الفصل الرابع

مصادر القاعدة القانونية

من الموضوعات الفقهية التي تشغل بال الباحثين في مجال القانون، هو مصـــادر القاعدة القانونية، ذلك أن لعبارة مصادر القاعدة القانونية معان متعددة.

فقد يقصد بمصادر القاعدة القانونية، المصـــادر الماديـــة للقـــانون، أي العوامـــل الاجتماعية التي أدت إلى وضع القانون. ويوصف هذا المصدر بأنه المصدر الحقيقـــي أو الموضوعي للقاعدة القانونية [1]. فإذا ما انتشرت، مثلاً ظاهرة المخـــدرات داخـــل الدولة، أو كثرت حالات الاختلاس بين الموظفين، فإن هذه الظاهرة الاجتماعية تدفـــع المشرع إلى إصدار قانون يشدد فيه العقوبة على من يرتكب جريمـــة المخـــدرات أو التزوير. فيصبح المصدر المادي لهذا القانون هو العوامل الاجتماعية المتمثلة بانتشـــار المخدرات أو التزوير بين أفراد المجتمع.

وقد يقصد بمصادر القاعدة القانونية، الأصل الذي استمد منه القانون أحكامه. فـــإذا ما أراد المشرع إصدار قانون جديد لتنظيم حالة معينة، مثل تنظيم أحكـــام الجـــو أو الفضاء، أو الأدوية والمستحضرات الطبية، فإن المشرع لابدّ أن يستعين بقانون دولـــة أجنبية، فيكون قانون الدولة الأجنبية هذا هو الأصل أو المصدر التاريخي للقانون.

وقد يقصد بمصادر القاعدة القانونية، تأثر القانون بمصادر القانون الأخرى. فقـــد ينقل المشرع أحكام القانون المكتوب من العرف أو الشريعة الإسلامية، أو من أحكـــام القضاء أو الفقه، فيتأثر المشرع بها. أو أن العرف يتأثر بأحكام الشريعة الإسلامية، أو بأحكام القضاة أو الفقه.

غير أن ما نقصد إليه في هذا المجال، هو المصادر الرسمية التي تســـتمد منـــها القاعدة القانونية قوتها الملزمة، وتصبح واجبـــة التطبيـــق، دون القواعـــد القانونيـــة الأخرى، التي بها يحسم النزاع. فعندما يتجه القاضي إلى تسوية نزاع معين، فإنه قـــد

(1) H.L.A. Hart, op. cit, p. 246.

يجد قواعد قانونية عديدة تتزاحم في تسوية النزاع، وقد يكون الحل الذي تقدمه هذه القواعد واحداً، أو حلولاً متناقضة، فلا بدّ للقاضي أن يختار قاعدة واحدة من بين هذه القواعد ليحسم به النزاع القائم أمامه. فقد يختار القاضي هذه القاعدة من قانون مكتوب أو غير مكتوب (عرفي) أو من الشريعة الإسلامية أو يستهدي إليها عن طريق الفقه أو القضاء. فإذا اختار القاضي القاعدة القانونية من قانون مكتوب (التشريع) فيكون مصدر هذه القاعدة، هو التشريع، وإذا اختارها من الشريعة الإسلامية، فيكون مصدر القاعدة هو الشريعة الإسلامية [٢].

وقد كانت قواعد العرف تحتل الدرجة الأولى بين القواعد القانونية الأخرى في غالبية المجتمعات الإنسانية. وبتطور المجتمع وظهور الدولة وتقدم أجهزتها، وظهور حالات جديدة داخل المجتمع، لم يكن للعرف القدرة على استيعابها، ظهر الدين كمصدر رئيس للقاعدة القانونية [٣].

وعندما سيطرت الكنيسة في الغرب، ظهر الدين كمصدر رئيس للقاعدة القانونية، غير أن سوء تصرف الكنيسة واستغلالها، أدى إلى عزوف المجتمعات الأوروبية عن الدين كمصدر رئيس للقاعدة القانونية، وحل محله القانون المكتوب (التشريع) كمصدر رئيس بدلاً من القواعد الدينية.

وقد ارتبط الدين والقانون المكتوب في الغرب بوجود سلطة قوية تعمل على تطبيق أحكامهما، سواء أكانت تلك السلطة الكنيسة، أم الحكومة.

أما في مجتمعنا العربي، فإن قواعد الدين الإسلامي تعد المصدر الرئيس للقاعدة القانونية، سواء وجدت الدولة أو لم توجد.

---

(٢) يطلق بعض كتاب القانون لفظ مصطلح مصادر القانون على مصادر القاعدة القانونية، والأصح أن يقال مصادر القاعدة القانونية، ذلك أن الحكم بقاعدة قانونية يتطلب معرفة أصل هذه القاعدة ومن أي مصدر أخذت أحكامها.

(٣) هناك جدل بين علماء القانون حول أيهما أسبق المجتمع أم القانون، فالبعض يرى أن المجتمع هو الذي أوجد القانون، والبعض الآخر، يجد أن القانون هو الذي أوجد المجتمع.

وفي إطار الشرع الإسلامي، فإننا نرى أن المجتمع والقانون توأمان، فإن أول من نزل على الأرض، هو النبي آدم عليه السلام، وأن من الثابت أن آدم نبي، وأن النبوة قانون للمجتمع.

وإلى جانب أحكام الدين والعرف، ظهرت في العصر الحديث حركة تشريعية تقوم بإصدار قوانين رسمية صادرة من الدولة. كما أن تطور العلاقات الدولية بين الدول أدى إلى ظهور قواعد قانونية دولية [٤]، تطبق على العلاقات بين الدول في وقت السلم والحرب. وتختلف مصادر هذه القواعد عن مصادر القانون الداخلي من حيث مدى الالتزام بها، ومن حيث ترتيبها [٥].

ولما كانت مصادر القاعدة القانونية ليست على درجة واحدة، فمنها، مصادر أصلية يجب الرجوع إليها، ومنها مصادر مساعدة تساعد على الوصول إلى قاعدة تحسم النزاع.

وعليه سنتناول المصادر الأصلية والمساعدة في المباحث الآتية:

---

(٤) حددت المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية مصادر القاعدة القانونية فنصت على:

"١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن:

أ ــ الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب ــ العادات الدولية المراعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج ــ مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

د ــ أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا وذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة المادة ٥٩.

٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".

(٥) لتفاصيل يراجع: الدكتور عبد الحسين القطيفي، مصدر سابق، ص ١٦٠، والدكتور عبد الواحد الزنداني، مصدر سابق، ص ٥٠، كذلك يراجع:

D.P.O. Connel International Law. Second ed. Vol. L. Stevens and Son. London 1970 p. 195.

المبحث الأول

المصادر الأصلية للقاعدة القانونية

المصادر الأصلية للقاعدة القانونية هي: القواعد القانونية التي يجب الرجوع إليها أولاً لتسوية النزاع القائم، التي تضع حلاً مباشراً.

والمصادر الأصلية للقاعدة القانونية، ليست على درجة واحدة من حيث الإلزام بها، وإنما هناك من المصادر ما يقتضي الأخذ بها أولاً، وعند عدم وجود قاعدة قانونية فيها تحسم النزاع، فلا بدّ من البحث عن مصدر آخر.

ويختلف تدرج المصادر بحسب الأنظمة القانونية للدول المختلفة، وسنتناول بحث المصادر طبقاً لقوتها، فتأخذ أولاً التشريع، ثم الشريعة الإسلامية، والعرف، وأخيراً مبادئ العدالة وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

التشريـــع

يطلق التشريع على معنيين: الأول قيام السلطة المختصة بوضع قواعد جبرية مكتوبة، وفقاً للإجراءات المقررة. والثاني القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها.

وبناء على ذلك يمكن أن نعرف التشريع بأنه: "مجموعة القواعد القانونيـــة المكتوبـــة التي تصدر عن الدولة طبقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور" [٦].

وإصدار التشريع يمر بمراحل متعددة بحسب طبيعة النظام القانوني القـــائم، كمـــا أن التشريع ليس على درجة واحدة من حيث القوة القانونية.

وقد أثبت التطبيق العملي أن التشريع العديد من المزايا، كما تكتنف بعـــض العيـــوب. وأنه يتميز بخصائص تميزه عن القواعد القانونية الأخرى. وله الوسائل الفنية لصياغته.

وإذا كان التشريع قد مرّ بهذه الأدوار، فإن ذلك لا يعني أنه خالد باق للأبد، فلابدّ مـــن نهاية له.

وسنتناول الموضوعات المذكورة في الفقرات الآتية:

أولاً: مراحل التشريع:

يمر التشريع بمراحل عدة، وتختلف هذه المراحل باختلاف طبيعة الأنظمـــة القانونيـــة والسياسية القائمة. ويمكن أن نوجز المراحل التي يمر بها التشريع بما يأتي:

١- الاقتراح:

يتولى مجلس الوزراء (السلطة التنفيذية) إعداد مشاريع القوانين وإرسالها إلى مجلـــس النواب (السلطة التشريعية) [٧].

٢- الإقـــرار:

يقر مجلس النواب المشروع المحال إليه من مجلس الوزراء [٨]. وتصـــدر قـــرارات

---

(٦) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

(٧) المادة (١٠٩/ج) من الدستور اليمني.

(٨) المادة (٤٠) من الدستور اليمني.

المجلس بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين [٩]. بعد مناقشة مستفيضة لمشروع القانون. وقد يقر المجلس المشروع كما هو أو يجري عليه تعديلاً أو يقر مشروعاً جديداً. ويرسله إلى مجلس الرئاسة أو رئاسة الجمهورية.

