموت.

ثالثاً: الهبة

نظم المشرع القطري الهبة واستمد جل أحكامها من الشريعة الإسلامية، ويظهر هذا جلياً إذا ما قارنا بين التشريع القطري وبعض التشريعات العربية الأخرى، فعلى سبيل المثال يأخذ المشرع القطري بهبة المال المشاع حيث ينص في المادة 496 مدني على أنه: "هبة المال الشائع جائزة ولو كان قابلاً للقسمة" ولم يتضمن القانون المدني المصري والأردني نصاً مماثلاً للقانون القطري. ويشترط المشرع القطري في المادة 493/1 القبض حتى تتم الهبة عملاً بما يقول به أبو حنيفة وأصحابه، ويطابق نص المشرع القطري نص المشرع الأردني في المادة 558/1 مدني.

رابعاً: الحقوق العينية

استمد المشرع القطري العديد من نصوصه التفصيلية من الشريعة في تنظيمه للحقوق العينية، ففي حق الملكية فإن الأحكام التي تتعلق بمضار الجوار، وأحكام ملكية الطبقات، والعلو السفلى مستمدة من أحكام الشريعة، كذلك نظام الشفعة وما يتصل به من أحكام، وحق الحكر، والحقوق المجردة أو ما تسمى بحقوق الارتفاق في فقه القانون الوضعي.

خاتمة

يمكننا بعد دراسة تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري أن نلخص ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات في النقاط التالية:

أولاً: استخدم المشرع في بعض من التشريعات العربية مصطلح الشريعة الإسلامية، وفي بعضها الآخر مصطلح الفقه الإسلامي، وقد بيّنا أن ثمة فارق بين الاثنين، فالشريعة هي مجموعة الأحكام التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

3- يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع.

4- يشترط في العيب القديم أن يكون خفياً والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة.

لتبليغها للناس. أما الفقه في الاصطلاح الشرعي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية. فالفقه أخص من الشريعة، وليس مساوياً لها، فهو جزء من كل.

ثانياً: إن تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري تأثير مزدوج من ناحية الدستور ومن ناحية القانون المدني ذاته، حيث ظهر ذلك من خلال النص في المادة الأولى من الدستور على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، ومن خلال المادة الأولى من القانون المدني القطري والتي يجعل فيها المشرع الشريعة مصدراً احتياطياً يتعين على القاضي أن يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص تشريعي.

ثالثاً: يتمثل تأثير النص الدستوري على قواعد القانون المدني في أنه لا يجوز للمشرع العادي حينما يسن تشريعات مدنية أن يخالف الشريعة الإسلامية عملاً بسمو النص الدستوري على التشريع العادي، ويظهر هذا التأثير جلياً في المستقبل حيث يتعين على المشرع ألا يسن تشريعات تخالف هذا النص الدستوري. أما التشريعات السابقة على العمل بالدستور القطري فإنه يمكن الطعن فيها بعدم الدستورية أمام المحكم الدستورية العليا والتي صدر بها القانون رقم 12 لسنة 2008 بيد أن هذه المحكمة لم تتعقد حتى الآن.

وانتهينا إلى أن النص على الشريعة الإسلامية في غالبية الدساتير العربية يجب أن يرافقه إرادة صادقة لدى القائمين على الأمر بتفعيل مثل هذا النص، سواء ذلك بالنسبة للتشريعات السابقة، أو المزمع إصدارها، فبالنسبة للأولى يتعين تنقية التشريعات القائمة واتباع سنة التدرج في تنقيتها حتى لا يؤثر ذلك على استقرار المجتمع ولا يحدث به هزات عنيفة لا يتحملها، وبالنسبة للثانية فإنه يتعين العمل على سن تشريعات في المستقبل لا تخالف الشريعة من خلال توافر الآليات الفنية التي تسمح بمراجعة التشريعات ودراستها من الناحية الشرعية قبل إصدارها، ومن خلال جهات علمية موثوقة بها مستقلة تماماً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.

