احكام الفقه في ظل القانون الخاص

(القانون الإماراتي انموذجاً)

أ.د / سيد أحمد محمود

أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتحكيم المتفرغ

كلية الحقوق جامعة عين شمس

ملخص

كان يُنظر للفقه القانونى (الوضعى) – ومازال – على انه يعتبر مصدراً غير مباشر (احتياطى) للقانون ، فى حين ان الفقه الشرعى يعتبر مصدراً مباشراً من المصادر الشرعية التى تستنبط احكامها من ادلتها التفصيلية .

الم يحن الوقت الان وفى ظل التطورات التكنولوجيه وعالم المعلوماتيه والانفتاح الاقتصادى بين الدول وشعوبها الى امكانيه اعتبار الفقه القانونى مصدراً مباشراً للقانون الخاص – حيث انه هو كذلك بالنسبه للقانون العام – من خلال مساهمته فى نشأته وتطويره ؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل الرئيسى – الذى يكون فى نفس الوقت الاشكالية الرئيسية فى هذة الدراسة– ستكون من خلال منهج تحليلى مقارن وخطه بحث تتكون – علاوة على المقدمة – من فصلين وتختتم الدراسة بالنتائج وبعض التوصيات واخيراً تذيل بقائمة مراجع عربية واجنبية .

مفردات البحث: الفقه– القضاء– مصادر– مبادئ– القانون الخاص– الملكة الفقهيه

Research summary

Legal jurisprudence was considered - and still is - considered to be an indirect (reserve) source of law, while Sharia jurisprudence is considered a direct source of legal sources whose rulings are derived from its detailed evidence.
Isn't it time now, in light of technological developments, the world of information, and economic openness between countries and their peoples, that legal jurisprudence can be considered a direct source of private law - as it is also with regard to public law - through its contribution to its emergence and development?
The answer to this main question - which is at the same time the main problem in this study - will be through a comparative analytical approach and a research plan consisting - in addition to the introduction - of two chapters. The study will conclude with results and some recommendations, and finally it will be appended with a list of Arab and foreign references

المقدمة

كان يُنظر للفقه القانوني(الوضعي) – ومازال – على انه يعتبر مصدراً غير مباشر (احتياطي) للقانون ، في حين ان الفقه الشرعي يعتبر مصدراً مباشراً من المصادر الشرعية التي تستنبط احكامها من ادلتها التفصيلية .

ولكن الم يحن الوقت الان وفى ظل التطورات التكنولوجية وعالم المعلوماتية والانفتاح الاقتصادي بين الدول وشعوبها الى امكانية اعتبار الفقه القانوني مصدراً مباشراً للقانون الخاص حيث انه هو كذلك بالنسبة للقانون العام – من خلال مساهمته في نشأته وتطويره؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل الرئيسي – الذي يكون في نفس الوقت **الاشكالية الرئيسية** فيهذه الدراسة– ستكون من خلال **منهج تحليلي ومنهج مقارن وخطه بحث** تتكون – علاوة على المقدمة – من فصلين كالتالي: –

الفصل الاول: في مدى مساهمة الفقه في القانون الخاص.

المبحث الاول: ماهية الفقه.

المطلب الاول: ماهية الفقه (لغةً واصطلاحاً).

المطلب الثاني: انواع الفقه (القانوني – الشرعي).

المبحث الثاني: عن مهام الفقه في القانون الخاص وامثله على بعض الفقهاء

المطلب الاول: مكانة الفقه في القانون الخاص.

المطلب الثاني: امثله على مساهمة الفقه في القانون الخاص.

الفصل الثاني: في مساهمة الفقه في تطوير القانون الخاص.

المبحث الاول: انواع الملكة الفقهية والتفسير الفقهي للقانون الخاص وتحقيق الامن القانوني.

المطلب الاول: الملكة الفقهية القانونية والشرعية.

المطلب الثاني: التفسير الفقهي للقانون الخاص والامن القانوني.

المبحث الثاني: تعميم الفقه القانوني ونشره ودوره في تحقيق العدالة.

المطلب الاول: تعميم الاجتهاد الفقهي القانوني والمبادئ الفقهية.

المطلب الثاني: نشر الفقه القانوني ودوره في تحقيق العدالة.

الفصل الاول

مدى مساهمة الفقه في نشأة القانون الخاص

لمعالجة مساهمة الفقه في نشأة القانون الخاص يجب ان نعرف ما المقصود بالفقه والفقهاء أولا (مبحث اول)، ثم بيان ادواره (مبحث ثان) كالتالى :

المبحث الاول

ماهية الفقه

إن تحديد الماهية يتطلب أولاً: بيان مفهوم الفقه والفقهاء (مطلب أول) ، وأنواعه(مطلب ثان) كالتالي:-

المطلب الاول

ماهيه الفقه وتمييزه عن غيره (التشريع والقضاء)

يجب توضيح مفهوم الفقه والفقهاء (فرعأول) وتمييزه عن غيره بعد ذلك(فرع ثان)كالتالي :-

الفرع الاول

ماهية الفقه

1-تعريف الفقه لغة واصطلاحا:-

ا- **الفقه لغة** هو حسن أدراك الشيء والعلم به وفهمه بدقة وعمق([1])، وكذلك فهم الاحكام الدقيقة ، وهو أبعد غوراً من العلم والدليل على ذلك ما جاء فى القرآن الكريم من أن قوم شعيب عليه السلام كانوا يفهمون كلامة ، ولا يفقهونه حيث يقول الله تعالى فى كتابه العزيز " قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُول "(سورة هود الاية ٩١) .

والفقه بالمعنى العام هو " مجموعة مؤلفات فيها المؤلفين يشرحون ويفسرون القانون او رأى المؤلفين اللذين يكتبون فى مجال القانون وهدفه يرشد العمل او يساعد على تفسير الواقع . وهى حركة فكرية او هو القانون معلقا عليه او الحق فى التعليق والتوضيح والتفسير والتنقية والمحلل او يضع تراكيب الحياة القانونية . وهؤلاء المؤلفون قد يكونوا ممارسين او عمليين (قضاة او محامون او موثقون او قضاة مؤسسة) او اكاديميين (مثال المعلمين والباحثين) اوذوى الصفتين اناكاديمى ممارس او ممارس اكاديمى"([2]) .

([1]) الفقه لغة هو الفهم ،وفعلها فقه ، والمصدر فقه ، وتعنى فهم الشئ والعلم به بشكل كامل ومطلق او مخصوص بالامور والمسائل الدقيقة والعميقة وغير المفهومة او الغامضة لعامة الناس، وبغض النظر عن المعنى اللغوى للفقه فاصبح متعلقا بعلم الشريعة واستعماله غالبا فى الامور المتعلقة بالدين الاسلامى . .

([2])

ب- والفقه فالاصطلاح الشرعىهوالعلم بالاحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها الشرعية التفصيلية . **وبالنسبة للفقه الاسلامى** هو الفهم لكل ما جاء بالكلام بحرفيته وهذا معناه أن تتم معرفة الاحكام الشرعية وفهم معانيها ،فيكون مصدر كل حكم شرعى دليلا تفصيليا، والدليل هو الاستدلال والاسترشاد بالقرآن الكريم والسنة الشريفة والاجماع بما يتفق عليه العلماء والقياس ، جميعها أدلة وفى حالة عدم ايجاد نص يخص موضوع النزاع ولم يجد القاضى حكمافى الفقه الاسلامى عليه الرجوع لمبادئ الشريعة الاسلامية .

في الاصطلاح القانوني يقصد بالفقه " مجموع آراء وأفكار الاشخاص الذين كرسوا اوقاتهم لدراسة القانون[3] وشرحه وتفسيره وتحليله والتعليق علية وتقييمه ، وهم من يسمون بالفقهاء[4]،كما يقصد بالفقه مجموع الآراء التى يقول بها فقهاء القانون وشراحه عند شرحهم للقانون وتحليله وتأصيله وتفسيره ونقده فى مؤلفاتهم وابحاثهم أو فتاويهم ومحاضراتهم[5]"، وبالتالي فهم يحددون مضمون القانون ونطاق تطبيقه من حيث الزمان والمكان والموضوع والاشخاص المخاطبين به وكذلك الوقائع التى تنطبق عليه ، وموانع تطبيق القانون [6] .

(3) عدنان وآخرون، مرجع سابق ، ط ٢٠١٨ ، ص ١٤٠ .

(4) عبد الحميد عثمان الحفني ، المدخل فى دراسة العلوم القانونية ، الكتاب الثانى ، نظرية الحق ، ص ١٦٥ .

(5) عوض احمد الزغب ، المدخل لعلم القانون ، دار إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠، ص ١٤٩.

(6) قريب من المعنى ، انظر عدنان وآخرون ، مرجع سابق ، ط ٢٠١٨ ، ص ١٤٠ .واسم الفقه يعم جميع الشريعة التى من جملتها ما يتوصل به الى معرفة الله ووحدانيته وتقديسه وصفاته .

الفقهالقانوني هو مجموعة من الفقهاء الذين يقومون **بمهمة تدريس القانون وشرح مواده والتعليق على الاحكام القضائية**التى تطبقه وابداء آرائهم التى ليس لها سوى قيمة أدبية وليست إلزامية على المشرع أو القاضي ، ولكن دور الفقه له أهميته التى لا تنكرمن جميع القانونيين ، حيث لولا تقدم هؤلاء لما تقدم القانون وتطور، لانهم **يقومون بالتحليل لنصوص القانون ببيان مصدره ومقصده ومفهومة وبيان حقيقةالمطلوب منه كنص ، وكذلك يقومون بالتأصيل، وبالنقد** سواء بالنسبة لما جاء بالتشريع أو باحكام القضاء**وآخر ما يقومون به هو استنباط المبادئ العامة من قواعد تفصيلية واردة فى القانون أو احكام القضاء .**

وبالنسبة للفقه الاسلامى هو الفهم لكل ما جاء بالكلام بحرفيته وهذا معناه أن تتم معرفة الاحكام الشرعية وفهم معانيها،فيكون مصدر كل حكم شرعى دليلا تفصيليا، والدليل هو الاستدلال والاسترشاد بالقرآن الكريم والسنة الشريفة والاجماع بما يتفق عليه العلماء والقياس ،جميعها أدلة وفى حالة عدم ايجاد نص يخص موضوع النزاع ولم يجد القاضى حكمافى الفقه الاسلامى عليه الرجوع لمبادئ الشريعة الاسلامية .

والفقه هو مجموع الاعمال المكتوبة المكرسة لدراسة القانون ومؤلفيها ،والفقة هو ايضاًمجموعة الاعمال العلمية الصادرة من علماء القانون واشخاصةوالتى تتضمن اقوالهم وشرؤحهم وآرائهم الشفوية والمكتوبة ، وهى أعمال كثيره ومتعددة ومتنوعة جداً بحيث يكون من الاهمية بمكان على الشخص أن يختار طريقة مناسبة للتعامل معها والاستفادة منها[7].

(7) وائل احمد علام ، مناهج البحث القانونى ، كلية القانون ، جامعة الشارقة ، ١٤٣٣ هـ ، ٢٠١٢م ، ص ١٢٣.

كما يمكن تعريف الفقه من جانبنا بانه مجموع الاراء او النظريات ووجهات النظر المقدمة او المعطاة من الاساتذة والدارسين والباحثين فى القانون والقضاة والمحامين و والمستشارون والخبراء القانونيون او من غيرهم من المختصين فى القانون فهو رأيقوم على دراسة القانون او تدريسهويكون حول موقف القانون من مسألة معينة مطروحة عليه او الاراءالتى يقول بها فقهاء القانون بصدد شروحهم له وتفسيره ونقده فى مؤلفاتهم او كتبهم اووابحاثهم أو محاضراتهماو المجلات القانونية او التقارير او المذكرات او الموسوعات الفقهية او مداخلات فى مؤتمرات اوندوات او ورش عمل او طلب استشارة قانونية منه ، كما ان القضاء قد يتأثر برأى الفقه فى احكامه ، فهو دائما يعبر عن فن القانون .

٢ –اشكال العمل الفقهى :

يأخذ العمل الفقهى اشكالاً متعدده تتمثل فى الدراسات الشفوية والمكتوبة التى تلقى فى كليات الحقوق والقانون بالجامعات، وكتب أو مقالات دورية أو تقريرات علمية أو موسوعات أو مجلات علمية أو مؤتمرات أو الدراسات أو غير ذلك ، ويمكن أن يقوم بهذا العمل شخص واحد أو اكثر أو جماعة (مؤلفات فردية أو ثنائية أو جماعية).ويتجسد **عمل استاذ الجامعة فى كليات الحقوق او القانون او معاهدهفى:**

١ – شرح القانون ومحتواه وتطبيقاته فى مؤلفاته العامة والخاصة والمتخصصةوابحاثه ومقالاته.

٢ – تفسير القانون عند غموضهفى عمله التدريسى او البحثى او كمحامى.

٣ – استكمال النقص من خلال اجتهاده فى عمله القانونى.

٤ – الدور الاحتمالىالذى يعرف عنه بشكل افضل هو نقد القانون الواجب التطبيق

ان <u>عمل الاستاذالجامعالاكاديمى</u> يتركز فى المساهمةفى البناء القانونى أو التركيبة القانونية فى المجتمع ، والتعرف التلقائى على اللغة المستخدمة، والدراسة المقارنة والنقدية(التقييمية) له. فعمله اذن هو شرح وتعليق ومقارنة ونقد او تقييم .فى حين ان دور **<u>القاضىكفقيه</u>**([٨]) يتمثل فى اجتهاده القضائى عند اصدار احكامه المطبقه للقانون، وكذلك عند تأليف الكتب القانونية أوتدريسهفى كليات الحقوق او القانون **<u>.امادورالمحامى كفقيه</u>** فقد يكون مترافعا امام المحكمة فعليه الالمام بكافة فروع القانون واحكامه حتى يستطيع دراستها وتحليلها والتعقيب عليها فى مرافعاته الشفوية اومذكراتهالمكتوبة ، كما قد يكون مستشارا قانونيا او خبيرا فى القانون اوحتى مؤلفا قانونيامنخلال مؤلفات عامة او متخصصة او تطبيقية .

ونظراً لان الدساتيرالعربية فى معظمها تنص على حرية التعبير عن الرأى وحرية البحث العلمى(م ٢٣و٢٥ من الدستور المصربالحالى لعام ٢٠١٤)([٩]) ، فإن لكل شخص قانوناً –وفى إطاره الحق فى أن يبحث ويكتب ، وهذا يؤدى إلى وجود العديد

([٨]) استنادا الى حديث رسول الله صل الله عليه وسلم الى معاذ بن جبل حينما ولاه قاضيا فى اليمين وقال له فيما معناه بماذا تقضي ؟فقال بكتاب الله ،فقال له اذا لم تجد ؟ فقال بسنة رسول الله ، فقال له اذا لم تجد ؟،فقال له اجتهد برأى لا آلو ، فرد عليه رسول الله صل الله عليه وسلم الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يحبه رسول الله وفى رواية اخرى لما يرضى الله ورسوله .