٣- الإصدار:

يصدر مجلس الرئاسة القوانين التي وافق عليها وأقرها مجلس النواب. ويصدر مجلس الرئاسة القوانين بعد الموافقة عليها من المجلس [١٠]. ولمجلس الرئاسة حق طلب إعادة النظر في أي قانون أقره مجلس النواب ويجب عليه أن يعيده إلى المجلس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليه بقرار مسبب. وإذا لم يرده خلال هذه المدة أورده إليه وأقره المجلس ثانية بأغلبية مجموع أعضائه، عدّ المشرع قانوناً وأصدر [١١].

٤- مرحلة النشر:

بعد موافقة مجلس الرئاسة على القانون وإصداره، ينشر القانون في الجريدة الرسمية، وتذاع القوانين خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها. ونقصد بالجريدة الرسمية، الجريدة المخصصة لنشر القوانين، ولا يقصد بها الجرائد الحكومية. فلا يعتد بنشر القانون بالجريدة الرسمية التي تملكها الدول، بل بدّ أن ينشر بالجريدة الخاصة بنشر القوانين.

٥- مرحلة التنفيذ

تصبح القوانين نافذة بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، ويجوز زيادة هذه المدة أو تقليلها، بنص خاص في القانون الصادر [١٢].

وبعد انتهاء الفترة المحددة في القانون يصبح القانون واجب التنفيذ، ويطبق على الحالات التي تقع في فترة تطبيقه، ما دام بقي ساري المفعول ما لم يلغيه قانون آخر.

ثانياً: تدرج التشريع:

التشريع ليس على درجة واحدة، بل إنه يتدرج من حيث قوة الإلزام الواردة فيه، ويخضع بعضه للبعض الآخر بحسب المراتب:

---

(٩) المادة (٥٥) من الدستور اليمني.
(١٠) المادة (٨/٩٤) من الدستور اليمني.
(١١) المادة (٧٩) من الدستور اليمني.
(١٢) المادة (٨٠) من الدستور اليمني.

المرتبة الأولى:

يأتي الدستور في مقدمة التشريعات إلزاماً. وهو يعلو على كافة التشريعات. ولا يجوز للمشروع أن يصدر أي تشريع يخالف فيه أحكام الدستور. وإذا ما خالف التشريع دستور الدولة، فإن مثل هذا التشريع يفقد إلزاميته، لأنه فقد الأساس الذي يستند إليه.

المرتبة الثانية:

يأتي التشريع في المرتبة الثانية بعد الدستور إذا صدر هذا التشريع طبقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور.

وبصفة عامة؛ فإن جميع التشريعات مهما كانت الموضوعات التي تنظمها تكون جميعها في المرتبة الثانية. غير أن هناك حالات معينة قد يتقدم فيها تشريع على آخر. وتظهر هذه الحالة عندما يتناول تشريعان تنظيم حكم حالة معينة في آن واحد. ومن ذلك مثلاً أن القانون المدني ينظم عقد العمل، وأن قانون العمل ينظم أيضاً عقد العمل، ففي هذه الحالة يتنازع تشريعان في تنظيم عقد العمل. فأي منهما واجب التطبيق؟

إن القاعدة العامة لحل هذا الإشكال تقوم على أساس أن القانون الخاص يتقدم على القانون العام، ولما كان قانون العمل قانوناً خاصاً، وأن القانون المدني قانون عام، فإن الأول يتقدم على الثاني، ويطبق قانون العمل في هذه الحالة، إلا إذا لم نجد في قانون العمل الحل المطلوب، فعند ذلك نعود إلى القانون المدني ونطبقه.

ويتضح من ذلك أن قانون العمل يأتي بالمرتبة الثانية، وأن القانون المدني يأتي بالمرتبة الثالثة.

وتأتي في المرتبة الثانية أيضاً القرارات المستعجلة التي تصدر من مجلس الرئاسة أثناء عطلة مجلس النواب أو أثناء حله. وتأخذ هذه القرارات قوة القانون، بشرط ألا تخالف الدستور [١٣].

المرتبة الثالثة:

تأتي القرارات المنفذة للتشريع العادي التي تصدر عن مجلس الرئاسة [١٤]. وتسهل هذه القرارات تطبيق التشريع العادي، بشرط عدم مخالفة هذه القرارات أساسها الشرعي

---

(١٣) المادة (٩٥) من الدستور اليمني.

(١٤) المادة (٨/٩٤) من الدستور اليمني.

وهو التشريع العادي.

وتأتي في المرتبة الثالثة أيضا القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وتنظيم المصالح والإدارات العامة بشرط، أن تكون موافقة لأحكام التشريع الذي صدرت بموجبه.

وتصدر هذه القرارات واللوائح بناء على اقتراح الوزير المختص وموافقة مجلس الوزراء [١٥].

المرتبة الرابعة:

وهي القرارات والأوامر التي تصدر من الإدارات العامة لتطبيق اللوائح والقرارات الصادرة طبقا للتشريع.

ثالثا: الرقابة على تدرج التشريع:

وطبقا لما ذكرناه، فإن لفظ التشريع ينطبق على جميع هذه المراتب. وليس للمرتبة الأدنى مخالفة المرتبة الأعلى. ولكن من هي الجهة التي يحق لها أن التشريع الأدنى قد خالف التشريع الأعلى؟

تختلف الحلول باختلاف الدول. غير أن الدول تحبذ إناطة ذلك بمحكمة دستورية عليا للرقابة على دستورية القوانين واللوائح و لأنظمة والقرارات [١٦].

رابعا: مصطلح التشريع ومصطلح القانون:

إذا كان التشريع الدستور والقانون و لوائح والقرارات والأوامر، حسب ترتيبها. وهي القواعد القانونية التي تصدرها الدولة بصورة رسمية. غير أن التطبيق العملي يستخدم مصطلح (القانون) بدلا من (التشريع) العادي. ونحن نفضل مصطلح التشريع لأنه أكثر انطباقا من القانون، خاصة وأن الجهة التي تصدر القانون هي السلطة التشريعية. فينبغي أن يوصف عملها هذا بالتشريع وليس بالقانون، خاصة وأن لفظ القانون بمعناها الاصطلاحي غير عربي. كما سبق الإشارة إلى ذلك. غير أن مصطلح القانون شائع الاستعمال في الوطن العربي. وبذلك يختلط لفظ التشريع بالقانون ويصعب التمييز بينهما،

---

(١٥) المادة (٩٦) من الدستور اليمني.

(١٦) المادة (١٢٤) من الدستور اليمني.

رغم الاختلاف الواضح بين المصطلحين.

خامساً: مزايا التشريع:

يتميز التشريع عن غيره من مصادر القانون بالعديد من المزايا ومن هذه المزايا:

١- يعمل التشريع على إزالة التعارض والتكرار في القواعد القانونية المتعددة، ويساعد على إظهار القواعد القانونية في صورة متناسقة ومحكمة وكاملة [١٧].

٢- يمتاز التشريع بالوضوح لأن نصوصه مكتوبة، مما يسهل التعرف على القاعدة القانونية من الجميع. خاصة وأن الدول تنشر قوانينها بصورة علنية في مجلدات خاصة لهذا الغرض مما يسهل الرجوع إليه

٣- يؤدي التشريع إلى وحدة الدولة، حيث تطبق القاعدة القانونية في جميع أجزاء الدولة، ويمنع ازدواجية القواعد المختلفة في مناطق الدولة المتعددة، خاصة إذا كانت الدولة مكونة من ولايات عدة. وهذا ما يعزز سيادة القانون فيها.

٤- يستجيب التشريع للتغييرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ويعبر عن رغبة المجتمع في مواكبة التغييرات والتطورات. ذلك أن سهولة وضع التشريع وسرعته تجعل منه وسيلة فاعلة للتغيير، بصورة أفضل من المصادر الأخرى للقاعدة القانونية.

٥- التشريع يلغي المصادر الأخرى لقاعدة القانونية ويوحد الحلول في جميع أنحاء الدولة. ولا يسمح بإنشاء أعراف أو تقاليد تخالف أحكامه.

٦- صدور التشريع في صياغة مكتوبة يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب في تطبيق القانون في الحياة العملية.

سادساً: عيوب التشريع:

على الرغم من مزايا التشريع التي سبقت الإشارة إليها، إلا أن ذلك لا يعني خلو التشريع من العيوب. ومن أهم عيوب التشريع ما يأتي:

١- أن التشريع يضع قاعدة مكتوبة في إطار جامد محدد ليس من السهولة تطويرها، فلا يستوعب التشريع التطورات أو الظروف الجديد للمجتمع [١٨]. ولهذا فإنه في أغلب الأحيان يتصف بالجمود، وهو أمر يتطلب إجراء التعديل والإلغاء المستمر للتشريعات

([١٧]) الدكتور عبد الحي، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

([١٨]) الدكتور حمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ١٤٣.

التي لا تنسجم والظروف الجديدة.

٢- أن التشريع عمل من أعمال السلطة، ويعبر عن أفكارها وطموحاتها، وقد لا يعبر بالضرورة عن حاجات الأفراد، وقد يكون مفروضاً عليهم بما فيه من أفكار متعارضة مع مشاعرهم ورغباتهم. وقد يكون التشريع تعبيراً عن إرادة حاكم مستبد.

٣- إن التشريع يضع قواعد موحدة تطبق على كل جزء من أجزاء الإقليم، ويأخذ بالحلول العامة الظاهرة على مستوى الدولة، أو بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة، الأمر الذي قد يغفل فيه المشكلات الخاصة لبعض المناطق في الدولة أو حاجات ورغبات فئة معينة من المجتمع.

٤- إن مسألة الاقتباس التي يلجأ إليها المشرع لاقتباس بعض القواعد القانونية من دول أخرى، قد تعيق تطبيق التشريع، بسبب التباين بين ظروف مجتمعات الدول وأحوالها، واختلاف مشاريعها، الأمر الذي يجعل التشريع غريباً على المجتمع، ولا يأتلف وظروفه واتجاهاته.