رابعاً: يتمثل التأثير من جهة القانون المدني حيث جعل المشرع القطري الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي. وانتهينا إلى أن صياغة النص تجعل الشريعة في المرتبة الثانية والعرف في المرتبة الثالثة، ونعتقد أن الأوفق صياغة أن يكون العرف المعتبر شرعاً تالياً على التشريع وسابقاً على الشريعة كمصدر احتياطي، إذ من المسلم به أن الشريعة تعمل العرف المعتبر شرعاً، ومن غير المتصور أن يستنفد القاضي جهده في المصدر الثاني وهو الشريعة ليجد الحكم في العرف. ولذلك نقضل صياغة المشرع المصري والجزائري صياغة التشريعات العربية الأخرى.

وبالنسبة لقواعد العدالة جعلها المشرع القطري آخر المصادر التي يلجأ إليها القاضي ونعتقد من جانبنا أن هذا تزييداً من قبل المشرع ما كان في حاجة له، حيث تغني الشريعة كمصدر احتياطي عنه؛ وإذا نظرنا إلى تحديد معنى العدالة والغاية من وجودها ضمن المصادر الاحتياطية لوجدنا ذلك محقق في الشريعة الإسلامية. فإذا كان معنى العدالة هو إيتاء كل ذي حق حقه فهذا مقرر وثابت في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فلم يضاف لنا هذا المصدر جديداً. ومن ناحية ثانية إذا كانت الغاية من الإحالة لقواعد العدالة هي دعوة القاضي للاجتهاد برأيه

ليصل لحكم للنزاع المعروض عليه، ولكن تحت ستار قواعد العدالة، فإن هذه الغاية محققة في الشريعة الإسلامية، حيث يعد الاجتهاد من أصول الشريعة.

خامساً: التأكيد على فتح باب الاجتهاد من جديد، لأن هذا الباب فتحه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يملك أحد إغلاقه من بعده، ولا يكفي مجرد الإعلان عن فتح باب الاجتهاد، إنما ينبغي ممارسته فعلاً. ولا يكون الاجتهاد من أي شخص، وإنما ممن يكون أهلاً له، ولعل في تجربة المجامع الفقهية أو مراكز البحوث الفقهية، ما يمكن معه أن يكون الاجتهاد موصلاً للحكم الشرعي في ضوء الضوابط التي يتعين على المجتهد أن يلتزم بها وفقاً لما قرره علماء أصول الفقه، شريطة أن تكون عضوية هذه المجامع الفقهية بعيدة عن الحكومات والانتماءات السياسية، ويكون المعيار فيها مدى توافر شروط المجتهد فمن يكون عضواً فيها.

سادساً: في ضوء بيان التفرقة بين الشريعة والفقه يتعين على المجتهد ألا يتقيد في اجتهاده بمذهب معين، بل يبحث عن الحكم في جميع المذاهب ويتخير منها ما يتوافق ومصالح الناس ويدفع الحرج عنه، فالمصالح المرسله أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الإسلامي، على أساسه يمكن لولى الأمر إيجاد النظم الضرورية التي تحقق الخير والمصلحة للناس، والعرف المعتبر شرعاً يعد أصلاً فقهياً تبنى عليه الأحكام. فضلاً عن اتساع منطقة العفو أو الفراغ التي تركتها النصوص قصداً، والتي يرى العلماء أنها ما وجدت إلا لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملئوها بما هو أصلح للناس.

سابعاً: وإذا تحقق ذلك، فإنه يمكن تقنين الفقه الإسلامي على المدى القريب، على أن يعاد النظر في هذا التقنين بعد فترة؛ لجعله متوكباً مع التغيرات والمستجدات الاجتماعية على نسق القوانين الوضعية على ألا يقتصر التقنين على مذهب معين، بل يأخذ من كل مذهب بما يتلاءم وحاجات العصر ومستجداته، متى كان ذلك له أصل في الشريعة. فالفقه الإسلامي بمصادره ومقوماته واستناده إلى الشريعة، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والأفراد والدولة.

ثامناً: بيّنا في الفصل الثالث بعض النظريات العامة والأحكام التفصيلية التي استمدها المشرع القطري من الشريعة، وهذه النظريات على حسب ترتيبها في القانون المدني هي: التعسف في استعمال الحق. والنزعة الموضوعية للالتزام. والحوادث الطارئة. وحالة الدين. وقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين. والفائدة في القانون الفطري. وتحمل التبعة. وتناولنا بعض الأحكام التفصيلية والمنصوص عليها في القانون المدني في نظرية العقد، وفي البيع، وفي الهبة، وفي الحقوق العينية.

والله من وراء القصد؛؛