([٩]) تنص المادة٢٣ من الدستور المصرى على ان" تكفل الدولة حرية البحث العلمى وتشجيع مؤسساته ، باعتباره وسيلة لتحقيق السيادة الوطنية ، وبناء اقتصاد المعرفة ، وترعى الباحثين والمخترعين، وتخصص له نسبة من الانفاق الحكوميلاتقل عن ١٪من الناتج القوميالاجمالى تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية ....."، وتنص المادة ٦٥ من ذات الدستور على ان " حرية الفكر والرأى مكفولة . ولكل انسان حق التعبير عن رأيه بالقول ،او بالكتابة ، او بالتصوير ،أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر ". وتنص المادة ٦٦ من نفس الدستور على ان " حرية البحث العلميمكفولة ، وتلتزم الدولة برعاية الباحثين والمخترعين وحماية ابتكاراتهم والعمل على تطبيقها .". ووفقا للمادة ٩٩ من ذات الدستور فان كل اعتداء على الحرية الشخصية او حرمة الحياة الخاصة للمواطنين ، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون ، جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وللمضرور اقامة الدعوى الجنائية بالطريق المباشر ."

من الكتب والمؤلفات والمقالات – والابحاث والرسائل– والماجستير والدكتوراةفى العلوم القانونية المختلفة .

٣–طرق التعبير عن الفقه (أى طرق التعبير التى يستخدمها الفقه):

نعرف أن القواعد القانونية الموضوعة مستخلصة من الأذون او التصريحات المختلفة ،و بعض السلطات (التشريعية – التنفيذية – المنظمات الدولية) تعد مباشرة القواعد القانونية التى من المفروض مراعاتها ، هذة هى التى تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية ذلك على سبيل المثال القانون ، اللوائح ، المعاهدات الدولية او الاتفاقيات الأوروبية ، والأخرى – الفقه – لا تكون بمثل هذة السلطة فهو يقتصر فقط على تفسير القواعد وتقتصر على الملائمة للفهم وتطور القانون[١٠] .

ويمكن ان نميز بين ثلاث فئات بالنسبة للاعمالالكتابية :

ا– **المؤلفات العامة** مخصصة في معظم الأحوال او في معظم المجلدات تعتبر فرعا من فروع القانون مثل القانون المدنى أو التجارى أو الجنائى او الاجراءات المدنية (المرافعات أو اصول المحاكمات المدنية أو المسطرة المدنية). علاوة علي **أعمال مختبرية** تكون شرحا للمصطلحات المتعلقة بالمادة مع الرؤية الجوهرية العملية ، كما توجد ايضاً ما يسمى ب **تريتات**اى مواد أو دراسات

١٠)يتبع الفقية عادة منهجا للتفكير العلمى القانوني تمثل فى الشعور بالمشكلة وتحديدها وجمع المعلومات ووضع الفروض واختيارها والاستنتاج واخيرا الوصول الى القاعدة أو الحل باسلوبمنطقى.

لذا يتمتع الفقيه القانونى بمهارات معينة تتمثل فى الملاحظة ، التسأول ، المقارنة ، التحليل ،التفسير ، تحديد مفصل النزاع، التصنيف للاستنتاج والتنبوء واخيرا التقييم .

متعمقة كالوسيط أو مجلدات تعمل على وضع المادة من خلال شرح متزامن ومبنى اى شرح تاصيلى او تحليلى.

ج- المؤلفات المتخصصة : تستند على موضوعات محددة تكون رسائل دكتوراه او دراسات قانونية او ابحاث لها غاية للاستعمال ومخصصة بالضرورة للعمليين والفنيين ، ثم الكتابات بونكتويل المرقمة تأخذ اشكال مقالات، دراسات، اعمده كرونيك – سجلات اواعمده والاكثر غالبية يكون حاليا يختص بيوميات قانونية او قضائية او الاشارة بنوته لاحكام القضاء.

٤-المدارس الفقهية :

توجد عدة نظمم ومدارس فقهية[١١] فى الحقل القانونى بتخصصاته المختلفة ، ويشكل كل نظام مدرسة فقهية مستقلة بذاتها ولها سمات معينة وتقوم على مفاهيم قانونية محددة .

والانظمة القانونية الرئيسية فى العالم هى :-

أولاً :- نظام الشريعة الاسلامية الذى يعتمد على مصادر الشريعة المختلفة والمتعددة والتى منها القرآن – الذى تضمن مبادئ كلية وأحكاماً عامة – والسنه والاجماع والقياس ، وقول الصحابة والمصالح المرسلة وباب سد الذرائع وغيرها من المصادر ، وفى اطار الشريعة الاسلامية نشأت مدارس ونظريات فقهية عديدة والتى على رأسها المذاهبالاربعة (الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية) ومن هذه الزاوية يعتبر الفقه الاسلامى مصدراً رسمياً فى الشريعة الاسلامية حيث قامت هذه المدارس أو

(١١) انظر عبد اللطيف القرني مقاله بعنوان خلفيه المذاهب الفقهيه بين التبرد و المؤثرات الخارجيه في النت في يوم ٢ نوفمبر ٢٠١٣

المذاهب الاربعة بدور رئيسفى وضع أصول الفقه الإسلامي وفروعه وساهمت ولعبت دوراً كبيراً فى وضع التفاصيل والاحكام الشرعية.

وتعد الشريعة الاسلامية من اهم مصادر التشريع الوضعفى كل البلاد الاسلامية – عربية أو غير عربية – بل فى بعضها تعتبر المصدر الرئيسللتشريع ، كما جاء فى دساتيرها ، وفى البعض الاخر تعتبر مصدر من مصادر تطوير التشريعات الاسلامية والعربية [12] والغربية [13].

ثانيا :نظام القانون المدنى (Thecivil law)–أو كما يطلق علية النظام اللاتينى– الذى يقوم على التشريعات والتقنيات المكتوبة وهى التى يقوم القاضى بتطبيق القانون المكتوب ولا يوجده ، وفى هذا النظام يقوم الفقه على دراسة النظريات أولاً ، ثم يتبع ذلك بالتطبيقات القضائية والممارسات والامثلة ، وهذا النظام يعتبر أكثر شيوعاً من غيره فى معظم الدول الاوروبية (فرنسا – ايطاليا وغيرها) وبعض الدول العربية (مصر و بعض الدول العربية الاخرى مثل الكويت والعراق وسوريا وفلسطين وليبيا وغيرها) التى استقت معظم قوانينها علاوة على النظام الاسلامى من هذا النظام اللاتينى .

ثالثاً :– نظام القانون العام (the common law)–أو كمايطلقون عليه نظام الانجلو امريكي– (امريكا وانجلترا وغيرها من الدول الغربية التى تتبنى هذا النظام

(12) فوزى سالم صالح أوليطى ، تطور الفقه الاسلامى وتأثيره على القوانين المعاصرة ، مجلة العلوم الشرعية والقانونية ، جامعه المرقب ، كلية القانون بالخمسي ، ع ٢ ، طبعة ٢٠١٨ ، ص ٧ : ٢٦ ، المنظومة ص ١٠ وما يليها ، وص ١٣ وما يليها (اثر الفقه الاسلامىعى التشريعات الغربية الحديثة).

(13) بن قره حمزه ، أثر الفقه المالكىفى القانون المدنى الفرنسي – العقد نموذجا – رسالة دكتوراه فى القانون الخاص ، عام ٢٠١٦/٧/٢٠ ، جامعة ابو بكر للقايد – تلمسان– الجزائر .

، وفى هذا النظام يلعب القضاء دورا كبيراً من خلال السوابق القضائية (TheCase law) حيث ينشأ القاضى القانون ويطبقة – ومن باب أولى يطوره – لذا يسمى قانون من صنع القضاة (judge made Law) [14]ويوجد تطبيق بهذا النظام فى بعض البلاد العربية مثل السودان ،ويعتمد الفقه فى هذا النظام أساساً على التطبيقات القضائية والممارسات والاعراف .

٥- النظريات والقواعد الفقهية :

ساهم الفقه فى تطور القانون من خلال وضع نظريات اساسية وقواعد كلية تعمل على حل المشاكل القانونية . لذا يلزم على القانوني ان يوجه تفكيره الى الفهم الجيد بهذه النظريات الفقهية الاساسية والقواعد الفقهية الكلية لذا استطاع الفقه القانونى أن ينشأ نظريات مختلفة فى القانون وفقاً لفروعة المختلفة ، من ذلك الحيل القانونية التىهى الوصول الى نتيجة معينة لم يكن تحققها ممكناً إذا استخدمت القواعد القانونية منها على سبيل المثال افتراض الجنين (الحمل المستكن) قد ولد حياً وقت وفاه مورثه ، وذلك حتى يحصل على نصيبه من التركة وذلك على الرغم من أن الشخص تثبت له الشخصيه القانونية بمجرد ولادته حياً ، كذلك اللجوء الى القرائن كطريقة غير مباشرة للاثبات ، حيث بدلاً من اثبات الواقعة المراد اثباتها يتم اثبات واقعة متحققه وذات صلة قوية بالواقعه المراد اثباتها . فعلى سبيل المثال اثبات أن شخصاً كان الانسان الوحيد المتواجد بمسرح الجريمه ، وكانت ملابسه متسخة بدم القتيل ، وهو قرينه على انه مرتكب الجريمة .

كما استطاع الفقه أن يضع عدداً من القواعد الفقهية الكلية التى تصلح العديد من المسائل جاء معظمها مقنناً فى قانون المعاملات المدنية الاماراتى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته ، وذلك فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى (احكام عامة) ،

(14)وائل علام ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ .

تحت عنوان " بعض قواعد الاصول الفقهية التفسيريةفى المواد من ٢٩ الى ٧٠ منه " والبعض الآخر جاء فى قوانين متفرقه [15].

٦- مصادر الفقه القانونى :-

الفقيه القانونى يستقى معلوماته القانونية ومعارفه وتكوينه من عده مصادر كالتالى :

أ- **النصوص التشريعية**(اتفاقيات دولية ودستور وقوانين عادية اجرائية وموضوعية ولوائح وقرارات وزارية وتعليمات إدارية :- يستطيع الفقيه الرجوع إليها والاطلاع عليها وقراءاتها وفهمها وتحليلها وتفسيرها والاستعانه بها فى إنشاء ملكته القانونية موضع التطبيقخصوصاً إذا كان سيشترك فى صياغتها فيجب أن يكون ملماً إلماماً تاماً بقواعد الصياغة [16]فيها .

ب-الاحكام القضائية :

يجب على الفقيه الاطلاع عليها وقرائتها جيداً وفهمها وتحليلها وتقيمها جيداً والاستعانه دائماً فى عمله بأحكام القضاء خصوصاً من المحاكم العليا فى الدولة واذا كان الفقيه ممارساً كالقاضى فعليه أن يتبع طرق الاستدلال من استنباط واستقراء وقياس فى تكوينه لحكمة .

ج – مؤتمرات وندوات علمية [17] :

---

(15)كما جاء بعضها فى مجلة الاحكام العدلية التى ما زالت مطبقة احكامها فى دولة فلسطين ، وانظر ما سيلى ص

(16)عبد اللطيف القرنى ، التعريفات وتماسك النص القانونى ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية فى ١٨ / ٩ / ٢٠١٤ ، النت ، (اليوتيوب)

(17)يسري رياض يونس ، الارتقاء فى الملكة القانونية علمياً وعملياً ، فى ٣٠ /٥ / ٢٠٢١ (النت) .

حيث أن السؤال هو استفزاز للمعرفة ويمكن طرحة فى الندوات أو الموتمرات أو فى الابحاث والرسائل حيث من خلالة يستطيع الفقيه التوصل الى حقيقة الامور او الاشياء وبالتعايش يتضح كذلك البيان لذا لا يتردد صاحبها فى طرح أى نقاش قانونى مع زملائه أو مع القضاه أو المحامين أو مع غيرهم من المشتغلين بالقانون .

د- المؤلفات والمقالات والابحاث القانونية :

هالتى تؤسس الملكة القانونية لدى الفقيه ، كما انها تكتب من فقهاء وعلماء أكلاديميين وباحثين ومؤلفين فى المجالات القانونية المختلفة يقطع ابنظر عن معنى تطبيقها من عدمه .

يقوم الفقيه دوماً بإعداد الابحاثالقانونية في مجال تخصصه الدقيقلذلك عليه الالمام بادوات ومصادر البحث العلمىالقانونيلانهاتغيرت من تقليديةإلىالكترونية ، كما أن عالمالمعلوماتية والانفتاح والعولمة والتقدم التكنولوجبوالذكاء الاصطناعي كل ذلك بسط واقتصر الوقت والجهد فى الحصول على قيمة المعلومات والمعرفة اللازمة للموضوع القانونى بشكل سريع.

هـ- إدارة المعرفة :

يقصد بها تنمية المعلومات والمعارف التى تخزن فى ذهن أو عقل الفقيه مع الاستعداد والموهبة والذكاء فى إدارتها من خلال معرفة " طرق الرجوع عليها والبحث عنها بشكل مستمر ودائم.

وأن ادوات تكوين الفقه يتجسد فىمعرفة اللغات (عربية واجنبية) والالمام بالنصوص التشريعية والاحكام القضائية والاتجاهات الفقهية المختلفة ، والاطلاع على المؤلفات والكتب الفقهية والابحاث والرسائل وكذلك اتقان الوسائل التكنولوجية الحديثة والتعامل مع الذكاء الاصطناعى .

ز- الاستعانة بطرق الاستدلال فى عمله او ابداء الرأىالقانونى المطلوب منه:

حينما يطلب من الفقيه ابداء رأى قانونىفى مساله ما أو تصرف قانونيمعين او اسلوب ما يستعين فى عمله بطرق الاستدلال إلتنقد تكون الاستنباط او الاستقراء أو القياس.

ز – ابداء الاراء والفتاوي والاستشارات القانونية.

٧– مهارات تمتع الفقيه بالملكة القانونية (١٨):–

ومن مهارات تحققالملكهالقانونيهلدى الفقيه هى:

أ– مهارة الفهم والنظر القانونىب– مهارة التحليل القانونى

ج – مهارة التفسير القانونى د– مهارة الصياغة القانونية

هـ – مهارة الاستدلال القانونى(المحاججه القانونية)

و – مهارة الاستنباط القانونى ز– مهارة التكيف القانونى

ى– مهارة ان الاستقراء والقياسالقانونى .