وهذه المشكلة كثيراً ما عانت منها بعض الدول العربية، عندما اقتبست بعض قوانينها من الدول الغربية، الأمر الذي أدى إلى عدم تطبيق تلك التشريعات، لأنها تتناقض والقيم والتقاليد الدينية والاجتماعية.

٥- قد تؤدي الخلافات السياسية بين القوى السياسية المتصارعة داخل الدولة إلى عرقلة إصدار التشريع أو تعديله أو إلغائه. فقد لا يحصل إصدار التشريع على النسبة المطلوبة من الأصوات لا بسبب عدم أهميته، وإنما بسبب الاتجاهات المتعارضة بين القوى السياسية المختلفة بالدولة، التي تحاول أن تعرقل أي اقتراح يصدر من فئة معينة، فتبادر الفئة المعارضة لها برفض هذا الاقتراح، لا لأنه غير مهد. وإنما لأنه صدر من هذه الجهة فحسب.

ورغم العيوب المذكورة، فإن مزايا التشريع العديدة توجب أن يكون التشريع في مقدمة مصادر القانون الأخرى.

سابعاً خصائص التشريع:

للتشريع الخصائص الآتية:

١- التشريع مجموعة قواعد قانونية :

يتضمن التشريع قواعد قانونية عدة تنظم السلوك الاجتماعي. ومن مجموعة التشريعات داخل الدولة يتكون النظام القانوني فيها.

وقد سبق أن حددنا خصائص القاعدة القانونية، من أنها قواعد عامة مجردة، وأنها تنظم السلوك الاجتماعي، وتقترن بجزاء على من يخالف أحكامها.

٢- التشريع يتضمن قواعد مكتوبة :

من أهم مميزات التشريع أنه يتضمن قاعدة قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية. وصدور التشريع في وثيقة مكتوبة يحقق له مزايا عديدة، أدت إلى تفوقه على غيره من مصادر القانون الأخرى. فصدور التشريع في وثيقة مكتوبة لا يدع مجالاً للشك حول ثبات وجود القاعدة القانونية، أو تاريخ نشأتها، ويسمح أيضاً بتحديد نطاق سريانها من الناحية الزمنية فيما لو تقرر إلغاء قاعدة من هذه القواعد بمقتضى تشريع لاحق. إذ سيكون تاريخ نفاذ هذا التشريع اللاحق في وثيقة ثابتة ومعروفة بطريقة يقينية [١٩].

٣- التشريع يصدر من سلطة مختصة:

إن ما يميز به التشريع عن غيره، هو أنه يصدر عن سلطة مختصة، وغالباً ما تكون تلك السلطة هي السلطة التشريعية. كما أن للسلطة التنفيذية إصدار بعض القواعد القانونية بحسب ما تقتضيه صلاحياتها المحددة بموجب الدستور.

وتكاد تكون هذه الخصيصة تشمل جميع التشريعات عدا الدستور الذي قد يصدر من سلطة غير رسمية، إذا كان إقراره قد تم باستفتاء شعبي، فتكون السلطة التي أصدرت الدستور هي الشعب.

وفي جميع الأحوال فإن التشريع يصدر عن سلطة يحددها الدستور، وطبقاً للإجراءات التي نص عليها.

كما أن اللوائح أو الأنظمة تصدر عن السلطة التنفيذية، وتصدر القرارات المنفذة لها عن الدوائر المختصة.

٤- علانية التشريع :

يتصف التشريع بالعلانية، وخاصة بالنسبة لمن يتوجه إليهم التشريع بأوامره ونواهيه. فلابد أن يعرف المخاطب بأحكام التشريع بصورة كاملة. غير أن ذلك لا يعني أن تقوم

(١٩) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

الدولة بإبلاغ من يعنيهم التشريع بأحكامه، وإنما يكفي أن ينشر التشريع بالطريقة التي يتطلبها النظام القانوني بالدولة.

٥- ثبات التشريع :

يتصف التشريعات بالثبات والاستقرار، ويلغي مصادر القانون الأخرى إذا تعارضت معه. ويبدأ سريان التشريع من يوم نفاذه، ويبقى ساريا ما لم يصدر تشريع آخر تعدله أو يلغيه.

فالتشريع ليس تسجيلا لقواعد قانونية ثابتة لا تتغير، وإنما هو ترتيب القواعد بفرع من فروع القانون. ومن ثم لا يجوز النظر إلى التشريع على أنه عمل كامل. فمهما حرص المشرع على تضمين التشريع الحلول لجميع المسائل، لابد أن يترك حالات دون تنظيم، أو أن تنشأ حالات جديدة لا يكون لها حل في التشريع، ومن هنا لابد من التسليم بأن النقص في التشريع أمر حقيقي، وأن الضرورة تقتضي ملاحقة تغييره أو تعديله [٢٠].

ثامنا : الصياغة القانونية والتقنين:

يقصد بالصياغة القانونية: الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القواعد القانونية.

وتعتمد الصياغة القانونية على مواد أولية للقانون، تتكون نتيجة صراع العوامل السياسية وتفاعلها. حيث تعتمد الصياغة القانونية على ما تقدمه السياسة القانونية من مواد أولية جاهزة للمشرع يصوغ بموجبها قاعدة قانونية تتفق ومتطلبات السياسة القانونية، إضافة إلى المهارة والعلم في فن القانون. وتشارك في ذلك عوامل متعددة، منها اللغة والمصطلحات، والمظاهر الخارجية للقاعدة القانونية [٢١]. يمكن بموجبها التعبير عن رأي المشرع في وضع القاعدة القانونية.

ويشترك في الصياغة القانونية العديد من الاختصاصيين، كالفقيه في علم القانون والقاضي ومن الاختصاصيين ممن يعنيهم القانون، كالأطباء والمهندسين، ويشترك أيضا في الصياغة، رجل السياسة والاجتماع والاقتصاد.

وعندما يمر التشريع بأدوار الإقرار والتشريع الرسمي، فإنه قد يتعرض لصياغة جديدة أو تعدل صياغته القديمة من الوزير المختص، ومجلس الوزراء والبرلمان ومن مجلس

---

(٢٠) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٢١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

الرئاسة إلى أن يصل إلى صياغة نهائية يصدر بموجبها التشـــريع، وعنـــد ذلـــك تكتسـب الصياغة القانونية شكلها النهائي بالصورة التي انتهت إليها.

أما التقنين، فله العديد من المعاني، غير أن ما نقصد منه هو تحويل مصـــدر مـــن مصادر القانون إلى التشريع. فمثلاً تتحول أحكام الشريعة الإسلامية أو العرف إلى قواعـد قانونية تصدر بتشريع يتضمن أحكام الشريعة الإسلامية أو العرف. وتكتسب تلك القواعـد صفة التشريع، ويصبح مصدرها التشريع وليس الشريعة الإســـلامية أو القـــانون، طالمـــا صيغت أحكامها في تشريع طبقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور.

ويتحدد دور المشرع في هذه الحالة بالناحية الفنية وليس تقرير حكم معيـــن للقـــاعدة. فإذا طلبنا من المشرع أن يضع قانون الميراث طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مثلاً، فـــإن دور الأجهزة الفنية المعنية بالصياغة لا تبحث عن حكم للقاعدة، لأن الشريعة الإســـلامية قدمت هذا الحكم، وأن المطلوب هنا، هو الصياغة الفنية لإصدار الحكم المذكور بصيغـــة تشريعية.

وقد ينصرف، معنى التقنين إلى حالة تجميع التشريعات المتعلقة بفـــرع مـــن فـــروع القانون، كالتشريعات الخاصة بالتجارة أو الصحة أو الداخلية أو الدفاع أو غيرها. حيـــث يتولى المشرع تقنين تشريعات عديدة متناثرة ويجمعها في قانون واحد يسهل الرجوع إليه.

ويؤدي التقنين إلى إزالة التعارض بين التشريعات المختلفة، ويظـــهر التشـــريع فـــي صورة متناسقة ومحكمة وكاملة. كما أنه ييسر البحث عن أحكام القانون بعـــد أن جمعـــت كلها في كتاب واحد بعد أن تم ترتيبها وتبويبـــها. وهـــذا مـــا يفيـــد أصحـــاب العلاقـــة، والمخاطبين بالقاعدة، والقضاة والفقهاء [٢٢].

ومن حسن الصياغة والتقنين الناجح، ألا يتناول المشرع تنظيم الجزئيات إلـــى الحـــد الذي يتعقد فيه فهم التشريع. ومهما حاول المشرع الاتساع في الجزئيات، فإنـــه لابـــدّ أن تظهر حالات لم يتطرق المشرع إليها، كما أن مثل هـــذا التشـــريع لا يلبـــي التطـــورات الجديدة. ولهذا فإن وضع قواعد عامة، تمنح التشريع مرونة أكـــثر، لمواجهـــة متطلبـــات الحياة، وتتيح الفرصة لتقاضي استعمال سلطة تقديرية عند التطبيق، فيضع لكل حالة الحـــل المناسب لها.

([٢٢]) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق ٢٩٤.

وفي جميع الأحوال، فإن صياغة القواعد القانونية بطريقة الحلول الجزئية أو العامة تعتمد على مدى قدرة النظام القضائي في الدولة، ومدى ثقة الدولة فيه، فكلما كان القضاء متطوراً، فإن وضع قواعد عامة تساعده على مواجهة التطورات واستخدام سلطته التقديرية. أما إذا كان القضاء متخلفاً، فإن من الأفضل وضع قواعد تفصيلية تمنع القاضي من استغلال سلطته للتجاوز على القانون، حيث يتحدد دور القاضي بطريقة آلية، هو تطبيق القاعدة القانونية على الحالة المعروضة أمامه. ويعتمد في حكمه على ما يضعه المشرع من قواعد محددة.

