موقف القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي

The Position of Arab Civil Laws Derived From Islamic Jurisprudence

أ. د. عصمت عبد المجيد بكر

مستشار ورئيس مجلس شورى الدولة ، أستاذ القانون المحاضر(سابقا)

Prof. Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr

Previous President & Counselor of State Counsultation Councel,

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.54

تاريخ تسلم البحث 24-4-2024 ، تاريخ القبول بالنشر 15-5-2024

ملخص البحث

مازالت مسألة مدى استمداد القوانين المدنية العربية من أحكام الفقه الإسلامي(أحكام الشريعة الإسلامية) تثير مناقشات وتساؤلات لا تنتهي منها هل أن مجرد ذكر هذه الأحكام في مقدمة القانون، عند تعداد مصادر القانون ، يكفي للقول بان القانون مستمد من تلك الاحكام، أو أن المطلوب أن يستمد القانون ، بجزئياته وكلياته، من الفقه الإسلامي، ولكن معالجة هذه القوانين لجميع المسائل الداخلة في حدود القانون المدني، لا تترك أي مجال للرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي، بعد أن غطت احكام القانون المدني، كل ما يمكن ان ينص عليه القانون المدني، وقد اختلفت مواقف القوانين المدنية العربية ومشروعات القوانين المدنية التي أعدت مؤخرا، من ذلك كله، وتباينت هذه المواقف، حسب التطورات التي مرت بالبلد الذي صدر فيه القانون المدني، وهذه الدراسة مكرسة للوقوف على هذه المواقف.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني، الفقه الإسلامي، اتجاهات القوانين المدنية، مصادر القوانين المدنية.القانون المدني المستقبل.

.....

بوختە

پرسی تا چ ڕادەیەک یاسا مەدەنییەکانی عەرەبی لە بڕگەکانی فیقهی ئیسلامی (بڕگەکانی شەریعەتی ئیسلامی) وەرگیراون، تائێستا باس و پرسیاری بێکۆتایی دەوترێت، لەوانە ئایا تەنها باسکردنی ئەو بڕگانە لە پێشەکی یاساکەدا، لە کاتی ژماردنی سەرچاوەکانی یاساکە، بەسە بۆ ئەوەی بڵێین یاسا لەو بڕگانە وەرگیراوە یان ئەوەیە کە پێویستە یاساکە، بە بەشەکانی و بە تەواوی، لە فیقهی ئیسلامییەوە وەرگیراوە، بەڵام ئەم یاسایانە مامەڵە لەگەڵ هەموو بابەتەکان دەکەن لە سنووری یاسای مەدەنی، هەڵوێستی یاسا مەدەنییەکانی عەرەبی و ڕەشنووسی یاسا مەدەنییەکان کە لەم دواییانەدا پەسەندکراون لە پێوەندی لەگەڵ هەموو ئەمانەدا جیاواز بوون و ئەم هەڵوێستانەش جیاواز بوون، بەپێی ئەو پێشهاتانەی کە لەو وڵاتەدا ڕوویانداوە کە یاسای مەدەنی تێیدا دەرچووە ، و ئەم لێکۆڵینەوەیە تەرخانکراوە بۆ دیاریکردنی ئەم پێگەیە.

وشەی سەرەکی: یاسای مەدەنی، فیقهی ئیسلامی، ڕەوتەکان لە یاسا مەدەنییەکان، سەرچاوەکانی یاسا مەدەنییەکان، یاسای مەدەنی داهاتوو.

Abstract

It has always been argued that current Arabic Civil Law is derived from Islamic (Shariah) Law. This subject has always been and continue to be a continued debate.

Does mentioning Islamic Law in the introduction of, or as a reference for, any Civil Law is an enough evidence to claim a link or origin from Islamic Law? On the other hand, does the Civil Law need to be an exact copy, with all details, to assume the strong link and origin from Islamic Law?

The need for current Arabic Civil Law to deal with, and answer, question related to all current Civil matters led to its significant variation and divergence from Islamic Law. Such variations were the consequence of adaptation and changes Civil Law at different Arab countries experienced based on evolution and circumstances in those countries.

This study is designed to discuss those circumstances leading to such change.

Key words: Civil Law, Islamic Law, direction of Civil Law, sources and references of Civil Law, future Civil Law.

.....