٨– القيمة القانونية لعمل الفقه :

الفقه ليست له قوة القانون بل هو مجرد رأى كاتب يعطى فى موضوع ما ، وهو غير ملزم للمشرع او للقاضى حتى ولو كان اشهرهم واميزهم ، ولكن يمكن مع ذلك ان يؤثر على المشرع باقتراح الحلول او على القضاة فى السوابق القضائية ، ومن ثم يمكن للبرلمان ان يتتبع الفكرة التى يتبناها الاستاذ او الفقيه وعلى ذلك فاذا

(١٨) عبد اللطيف القرني ، مهارات تنمية الملكة القانونية (الجزء الأول) ، جريدة العرب الأقتصادية الدولية اليوتيوب في ٢٠٢٣/١/٦.

كان الفقه ليس مصدرا رسميا للقانون ولكن فى المقابل هو مصدر للقانون بطريقة غير مباشرة .

الفرع الثانى

تمييز الفقه عن التشريع والقضاء

أولاً :- تمييز الفقه عن التشريع :

يجب أننميزالفقه عن التشريع فأن الاخير يصدر من السلطة التشريعية باعتبارها احدى سلطاتالدولة ،فى شكل قانونى عادى أو يصدر من الشعب مباشرة فى شكل دستور " تشريع اساسي " أو يصدر من السلطة التنفيذية فى الدولة(الحكومة)فشكل لوائح .

ويتسم التشريع في قواعده القانونية العامة (والمجردة والمقترنة بجزاء) ، والتشريع العادى يصدرمن السلطة التشريعية فى الدولة،ويتضمن قواعد آمره وقواعد مكلمة ويتسم التشريع بصفة الالزام أى واجب التطبيق علىالمخاطبين به ، كما يعتبر التشريع المصدر الرسمي المباشر الواجب التطبيق من قاضى الدولة التي تنتمى إلى النظام اللاتينى.

اما الفقه فهو يتكون من اشخاص طبيعية – ولا يعتبر سلطة عامة من سلطات الدولة – تتولى شرح التشريعات وتفسيرها، ويلعب الفقه دوراً فى نشأة بعضالقوانين فالدولة،وكذلكفى تطويرها. ومن ثم فهو مصدر تفسيرللقانون ايضاً [19]،ومن هذه الزاوية يعتبر مصدراً غير مباشر للقانون أمصدراً احتياطياً له.

(19)كما يوجد التفسير التشريعى الذى يصدرعن المشرع نفسه وإما من سلطة مفوضة منه في ذلك تفويضاً عاماً أو خاصاً ويطلق على القانون الغامض القديم المفسرويطلق على القانون الجديد اسم القانون المفسر (او التفسيرى) ، حسين كيره ، المدخل الى القانون ، منشاة المعارف الاسكندرية ، ط ١٩٧١ ، ص

والاراءالفقهية تكون عادة ليست ملزمة للمشرع ،ولكن قبل صدور القانون تكون لها دور فى اعداد المشاريع او المسودات القانونية او الاشتراك فى اعماله التحضيرية امام البرلمان ، و كذلك قد يشترك الفقهفى اعداد مسودة لائحته التفسيرية أو الإيضاحية، كما أن الفقه يمكن أن يضع للمشرع تصورات او افتراضات قد تحدثفى المستقبل مما يجعل المشرع يتنبه لها ويضع لها قواعد قانونية بصيغة مرنة.

ثانياً :- تمييز الفقه عن القضاء:

يتميز الفقه عن القضاء فى أن الاخير يشكل سلطة عامة من سلطات الدولة ويباشرها القضاة بالمحاكم وهى سلطة تتولى تطبيق القانون علىالقضايا المطروحة عليها في شكل احكام أو اوامر،وهى قرارات قضائية ملزمة لطرفىالقضية إن كانتفشكلاحكامبعكس الاوامر، وتتمتع الاحكام الموضوعيةبمجرد صدورهابقوة الزامية من ناحية إذا كانتاحكاماً إلزامية ، وكذلك تتمتع بحجية الأمرالمقضىبمجرد صدورها وهى لاتسرى الا على اطرافها .ويلعب القضاء دوراًمهماً في تفسير القوانين و يساهم من هذه الزاوية في تطويرها[20].فهو إذن يساعد القاضىفى تفسير القانون

٣٩٨ ، كما يوجد ايضاً التفسير الادارى الذى تقوم به جهة الادارة (السلطة التنفيذية) ، عدنان سرحان وعلى السيد قاسم وآخرين ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

(20) إذا كان القضاء مصدراً تفسرياً للقانون ، فإن ذلك لا يعنى خلوه من الاهمية ذلك أن القضاء هو الذى يظهر حكم القانون مجسماً فى الواقع ، فيبعث فيه الحياه ، وتكييف ما يحدث فى المجتمع من وقائع تجعل القانون ينمو ويتطور وتتخذ مبادئه ومفاهيمه على اساس عملى ، عبد الناصر توفيق العطار ، المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعه الاسلامية ١٩٧٩ ، ص ٢٨٤ ، وعدنان وآخرون ، مرجع سابق ، ط ٢٠١٨ ، ص ١٤٠ ، مصطفى محمد الجمال ، وعبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون

وإجلاء غموضه وكيفية تلافى النقص فيه، إذ كثيراً ما يتأثر القاضىبآراء الفقهاء ويستشهد بها فى احكامه .

اما الفقه يعاون السلطة القضائية فى ادائها لعملها حيث يساعدها فى تفسير وتوضيح النصوص القانونية والتعليق عليها متى كانت غامضة ومن هذه الزاوية فهو يتشابة مع عملالقاضي في تفسير القوانين،ويعتبر كل منهما مصدراًاحتياطياً أو تفسيرياً للقانون هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يقوم الفقه بالتعليقعلى الاحكام القضائية من خلال تحليلها علمياً وبيان مدى تطبيقها لصحيح القانون من عدمة. ولكن القضاء قد يساهم بشكل اكبر من الفقه في نشأة القانونوتطوره خصوصاًالمدنى[21]، و ضوابط الاجتهاد القضائيتتجسد فى مراعاة حكمة التشريع وطبيعة النصوص [22] .

المطلب الثاني

، دار النهضة العرلبة ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢١٧ ، وص ٢١٣ وما يليها، انظر عبد اللطيف القرني المبادئ القضائية بين التغيير والتبديل مقالة بالنت في يوم ٩ اكتوبر ٢٠١٤

(21)محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدنى " الواقعية القانونية" ، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – العدد ٤– السنة السابعة – العدد التسلسلي ٢٨ – ربيع الاخر – جماد الاول ١٤٤١هـ – ديسمبر ٢٠١٩ م ، ص ١١٧ : ١٨٠ ، خصوصاً ١٣٥ ،١٤٧ وما يليها

(22)حيدر فليح حسن ، زينه عبد الحكم عبد الرضا ، الاجتهاد القضائى وضوابطه دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بغداد ، عدد خاص ، الجزء الثالث المجلد ٣٦ / كانون الاول / ٢٠٢١ خصوصاً ص ٧٨٥ وما يليها .

انوع الفقه (القانونى – الشرعي)

يتقسم الفقه إلى فقه قانونى(فرع اول) وفقه شرعى (فرع ثاني):

الفرع الاول

الفقه القانوني

ا– تعريف الفقه القانوني:

المقصود من الفقه القانونى هو الفقه الذى يشرح و يتعمق و يحلل ويقيم القانونالوضعى [23] الانساني الذي وضعه البشر لحياته عن طريق المجالس النيابية أو البرلمانية ، عكس الفقه الشرعى الذي ينصب دراسته على القانون الألهى الذى وضعه الله تعالى (الشارع)لينظم الكون عن طريقالوحى لفظاً ومعنى (القرآن والاحاديث القدسية)أو معناً ولكنيلتقط من الرسول عليه الصلاة وأفصل تسليم أىالسنةوغيرها من مصادرالشريعة الاسلامية الاخرى ، ويهتم الفقه القانونى بعلوم القانون المختلفة سواء أكانت تنتمى للقانونالموضوعى(العام أو الخاص) أو للقانون الاجرائى أو الشكلى أو ينتمىللنظام اللاتينى أو الانجلو سكسونى ، او القانونالاسلامى، وسواء تعلق الامر بالفقه القانوني الغربي و الفقه القانونالشرقى، وسواء تعلق الامر بالفقه الأجنبى، أو بالفقه العربى أو بالفقه الاسلامى[٢٤] ، ويهتم

(23)هومجموعة القواعد القانونية التى تشكل النظام القانونى في الدولة، عاطف سعدى محمد على ، مهارات استخدام اللغة القانونية في محال التشريع والافتاء القانونى ، ط ٢٠١٧ ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، ص٥٣.

(٢٤) انظر عبد اللطيف القرني مقاله بالنت بعنوان الجمع بين فقه الشريعهالاسلاميه والقانون في يوم ٧ مارس ٢٠١٢

بهذه العلوم سواء منخلال القيامبتدريسها و شرحها وتفسيرها أو من خلال التأليف فيها أومن خلال تقيمها ويطلق على من ينتمي إلى هذا النوع من الاشخاص فقهاء القانون.

ويتمتع فقهاء القانون بالالمام بكافة فروعه المختلفة سواء اكان قانوناًموضوعياًاواجرائياً ،وكذلك بالعلوم والمعارف والمبادئ التشريعية والقضائية و التحكمية وباحكام الفقه الاسلامى والاعراف والعادات والتقاليد، وباللغات المختلفة عربية [25] أو أجنبية فى مجال القانون . ويجب ان يكون الفقهاء لديهم الحد الادنى من المعلوماتفى معظم العلوم كالمنطق وعلم النفس والعلوم الكميائيةأو الطبية والهندسية وغيرها ، والفنون والمهن والمعارف المختلفة واكتساب الخبرة ووسعة الاطلاع[26] .

كما يجب ان يكونوا ملمين بوسائل التقدم التكنولوجيالحديث والقدرة على استخدام تطبيقاتها، وأن يكون ملماً بالعلوم الإنسانية الأخرى[27]،كمايعمل بصفة مستمرة على تنمية مهاراته القانونية من خلال الاشتراك فى الندوات والموتمرات القانونية وورش العمل أو غيرها ، ويجب الاستفادة من الدراسات القانونية المقارنة من حيث الانظمة أو القوانين المقارنة وتنحصر مقومات الملكة الفقهية الوصفية أو القانونية فى

(25)اياد عبد المجيدابراهيم ، مهارات الاتصال في اللغة العربية، الوراق للنشر والتوزيع ، بدون سنة نشر، ص ٦٣.

(26) سيد احمد محمود ، دور المرافعة والمحامىفى المنظومة القضائية ، دار الفكر والقانون ، ط ٢٠١٥ ، ص ١٧ وما يليها ، ويجب عليهم الاطلاع على الاحكام القضائية و المجلات القانونية المختلفة والأبحاث القانونية متمثلة في رسائل ماجستير او دكتوراة او مقالات او غيرها .

(27)من علم الاجتماع والفلسفة والنفس والمنطق الصوري وغير الصوربوالقياس ، محمد سلال العاني ، الانظمة القانونية ، جامعة الشارقة ، ط ٢٠١٩ ، ص ٥ .

الاستعداد الشخصوالعقلى والاستعداد الحاذقوالقدرة ، والمنهجية العلمية والقراءة القانونية النقدية (النقد القانونى) ، والخبره والممارسة العلمية [28] .

ب- مهام الفقه القانوني

تتعدد مهام الفقه بالنسبة للقانون كالتالى :

أ-تدريس القانون او التعليق عليه او تقييمه حيث يمكن ان يكون الفقيه استاذاً او دارساً للقانون او باحثاً فيه او محامياً او قاضياً او خبيراًاو مستشاراً في القانون باعطاء رايه في شكل مؤلفات عامة او متخصصة او خاصة او مقالات منشورة في مجلات او تعليقات علي احكام قضائية.

ب- قد يكون الفقيه مشاركاً في لجان لتعديل القوانين علي مستوى الدولة او اختياره عضواً في البرلمان او اشتراكة في لجان صياغة القوانين علي مستوي او باقتراحمسودة او مشاريع القوانين للجهة المختصة (وزارة العدل) ، ومن ثم فهو يساهم بطريق غير مباشر في نشأة القانون([٢٩]).

ج- قد يعمل الفقيه علي تفسير القانون ونصوصة([٣٠])فى حالة غموضه أو نقصانه أو تعارضه أو انعدام وجوده فى المسألة المعروضة عليه ،ومن ثم فهو

---

(28)عبد اللطيف القرني – الملكة الفقهية القانونية ،جريده الدب الاقتصادية الدولية في ١٨/٥/ ٢٠١١، والقراءة القانونية ، فى ٢٠١٥/٣/٢٤ ،نفس الجريدة .

(٢٩)عدنان سرحان واخرون ، المدخل الي علم القانون ،ط ٢٠١٨ جامعة الشارقة ، ص ١١٢.

(٣٠) عدنان سرحان واخرون ، المدخل الي علم القانون ،ط ٢٠١٨ جامعة الشارقة ، ص ١١٢ ، وانظر كذلك دور التشريع والفقة والاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، ٢٣ نوفمبر ٢٠٢١ ، الجزائر ،

يساهم من هذا المنطلق في تطوير القانون حيث ان التفسير الفقهي ([٣١]) هو ما يصدر عن فقهاء القانون – رجالاً ونساء – في مؤلفاتهم وابحاثهم العلمية وتقتصر مهمتهم علي استخلاص حكم القانون الذي يهدف اليه المشرع ، وان كان يغلب عليه الطابع النظري دون العملي اي يطغي المنطق القانوني علي الاعتبارات الواقعية ، ومن ثم فهو غير ملزم للمحاكم مهما كان قدر الفقية الذي صدر عنه التفسير ، ولكن عملاً يحدث التعاون المتبادل بينهما حيث يكون التفسير الفقهي من عناصر استئناس القاضي في تفسيره للنصوص وكثيراً ما تتاثر المحاكم بتفسيرات الفقه ([٣٢]) .

مجلس الدولة majlese
dawla@anjustice.dz.

(٣١)التفسير الفقهي هو الجهد الذي يبذله شراح القانون والفقهاء في تفسير النصوص التشريعية وقرارات القضاء وتحليلها والتعليق عليها وانتقادها ويعتمدون في ذلك علي المنطق القانوني السليم ومايترتب عليه دون نظر الي النتائج العملية اللتي يؤدي اليها تطبيق التشريع علي الحالات الواقعية حيث ان الفقة لا تعرض علية مثل هذه الحالات بل تفسيره هو غاية في حد ذاته وليس وسيلة وبالتالي فهو يغلب عليه الطابع النظري (التصوري والمستقبلي) وان كان الفقة الحديث حاليا يراعي بقدر الامكان ان يصوغ تفسيره بشكل لا يتعدي عن واقع الحياه الاجتماعية سواء كان يشهدها بنفسه او كان يستخلصها من احكام القضاء ومن حصيلة جهد هؤلاء الفقهاء تتكون الاتجاهات الفقهية التي تكون خير معين للقاضي في تكوين ارائه او مراجعتها وخير معين للمشرع في تعديل القواعد التشريعية وتطورها بشكل يتمشي مع الظروف المتجددة في المجتمع.