تاسعاً: انتهاء التشريع :

ينتهي التشريع بالحالات الآتية:

١- ينتهي التشريع بالإبطال:

إذا صدر التشريع وكان مخالفاً للأساس الذي استند عليه، فإن التشريع يعد باطلاً، فإذا صدر التشريع وكان مخالفاً للدستور، أو صدرت لائحة أو قرار مخالف للقانون الذي صدر بموجبه، فإن التشريع يعد باطلاً ولا يجوز تنفيذه.

وتختلف الجهة التي تقرر إبطال التشريع باختلاف الدول. فبعض الدول تعطي للقاضي لحق بالامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور، ودول أخرى تشكل محكمة دستورية عليا [٢٣].

٢- انتهاء التشريع بالإلغاء الصريح :

ينتهي التشريع إذا صدر تشريع جديد ينص على إلغائه بصورة صريحة [٢٤]. ويجب أن يكون التشريع الذي يلغى التشريع السابق بالترتيب نفسه أو أقوى من فلا يلغى الدستور عادي، وإنما يلغي بدستور آخر. ويكون الإلغاء بالطريقة التي صدر بها الدستور نفسها.

كذلك لا يلغى التشريع العادي بلائحة أو بقرار، وإنما يلغي التشريع العادي بمثله أو بموجب الدستور.

وتلغى اللائحة أو القرارات التنفيذية، بلائحة تنفيذية أو بقرار تنفيذي أو يلغي الاثنان بقانون. وصيغة الإلغاء الصريح تكون: "يلغى القانون....".

([٢٣]) تراجع المادة (١٢٤) من الدستور اليمني.

([٢٤]) المادة (٢) مدني يمني.

٣- الإلغاء بطريق التعارض:

الإلغاء بطريق التعارض: هو أن يصدر التشريع، يتعارض مع تشريع سابق أو مع نص فيه يتعارض مع نص في تشريع سابق، ولم ينص التشريع الجديد بصورة صريحة على إلغاء التشريع السابق أو النص الوارد فيه. فإذا صدر قانون جامعة صنعاء مثلاً، ثم صدر بعد ذلك قانون آخر باسم قانون جامعة صنعاء، ولم يلغ القانون السابق، وجاء القانون الجديد بأحكام تتعارض مع أحكام القانون السابق، فإن القانون الجديد هو النافذ.

٤- انتهاء التشريع بالإلغاء الضمني:

الإلغاء الضمني: هو أن يصدر جديد ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن تناوله التشريع السابق [٢٥]. فإذا صدر قانون عمل جديد ولم ينص صراحة على إلغاء قانون العمل السابق، فهذا يعني أن قانون العمل السابق قد ألغي ضمناً لقاعدة القانون اللاحق يلغي أو يعدل القانون السابق.

٥- التعارض بين تشريع عام وتشريع خاص:

قد يتعارض تشريع عام وتشريع خاص. ويمكن أن نوضح ذلك بما يأتي:

أ- التعارض بين تشريع عام وتشريع خاص حديث:

إذا صدر تشريع عام كالقانون المدني ينظم حالة معينة، كالقواعد المتعلقة بأحكام عقد العمل، أو عقد بيع العقار أو عقود تجارية، ثم صدر تشريع خاص ينظم القواعد ذاتها، مثل قانون العمل، وقانون التسجيل العقاري والقانون التجاري، وكانت هذه الأحكام تتناقض وأحكام القانون المدني. وإنما تعطل الأحكام الواردة فيه بما يتعارض والقوانين الخاصة التي تناولت تنظيم القواعد فيه. وتطبق القواعد الواردة في تلك القوانين.

وإذا ألغيت القوانين الخاصة ولم تصدر قوانين أخرى بديلاً عنها، تطبق القواعد الواردة في القانون العام (القانون المدني).

ب ــ التعارض بين تشريع عام جديد وتشريع خاص قديم:

وفي هذه الحالة، يصدر تشريع عام جديد تتعارض أحكامه مع تشريع خاص قديم. فالتشريع العام الجديد لا يلغي التشريع الخاص القديم، بل إن التشريع الخاص القديم هو الذي يعطل الأحكام التي تتعارض معه الواردة في التشريع العام القديم. فالخاص يقيد

([٢٥]) الفقرة الأخيرة من المادة (٢) مدني يمني.

العام، وإن كان قديماً عليه [٢٦].

فإذا صدر قانون مدني جديد يتعارض مع قانون العمل، فإن قانون العمل واجب التطبيق. وتعطل أحكام القانون المدني في جميع العلاقات الخاصة بعقد العمل.

المطلب الثاني

الشريعة الإسلامية

أولاً: القواعد الدينية:

كانت الأديان هي القانون المطبق في دول الشرق القديم، التي نشأت في العراق واليمن ومصر. فكانت الوثنية [٢٧]، والشرك [٢٨] هي السائدة منذ أغوار سحيقة في التاريخ. وكانت الآلهة في اليمن والعراق هي الأساس في النظام القانوني للدولة، وإن الملك يعد نفسه ممثلاً للآلهة. وتعد المعابد البابلية والسبئية والقتبانية والحميرية، مراكز تجارية وقانونية مهمة، ومستودعاً للوثائق القانونية، وكانت قواعد الدين هي الأساس المعتمد في تنظيم العلاقات بين الدولة والأفراد، والأفراد فيما بينهم. وقد انتشرت الديانتان اليهودية والمسيحية في بعض المناطق في كل من اليمن والعراق.

وعندما ظهر الدين الإسلامي في القرن السادس الميلادي، حلّ محل الديانات الوضعية، وحلّ محل اليهودية والمسيحية.

واحتفظت الشريعة الإسلامية بكونها القانون الوحيد المطبق في مجتمعنا العربي طوال قرون عديدة. وقد ساهم فقهاء الشريعة الإسلامية في بلورة نظرية قانونية إسلامية شاملة لجميع الأحكام المتعلقة بتنظيم السلوك الاجتماعي.

وقد أثبتت الشريعة الإسلامية قدرتها على مواجهة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، واستوعبت جميع الأحكام الكلية والجزئية.

---

(٢٦) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٢٠.

(٢٧) الوثنية من الوثن. والوثن كل ما له جثة معمولة من جواهر الأرض أو من الخشب أو الحجارة كصورة آدمي، تعمل وتنصب. أما الأنصاب فهي الحجارة المنصوبة. وكان الرجل إذا سافر فنزل منزلاً أخذ أربعة أحجار فنظر إلى أحسنها واتخذها رباً. وإذا ارتحل تركها.

(٢٨) الشرك، هو أن يجعل لله شريكاً في ربوبيته وفي عبدته بالإيمان به وبسواه.

يراجع كتابنا: تاريخ قانون اليمن القديم قبل الإسلام، منشورات جامعة صنعاء ١٩٩٣، ص ٣٩.

واحتفظت الشريعة الإسلامية بموقعها المتقدم في تنظيم السلوك الاجتماعي حتى أواخر الحكم العثماني، عندما بدأت الدولة العثمانية تقتبس القوانين من الغرب لتطبقها بدلاً عن الشريعة الإسلامية.

وبعد أن ظهرت الدولة العربية المعاصرة، واجهت مشكلة القوانين التي اقتبستها الدولة العثمانية والتي كانت سائدة في الوطن العربي، والرغبة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. فسايرت المسار السابق واتجهت إلى وضع قوانين اقتبست بعضها من الغرب، وبعضها الآخر من الشريعة الإسلامية.

ولما كانت القوانين الوضعية، غير كافية لمواجهة الحالات التفصيلية التي تواجه المجتمع، فقد عمدت غالبية الدول العربية إلى العودة إلى الشريعة الإسلامية عندما لا تسعفها القوانين الوضعية في حل الحالات والمشكلات التي تظهر أثناء التطبيق.

ثانياً: مرتبة الشريعة الإسلامية في الأنظمة القانونية:

تختلف مرتبة الشريعة الإسلامية باختلاف الأنظمة القانونية، فبعض الدول تضعها في المرتبة الثانية بعد التشريع، كالقانون المدني اليمني [٢٩]، وبعضها تضعها في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، كالقانون المدني العراقي [٣٠]، والأردني [٣١]، والمصري [٣٢].

وقد لاحظ بعض الكتاب، أن الاختلاف بين القوانين في تحديد مرتبة الشريعة الإسلامية بينها وبين العرف لا تؤثر من حيث النتيجة، لأن مصادر الشريعة الإسلامية، أصبحت من الأعراف الثابتة في الدول الإسلامية [٣٣]، ذلك أن الأعراف التي تطبق في هذه الدول، هي الأعراف الموافقة للشريعة الإسلامية. فتطبيق العرف في الواقع، يعد تطبيقاً للشريعة الإسلامية.

وينبغي أن نشير إلى مسألة مهمة، هي أن تعدد مصادر القانون من تشريع شريعة إسلامية وعرف، لا يعني أن حكم التشريع يختلف عن حكم الشريعة الإسلامية بالضرورة، ذلك أن التشريع في الدول الإسلامية غالباً ما يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ويضعها في نصوص قانونية. ويطلق على هذه النصوص بالتشريع ولا يطلق عليها بالشريعة

(٢٩) المادة الأولى من القانون المدني اليمني.

(٣٠) المادة الأولى من القانون المدني العراقي.

(٣١) المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

(٣٢) المادة الأولى من القانون المدني المصري.

(٣٣) عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، ط٤، دمشق ١٩٨٠م، ص ٣٣٦.

الإسلامية.

والغرض من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في صورة تشريع، هو أن المشرع اختار من أحكام الشريعة الإسلامية ما يرغب به من آراء بعض الفقهاء دون الأخرى. وجعل من آراء هؤلاء الفقهاء تشريعاً ملزماً لا يجوز تركه. ولا تطبيق الآراء التي لم يرغب المشرع الأخذ بها.

فأحكام الشريعة الإسلامية التي قننها التشريع تعد واجبة التطبيق أولاً. وإذا استجدت مسألة، أو حالة لم يتناولها المشرع، ففي هذه الحالة يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لم يأخذ بها المشرع، وتطبق على المسألة أو الحالة المعروضة.