(٣٢) عدنان سرحان وآخرون ، مرجع سابق ، ص ١١٤

د- قد يعمل محاميا في القطاع الخاص او العام .

ة- وقد يعمل قاضيا بمحاكم الدولة سواء فى القضاء العادى او الادارى .

الفرع الثانى

الفقه الشرعي

المقصود من الفقه الشرعي هو المذاهب الرئيسية الأربعة (ابو حنيفة والشافعية والمالكية والحنابلة). ويعتبر الفقه الشرعى ممثلاً فيمذاهبه الاربعةالرئيسية غرس الله الدين بغرسهم في الامة الاسلامية لضبط سيرتها ووضع السياسة الشرعية العامة التتوجه طريقها إلى الحياة.

ويعتبر الفقه الاسلامى احد مصادر الشريعة الاسلامية الجوهرية ولقد لعب وما هما مصدران أساسيان فيها بما ,يزال دوراً عظيما فيها لان القرأن والسنة تضمنتهما من مبادئ كلية وقواعد عامة وحيث قام فقهاء الشريعة ببيان مجال وشروط تطبيق تلك المبادئ والقواعد والاحكام علي الوقائع المختلفة وذلك عن طريق الاجماع والقياس اللذين يعتبران خلاصة اجتهادهم وعمادة ارائهم .

المبحث الثانى

عن مهام الفقه في القانون الخاص وامثله على بعض الفقهاء

نتناول أدوار الفقه فى نشأة القانون الخاص(مطلب أول)، ثم رواد الفقه المصري العربي (مطلب ثانى) .

المطلب الاول

مكانة الفقه في القانون الخاص

نتناول التطور التاريخى لدور الفقه فى نشأة القانون الخاص(فرع أول) ، ثم أدوار الفقه فى القانون الخاص حديثاً (فرع ثانى) .

الفرع الاول

التطور التاريخى لدور الفقه فى القانون [33]

قديماً يعتبر الفقه مصدراً رسمياً للقانون حيث لجأ الناس الى طلب إفتاء الفقهاء كما أخذ القضاء بأقوالهم وآرائهم، **ففى القانون الرومانى** لعب الفقة دوراً رئيسياً فى تقدمه وتطوره وتحولة من قانون يحكم مدينة صغيره إلى قاتون يحكم إمبراطورية واسعة شملت حوض البحر المتوسط و كثيراً من البلاد الاوربية[34]،ومن أشهر الفقهاء الرومانيين نجد بابيتيان، رجايوسوايلييان وبول و مود ستان، ومن بعدهم جاء جستنيان الذى جمع فتاوى هؤلاء الفقهاء الخمس ووضعها في المجموعات التى اشتهرت باسم مجموعة جستنيان " وهى عبارة عن احكام القانون مستقاة من كتابات فقهاء العصر العلمى[35] ' ، ولقد كان للفقه اثراً واضحاً فى نشأة القانون الفرنسي القديم وتطوره بل

(33) انظر عدنان سرحان و آخرون ، ط ٢٠١٨ ، ص ١٤٠ وما يليها .

(34) عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٢٣٧ ، فقرة ١٦٤ .

(35) عدنان سرحان ، و آخرون مرجع سابق ، ص ١٤١ .

أن عمل الفقهاء ساعد كثيراً في توحيد القانون فى فرنسا فى أواخر عهد القانون الفرنسي القديم ومهد بذلك السبيل لاصدار مجموعة نابليون .

كما يهدف بحثنا الي السعي الي اعتبار الفقه مصدراً فعالاً ومؤثراً في نشأه اللقانون.

كما ان **الفقه الاسلامى** لعب وما يزال للأن دوراً هاماً فى الشريعة الاسلامية– وان اختلف من عصر الى آخر –والتى من بين مصادرها الكتاب والسنة والاجماع وهذا الاخير يعد مصدراً من مصادر القانون ،دليلاً على الاحكام الشرعية، فاذا عرضت واقعة رجع إلى القرآن فإن وجد حكمها فيه وجب الأخذ به وإلا ننظر للسنة وإن لم يجد ذهب إلى الاجماع ،فإذا اجمع المجتهدون فى عصر من العصور على حكم معين وجب الاخذ به لانه يعد اتفاقاً بينهم ومن ثم يعد حكماً شرعياً ملزماً للقضاة وللمفتين في الأمور الشرعية[36].

اما فى العصر الحالى فلميعد الفقه القانوني([٣٧]) مصدراً رسمياً للقانون الذى يلتزم القاضىباحكامه، ولكن يعد مصدراً غير مباشر له اى تكميلياً أو احتياطياً أو تفسيرياً له نظرا لما يقوم به الفقه من تحليل وتأصيل وتطوير لقواعده[38].فهو مصدر تفسيرى للقانون ومعلق على احكام القضاء ، ومهما بلغت درجة الفقيه العلمية فان آراءه ليست ملزمة للمشرع وللقاضى.

---

(36) عبد الحميد عثمان الحفنى ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ ، عدنان سرحان و آخرون ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

([٣٧])انظر عبد اللطيف القرني الفقه القانوني بين النظرية والتطبيق رؤيه تحليليهمقالة في النت في يوم ٢٣ يوليو ٢٠١٤ ، و لنفس المؤلف مقالة اخري بعنوان التفكير الفقهي النقضي في ٢ يوليو ٢٠١٤ و كذلك مقالة اخري بعنوان دراسة الفقه بين كتبه و القانون في٢٥ مارس ٢٠١٤

(38) عدنان و آخرون ، مرجع سابق ، ص ١٤١ ، و انظر ما سيلى ، ص

وعلى غرار الفقه ودوره في الشرائع المدنية، فان الفقه في القانون الإماراتي يعتبر مصدراً تفسيرياً له ،وليس ملزماً للمشرع أو للقاضى وإنما يمكنهما الاستئناس برأيه و الدليل على ذلك أن المادة الاولى من قانون المعاملات المدنية الاماراتى لم تذكرة من بين المصادر الرسمية للقانون .

كما اكد المشرع الاماراتي في المادة الثانية من ذات القانون علي ان "يرجع في فهم النص و تفسيره و تآويله الى قواعد و اصل الفقه الاسلامي"،كما اورد في المواد من ٢٩ الي ٧٠ جملة من قواعد الاصول الفقهية التفسيرية التي يجب علي القاضي اعتمادها في فهم و تفسير النصوص عند الحاجة([٣٩]).

الفرع الثانى

امثله على مساهمة الفقه في القانون الخاص

لا يعتبر الفقه حديثاً مصدراً رسمياً للقانون ومن ثم لا يلتزم القاضى بالاخذ به ولكن يعتبر مصدراً تحليلياً وتفسرياً وتأصلياً وتطويرياً له [40]كالتالى :-

اولاً :- الفقه مصدر تحليلى وتفسيرى :

يقوم الفقه عادة بدراسة القانون للتعرف على مداه الحقيقي لنصوصه وذلك فى ضوء الأعمال التحضيرية وهى المناقشات التى تثبت فى محاضر أثناء تداول المشروع النهائى في مجلس النواب او المجلس الوطنبين اعضائه وبالتالىفهى أعمال تسجيل

([٣٩])عدنان و آخرون ، مرجع سابق ، ص ١١٤.
(40) عدنان و آخرون ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

قبل التصديق او اعتماد القانون من المجلس – وقد يشترك بعض الفقهاء فهذة المناقشات التحضيرية – ، و يقوم الفقة كذلك بدارسة و فهم[٤١]وتحليل معانى النصوص القانونية ويوضح نطاقها من حيث الاشخاص والموضوع و الزمان والمكان لها وشروط تطبيقها والرجوع أيضاً في هذا الصدد الى المذكرات التفسيرية أو التوضيحية للقانون، ويتناول الفقه ازاء ذلك ما تثيرههذه النصوص من مشاكل فى التطبيق وكيفية التغلب عليها.

ويعتبر الفقه مفسراً للقانون[42] حيث يقوم بتحديد المعنى الحقيقي لمحتوى النص التشريعى وذلك تمهيداً لتطبيقها على الحالات الواقعية التى يمكن أن تطبق عليها[43] ومن ثم فهو المرجع الذى يساعد على تحليلة غموض القاعدة القانونية وتوضيح ما فيها من ابهام [44] وإحتمالية وجود أكثر من معنى فى النص لذا يثار التسأول حول المعنى الحقيقى الذي قصدة المشرع من وضعة ، ومن ثم ما يتم توضيح النقض في

(٤١) انظر عبد اللطيف القرني فهم نصوص القانونيه مقاله في النت في يوم ٢٧ اغسطس ٢٠١٥

(42) التفسير الفقهى للقانون هو الذى يتولاه فقهاء القانون (أى المشتغلين بالقانون والمهتمين به) مثل اساتذة القانون وغيرهم وذلك فى مؤلفاتهم وابحاثهم التى تهدف إلى شرح القانون بالمعنى الواسع ، انظر سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٧٤٨ .

(43) محمد صبربالسعدى ، تفسير النصوص فى القانون والشريعه الاسلامية ، دار الكتاب ، ١٩٧٩ ، ص ٢٣ .

(44) عباس الصراف وجورج ضريون ، المدخل الى علم القانون ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٨١ .

التفسير ليس القياس لانه لغة هو الكشف أو البيان ، وفى الاصطلاح هو الشرح والتوضيح لمعنى النص القانونى ، محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشئون الدينية ، ط ١٩٧٩ ، ص ٥٦ .

أحكام القانون والتوفيق بين اجزائه المتناقضة[45] وتتجسد طرق التفسير فى نصوص القانون[46] فى حالة وجود :-

١- نص واضح أى النص يدل بذات صيغته (دلالة منطوقة) اىعبارة أو إشارة أو اقتضاء أو مفهوم أى القياس بالموافقة أو بالمخالفة على المراد منه من غير توقف على أمر خارجى ويجب على القاضى تطبيقه كما هو ولا يستطيع أن يعدل عن الحكم الوارد به .

٢- نص معيب أى وجود خطأ أى يضيع المشرع لفظاً مكان آخر أو يفضل وضع لفظ كان ينبغى وضعه أونقص او وجود تعارض أو تناقض بين النصوص المختلفة أو المتساوية فقوتها .

٣- فى حالة عدم وجود نص يفرق بين القانون الجنائى عدم اعمال القياس والامتناع عن تكملة النص ويجب أن يكون التفسير ضيقاً، بعكس القانون المدنى حيث يجوز القياس وتكملة النص ويجور ان يكون التفسير واسعاً.

ثانياً :- النقطة الاخرى تتعلق بوظيفة الفقه فمن المأمول أن المشرع لا يستطيع أن يتمسك بكل المراكز أى لا يستطيع أن ينص على كل المواقف، وكل

(45) عبد الحى حجازى ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، جامعه الكويت ، ١٩٧٢ ، ص ٥١١ وما يليها .

(46) حسن كيره ، المدخل الى القانون ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧ ، عدنان السرحان ، على سيد قاسم وآخرون ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، مكتبة الجامعة الشارقة ، الامارات ، ٢١٢ ، ص ١١٧ .

الصعوبات يمكن أن تنشأ من تطبيق تلك النصوصالتى قننت وهنا يقوم الفقه بدور معاون للتشريع بطريقة غير مباشرة ويعتبر مصدراً له .

ا-الفقه مصدر غير مباشر للقانون (مصدر تفسيرى([٤٧])):

الجهد المعتبر من محرري التقنين المدني من الألمان فى ١٩٠٠ وهم الذين تمسكوا باعمال القانون من الناحية العلمية بمعنى انهم شرعوا في توجيه اختراع بالتفصيل كل الحلول المأمولة في المستقبل وعمولوا... تستخدم للتنبية او الاخطار للمحررين للاكواد الأوروبية الأخرى.

من الواضح أن الذي يضع القانون المدني الفرنسي لم يعطوا الا الكادر أو الإطار او المبادئ ، التفسير للقانون يظهر غالباً بالضرورة . تفسير العرف يكون اكثر ضرورة من القانون بسبب الإنعكاس أو الشك حول القاعدة المنشأة بواسطة العادة كذلك حينما القضاء يتفق على تطبيق قاعدة واضحة ببساطة على مركز متطلع عليه بواسطة المشرع من الواضح لا يلعب أى دور خلاق ولكن هذا الدور يبدأ منذ – يكون المقصود تبنى النص على حالة ملموسة او محسوسة أو واقعية وليست متوقعة ، اكثر منها أيضاً يجب ان تعطى نص غامض أو ناقص لذلك وجب وجود تفسير واضح ومفهوم ، هذا الدور – دور التفسير – يعود إلى القضاء والفقه ولكنه احياناً يكون خلاق لقانون

وهكذا تأثير العميد كارب كاربونية مهم جدا فى حركة النهضة والتجديد للقانون المدني الفرنسي الذى تطور من سنة ١٩٦٠، فان التفسير الفقهى يؤثر على المشرع سواء من خلال توجيه الانتقادات الموضوعية للقواعد القانونية الصادرة عنها او من خلال اقتراح الحلول للحالات التى ليس لها حكم قانونىفى مصادر القانون المتعددة .

([٤٧]) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٧٤٨ .

ب- كما أن القضاة ايضا يرجعون لاعمال الفقه حينما مكلفين بتطبيق القاعدة القانونية على محتوى غامض وياخذون في اعتبارهمالانتقادات الموجهة بواسطة الفقه ويقتنعوا بها ، ولهم أن يعدلوا احياناً قضائهم وهكذا يوثروا تاثيراً غالباً على تكوين القضاء المتعلق بالمسئولية عن فعل الأشياء مثل المادة ١٣٨٤ فقرة ١ من قانون المدنى الفرنسي .

وهكذا يساهم الفقه فى مساعدة القاضى على ايجادالحكم القانونى المناسب للنزاع المعروض امامه ولاسيما من خلال عمله على رد الاحكام التفصيلية الى اصولها العامة ، وصياغة المبادئ القانونية فى شكل نظريات بحيث تمكن القاضىفى نهاية المطاف من معرفة احكام القانون بسهولة ويسر.

ثانياً :- الفقه مصدر تأصيلى :-

يتمثل الدورالتأصيلىالفقهى في بيان الإفكار العامة والموجهة والكامنة وراء التشريع و كذلك احكام القضاء حيث بالنسبة للتشريع يقوم الفقه بجمع القوانين وتقريب بعضها من بعض لاستخلاص الاتجاه العلم التشريعىلها وبيان الطريق الذييسلكهفىتطورة، وبالنسبة لإحكام القضاء يقوم الفقه من خلال دراستها وتحليلهابتقريب هذه الاحكام المتناترة الصادرة بين مختلف جهات القضاء و محاكمه لاستخلاص الاتجاه العام الذي يسير عليه القضاء فى مجموعة فى مسألة من المسائل ، ولبيان التطور الذى يطرأ على اتجاهات القضاء [48].