وبذلك، فإن التشريع لا يعد بالضرورة أنه يخالف الشريعة الإسلامية.. وقد يكون التشريع نقل كله من الشريعة الإسلامية، ومع ذلك نطلق عليه مصطلح التشريع.

فالقانون المدني اليمني كما تنص المادة الأولى منه، بأنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ومع ذلك يطلق عليه بالقانون المدني، ولا نطلق عليه الشريعة الإسلامية.

وغالباً ما تكون المصادر المتعددة للقانون من تشريع وشريعة إسلامية وعرف، وحدة متكاملة يكمل بعضها البعض الآخر.

إن أحكام الشريعة الإسلامية سواء وردت في المرتبة الثانية أو المرتبة الثالثة، فإنها تعد من المصادر الأصلية للقانون، وليست من المصادر الاحتياطية كما يرى بعضهم خطأ (٣٤).

ذلك أن التشريع يتضمن أحكاماً من الشريعة الإسلامية، وإن تفسير أحكام التشريع وتطبيقه لابدّ أن يتطلب الرجوع للشريعة الإسلامية لمعرفة ذلك. إضافة إلى أنها تسد النقص الحاصل في التشريع، بما تتضمنه من أحكام تفصيلية.

ولابدّ من الإشارة إلى مسألة مهمة، هي أن نقل بعض القواعد من قانون أجنبي وإضافتها إلى تشريع يتضمن قواعد شرعية إسلامية .. فإذا كانت هذه القواعد تتفق والأحكام العامة للشريعة الإسلامية، فإن هذه القواعد تعد جزءاً من الشريعة الإسلامية، لأنها لا تناقض معها، وأن الشريعة الإسلامية استوعبتها ويصبح التشريع كله من الشريعة الإسلامية، وتلك صفة تتميز بها الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع.

(٣٤) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٨١.

أما إذا كانت بعض الأحكام المنقولة تتناقض وأحكام الشريعة الإسلامية، كأن تحلل حراماً، أو تحرم حلالاً، ففي هذه يمكن ن نقول: إنّ التشريع اعتمد على مصدرين، هما الشريعة الإسلامية، والقانون الأجنبي.

وبذلك، يمكننا القول أيضاً، إن المشرع إذا أصدر تشريعاً معيناً ولم يقتبس هذا التشريع من أحكام الشريعة الإسلامية، أي أنه لم يطلع على أحكام الفقه الإسلامي، وإنما اعتمد المشرع على خبرته، فإننا ننظر إلى التشريع ذاته. فإذا كانت قواعده تتفق وأحكام الشريعة، فإننا نعد التشريع المذكور مأخوذاً من الشريعة الإسلامية، أما إذا كان التشريع أو بعض قواعده لا تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، فإننا نقول إن التشريع أو بعض قواعده نقلت من مصدر هو غير الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: مضمون الشريعة الإسلامية :

تعرف الشريعة بأنها: "ما شرعه الله تعالى من أحكام لعباده على لسان رسول من الرسل" [٣٥].

وتشمل الشريعة الإسلامية ما يأتي:

أ – الأحكام المتعلقة بالعقيدة : وهي الأحكام المتعلقة بباطن الإنسان في صلته بالله، وهي التي تختص بذات الله عز وجل وصفاته، من وحدانية، وقدم، وبقاء، وقدرة، وعلم، وسمع وبصر وغير ذلك، ومنها أبحاث حكم الإيمان بالله وبملائكته وكتبه ورسله وعلاماتهم، وما يتصفون به من أخلاق. ومنها أبحاث القضاء والقدر واليوم الآخر، وما فيه من حساب وثواب وعقاب وجنة ونار، وموقف المؤمن منها.

وهذه الأحكام تخرج عن مجال دراستنا هذه.

ب – الأحكام المتعلقة بالأخلاق: وهي الأحكام المتعلقة ببيان الفضائل كالصدق والأمانة والشجاعة والجهر بالحق والوفاء بالعهد وما يتبع ذلك من حث الإنسان على التحلي بها. والأحكام المتعلقة بكشف النقائص من الصفات المرذولة مثل الكذب والخيانة والجبن وإنكار الحق والغدر، ومكايدة الضعفاء والظلم والكبر وقطعية الرحم، وما يتبع ذلك من حث الإنسان على التخلص من شرورها والنفور منها.

ج – الأحكام العملية: وهي الأحكام المتعلقة بأعمال العباد التي تظهر بعمل ظاهر

---

(٣٥) الدكتور حسن صبحي أحمد، مصدر سابق، ص٤٠.

للجوارح تأمر به أو تمنع منه أو تبيحه كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج، وحرمة شرب الخمر والزنا والربا وأكل الميتة وإباحة البيع والإجارة والهبة والرهن [٣٦].

والشريعة الإسلامية شريعة واسعة، تتضمن أحكاماً تفصيلية لجميع المسائل. فهي شريعة تُعنى بتنظيم الحياة ومجريات الأحداث فيها، وتتناول وقائع المعاملات الدنيوية بالتخطيط لها في جميع المجالات، وتضع الأصول العامة التي تستنبط منها كل الحلول للمسائل والتفريعات، فهي تشريع مع الفرد داخل بيته، تحدد العلاقة بينه وبين زوجته حتى في أدق شئونها، والعلاقة بين الأب وأولاده وجيرانه، وتعامله في السوق، وعلاقته مع الجماعة وعلاقة الجماعة معه، والجماعة الإسلامية بالجماعات الأخرى، وتنظيم حياة الإنسان، واستثمار الأرض وتشييد العمران والحضارة [٣٧].

ومجمل القول إن الشريعة الإسلامية تتضمن أحكاماً تفصيلية واسعة تستطيع مواجهة متطلبات الحياة، وتمتاز بدقة أحكامها، وتعد آراء الفقهاء المسلمين ثروة تشريعية واسعة تستطيع سد النقص الحاصل في القانون الوضعي.

رابعاً: أسلوب تطبيق الشريعة الإسلامية:

إذا لم يجد القاضي نصاً في التشريع لوضعي، فإن عليه الرجوع للشريعة الإسلامية. وإذا ما رجع للشريعة الإسلامية، فإن عليه أن يلتزم بما تضعه الشريعة من أحكام طبقاً لما تضعه من نظام محدد. فعليه الأخذ بالقرآن أولاً، ثم السنة النبوية، ثم الإجماع والقياس الاستحسان ... إلخ.

وإذا ما طبق القاضي حكماً في التشريع الرسمي ولم يتمكن من تحديد نطاقه، وكأن هذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية، فإن على القاضي أن يرجع للشريعة الإسلامية لمعرفة نطاق الحكم المذكور وتفسيره.

وينبغي أن نشير، إلى أن ما نقصده بالشريعة الإسلامية في هذا المجال، هي الأحكام الشرعية التي لم يأخذ بها المشرع في التشريع. ذلك أن نقل أحكام الشريعة الإسلامية إلى التشريع، أضفى عليها صفة التشريع. وتكون هذه الأحكام واجبة التطبيق أولاً. فإن لم يجد القاضي حكماً في التشريع، فإنه يرجع إلى أحكام الشرع الإسلامي التي لم يأخذ بها المشرع.

---

(٣٦) الدكتور حسن صبحي أحمد، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٣٧) الدكتور حسن صبحي أحمد، سابق، ص ٦٠.

وفي جميع الأحوال، فإن تطبيق التشريع الذي يتضمن أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تطلق عليها بالتشريع، أو أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تدخل في التشريع، توجب على القاضي، أن يطبق جميع هذه الأحكام في ضوء الفقه الإسلامي من حيث التفسير والتطبيق والتنفيذ.

المطلب الثالث

العرف

أولاً: التطور التاريخي للعرف:

لم يعرف العرب قبل الإسلام القوانين المنظمة المكتوبة، وكان كل ما عندهم مجموعة من تقاليد وعادات، تمسكوا بها وطبقوها فترة طويلة من الزمن، والتزموا بها أدق الالتزام، حتى أصبحت بمثابة قواعد قانونية ثابتة، أطلق عليها بالعرف القبلي.

ومن طبائع العربي أن يحافظ على عادات آبائه وأجداده وتقاليدهم، ولا يرغب بتغييرها. وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِم مُّهْتَدُونَ﴾ [٣٨].

ولم توضع حدود فاصلة بين العادات والأعراف والدين، فالأعراف التي أقرها المجتمع، والدين عادة سلكها الأفراد من أجل الاتصال بالآلهة، ومعنى الدين عادة، وقد اختلط الدين بالعرف حتى ليصعب الفصل بينهما.

وقد كان العرف في اليمن مصدراً مهماً من مصادر القانون، لأن العرف في اليمن يمثل النظام العام، سواء في وجود الدولة أو في حالة غيابها. وهو نظام اجتماعي ورثته القبائل اليمنية، وله قوة إلزامية لا تقل عن القوة الإلزامية للتشريع [٣٩].

وعندما جاء الإسلام، ألغى بعض الأعراف التي تتناقض وأحكام الشرع الإسلامي، وأجاز الأخرى.

وما تزال القبائل اليمنية حتى الوقت الحاضر تطبق القواعد العرفية في القضايا المدنية

---

(٣٨) سورة الزخرف ٤٣/٢٣.

(٣٩) للتفاصيل يراجع كتابنا: كتابنا: تاريخ قانون اليمن القديم، مصدر سابق. ص ٧٢.

والجزائية، وهناك ما يعرف (بقواعد السبعين) وهي المصدر الأساس لكل القواعد العرفية المعروفة حتى الآن، وكذلك، ما يعرف بقواعد (ابن زنباع) وهو أحد الأشخاص (العرافة) الذي قام بوضع ما يشبه باللائحة التفسيرية لقواعد السبعين، كما توجد بعض القواعد العرفية الأخرى المدونة والمحفوظة عند بعض الأشخاص المعروفين بـ(المراغة الغصابة) ويقصد بهم الهيأة القبلية التحكيمية العليا الذين يمثلون القضاء العرفي في اليمن (٤٠).