ثالثاً :- الدور الفقهى التطويري :

(48)عبد المنعم البداروي، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٩٦٦ ، ص ٢٣٥ ، فقرة ١٦٣ ، وعدنان وآخرون ، مرجع سابق ، ص ١٤١ـ

لا يقف المرور الفقهعند التحليل والتأصيل بل يتعداه إلى نقد ما قد يكون في التشريع من نقص ، وما قد يحويه من عموض، ويؤدى هذا النقدبدوره إلى عدول المحاكم عن اتجاهمعينفمسألة معينة، فنقد الحلول التشريعية والقضائية سواء من ناحية الشكل أى الصياغة او من ناحيه المضمون يهيئ الطريق إلى التعديل في المستقبل، وتقديم الوسائل الى ذلك التعديل مستعيناً فى ذلك بالقانون المقارن [49]أى بالدراسة المقارنة للقوانين أو باتباع المنهج المقارن للانظمة القانونية ككل سواء فالنظاماللاتينى أو الانجلوسكسونى أو النظام الاسلامى .

وبالنسبة لدور الفقه الاجرائىفى نشأة القانون الاجرائى (قانون المرافعات او الاجراءات المدنية او اصول المحاكمات المدنية او المسطرة المدنية والاجراءات الجزائية او الجنائية و الاجراءات الادارية او قانون مجلس الدولة) ، او تطويره فلقد تأثرت السياسة الاجرائية فى الانظمة القانونية العربية بالتيارات والاجتهادات الفقهية المختلفة التى تعاقبت على مر الزمانبدءا من التيار الكلاسيكى ومرورا بالتيار الوضعى ووصولا بالتيار الاجتماعى او الاشتراكى([٥٠]) الذى لايزال يطبق السياسة الاجرائية المعاصرة حيث ان النظام الاجرائي العربىالحالىماهو إلا انعكاس لتلك الرؤى والتصورات التى بلورها الفقه الاجرائي

المطلب الثانى

امثلة لبعض الفقهاء العرب الذين ساهموا فى نشأة القانون الخاص أو تطويره

(49)عبد الحميد عثمان ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ ، وعدنان وآخرون ، مرجع سابق ، ص ١٤١ـ

(٥٠)عبد الباسط محمد جميعي ، الفلسفة الاشتراكية في قانون المرافعات ، مجلة مصر المعاصرة ،١٩٦٥، ص٥ الي ٤٥

يوجد على رأس من ساهم من الفقه العربي القانونى فى نشأة القانون الخاص وتطويره في مصر و بعض البلاد العربية كالعراق وبعض دول مجلس التعاون الخليجي كالكويت عميدهم الدكتور عبدالرزاق السنهورى باشا [51]طيب الله ثراه الذى ساهم فى نشأة العديد من الدساتير والقوانين العربية بوضع مشاريعها كالتالى:-

أ- مشروعات القوانين المدنية والدساتير :

١- القانون المدنالمصرى ومذكرته الايضاحية وشروحه (الوسيط و هو فحقيقتة المبسوط ، والوجيز).

٢- القانون المدني العراقي ومذكرتة الايضاحية

٣- القانون المدنالسورى ومذكراته الايضاحية .. وقانون البينات بما فيه من قواعد الاثبات الموضوعية والاجرائية .

(51)يعتبر السنهورى باشا ومؤلفاته ثروة للمكتبة القانونية إذا كان عضوا فى مجمع اللغه العربية سنة ١٩٤٦ واسهم في وضع كتير من المصطلحات القانونية إلى أن توفاه الله فى ٢٧ يوليو ١٩٧١ وكان مولده فى مدينة الاسكندرية في ١١ أغسطس ١٨٩٥ ، وهو من اعلام الفقه و القانون في العالم العربي وكان من المتفوقين في دراستة دائما واستظل بالعمل المدنى وبالكلية ثم انتخب عميدا لها فى عام ١٩٣٦ وعين رئيسا لمجلس الدولة من عام ١٩٤٩ حتى ١٩٥٤ ، وعن سيرته تفصيلا انظر الموسوعهالحره النت ، وعن السنهورى تفصيلا انظر توفيق الشاوى ، السنهورى من خلال أوراقة الشخصية ، دار الشروق ، مصر ، محمود عبده ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامى ، بيروت ، ٢٠١١ ، محمد عماره اسلامية الدولة والمدنية والقانونية ، عمرو الشلقانى ، تاريخ ازدهار وانهيار الشخصية القانونية (١-٤) بوابة الشروق ، نسخة محفوظه ، ٢٢ اغسطس ٢٠١٦ على موقع اى باك مشين ، محمود عبده ، عبد الرازق السنهورى ابو القانون وابن الشريعه ، دراسة فى مشروعه الفكرى ورؤيته الاسلامية ، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامى ، سلسلة اعلام الفكر والاصطلاح فى العالم الاسلامى ، مكتبة مؤمن قريش ، الطبعه الاولى ، بيروت ، ٢٠١١ .

٤- دستور دوله الكويت وقوانينها :التجارى والجنائي والاجراءات الجنائية والمرافعات وقانون الشركات و قوانين عقود المقاولة و الوكالة عن المسئولية التقصيرية وعن كل الفروع وهى التى جمعت فيما بعد فى القانون المدنىالكويتى.

٥- القانون المدنىالليبي ومذكرته الإيضاحية.

٦- دستور دولة السودان .

٧- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة

ويوجد ايضأفى القانون المدنى ممن اسهم في تطويره باقتراح افكارا له كل من الاساتذة العلماء الدكتور / منصور مصطفى منصور ، و اسماعيل غانم من جامعة عين شمس وسليمان مرقس وعبدالمنعم البدراوى من جامعة القاهرة وجلال الدين عدوى من جامعة الاسكندرية .

ومن أسماء الفقه العربى المصرى الحديث الذى أثر فى نشأة القانون عموماً (52)

(52)فى القانون العام نجد فى القانون الدستورى والادارى الاستاذ الدكتور / محمد سليمان الطماوى والاستاذ الدكتور / رمزى الشاعر من جامعة عين شمس ، وكذلك المستشار عوض المر فى القضاء الدستورى ، وفى القانون الدولى العام كل من الاستاذ الدكتور / حافظ غانم والاستاذ الدكتور / وابراهيم العنانى من جامعة عين شمس، وفى القانون الدولى الخاص الاستاذ الدكتور / عز الدين عبد الله من جامعة عين شمس ، والاستاذ الدكتور / فؤاد رياض من جامعة القاهرة ، والاستاذة الدكتورة / حفيظة الحداد من جامعة الاسكندرية ، والاستاذ الدكتور / احمد عبد الكريم سلامة جامعة حلوان ، وفى القانون الجنائى الاستاذ الدكتور / محمود نجيب حسنى، والاستاذ الدكتور / محمود مصطفى من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / على راشد من جامعة عين شمس ، والاستاذ الدكتور / رمسيس بهنام من جامعة الاسكندرية ، والاستاذ الدكتور / احمد فتحى سرور جامعة القاهرة ، وفى تاريخ القانون وفلسفته الاستاذ الدكتور / صوفى ابو طالب من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / محمد بدر من جامعة عين شمس ، و الاستاد

والخاص على وجه الخصوصالكثيرين منهم فى**مجال قانون المرافعات المدنيةوالتجارية:** كل من الاستاذ الدكتور / احمد ابو الوفا جامعه الاسكندرية ، والاستاذ الدكتور / فتحى والى ، والاستاذ الدكتور/ احمد السيد صاوى من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / عبد الباسط جميعى، والاستاذ الدكتور وجدى راغب من جامعة عين شمس ، **وفى مجال القانون التجارى** كل من الاستاذ الدكتور / محسن شفيق من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / ابو زيد رضوان من جامعة عين شمس ، الاستاذة الدكتورة / سميحة القليوبى من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور/ عوض على حسن عوض من جامعة القاهرة.

وفى مجال التحكيم التجاريالدولىكل من الاستاذ الدكتور / محسن شفيق جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / فتحى والى من جامعة القاهرة ، والاستاذ الدكتور / ابو زيد رضوان من جامعة عين شمس .

الدكتور / محمد سلام الزناني من جامعة اسيوط ، وعن دور الفقه في تطوير القانون الجنائى، انظر قايد ليلى ، دور الفقه في تطوير القانون الجنائى، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ،

volume 6, Numéro 2, pages 81-102, 12/12/2020

و يومدينبلخيتر اثر الفقه الإسلامي في تطوير قواعد القانون الجنائيالدولى ،قاتون الحرب فى فقه الامام الشيبانى نموذجاً، نفس المجلة ، ص٦٥ : ٩٨، وانظر كذلك عبداللطيف القرنى ، الملكة الفقهية القانونية ، مقالة فى النت فى جريدة الاقتصادية وهى جريدة العرب الاقتصادية الدولية فى ٢٠١١/٥/١٨.

ومن الذين آثروا فى الفقه الاسلامى من المصريين حديثا:كل من المشايخ / محمد متولى الشعراوى ،، وأحمد عمر هاشم واحمد الطيب من جامعة الازهر،وزكريا البرديسى من جامعة القاهرة([٥٣])وغيرهم كثر.

الفصل الثاني

مساهمة الفقه في تطوير القانون الخاص

نتناول مساهمة الفقه في تطوير القانون الخاص من خلال بيان انواع الملكة الفقهية والتفسير الفقهي للقانون الخاص وتحقيق الامن القانوني(مبحث اول) ، وتعميم الفقه القانوني و نشره ودوره في تحقيق العدالة (مبحث ثان) كالتالى: -

المبحث الاول

انواع الملكة الفقهية والتفسير الفقهي للقانون الخاص والامن القانوني

([٥٣]) انظر الشيخ محمد متولى الشعراوى ،١٠٠ سؤال وجواب فى الفقه الاسلامى ، مكتبة التراث للثقافة والتوزيع ، مصر ، بدون سنة نشر ، وكذلك انظر الكتور احمد عمر هاشم محاضرات فى النت عن شرح كتاب الجامع الصحيح للامام البخارى فى ديسمبر ٢٠٢٠ ، وكذلك انظر الدكتور احمد الطيب شيخ الازهر الحالى كتاب عن مقومات الاسلام ، وانظر ايضا للدكتور / محمد زكريا البرديسى كتاب اصول الفقه فى جامعة القاهرة وكذلك درس فى جامعة عين شمس فى عام ١٩٧٥ .

بيان الملكة الفقهية يتطلب تحديد انواعها (المطلبالاول) ثم التفسير الفقهى للقانون الخاص والامن القانوني(المطلب الثاني) على النحو التالي :-

المطلب الاول

انواع الملكة الفقهية

(الملكة الفقهية القانونية والشرعية)

تكون إحدى صور الملكة القانونية الملكة الفقهية القانونية (الوضعية) من جانب والملكة الفقهية الشرعية من جانب آخر:

١- **المقصود بالملكة القانونية**([٥٤])هو قدرة الشخصية القانونية رجل أو امرأة – محامي او قاضى او عضو نيابة أو اكاديمى او باحث او دارس او مفكرقانونى– على فهم اللغة القانونية لفظاً ومعناًو التعايش فيها والتعامل معها، وادراك وانتقاء ما يمكن منها من الفاظ عند الحاجة إليها اثناء العمل والتعامل المهنى.

إن الملكة القانونية([٥٥])هى تنشأ المنطق الحقيقوليس الخيالى وهى ادراك العقل للاشياء وتحليلها منطقياً يستوعبه الواقع الحقيقللامور لحل المشاكل القانونية بحرفية عالية تحاكى المنطق الحقيقى. فهى مجموعة المعارف والخبرات القانونية الناشائةمن من الالمام بالنصوص التشريعية والاحكام القضائية والأراء الفقهية المخزونة في العقل أو الذهن البشرى او المعلوماتيواستخدامهافى حل المشكلات

([٥٤]) عن تعريف الملكة القانونية ،انظر سيد احمد محمود ومظفر الراوى ، ماهية الملكة القانونية وتمييزها عن غيرها وتقسيماتها ، بحث مقبول للنشر فى ابريل عام ٢٠٢٢ فى مجلة الشريعة والقانون بجامعة الامارات

([٥٥]) انظر سيد احمد محمود ومظفر الراوى ، ماهية الملكة القانونية ، مرجع سابق ،ص ٢١ ومايليها .

الواقعية – كتابة تقليدية او الكترونية –عن طريق المذكرات أو شفاهية المرافعة أو إبداء رايقانوننفى مسألة ما – شفاهته أو كتابة تقليدية اوالكترونية – او الوصول الى حل قانونى أو قضائى أو تحكيمى أو إبدا رأى علمىفى قائمة الدرس اوفى مقالات او ابحاث أو رسائل علمية أو فى دراسات قانونية او مجلات علمية او دوريات قضائية وعلى ذلك فالملكة القانونية هى صفةفى النفس ، وحالة ذهنية أو عقلية ، تتكون من معلومات ومعارف قانونية من ناحية وممارسات وخبرات قانونية من ناحية اخرى لتستخدم طرق الاستدلال المنطقى لحل المشكلات او الاشكاليات أو المعضلات القانونية التى تعرض عليها أو تكون مطروحه عليها ،وذلك لاظهارحقيقةالأشياء أو الادعاءات سواء كانت حقيقةمادية او قانونية أو قضائية أو حقيقة الاوراق والمستندات وذلك وصولاً الى الالهام فى نشأة القانون أو تطويره أو تحقيق العدالة الناجزة بين الاشخاص الطبعيين أوالاعتباريين فهى أذن صفة في النفسترسخت وتأصلت ويتحقق بها الفهم لمقاصد النصوصولمرامى العبارات القانونية، مما يسهم فى القدرة على اعطاء رأىقانونى للقضية المعروضه او النص المطروح من خلال النظر والتحليل والتغير، علاوة على الحرفيةفى الصياغة والتفسير و تحليل وتكييف المراكز و الشروط و العلاقات والوقائع القانونية وقواعدها القانونية. فهي حصيلة الشخص القانونىالتى تؤدى إلى نشوء نظرهللامور من جانب قانونى أو ذلك نتيجة دراسة القانونية وخبراته العلمية والعملية فى المجال القانونى , وهى ما تعينه فهم اللغه القانونية لفظاً ومعنى.

وقد تكون احدى صور الملكة القانونية هى الملكة الفقهية([٥٦])سواء من جانب أهل الفقه القانونى او من جانب اهل الفقه الشرعى وتجسد العنصر البشرى الملم اما بالقانون الوضعي الذى وضعة لحياته او الملم بقواعد الشريعة الاسلامية ويمثله

([٥٦]) انظر عبد اللطيف القرني الملكة الفقية القانونية مقالة في النت في ١٨ مايو ٢٠١١

المذاهب الفقهية المتعددة اهم غرس الله الذين بغرسهم فى الامة الاسلامية لضبط مسيرتها ووضع السياسة العامة التى توجه طريقهافى الحياة.

٢- الملكة الفقهية القانونية (الوضعية):-

تستند الملكة الفقهية القانونية الى أن موضوعها هو القانون والعلم به على عكس الملكة الشرعية التى تستند الى قواعد الشريعة الاسلامية حيث ان أحد مصادرها هو الاجتهاد الفقهى (أى العمل الانسانى) أو المذهبى ، بحيث يمكن أن يكون مصدراًللملكة القانونية أيضاً، علاوة على رجوع صاحب الملكة القانونية أحياناً إلى القرآن أو السنة الشريعة .

الفرع الاول

الملكة الفقهية القانونية

هي الحالة الذهنية والعقلية للشخص القانوني التي تتكون من معارف وخبرات و علوم قانونية وممارسات قانونية وقضايا ، سواء عن طريق الدراسة أو الأبحاث او التأليف أو مهنة المحاماة أو العمل الأكاديمي في كليات الحقوق والقانون والشريعة وغيرها من الجامعات العربية والاسلامية[57] :

(57)وتتميز الملكة القانونية عن الثقافة القانونية هي علاقة الكل بالجزء حيث أن الملكة القانونية تفترض وجود الثقافة القانونية وليس بالضرورة العكس أى ليس كل من لديه ثقافة قانونية تكون لديه بالضرورة – ملكة قانونية محمد سليمان الأحمد قاعدة نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، دراسة تحليلية في فلسفة القانون ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١ السنة ٥ العد ١٩ ص ١١٦:٤٤ خصوصا من ص ٨٨ بند ١١ .

ويلاحظ : ضعف عام في الاجتهاد الفقهي والقضائي بسبب ضعف تنمية القدرات والملكات القانونية التي توافرت لديهم من المناهج التعليمية السابقة وابتعادهم عن المطالعة والبحث والتأهيل المستمر.

ولعلاج ذلك : لابد من القراءة المتخصصة في المجال القانوني والثقافة القانونية والخبرة والمعرفة التي تبني روح الاستنباط وتقوي الملكة الفقهية ، فلابد من الرجوع الى أمهات الكتب وأوصولها القديمة وكذلك الحديثة ومقارنتها ببعضها البعض، مثال كتب (عبد العزيز باشا فهمي – السنهوري) وغيرهم كثر في جميع فروع القانون مثال (الطماوي .ق. الاداري) ، (محمود مصطفي ق . الجناني) فكل هذه القراءات تساهم في بناء الشخصية العلمية والملكة القانونية والفقهية[58].

ان تطوير القضاء يحتاج الي ثورة علمية فقهية تناقش المسائل وفق أفق أوسع ممسك بالثوابت ومراعاة المتغيرات بما يتفق مع قواعد المصلحة والعدالة وفق الاصول القضائية المعتبرة[59].

الملكة القانونية هي القدرة على الرد على سؤال في أي وقت لأي قضية في شتي ميادين التخصص والقوانين والقضايا، لأن الدراسة القوية والجدية والقراءة الجيدة

(58)عبد اللطيف القرني ، الملكة الفقهية القانونية ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية ٢٠١١/٥/١٨ (اليوتوب النت).

(59)عبد اللطيف القرني ، كيف يتطور القضاء في ظل الظروف الواقعية ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية في ٢٠١٥/٦/٢ ، على اليوتيوب .

للقوانين [60]وتعديلاتها تجعلك متابع لكلقانون وحتى لا تفاجئ بنفسك أمام نص لست مطلعا عليه .

أن الثقافة القانونية مع الاجراءات القانونية يثقلها الاطلاع الدائم على كل مايصدر من قوانين في الدولة، فهذا كله ينتج محامي جاد وقوي لمواجهة أي موقف أو سؤال بحيث لا توجد اي قضية تستعصي عليه العمل فيها . كما يمكن ان يرتب المحامي دفاعه ودفوعة امام المحكمة [61]سواء كانت القضية جنائية أو مدنية أو حتى أدارية ،بالبدأ بالدفوع الشكلية (عدم اختصاص ، بطلان ، وغيرها) ثم الدفع بعدم القبول والرد أيضا على الدفوع الشكلية ثم الدفوع الموضوعية والكلام في الموضوع من خلال النظام القانوني الاجرائي لهذه الدفوع .

ويثار التساؤل : كيف يطور المحامي من نفسه كي يعد فقيها متمتعا بملكة قانونية عالية ؟

(60)عبد اللطيف القرني ، القراءة القانونية ، جريدة العرب الأقتصادية الدولية على اليوتيوب، في ٢٠١٥/٣/٢٤

(61)سيد احمد محمود ، دور المحامي في المنظومة القضائية، ط ٢٠٠٧ و ٢٠٠٩، ولنفس المؤلف أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات، دار النهضة العربية ، طبعة منقحة ٢٠٠٩، ص ١٠١.

فلابد علي المحامي أن يطور من نفسه ويثقل ذاته وينمى مهاراته[62] ويقوي لغته العربية وفهم معاني الالفاظ ومفرداتها وحفظ القرآن الكريم و الشعر[63] حتى يكون عنده قاعده عريضة من المعلومات بلغة عربية سليمة ، يستطيع بها أن يؤلف العديد من الكتب والمقالات والمؤلفات القانونية ،لذلك لابد عليه أن يقوي معرفته بالعلم القانوني الاجرائي والموضوعي وكذلك المامه باللغة ، و بالاحكام والمدونات والدوريات القضائية وأراء الفقهاء ومؤلفاتهم حتى تتوافر لديه ملكة قانونية عاليةلكتابه مؤلفات ومراجع ذات قيمة فقهية[64] يستفد منها في جميع المكتبات القانونية وحتى يستطيع بهذا العلم أن يترك بصمة في اقتراح نص قانوني أو يساهم في تطوير نص قائم حتى يتماشي مع مستحدثات العصر.

(62)محمد عثمان شبير ، تكوين الملكة الفقهية ، مجلة كتاب الامة –تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية –قطر العدد ٧٢ ، رجب ١٤٢٠هـ–السنة التاسعة عشرة . والفقهية فى اللغة نسبه الى الفقه وهو مأخوذ من فقه وهو ما يطلق على الفهم والعلم والفطانه ، والفقه فى الاصطلاح هو العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية وعمل الفقيه لا يقتصر على العلم بالاحكام الفقهية وفهمها بل على الكشف على علل الاحكام وماخذها ومقاصدها ، وغير ذلك مما يساعد فى عملية استنباط الاحكام الشرعيه . لذلك عرفه الفقه بانه الاصابة والوقوف على المعنى الخفىالذى تعلق به الحكم ، انظر كذلك عبد اللطيف القرني ، مهارات تنمية الملكة القانونية (الجزء الأول) ، جريدة العرب الأقتصادية الدولية اليوتيوب في ٢٠٢٣/١/٦ ، محاضرة وليد عثمان تنمية الملكة القانونية للمحامي ،محاضرة على اليوتيوب فى ٢٠٢٠/١١/٥ على النت.

٦٣)سيد احمد محمود، دور المحامىفى المنظومة القضائية، مرجع سابق.

(64)عبد اللطيف القرني الملكة الفقهية القانونية ، النت ، الاقتصادية ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية ، فى ١٨ مايو ٢٠١١ ، الدخول على النت فى ٢٧ مايو ٢٠٢٣ ، ٧ذو القعدة ١٤٤٤ ..

الفرع الثاني

الملكة الفقهية الشرعية

هي صفة في النفس، تحقق الفهم لأعطاء الحكم الشرعي للمسألة المطروحة ، ويطلق عليها البصيرة والحكمة والاجتهاد [65] .وبالتالي فالملكة الفقهية الشرعية هي صفة راسخة في النفسي تحقق الفهم لمقاصد الكلام الذي يسهم فيأعطاء الحكم الشرعى

(65)علم الفقه هو معرفة الاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية ، الملكة الفقهية الشرعية تستند إلى قواعد الشريعة الإسلامية التي يكون أحد مصادرها الاجتهاد الفقهى (اى العمل الانساني او المذهبي) بحيث يمكن أن يكون مصدرا للملكة القانونية ، عارف عزالدين حامد حسونه، ربط مهارات التفكير في تدريس علم اصول الفقه الاسلامي لطلبة القانون، المجلة التربوية الدولية المتخصصة، المجلد (٨) العدد (١٠) تشرين الأول ٢٠١٩، ص ١١٤ : ١٢٨ ، محمد عثمان شبير ، تكوين الملكة الفقهية ، مجلة كتاب الأمة تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – قطر العدد ٧٢ ، رجب ١٤٢٠ هـ السنة التاسعة عشرة والفقهية فى اللغة نسبه إلى الفقه وهو مأخوذ من فقه وهو ما يطلق على الفهم والعلم والفطانه، والفقه في الاصطلاح هو العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية وعمل الفقيه لا يقتصر على العلم بالاحكام الفقهية وفهمها بل على الكشف على علل الاحكام وماخذها ومقاصدها ، وغير ذلك مما يساعد في عملية استنباط الأحكام الشرعية . لذلك عرفه الفقه بانه الاصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي تعلق به الحكم. أن الفكر القانوني (نظما ومامالات) الاخذ عن الفقه الاسلامي والشريعة الاسلامية كان في نهاية القرن ١٨ وبداية القرن ١٩ يتصف بالجمود والتقليد ولكن هل كان ذلك هو سبب تعثر الحركة الاجتماعية السياسية ام انه كان اثرا لها، طارق عبد الفتاح البشري ، الفقه الاسلامي والنظم القانونية فى وقعنا العربي المعاصر ، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة افريقيا العالمية ، العدد ١٦ رمضان ١٤٣١هـ ، اغسطس ٢٠١٠ م ، ص ١٧، و انظر كذلك عبداللطيف القرني مقالة في النت بعنوان تأثر الفه القانوني بالمناهج الفقهية الاسلامية في ١٠ ابريل ٢٠١٣.

للمسألة المطروحة عليه أما يرده الى مظانه في مخزون الفقة او بالاستنباط من الادلة الشرعية والقواعد الكلية، ويطلقعليها البصيرة والحكمة والاجتهاد.

والملكة الفقهية تتنوع إلى عدة أنواعهي :-

١- ملكة تقرير القواعد الأصولية والاستنباط الفقهي للاحكامالشرعية[66] والاجتهادات والنظر فيالآيات والاحاديث .

٢- ملكة الاستنباط الفقهي المبني علي أصول الغير، وقضية النفس والقدرة علي النظر في كتاب اللهالسنة والاجماع والقياس.

٣- ملكة التخريج الفقهي في المذاهب.

٤- ملكة الترجيح الفقهي في المذاهب وبين المذاهب.

٥- ملكة استحضار المذاهب (القول المعتمد).

لذلك نحتاج الي انتقاء خاص لدارسي الفقة الاسلامي مما يتوافر لديهم من الذكاء والفطنة والسيرة الحسنة والالتزام بالواجبات الدينية والهمة في طلب العلم الاسلامي والاذكياء من أوائل دارسي الفقة الاسلامي ، وتمكينهم من هذا الفقه والنهل منه ، والنصح والامانة والتحصين باداب وطرق التدريس بمنهج دراسي أصيل يتقن العلوم والمعارف الاسلامية في أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية وعلومها ، والاجماع

(66)محمد عثمان شبير، مرجع سابق. اوهي صفة يقتدر بها على استنتاج الاحكام من مأخذها او ان يكون الفقه عنده سجية وقوة يقتدر بها عاى التصرف بالجمع أو التفريق والترتيب والتصحيح والافساد او هو القدرة على النظر في الادلة ، وكيفية استنباط الاحكام منها ، حتى لاتكاد تعرض عليه حادثة من الحوادث إلا امكن أن يعطيها ما يليق بها من الاحكام ، فضلا عن انه بعد ذلك تطمئن نفسه على ما يعمل به من احكام او يفتي به غيره او يقضى به بين الناس ، اذ لا يقدم على ذلك.

اليقيني وأصول الفقه الاسلامي المتضمن قواعد الاستنباط وعلوم اللغة العربية من نحو وصرف وبيان وأدب ، ومقاصد الشريعة والفقة الاسلامي ، علاوه على فهم الواقع المعاصر والتغيرات السياسية والاجتماعية ، وضرورات العصر وحاجاته من تعلم اللغات الاجنبية والعلوم الجنائية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والالكترونية والذكاء الاصطناعي وغيرها ،وتنمو الملكة الفقهية الشرعية[٦٧] بالترجيح بين الآراء الفقهية في المذاهب والموازنة بين المصالح والمفاسد والمشاركة في المحاورات والمناظرات الفقهية ، وأيضا بملازمة تقوي الله سبحانة وتعالي حتى يلازمة التوفيق والسداد في سائر علومةوحياتة – لأن الله مع المتقين – وأخذ العلم عن أهلة الحققين به حتى يفتح نوافز مهمه في الفهم والادراك والنبوغ .

كما تتميز الملكة الفقهية الشرعية عن المملكة القانونية في انها :-

–عليالفقية في بداياتة أن يتمرن على مذهب معين حتى يضبط جميع المسائل وأن ينظر في الادلة حتى يتمكن من الوصول الى الناتج العلمي، علاوه على عدم التعصب المذموم للأقوال والمذاهب.

– لابد للفقية أن يعرف أنواع الخلاف وأسبابة وما يسوغ منه ومالا يسوع وكيفية التعامل مع المخالف.

–على الفقية العيش في بيئة محفزة للعلم والتميز الذي يعينة على الابداع العلمي في كل المجالات سواء الشرعية أو غيرها.

– مذاكرة العلم مع أقرانه تعين على ضبط الفقه والرسوخ فيه ، فينبغي أقتناء الكتب الفقهية والمجلات العلمية المتخصصة ومطالعة البرامج التي تهتم بالكتب العلمية المتخصصة والفقهية في الانترنت مما يثري الملكة الفقهية.

(٦٧)الشيخ سلطان بن عبد الله العمرى ، ٢٨ مفتاح فى تنمية الملكة الفقهية موقعه على النت .

–التدريب على الاستنباط لتنمية العقل والفكر وضبط الفروق الفقهية بين المعاملات المحرمة والمباحة وغيرها (فن الاشياء والنظائر) ، وكذلك الرجوع الى كلام السلف الصالح من الصحابة والتابعين يؤثر في بناء الملكة الفقهية[٦٨] وكيفية الاستدلال .

– التدريب على تقسيم المسائل ووضع الضوابط ومعرفة تاريخ الفقة والتشريع الاسلامي وتطوراتة ، وأيضا النظر في مسائل الاجماع .

– معرفة أسباب نزول القرآن والاحاديث ومعرفة الناسخ والمنسوخ مع ضبط كل ذلك بقواعده.

– معرفة قواعد اللغة العربية لفهم الشريعة ومعرفة دلالات اللغة في النص .

– النظر في كتب الردود العلمية والحوارات لتنمية الحوار الفقهي وطرق الاستنباط ، ومواطن الضعف والقوة في الدليل والاستدلال .