وعلى الرغم من صدور العديد من القوانين في اليمن، فإن العرف القبلي ما يزال هو السائد ويطبق وإن خالف القانون.

ثانياً: مرتبة العرف:

العرف أحد مصادر القانون المهمة في مختلف دول العالم، وإن اختلفت مرتبته بين مصادر القانون. فقد يأتي العرف في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية كما في القانون المدني اليمني، وقد يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، كما هو في القانونين العراقي والمصري.

وسبق القول إن العرف سواء جاء في المرتبة الثالثة أو المرتبة الثانية، فإنه من الناحية العملية غير مزاحم للشريعة الإسلامية.

فإذا جاء العرف بعد الشريعة الإسلامية، فإنه من الناحية النظرية يسد النقص الوارد في الشريعة الإسلامية، وهذا غير ممكن فالشريعة الإسلامية أوسع من العرف. فالعرف مجموعة القواعد المأخوذة من الشريعة الإسلامية ... أي إن قواعد العرف في مجتمع إسلامي، لا تخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية، وهي القواعد التي اختارها الناس في تعاملهم من أحكام الشريعة الإسلامية، وهي جزء من أحكام الشريعة وليس كلها، ولهذا فإنها إذا جاءت في المرتبة الثالثة فإنها لا تسد النقص الوارد في الشريعة لأنها جزء من كل.

أما إذا ورد العرف في المرتبة الثانية، فإنه يكمل النقص الوارد في التشريع، وهذا ممكن .. وإن لم يتمكن العرف من سد النقص الوارد في التشريع، تأتي الشريعة الإسلامية لتسد النقص الوارد في التشريع والعرف معاً، وبذلك تصبح الشريعة وعاء الأحكام الكبير

(٤٠) يراجع للتفاصيل الدكتور فضل علي أبو غانم، البنية القبلية

الذي يسد النقص الوارد في التشريع والعرف، وإن من الأفضل أن تكون مرتبة العرف هي الثانية، والشريعة في المرتبة الثالثة.

ثالثاً: شروط العرف:

يعرف العرف: بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اضطراد سلوك الأفراد على نحو معين في اتباعها زمناً طويلاً، مع اعتقادهم بإلزامها، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي" [٤١].

ويشترط في العرف ما يأتي:

١- ألا يخالف العرف التشريع الذي يصدر من الدولة. ذلك أن التشريع يعبر عن إرادة الدولة وغالباً ما يرتبط بالنظام العام والآداب العامة [٤٢].

٢- أن يكون العرف جارياً ومعروفاً لدى الناس وتراضوا عليه، ويكون مقبولاً في تعاملهم.

٣- أن يكون العرف عاماً. ولا يقصد به العموم لجميع أجزاء الإقليم، بل يصح أن يكون في منطقة معينة أو لفئة معينة.

٤- أن تمضي فترة مناسبة على تطبيق العرف، تضمن استقراره في أذهان الأفراد

٥- أن يكون تطبيق العرف مضطرداً وثابتاً وغير منقطع [٤٣].

٦- أن يرافق تطبيق العرف الشعور بالالتزام به وتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامه.

٧- ألا يكون العرف فاسداً، كأن يخالف أحكام التشريع أو الشريعة الإسلامية.

فإذا ما خالف العرف التشريع أو الشريعة الإسلامية، فإنه لا يعتد به، ولا يعد من مصادر القانون، ولا يجوز تطبيقه، وإن توافرت فيه الشروط الأخرى. ذلك أن اللجوء للعرف عند عدم ورود تشريع أو نص في الشريعة الإسلامية، فإذا ما ورد نص في التشريع أو الشريعة الإسلامية، فلا يجوز اللجوء للعرف.

([٤١]) الدكتور توفيق حسن فروج والدكتور علي مطر، مصدر سابق، ص ٢٥١.

([٤٢]) نصت المادة (١٢) من القانون المدني اليمني على أن "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال ... وكل حكم مبني على العرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف وبزول تلك العادة".

([٤٣]) المادة الأولى مدني يمني.

أما إذا لم يرد نص في التشريع أو الشريعة الإسلامية، فإنه يشترط في العرف في هذه الحالة أن يكون مصدراً من مصادر القانون ألا يخالف الأحكام العامة في التشريع أو الشريعة الإسلامية.

٨- ألا يخالف العرف النظام العام والآداب العامة [٤٤]. وقد سبق الكلام عن النظام العام والآداب العامة. وهذا الشرط في واقعه مكمل للشرط السابق.

رابعاً: أركان العرف:

للعرف ركنان : مادي ومعنوي

الركن المادي: وهو تواتر الاستعمال بقاعدة معينة بصورة مستمرة ومضطردة.

الركن المعنوي: وهو شعور الجماعة بالالتزام بالقاعدة العرفية وعدم مخالفتها وفرض الجزاء على من يخالفها [٤٥].

خامساً: موقف الشريعة الإسلامية من العرف:

يرى الفقه الإسلامي أن العرف بمعنى العادة، عاماً كان أو خاصاً، يجعل حكماً لإثبات حكم شرعي، وأن العادة محكمة. ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل ينبني عليه الحكم. والعرف تكرار لشيء ومعاودته حتى يتقر بالنفوس، ويكون مقبولاً عندها. ومن أمثلة هذه القاعدة ألفاظ الواقفين تفسير حسب عرفهم. ومن دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يغسله أو ركب السفينة وصاحبها معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة. كما جرى العرف على جعل مشتملات المبيع تدخل في البيع من غير ذكرها، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في البيع بلا ذكر لعرف الناس بذلك [٤٦].

وتتفرع من قاعدة (العادة محكمة) قاعدة أخرى، وهي "تُعَدّ العادة إذا اضطردت أو غلبت"، وأن تكون العادة أو العرف مقارنة لحصول الشئ أو سابقة عليه. ولا تعد العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف والعادة فيه.

وبناء على رعاية العرف جاءت القاعدة الفقهية "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" أي ما جرى به العرف يراعى من دون أشترطه في عقود الناس وتصرفاتهم. كما تتفرع من

([٤٤]) المادة (الأولى) مدني يمني.

(45) M.D.A Freeman, Lloyds, Introduction to Jurisprudence Law, Priced ed. London 1985, p. 1985.

([٤٦]) الدكتور عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ١٠١.

هذه القاعدة قاعدة أخرى "ما يقضي تعيينه بالعرف يكون كالمعين بالنص الصريح". ومن ذلك يلتزم الوديع بحفظ الوديعة في حرز مثلها وإن لم يشترط المودع ذلك [٤٧].

ولما كان العرف متغيراً في الزمان والمكان، فقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة "لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". والأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المبنية على العرف، لأنه بتغير الأزمان تتغير حاجات الناس. وبتغير العرف تتغير الأحكام المبنية عليه. أما الأحكام المبنية على أدلة شرعية، فإنها لا تتغير [٤٨].

سادساً: أنواع العرف:

ينقسم العرف إلى ما يأتي:

١- عرف إقليمي وعرف محلي:

العرف الإقليمي، هو العرف الذي يطبق على جميع إقليم الدولة، بحيث يعد مثل هذا العرف قاعدة قانونية ملزمة لجميع المواطنين. ومن ذلك العرف الذي كان سائداً في اليمن قبل صدور قانون السجل العقاري، ببيع العقارات، بتسليم السند المثبت لملكية العقار (البصيرة). حيث تنتقل ملكية العقار بتسليم البصيرة واستلام العقار للمشتري مع إفادة الشهود بانتقال الملكية.

وعلى الرغم من صدور قانون السجل العقاري الذي أبطل بيع العقار خارج السجل العقاري، فإن العرف المذكور ما يزال سائداً.

أما العرف المحلي، فهو العرف المطبق في منطقة معينة أو مدينة معينة دون الأخرى.

وإذا ما تعارض العرف العام مع العرف المحلي، فإن العرف المحلي هو الذي يطبق لأن العرف المحلي أقرب إلى تلبية حاجات أفراد المجتمع.

٢- العرف العام والعرف الخاص:

العرف العام: هو العرف الذي يطبق على جميع المهن والحرف وجميع التصرفات القانونية الأخرى. كالعرف العام في اليمن الذي يقضي بأن يدفع راكب سيارة الأجرة، أجرة السيارة بعد نزوله منها، وإيصاله إلى المحل المتفق عليه، والعرف العام في العراق الذي يقضي أن يدفع راكب سيارة الأجرة، أجرة السيارة عند ركوبها.

---

(٤٧) الدكتور عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٤٨) الدكتور عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص ١٠٢.

أما العرف الخاص، فهو العرف الذي يطبق على فئة معينة دون الأخرى. فالعرف الخاص في اليمن مثلاً، يقضي أن يدفع المريض أجرة فحصه للطبيب قبل إجراء فحصه، بينما يقضي هذا العرف في العراق، أن يدفع المريض أجرة فحصه بعد الفحص. وإذا تعارض العرف مع العرف الخاص، يقدم العرف الخاص على العام [٤٩].

٣- العرف المساعد للتشريع والعرف المتعارض معه:

العرف المساعد للتشريع، هو العرف الذي يكمل نقصاً في التشريع. فإذا كان النص ناقصاً، أو لا يوجد أي نص يحكم الحالة يأتي العرف ليكمل التشريع.

وعند الأخذ بالعرف في هذه الحالة، فإنه يجب أن يؤخذ في المرتبة التي حددها له المشرع. فلا يؤخذ بالعرف في اليمن إلا بعد الشريعة الإسلامية [٥٠]، ولا يؤخذ به في العراق ومصر إلا بعد التشريع [٥١].