– التدريب على كتابة البحث العلمي مع الجمع والتحليل والنقد والاعتراضات على المسالة لبناء الملكة الفقهية الشرعية السليمة .

– تعليم الدارسين وألقاء الدروس ينمي الملكة الفقهية ويفتح على المتفقة مفاتيح مهمة في الملكة الفقهية .

– أن صاحب الملكة الفقهية الشرعية أو القانونية يجني ثمار من الرسوخ في العلم وعدم التناقض ، والقدرة علي أبداء الرأي أو الفتوي ، واستنباط الأحكام الشرعية أو القانونية مع مراعاة المقاصد العامة للشريعة أو للقانون بكل سهولة وحسن فهم .

المطلب الثاني

(٦٨)انظر عبد اللطيف القرني مقاله بعنوان بناء الملكة الفقهية في النت بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠١٣

التفسير الفقهى للقانون الخاص والامن القانونى

يجب ان نوضح اولا المقصود بالتفسير الفقهي للقانون الخاص(فرع اول)، ثم بيان الامن القانونى بعد ذلك (فرع ثان) كالتالى :

الفرع الاول

التفسير الفقهى

إن الاجتهاد الفقهى يرتبط بالقانون ذاته وكذلك بحياته فى الواقع العملى على عكس المشرع، ومن ثم يشكل التفسير الفقهى آليه من الآليات التي يساهم الفقه من خلالها فى تطوير فروع القانون الخاص لانه يرتبط بالقانون وتطبيقه على عكس المشرع حيث يهتم بالمساهمة فى ملء الفراغ التشريعىفى الحالات – النادرة – التى يتقدم فيها النص كذلك . فالتفسير الفقهى هو ما يقوم به شراح القانون من الفقهاء في بحوثهم ومؤلفاتهم ودراساتهم التى تحتوى عادة على نقدهم وتوصيتهم وتعليقاتهم للقانون مما يضفى على عملهم الكثير من الاهمية لكونه ييسر الحيل أمام القضاة للاستعانه بشروحاتهم فى فهم القانون والاستفادة من آرائهم([٦٩]).

(٦٩)التفسير هو النظر فى نصوص القانون يهدف للكشف عما تضمنه من احكام تفصيلية تتعلق بوقائع ينظمها النص ، فهو اذن الكشف عن مضمون القاعدة القانونية بهدف استنباط الحكم القانونى الذى تشمل عليه ليصار الى تطبيقه على الوقائع التى تخضع لهذا الحكم تطبيقا سليما وصحيحا ،اوهوعمليةعقلية علمية تستهدف الكشف عن المصلحة التى يحميها المشرع للحكم فى الحالات الواقعية ، اوهومايقوم به اساتذة القانون والمحامون وغيرهم من ذوى الاختصاص من الفقهاء ومن ايضاح وبيان وتعليق على القواعد القانونية فى مؤلفاتهم وكتبهم او مقالاتهم وابحاثهم او محاضراتهم ونداوتهم ومؤتمراتهم وورش عملهم ومرافعاتهم . والتفسير الفقهى هو اذن الذى يباشره شراح القانون فى مؤلفاتهم التى يتناولون فيها نصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها وما تشتمله من احكام ، وهو مرجع للقاضىفى تطبيه للقانون على المنازعات ، وكذلك المشرع حين يعدل النصوص وفق ما استقر عليه الفقه . وطبيعته يغلب عليها الطابع النظرى وليس العملى . و لكن يعمل الفقه حديثا على تقريب الهوة بين التفسير

ويتميز التفسير الفقهىالان بانه يعتبر تفسيراًعلمياو عملياً وواقعياً ولكن لا يتمتع بأى صفه إلزامية للمشرع أو للقاضى ،كما انه يعتبر غير موحد نسبياً .

وتتجسد أشكال التفسير الفقهيفىالاتى :-

أ- توضيح معانى الالفاظ فى حالة غموضها .

ب-المساهمة فى اصلاح العيوب التى يمكن أن تشوب النص إن وجدت وذلك بازالة غموضها أو التناقض فى النصوص أو المساهمة فى اقتراح أكمال النقص الوارد فى نصوص القانون.

والفارق الجوهرى بين تفسير القانون وملء الفراغ القانونى يكمن فى أن الاول قد يقوم به المشرع نفسه أو القاضى أو القضية فى حالة النصوص الغامضة التى تحتاج الى تأويل أو تفسير أما الثانى فيقوم به فقط المشرع مثال المادة الاولى من التشريعيين الاماراتىوالمصرى تحتاجان الى تفسير بعض العبارات حيث استعمل المشرع الاماراتى اصطلاح الشريعة الاسلامية (هل المقصود به المبادئ العامة الشرعية أم الفقه الاسلامى أم غيرها) وذلك فى المادة الاولى من قانون المعاملات المدنية الاماراتى لعام ١٩٨٥ ، وكذلك الامر استعمل المشرع المصريفى قانونه المدنى لعام ١٩٤٨ فى مادته الاولى اصطلاح " مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة "

ولقد ساهم الفقهالاسلامىفى أن يقوم المشرع المدنىالإماراتىبتقنين بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية وذلك في إلمواد من ٢٩ الى ٧٠ تحت الفصل الثانى من الباب التمهيدي المعنون بـ "أحكام عامة " فى قانون المعاملات المدنية الاماراتى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وتعديله في علم ٢٠٢٠).كذلك وجدت بعض المبادئ الفقهية

الفقهى والتفسير القضائى لتحقيق الانسجام بينهما وذلك بانتهاج اسلوب جديد فى التفسير يعتمد على دراسة احكام القضاء بدلا من دراسة نصوص التشريع المجرد.

التفسيرية فى قوانين اخرى وذلك مثالاً علىالنحو التالى:- (الرجوع الى بعض الأصول الفقهية المقننة) .

- الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذرا. (م ٢٩ق.معاملات مدنية اماراتى) .

- لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الأزمان (م ٣٩ ق.المعاملات المدنية).

- الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (م٦٥ ق.معاملات مدنية) .

- الأصل براءة الذمة. (م٣٧).

- البيئة على من ادعى واليمين على ما أنكر (م ١ من ق. الاثباتاماراتى، م ١١٧مدنى).

- البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل (م ١١٨ مدنى).

- تقبل اليمين ممن يؤديها لبراءة نفسه لا لإلزام غيره. (م١١٩مدنى) .

- لا يُنسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان (م١ ، ١٣٥مدنى).

- الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية، والاقرار حجة مقصورة على المقر (م١١٤) .

- ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (م ٤١).

- الضرورة تقدر بقدرها (م ٥١ ق. الإجراءات المدنية الجديد رقم ٤٢ لسنة ٢٠٢٢).

- يتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر العام (م ١٠٥ق.معاملات مدنية) .

- إذا زال المانع عاد الممنوع (م ٤٦) مجلة الاحكام العدلية ، م ٣٧٩ من قانون المعاملات المدنية الاماراتى) .

– إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه . (م٥٦).

– قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل (م ٦٤).

– من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه(م٧٠ق.معاملات مدنية) (70).

الفرع الثانى

(70)انظر مجلة الأحكام العدلية، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩، ص ٢٥ –٣٤ ،وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (١٩٨٥/٥) المواد ٢٩–٧٠،انظر سيد احمد محمود احمد ، الغش الاجرائى(الغش فىالتقاضى والتنفيذ) عام١٩٩٩مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ،عددى يناير ويوليو ١٩٩٩ ولذات المؤلف الغش فى اجراءات التنفيذ الجبرى ومنازعاته ، ط..٢٠٠٦..، وكذلك مؤلفه فى الغش نحو القانون ، مكتبة دار الحافظ بالشارقة –الامارات ، سنة ٢٠٢٠، احمد سيد احمد محمود ، الاستوبلاالاجرائى ، مبدأ عدم التناقض فى قانون المرافعات ، ط ٢٠١٦.

دور الاجتهاد الفقهى فى تحقيق الامن القانونى[71]

أن الامن القانونى الذي يسعي الي تحقيق استقرار المعاملات في المجتمع وتحقيق العدالة الاجتماعية فيه لا يقل اهمية عن الامن الفقهى حيث يعتبر الأخير مطلباً من المطالب الحقيقية بالنظر لما يحققه التفسير الفقهى للنصوص من توحيد المبادى وكذلك توحيد الحلول القضائية عن طريق ما يتم وضعه من مبادى فقهية خصوصاً فى حالة وضوح النصوص وفهمها.

ويسعى القانون دائماً من خلال خدماته التى يقدمها للفقه الى ضبط وتوجيه سلوكه فشتى المجالات ويهدف اساساً إلى تحقيق الامن القانونى ومن ثم يجب العمل على تأهيل الفقه وتدريبهم باستمرار – من خلال الندوات والمؤتمرات وورش العمل وغيرها من الوسائل – واستكمال المقومات الاساسية التى تكفل للفقه أن يبدى رايه بطريقة مجردة وموضوعية، لذا يربط مفهوم الامن القانونبالامنالفقهى وذلك لاظهار الطابع الوقائى للفقه فى سهره على تفسير القانون والعمل على حماية الحقوق والحريات.

المبحث الثانى

تعميم الفقه القانونى و وسائل نشره ودوره فى تحقيق العدالة

(71)عن دور الاجتهاد الفقهىفى هذا الصدد انظر العمرى المفضل، دور القضاء فى تحقيق الامن والاستقرار، النت.

إن الاجتهاد الفقهى يعتبر وسيلة من وسائل تنمية الثقافة القانونية التى تعتبر حقاً من حقوق الانسان يواجه به الفقيه ما استعصى عليه من تطبيقات النصوص هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يساهمفى تحقيق العدالة .

المطلب الاول

تعميم الاجتهاد الفقهى[72]القانونى والمبادئ الفقهية

مالمقصود بتعميم الاجتهاد الفقهوهل هو داخل الوسط القانونى بكاملة (من قضاة ومحامين واساتذة جامعات حقوقية وغيرهم من القانونيين فقط) ام من غيرهم ؟

استناداً إلى قاعدة انه: " لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون" ، وإنها بالنسبة لعموم الناس يكتفى معرفتهم به و علمهم به اى بوجوده وبالتالى فإن عموم الناس معنيون بمعرفة القانون ومن ثم فهو اقربللمختصين بالقانون من إتصالة بالجمهور، ومع ذلك

(72) وعن الاجتهاد القضائي، صالحة مرحبا، دور القضاء فى تطوير القاعدة القانونية النت، و انظر كذلك عبداللطيف القرني مقالة في النت بعنوان الاجتهاد القضائي ، ٢٠ فبراير ٢٠١٣ ، ولنفس المؤلف مقالة بعنوان علاقة صياغة النصوص بالاجتهاد في ٢١ نوفمبر ٢٠١٢.

نعتقد بتقريب الاجتهاد الفقهإلى عامة الناس خصوصاًفى ظل ما يسود العالم اليوم من ثوراتتكنولوجيه معلوماتية والانفتاح الاقتصادية بحيث اصبح العالم بمتابة قرية صغيرة مفتوحة على الكل وان الأعمال الفقهية يمكن أن يذاع محتواها خصوصاً ولو ترجمة إلى اللغات الأجنبية المتعددة ونشرت عن طريق النت مثلما هو موجود الانمن كثرة مقالات وآراءفقهية عديدة ، اما بالنسبة للمختصين بالقانون فعليهم العلم بالقانون ومعرفة مضمونه واحكامه وليس فقط مجرد العلم بوجوده أو نشره ، لذلك يتعين عليهم الاطلاع ايضاً على الاجتهادات الفقهية في هذا الإطار للالمامبها ومعرفتها ولانها ايضاً تعتبر أحد مكونات الملكة القانونية لديهم .

المطلب الثانى

وسائل نشر الفقه القانوني(الاجتهادالفقهي) ودوره فى تحقيق العدالة

المقصود من الاجتهاد الفقهيالذى يكون محلاً للنشر هو الاجتهاد الذى يفسر نصاً غامضاً أويسد نقصاً تشريعياً باقتراحه او يكمله اى هو الذى يبدى رايأًفقهياً سليماً وموجهاً نحو التطبيق القانوني السليم على واقع الحياة عامة.

١- تتجسد وسائل نشر هذا الاجتهاد فى :-

أ- نشر بعض الآراء الفقهية قوية الحجة والبنيان في الصحف المحلية والاقليمية أو الدولية شريطة ان تكون مترجمة إلى لغات أجنبية.

ب- التعليق على أحكام القضاء في المجلدات القضائية أو المجلات القانونية بكليات الحقوق أو القانون او بالمجلات العلمية المتخصصة ولكن هذة المجلات لا تتحقق وصولها الى العامة حيث تصدر بصفه دورية وبعضها لا يتم توزيعة للعامة بشكل كبير وواسع ، علاوة على أننشرها يأخذ وقتاً طويلاً، لذا تقترح إعداد

مجلات او دليلاسترشاديقانونى تدونفيهنصوص القانون واحكام القضاءوالأراءالفقهية وتعليقاتها بشكلموجز وينشر للعامه بمقابل رمزى على أن تتولى الدولة على عاتقهاتنفيذ ذلك المشروع لان عليها واجب نشر الثقافة القانونية لدي عامة الناسلقيامها بدورها النوعى و التثقيفي استناداً الى أن حق الشخص فالثقافة العامة القانونية حق من حقوق الانسان الدستورية لدى بعض الدول(م٤٨ من الدستور المصربالحالى)([٧٣]) .

٢- أن نشر الاجتهاد الفقهىالقانونى يساهم بقدر كبير فى نشر الثقافة القانونية[74] (العلم بالقانون واحترامه) لدى عامة الناس من خلال مولفاتهو مقالاته و اوراق عمله وأبحاثه التى تنشر للعامة أوللخاصة، كما أن نقابة المحامون او جمعياتهم تستطيع ان تقوم بدور رئيسفىنشر الثقافة القانونية من خلال عقد

([٧٣])وتنص المادة ٤٨ من الدستور المصربالحالى على ان " الثقافة حق لكل مواطن ، تكفله الدولة وتلتزم بدعمه وباتاحة المواد الثقافية بجميع انواعها لمختلف فئات الشعب ، دون تمييز بسبب القدرة المالية أو الموقع الجغرافى أو غير ذلك . وتولى اهتماما خاصا بالمناطق النائية والفئات الالكثراحتياجا . وتشجع الدولة حركة الترجمة من العربية وإليها ".

(74) الثقافة القانونية من العوامل المساعدة على تعديل وتقويم سلوك الافراد فى المجتمع من حيث الالتزام والانضباط واحترام القانون ،فهى وصول الحد الادنى من الادراك والفهم للنصوص القانونية ذات العلاقة ، محسن عبد القادر صالح محمد ، الثقافة القانونية ودورها فى المجتمع ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنه ١ عدد ١ ، ٢ الجزء الاول ، ذو الحجة ١٤٣٧ هـ ، ص ٥٣٦ ، ٥٤٨ . وانظر المادة ٤٨ من الدستور المصربالحالى على ان " الثقافة حق لكل مواطن ، تكفله الدولة وتلتزم بدعمه وباتاحة المواد الثقافية بجميع انواعها لمختلف فئات الشعب ، دون تمييز بسبب القدرة المالية أو الموقع الجغرافى أو غير ذلك . وتولى اهتماما خاصا بالمناطق النائية والفئات الالكثراحتياجا . وتشجع الدولة حركة الترجمة من العربية وإليها ".

الندوات أو المؤتمرات سواء بصفة دورية أو شهرية بمفردها اوبالتعاون مع غيرها مع إنشاء وحدة معلومات أو اتصالات عن بعد (المحاماة عن بعد) لتقديم الاستشارات أو الاراء القانونية المجانية وعقد اللقاءات والامسيات والمعارض وتنظيم المسابقات ، وكذلك تستطيع نوادى الهيئات القضائية (القضاء العادى – مجلس الدولة – النيابة العامه والادارية – وهيئة قضايا الدولة أو غيرها) أن يكون لها دور فى نشر الثقافة القانونية [75]من خلال

(75)ان مبادئ تطوير الثقافة القانونية (خصوصا الثقافة الفقهية القانونية) تعتمد على الاتى :-

أ- مبدأ المجانية : لأن المعرفة مثل الهواء والشمس والماء متاحة لكل الناس بدون مقابل والحق فى المعرفة والثقافة حق من حقوق الانسان ينهل منه بدون مقابل سواء من خلال وسائل الاعلام أو أجهزة الدولة وكذلك باعتبارها حقاً دستورياً ، وكذلك باعتبارها مكسباً اجتماعياً وتحدياً بشرياً .

ب- مبدأ التوازن بين الكم والكيف :أى الجمع بين الاتاحة والجوده أو بين الوفاء بالطلب الاجتماعى المتزايد على الثقافة وتحسين نوعيتها وترقية مستواها .

ج- مبدأ المشاركة المجتمعية مع الدولة إن نشر الثقافة شان قومي يتطلب موارد مالية لذا فإن انجازه بالصورة المأمولهيتوقف على تعاون وتظافر جهود الدولة و القطاع الخاص و المجتمع المحلى (احزاب ونقاباتوجمعيات أهلية) في توفير التمويل والشراكةفى التقنين وانشاء صناديق خاصه للشركات لنشر الثقافة ومن ثمار نشر الثقافة القانونية

١- أن يعرف كل شخص ما له من حقوق وما عليه من التزامات تجاه نفسه واسرته ومجتمعه ودولتهوالعالمالذييعيشفيه مما يحقق الاستقرار والسلام الاجتماعي بين الاشخاص فى الدولة والعالم .

٢- خلق جيل من الشخصيات القانونية ذات الكفاءة العالية في حل مشاكلها الداخلية والاقليمية والدولية والدفاععن حقوقها وحرياتها محلياً ودولياً واعطاء كل ذي حق حقه .

٣- خلق المثل الاعلى والقدوةالحسنةممنهمبعيدينعن الناس أو قريبن منهم .

عقد الصالونات او الندوات القانونية المقترحة او غيرها سواء بمفردها أو بالمشاركة مع غيرها ، كما تقوم بهذا الدور كذلك كليات القانون أو الحقوق بالجامعات العربية عموماً والمصرية الامارتية على وجه الخصوص ، كماينبغى ان ينص دائماً الى جعل مادة الثقافة القانونية مادة اساسية فى جميع مراحل التعليم او على الاقل مرحلة التعليم الجامعى.

٤- الثقافة عموماًعاملمؤثرفيالتنميةوالقانونية خصوصاً فى التنمية البشرية.

الخاتمة

كان يُنظر للفقه القانونى (الوضعى) – ومازال – على انه يعتبر مصدراً غير مباشر (احتياطى) للقانون، فى حين ان الفقه الشرعى يعتبر مصدراً مباشراً من المصادر الشرعية التى تستنبط احكامها من ادلتها التفصيلية .

اولا: النتائج:-

١- احتل الفقه القانوني عموماً منذ بدء التاريخ وكذلك الفقه الشرعي خصوصاً مكانة و دوراً بارزاً في نشاة القانون وعلى وجه الخصوص القانون الخاص و تطويره وذلك من خلال دورة قديماً فنشاة القانون الوضعى وقديماً وحديثاً في نشاه القانون الإسلامى بفضل الفقه الشرعى، ولقد ساهم الفقه الوضعىالقانونىفنشاة القانون الخاص وتطويره وذلك من خلال العمل على خلقه أو تفسيره فى حالات الغموض او الإبهام اوسد النقص عند الفراغ التشريعى او ازالة التعارض بين النصوص، علاوة على دورة فىتحقيق الامن القانونىالذييعد مطلباً عادلاً- يسعى الاشخاص الى تحقيقيه بينهم هذا منناحية ومن ناحية اخرى فإنالاجتهاد الفقهى يعتبر وسيلة من وسائل تنمية الثقافة القانونيةلدى افراد المجتمع واشخاصه سواء أكان مجتمعاً محلياً أو دولياً، لذا فأن تعميمه ونشره يكتسى اهمية بالغه لماله من تحقيق الاستقرار فى المعاملات او توحيداجراءات العمل القانونى.

٢- على الرغم من بعض النظريات التىتأخذ بالدور الثانويللفقهفى إطار خلق القاعدة القانونية إلا أن علاقة الفقه القانوني بالقانون عموماً وبالقانون الخاص خصيصاًهى علاقة تكامل وانسجام إذ لايمكن الحديث عن القانون فىظل غياب الاجتهاد الفقهىالذي يعمل على سهولة تطبيقه ، كما لايمكن الحديث عن الاجتهاد الفقهىفى غياب القانون الذى يجعله ذو طابع اجتماعي وإلزامي .

٣- وهكذا فأن مساهمة الفقه فعالة في نشأة القانون بتقديم الاقتراحات ومسودات مشاريع القوانين والتعليق علي نصوصه وعلي احكام القضاء التي تطبقه (الفصل الاول) هذا من ناحية، ومن ناحية اخري يساهم الفقه دائما في تطوير القانون الخاص بما يتلائم دائماً مع تطور المعاملات المدنية بالمعني الواسع وظهور المستجدات الحديثة علي المستوي العالمي والاقليمي والمحلي (الفصل الثاني).

ثانيا: التوصيات :

١-ان يوجد تنظيم قانونى متكامل بأضافة بنص او نصين علي الاكثر في القانون المدني المصري يحدد دور الفقه فى مساهمته فى نشأة القانون عموما وتطويره (وذلك بتحديد مدي اعتباره مصدراً رسمياً احياناً ام احتياطياً ام تفسيرياً، وكذلك توضيح مدي مساهمته في تطوير القانون بحيثث يتلائم مع المستجدات الحديثة في المجتمع).

٢- ابراز دور الاجتهاد الفقهى فى تحديد المفاهيم والشخصية القانونية للأجهزة العلمية الحديثة سواء الالكترونية والتكنولوجية ودورها فى المعاملات المالية والتجارية والاجرائية بين اشخاص المجتمع حاليا وفى المستقبل .

٣- إعداد مجلات او دليلا استرشادى قانونى تدون فيه نصوص القانون واحكام القضاء والأراء الفقهية (كما هو مطبق في النظام اللاتيني عموماً والنظام الفرنسي علي وجه الخصوص حيث ان له كود يتناول علاوة علي النص القانوني احكام القضاء واراء الفقه من رسائل دكتوراه وابحاث ومقالات) وتعليقاتها بشكل موجز وينشر للعامه بمقابل رمزى على أن تتولى الدولة على عاتقها تنفيذ ذلك المشروع لان عليها واجب نشر الثقافة القانونية لدي عامة الناسلقيامها بدورها النوعى و التثقيفي استناداً الى أن حق الشخص فى الثقافة العامة القانونية حق من حقوق الانسان الدستورية لدى بعض الدول(م٤٨ من الدستور المصربالحالى).

قائمة المراجع

اياد عبد المجيدابراهيم ، مهارات الاتصال في اللغة العربية، الوراق للنشر والتوزيع

بن قره حمزه ، أثر الفقه المالكىفى القانون المدنى الفرنسي – العقد نموذجاَ– رسالة دكتوراه فى القانون الخاص ، عام ٢٠١٦/٧/٢٠ ، جامعة ابو بكر للقايد – تلمسان– الجزائر

حسين كيره ، المدخل الى القانون ، منشاة المعارف الاسكندرية ، ط ١٩٧١ ، ص ٣٩٨ ، كما يوجد ايضاً التفسير الادارى الذى تقوم به جهة الادارة (السلطة التنفيذية)

حيدر فليح حسن ، زينه عبد الحكم عبد الرضا ، الاجتهاد القضائى وضوابطه دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بغداد ، عدد خاص ، الجزء الثالث المجلد ٣٦ / كانون الاول / ٢٠٢١

سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٩

سيد احمد محمود ، دور المرافعة والمحامىفى المنظومة القضائية ، دار الفكر والقانون ، ط ٢٠١٥

سيد احمد محمود احمد ، الغش الاجرائى(الغش فى التقاضى والتنفيذ) عام١٩٩٩مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ،عددى يناير ويوليو ١٩٩٩ ولذات المؤلف الغش فى اجراءات التنفيذ الجبرى ومنازعاته ، ط..٢٠٠٦..، وكذلك مؤلفه فى الغش نحو القانون ، مكتبة دار

الحافظ بالشارقة –الامارات ، سنة ٢٠٢٠، احمد سيد احمد محمود ، الاستوبلالاجرائى ، مبدأ عدم التناقض فى قانون المرافعات ، ط ٢٠١٦.

سيد احمد محمود ومظفر الراوى ، ماهية الملكة القانونية وتمييزها عن غيرها وتقسيماتها ، بحث مقبول للنشر فى ابريل عام ٢٠٢٢ فى مجلة الشريعة والقانون بجامعة الامارات

الشيخ سلطان بن عبد الله العمرى ، ٢٨ مفتاح فى تنمية الملكة الفقهية موقعه على النت .

طارق عبد الفتاح البشري ، الفقه الاسلامي والنظم القانونية فى وقعنا العربي المعاصر ، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية ، جامعة افريقيا العالمية ، العدد ١٦ رمضان ١٤٣١هـ ، اغسطس ٢٠١٠ م

عارف عزالدين حامد حسونه، ربط مهارات التفكير في تدريس علم اصول الفقه الاسلامي لطلبة القانون، المجلة التربوية الدولية المتخصصة، المجلد (٨) العدد (١٠) تشرين الأول ٢٠١٩

عاطف سعدى محمد على ، مهارات استخدام اللغة القانونية في محال التشريع والافتاء القانونى ، ط ٢٠١٧ ، المجلة العربية للفقه والقضاء

عباس الصراف وجورج ضريون ، المدخل الى علم القانون ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٧

عبد الحميد عثمان الحفني ، المدخل فى دراسة العلوم القانونية ، الكتاب الثانى ، نظرية الحق

عبد الحى حجازى ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، جامعه الكويت ، ١٩٧٢

عبد اللطيف القرنى ، التعريفات وتماسك النص القانونى ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية فى ١٨ / ٩ / ٢٠١٤ ، النت ، (اليوتيوب)

عبد اللطيف القرني ، كيف يتطور القضاء في ظل الظروف الواقعية ، جريدة العرب الاقتصادية الدولية في ٢٠١٥/٦/٢ ، على اليوتيوب

عبد اللطيف القرني ، مهارات تنمية الملكة القانونية (الجزء الأول) ، جريدة العرب الأقتصادية الدولية اليوتيوب في ٢٠٢٣/١/٦.

عبد اللطيف القرني مقاله بالنت بعنوان الجمع بين فقه الشريعهالاسلاميه والقانون في يوم ٧ مارس ٢٠١٢

عبد اللطيف القرني مقاله بعنوان خلفيه المذاهب الفقهيه بين التبرد والمؤثرات الخارجيه

عبدالباسط محمد جميعي ، الفلسفة الاشتراكية في قانون المرافعات ، مجلة مصر المعاصرة ،١٩٦٥

عبداللطيف القرني مقالة في النت بعنوان الاجتهاد القضائي ، ٢٠ فبراير ٢٠١٣ ، ولنفس المؤلف مقالة بعنوان علاقة صياغة النصوص بالاجتهاد في ٢١ نوفمبر ٢٠١٢.

عبداللطيفالقرني مقالة في النت بعنوان تأثر الفه القانوني بالمناهج الفقهية الاسلامية في ١٠ ابريل ٢٠١٣.

عدنان سرحان واخرون ، المدخل الي علم القانون ،ط ٢٠١٨ جامعة الشارقة

العمرى المفضل، دور القضاء فى تحقيق الامن والاستقرار، النت.

عوض احمد الزغب ، المدخل لعلم القانون ، دار إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠

فوزى سالم صالح أوليطى ، تطور الفقه الاسلامى وتأثيره على القوانين المعاصرة ، مجلة العلوم الشرعية والقانونية ، جامعه المرقب ، كلية القانون بالخمسي ، ع ٢ ، طبعة ٢٠١٨

محسن عبد القادر صالح محمد ، الثقافة القانونية ودورها فى المجتمع ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنه ١ عدد ١ ، ٢ الجزء الاول ، ذو الحجة ١٤٣٧ هـ

محمد زكريا البرديسى كتاب اصول الفقه فى جامعة القاهرة

محمد سلال العاني ، الانظمة القانونية ، جامعة الشارقة ، ط ٢٠١٩

محمد سليمان الأحمد قاعدة نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة ، دراسة تحليلية في فلسفة القانون ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ١ السنة ٥ العد ١٩

محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف والشئون الدينية ، ط ١٩٧٩

محمدصبربالسعدى ، تفسير النصوص فى القانون والشريعه الاسلامية ، دار الكتاب ، ١٩٧٩

محمد عثمان شبير ، تكوين الملكة الفقهية ، مجلة كتاب الامة –تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية –قطر العدد ٧٢ ، رجب ١٤٢٠هـ–السنة التاسعة عشرة

محمد عرفان الخطيب ، حقيقة الدور المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدنى " الواقعية القانونية" ، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – العدد ٤– السنة السابعة – العدد التسلسلي ٢٨ – ربيع الاخر – جماد الاول ١٤٤١هـ – ديسمبر ٢٠١٩ م

مصطفى محمد الجمال ، وعبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، دار النهضة العرلبة ، القاهرة ، ١٩٨٧

وائل احمد علام ، مناهج البحث القانونى ، كلية القانون ، جامعة الشارقة ، ١٤٣٣ هـ ، ٢٠١٢م

يسري رياض يونس ، الارتقاء فى الملكة القانونية علمياً وعملياً ، فى ٣٠ /٥ / ٢٠٢١ (النت)