ومن الأعراف المساعدة للتشريع، تحديد ما هو حريم العين والبئر والمسيل والشجر التي لا يجوز إحياء الأرض الموات عليها [٥٢]. والعرف الذي يسمح بالعيوب الواردة في العين المؤجرة التي لا يضمنها المستأجر [٥٣].

أما العرف الذي يتعارض وأحكام التشريع، فإن القاعدة العامة تقضي، أن مثل هذه الأعراف تعد باطلة ولا يجوز الأخذ بها. غير أن بعض القواعد التشريعية المكملة لإرادة الأطراف، تسمح بتطبيق العرف وإن خالف قاعدة تشريعية. ومن ذلك، منع المشرع بيع حق الشراب أو هبته، إلا تبعاً للأرض، غير أنه أجاز بيع حق الشرب أو هبته بدون الأرض إذا كان العرف يقضي بذلك [٥٤]. كذلك تقضي القاعدة التشريعية، بأن يسلم المشتري الثمن للبائع في المكان والزمان الذي يسلم فيه المبيع، إلا إذا وجد عرف يقضي بغير ذلك [٥٥].

([٤٩]) نصت المادة (٦) من القانون التجاري اليمني على أنه: "... ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام".

([٥٠]) المادة (١) من القانون المدني اليمني، والمادة (٦) من القانون التجاري اليمني.

([٥١]) المادة (١) مدني عراقي، والمادة (١) مدني مصري.

([٥٢]) المادة (١١٨٥) مدني يمني.

([٥٣]) المادة (٧٣٤) مدني يمني.

([٥٤]) المادة (١٢٧٠) مدني يمني.

([٥٥]) المادة (٥٦٠) مدني يمني.

المطلب الرابع

مبادئ العدالة

اختلف الشراح في تحديد معنى العدالة، فتارة يقصد بها القانون الطبيعي والعقلي الذي يجب الرجوع إليه لسد النقص في القانون الوضعي أو لتصحيحه. وتارة يقصد بها قواعد الأخلاق، وتارة ثالثة، يقصد بها حكمة التشريع التي يجب الاعتماد عليها في التفسير المنطقي، والذي نقصده، هو أن العدالة إحساس أخلاقي يستلهمه القاضي لتخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة عندما يأذن له القانون في ذلك بنص صريح. ذلك أن القانون يضع قواعد عامة مجردة، وقد يحصل أن تطبيق قاعدة عامة على حالة معينة، تؤدي إلى ظلم أو ضرر، وعند ذلك تتدخل العدالة لإزالة هذا التعارض، فيخفف من شدة القاعدة، أو عدم تطبيقها، ويصوغ القاضي قاعدة تلائم الحالة الخاصة [٥٦].

وبذلك تختلف العدالة عن العدل. فالعدل يتسم بالتجريد والعمومية، أما العدالة، فإنها تهتم بالظروف الخاصة لكل قضية، وبذلك فإنها تختلف من حالة لأخرى، وتتكيف بحسب كل حالة وتستجيب لمختلف الدوافع الأخلاقية. والعدل يتميز بالصلابة والتشدد، أما العدالة فتبتغي دائماً نوعاً من العطف والإنسانية والرحمة من شدة القوانين في حالة معينة، وهي المنفذ الذي تدخل منه إلى القانون، مقتضيات الرحمة والإنسانية والغيرية ولو بتضحية مقتضيات العدل [٥٧].

ومن أمثلة ذلك، أن العدل يوجب على مالك السفل على إصلاحه لكي ينتفع صاحب العلو، فإن رفض أو كان غائباً، فإن صاحب السفل سوف يتضرر من ذلك، ولهذا فإن للقاضي مخالفة هذه القاعدة ويسمح لصاحب العلو بإصلاح السفل والرجوع على مالكه بما أنفقه [٥٨]. لأن العدالة تتطلب مساعدة صاحب العلو، والحد من تعسف صاحب السفل.

وطبقاً لذلك، فإننا يمكن أن نعرف العدالة بما يلي: "ما يهتدي إليه العقل السليم من أحكام يوحي بها الضمير" [٥٩].

([٥٦]) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٤٦.

([٥٧]) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٤٨.

([٥٨]) المادة (١١٨٢) مدني يمني.

(59) Jean Carbonnier, Op. cit, p. 145.

وطبقاً لذلك، فإننا يمكن أن نعرف العدالة بما يلي: "ما يهتدي إليه العقل السليم من أحكام يوحي بها الضمير" [٥٩].

وتعد العدالة في المرتبة الرابعة من مصادر القانون [٦٠]، ويشترط في العدالة أن تكون موافقة للنظام القانوني وغير متناقضة معه.

وتعد قواعد العدالة من أخطر القواعد القانونية، حيث إنها تؤدي إلى أن القاضي يجتهد برأيه، أي إنه ينصب نفسه المشرع، ويصوغ القاعدة القانونية ويطبقها على الحالة المعروضة أمامه، وبذلك فإن العدالة تمنح القاضي سلطتين، التشريعية والقضائية.

ولا يخفف من قواعد العدالة، اشتراط أن تكون موافقه للشريعة الإسلامية لأن القاضي عند حكمه بالعدالة لا يقتبس من أحكام الشريعة الإسلامية ولو كان هذا الحكم موجوداً فيها لما جاز له الرجوع للعدالة والالتزام. ولالتزم بتطبيق الشريعة الإسلامية. فالحكم بالعدالة لا يجوز إلا عند عدم وجود نص في التشريع أو الشريعة الإسلامية والعرف، ففي هذه الحالة تطبق مبادئ العدالة. وإن الغرض من أن تكون موافقة للنظام القانوني، ألا يأتي القاضي بحكم يتناقض كلياً مع ذلك النظام. أي ألا يكون الحكم الجزئي متناقضاً مع القواعد العامة في التشريع والشريعة الإسلامية.

كما أن الحكم بمبادئ العدالة، قد يؤدي إلى تباين الأحكام من قاض إلى آخر بحسب اجتهاده، أو أن القاضي ذاته قد يصدر أحكاماً متناقضة لمفهوم العدالة بحسب شعوره الشخصي وتأثره وقت إصدار الحكم.

وبالنظر لخطورة اللجوء إلى تطبيق العدالة، فقد اشترط القانون الدولي موافقه الأطراف المتنازعة على الحكم بقواعد العدالة، لأنها تعني ترك القانون الواجب التطبيق والحكم بما هو عادل [٦١].

ويلاحظ أن دور العدالة يختلف باختلاف بالأنظمة القانونية. ففي بلد ما يزال النظام

---

(59) Jean Carbonnier. Op. cit, p. 145.

([٦٠]) المادة الأولى مدني يمني، والمادة الأولى مدني عراقي.

([٦١]) تراجع المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

القانوني فيها بدائياً تقوم العدالة بدور هام عن طريق الشراح والقضاة. أما إذا بلغ النظام القانوني درجة النضج والتقدم وتمس الحاجة إلى الثبات والطمأنينة، تخلي العدالة عن مكانها وتقبع في ركن تأوي إليه. ولا غرابة في ذلك، فالواجب يقضي أن يتراجع الباطن القانوني أمام قانون وضعت قواعده في إمعان وتدبر [٦٢].

ويمكن أن نتعرف على الحالات التي يحكم بها بموجب قواعد العدالة، إذا سمح المشرع الحكم بالعدالة أن تكون موافقة لأصول الشريعة الإسلامية [٦٣]، أي أن تكون العدالة غير متناقضة مع الأحكام العامة للشريعة الإسلامية.

المطلب الخامس

المصادر المساعدة

المصادر المساعدة، هي المصادر التي يستدل بها القاضي على قاعدة قانونية لتسوية النزاع المعروض أمامه [٦٤].

والمصادر المساعدة، هي الفقه والقضاء.

آراء الفقهاء وأحكام القضاة لا تعد بذاتها مصدراً من مصادر القانون، غير أن الرجوع إليها يساعدنا على وجود قاعدة كانت مطبقة، وأن الفقه والقضاة قد أشارا إليها. وإن الرجوع لأقوال الفقه وأحكام القضاة ليس على سبيل الإلزام، بل على سبيل الاسترشاد والاهتداء إلى حكم معين.

ولم يأخذ القانون المدني اليمني بالفقه والقضاء كمصدر من مصادر القانون، كما فعل

([٦٢]) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٥٠.

([٦٣]) المادة الأولى مدني يمني.

([٦٤]) يطلق بعض الكتاب على هذه المصادر التفسيرية كالفقه والقضاء. يراجع: الدكتور أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٥٧، والدكتور حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢١١، والواقع أن القاضي في هذه الحالة أمام البحث عن قاعدة لتسوية النزاع أمام مشكلة تفسيرها.

كل من القانون المدني العراقي والأردني والمصري، غير أن عدم النص عليها في القانون المدني اليمني لا يمنع القاضي من الأخذ بها، طالما أنه يسترشد بها للوصول إلى قاعدة قانونية تحل النزاع المعروض أمامه.

وسنتناول الفقه والقضاء كمصدر مساعد من مصادر القانون بصورة موجزة:

أولاً: الفقه :

١- مفهوم الفقه :

الفقه لغة: العلم بالشيء والفهم له. واصطلاحاً: فإنه يعني مجموعة الآراء التي يدونها علماء القانون سواء في مؤلفاتهم أو في أبحاثهم وتعليقاتهم على النصوص القانونية وأحكام المحاكم، وما يلقونه من محاضرات على الطلبة في المعاهد والجامعات [٦٥].

والفقيه لا يضع قواعد قانونية ملزمة، بل إنه يشرح القانون، ويفسر الغموض الوارد فيه، والنقص الحاصل، وكيفية معالجة ذلك، وبيان مصدر القاعدة التاريخي، وظروف تشريعها، ووضع المقترحات لتطوير القواعد القانونية، بشكل نظري، وإيراد التطبيقات العملية عليها، وتحليل ألفاظها، وظروف تشريعها، وإيراد النصوص أو القواعد العرفية التي تكملها أو تسد النقص الحاصل فيها.

٢- صور البحث الفقهي:

ويتخذ الفقه الصور الآتية:

أ ــ التعليقات: وهي أوضح أشكال الكتابات الفقهية وأبسطها، وهي تكثر عند صدور قانون جديد. إذ تتخذ شكل تفسير وتحديد لغوي لفحوى النصوص.

ب ــ المطولات: وهي عرض منسق لفرع من فروع القانون.

ج ــ الموسوعات: وهي عرض أبجدي لموضوعات القانون.

د ــ الأبحاث الخاصة: وتكون في مسألة جزئية يقوم الفقيه بتفصيلها، ومنها رسائل

(٦٥) الدكتور توفيق حسن فرج والدكتور محمد يحي مطر، مصدر سابق، ص ٨٥.

الدكتوراه في الموضوعات القانونية [٦٦].

هـ ــ المنجد القانوني: وهو مجموعة التعاريف للمصطلحات القانونية.

و ــ المحاضرات التي تلقى على الطلبة أثناء دراستهم.

٣- الاستدلال الفقهي :

يقوم عمل الفقه على الاستدلال المنطقي، عن طريق ما يأتي:

أ ــ التحليل: وهو تجزئة الكل إلى أجزائه من الناحية المادية. حيث يقوم الفقيه بملاحظة وقائع وقواعد معينة ودراستها دراسة منسقة من أجل تحديد مداها وإمكانات تطبيقها أو تكوين رأي فيها. ويستعمل الفقيه هذه الطريقة في التعليق على القوانين فيشرح معناها، ويحدد مداها، وشروط تطبيقها، وما يعرض من صعوبات.

ب ــ التركيب: وهو عكس التحليل، إذ يجمع العناصر ويكون منها وحدة. حيث يقرب القوانين مع بعضها، ويستخلص الفكرة العامة من التشريع، ويحاول أن يتعرف على تطور القانون. ويستعمل الفقيه هذه الطريقة في مقارنة الأحكام القضائية في مسألة معينة، ويستخلص من مجموعها الاتجاهات العامة التي تقوم في العمل مقام القواعد. ويبين الفقه المراحل التي مر بها القضاء في مسألة معينة، من حيث الزمان والمكان. وتؤدي طريقة التركيب إلى العمل على الوحدة في النظام القانوني من حيث القاعدة ومن حيث تطبيقها [٦٧].

٤- دور الفقه في النظام القانوني:

يمكن القول إن الفقه ليس مصدرا من مصادر القانون، وإنما هو وسيلة للاهتداء إلى قاعدة قانونية معينة، ولهذا فإنه مصدر استدلالي، يستدل منه على وجود قاعدة معينة، أو معرفة مفهوم القاعدة، أو مجال تطبيقها من حيث الزمان والمكان.

([٦٦]) الدكتور عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

([٦٧]) نفس المرجع.

ويؤثر الفقه أيضا في تأصيل النظام القانوني. حيث يتولى الفقه تحليل القواعد القانونية السائدة، ويبين جوانبها الإيجابية والسلبية، وما يعتريها من نقص وغموض، فينتقد التشريع القائم. وبذلك يسهل الفقه على المشرع في بيان عيوب القانون، مما يدفعه إلى تعديل أو إلغاء القواعد القانونية، وتشريع قواعد قانونية جديدة يتجنب فيها المشرع العيوب التي حددها الفقه. وبهذا يساعد الفقه على تطوير التشريع وتقدمه، وجعله أكثر كمالا ودقة.

كما يساعد الفقه على تطوير أحكام القضاء، بما يضعه الفقه من انتقادات لأحكام القضاء، ومدى قربها وبعدها عن القاعدة القانونية، مما يدفع القضاء إلى العدول عن الأحكام المخالفة للقانون.

ويعد من فقهاء القانون، الأشخاص المعنيون بدراسة القانون، كأساتذة كليات الشريعة والقانون، والباحثون في المؤسسات المتعلقة في البحوث القانونية، والمحامون.

كذلك يعد من فقهاء القانون القضاة الذين يضعون كتبا أو أبحاثا في مجال القانون. ذلك أن ما يضعه القاضي من بحوث ودراسات لا يعد حكما قضائيا، فلا يلزم القضاة الآخرين، ولا يلزم القاضي نفسه بما وضعه من آراء، ما دامت هذه الآراء تنحى منحى الفقه القانوني، ولا تتعلق بقضية معينة معروضة أمامه.

وإذا ما قام قاض بنقد أو تحليل حكم قضائي صادر من قاض آخر، فإن عمله هذا يعد عملا فقهيا.

ثانيا: أحكام القضاء:

نقصد بأحكام القضاء مجموعة الأحكام التي تصدر عن القضاة.

ومهمة القضاء، هي تطبيق القانون، وليس خلق القانون. ويلزم القضاء بالفصل بالمنازعات، ولا يجوز له أن يتمنع عن ذلك، بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع، وإلا عد ناكلا للعدل واستحق العقاب.

فإذا لم يجد القاضي حكما للنزاع العروض أمامه في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف، فإنه يجتهد برأيه، أي أنه يقوم ببحث علمي عن الحل العادل للنزاع. وهو يرجع في هذا البحث إلى الأهداف نفسها التي يتوخاها نظامه القانوني. والعدل الذي يصل إليه

القاضي، هو عدل مصنوع وليس هو العدل في ذاته، والعدل المصنوع الذي يصل إليه القاضي، هو مبتكره. وإذا ما استهدى القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها بين جميع المذاهب، فإن ما يستنبطه من أفكاره لا يجعل حكمه تعبيراً سماوياً، بل يبقى حكمه معبراً عن مجهوده الإنساني، وعن صنعته البشرية [٦٨].

والقاضي عندما يجتهد برأيه، فإنه لا يخرج عن إطار النظام القانوني السائد في دولته.

واجتهاد القاضي لا يكون حجة على الناس، وإنما يكون حجة على من صدر بحقهم هذا الحكم. كما لا يكون الحلم الذي يجتهد به القاضي حجة على القضاة الآخرين فليس هؤلاء ملزمين به. كما لا يكون هذا الحلم حجة على القاضي الذي أصدره. فله أن يعدل عنه في قضية أخرى مشابهة. ولا يجوز أن نلزمه بأن يحكم به كلما عرضت عليه قضية مشابهة.

فالحل الذي يتوصل إليه القاضي برأيه، لا يكون قاعدة قانونية ملزمة, وقد بسبب القاضي حكمه بأدلة منطقية، أو حجج معقولة. وإذا ما أخذ بقية القضاة بمثل هذا الاجتهاد وتواتروا على الحكم به، فإن الاجتهاد المذكور يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية التي وضعها الاجتهاد الفقهي بمثابة قاعدة عرفية قضائية دللت التجربة على صحتها وثباتها. فيكون الأخذ بها من قبيل العرف، وليس من قبيل القاعدة القانونية الملزمة. فيجوز للقاضي أن يسترشد بها الحل النزاع المعروض أمامه، وأو أنه يخالفها، وإذا ما خالفها وجاء بقاعدة أو برأي آخر، فلا مثلبة عليه.

وتحاول الدول على اختلاف أنظمتها القانونية، أن تضيق من الاجتهاد القضائي، وذلك عن طريق وضع قواعد تفصيلية. لأن الاجتهاد القضائي يؤدي إلى أن القاضي يجتهد برأيه، أي أنه يضع قاعدة قانونية ويتولى تطبيقها، وبذلك فإنه يستأثر بسلطتين، السلطة التشريعية، والسلطة القضائية، وهذا غير جائزاً استناداً إلى مبدأ الفصل بين

([٦٨]) الدكتور سمير عبد السيد تناغو. مصدر سابق، ٤٩٠.

السلطات الثلاث التي تسير عليها جميع قوانين العالم.

ومهما كان اجتهاد القضاء صائباً ومنطقياً، فإنه يجب ألا يخالف التشريع، ومهما استقر رأي القضاة وأخذ به، فإن للتشريع أن يلغيه [٦٩]، لأن مصادر القاعدة القانونية الأخرى، هي الأكثر إلزاماً من القضاء.

وقد يفيد القاضي أن يرجع إلى حكم قضائي سابق، لغرض معرفة الحل الذي توصل إليه القاضي السابق، وأية قاعدة قانونية توصل إليها. فإذا ما وجد أن القاضي السابق استعان بتشريع أو شريعة إسلامية أو عرف، فإن القاضي الجديد يكون قد تعرف على وجود قاعدة قانونية طبقها القاضي السابق، ففي هذه الحالة، يكون مصدر الحكم ليس حكم القاضي السابق، بل القاعدة القانونية التي طبقها الحاكم السابق.

إن رجوع القضاة إلى الأحكام السابقة له فوائد عملية تتجسم فيما يأتي:

١- إن الرجوع إلى الأحكام السابقة تؤدي إلى وحدة تفسير القواعد القانونية في الدولة.

٢- إن الأحكام القضائية السابقة تعبر عن رأي قضائي في الدول. فالأحكام القضائية لا تصدر إلا بعد مرافعات مطولة، وتمر بأدوار الاستئناف والتمييز (النقض) مما يجعلها معبرة عن رأي قضائي في الدولة.

٣- إن معرفة القاضي، بأن قراراته ستكون مرجعاً للقضاة الآخرين، تجعله يتوخى الدقة والحذر، ولا يصدر أي قرار ما لم يبذل الجهد المضني لإصداره.

وتساهم دور النشر في نشر قرارات المحاكم، من أجل أن يطلع عليها الجميع، وأن تكون محل نقد من شراح القانون.

ولم ينص القانون المدني اليمني على جعل أحكام القضاء مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، ومع ذلك يجوز الرجوع إلى أحكام القضاة للاسترشاد والإفادة منها.

(69) Malaule. La Juirsprudence combattue par la loi. Mélanges servitor 1965 p. 604