مقدمة

منذ سنوات مضت، يفتح موضوع علاقة الفقه الإسلامي بالقوانين المدنية العربية، مجالا للنقاش، بأنه هل فعلا هناك تأثير للفقه الإسلامي في هذه القوانين؟ وفي حالة وجود تأثير، ما مدى التأثير، وفي أي من المواضيع، كان هذا التأثير،وهل كان هذا التأثير مؤثرا وفاعلا وبارزا ، أو كان على استحياء، هنا وهناك ، في مواضيع متفرقة،أم في أسس ومبادئ عامة من هذه القوانين او كان الأخذ بالفقه الإسلامي، على سبيل المثال، ومن باب الإدعاء بان هذا القانون او ذاك ، مأخوذ من الفقه الإسلامي،وان ذكر هذا الفقه في ثنايا القانون ، كان لدفع أي انتقاد يوجه الى القانون ، وهل ان ذكر الفقه الإسلامي، أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، في المادة الاولى من القانون ، كمصدر من مصادر القانون،كان فعلا يقصده المشرع ام كان شعارا دون اثر قانوني حقيقي في مواد القانون،وإن القول بأن القانون مستمد من الفقه الإسلامي، أو انه تم تخريج مواده على الفقه الإسلامي من باب ذر الرماد في العيون،وهل ان القول بان مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر تاريخي للقانون فيه مبالغة غير محمودة،وان الحلول التي أوردها القانون ،تتفق مع الفقه الإسلامي، زعم تنقصه الحقيقة، ويدحضه الواقع؟وهل ان ذكر مبادئ الشريعة الإسلامية في صدر القانون المدني، كمصدر احتياطي، انما هو محض خيال،وان ذكر هذه المبادئ ، بعد النص التشريعي والعرف، لاقيمة علمية له، بعد التضخم التشريعي ومعالجة القانون المدني لكل المواضيع ولجميع التفاصيل، ولم يترك لا شاردة ولا واردة الا عالجها بنص تشريعي، بحيث أصبح الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية، من النادر جدا،وهذا تؤيده مجموعات الاحكام القضائية، فمن النادر جدا أن نعثر على حكم قضائي رجع فيه القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية،حتى ان اكثر رجال الفقه القانوني يذكرون أن الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية أصبح من السراب، فبعد تقديم النص التشريعي والعرف علي مبادئ الشريعة الإسلامية،واستيعاب التشريع في الدولة الحديثة يكاد يستوعب كل شيء، واذا وجد مجال يحتمل ان تقوم فيه بعض الثغرات ، فالعرف من وراء التشريع محيط في شبه شمول،ولا يبقى لمبادئ الشريعة الإسلامية الا النزر اليسير،ومما يعقد الموضوع، أن الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية،يشترط فيه ان يكون منسجما مع المبادئ العامة للقانون ،ومتناسقا معها،ويبدو كما ان ذكر تلك المبادئ في مقدمة القانون المدني اقرب الى شعار سياسي دون مضمون حقيقي في الواقع.

أصبحت الشريعة الإسلامية هي السائدة في البلدان التي انتشر فيها الإسلام، وظلت مطبقة دون منافس حتى قبيل التقنينات الحديثة في منتصف القرن التاسع عشر،ومع انتشار الحضارة الأوروبية في العالم العربي والإسلامي.

ومع تغلغل النفوذ الأجنبي في القرن التاسع عش ،وظهور أجيال من أبناء البلاد العربية والإسلامية تشربوا الحضارة الأوروبية، وبدأت التشريعات الأجنبية تزاحم تطبيق احكام الشريعة الإسلامية في العديد من البلدان،وانتشرت ظاهرة الاقتباس من القوانين الأجنبية، إضافة الى فرض الاستعمار قوانينه مما أدى الى انحسار مجال تطبيق الشريعة الإسلامية[1].

ومن أهم أسباب الاقتباس في مجالات النظم القانونية والتشريعات في عهد الدولة العثمانية، الاعجاب بالنظم القانونية الغربية، وخاصة من الذين درسوا في الغرب أو تأثروا بما لديهم من قوانين،وضغط الدول الغربية علي الدولة العثمانية لإرغامها على قبول قوانين الدول الغربية وتشريعاتها والحاجة الى التغييرات التشريعية وتجاهل الفقه الإسلامي وعدم الاخذ بالسياسة الشرعية[2].

إضافة الى تعرض العديد من الدول العربية والإسلامية الى الاحتلال من الدول الغربية التي فرضت قوانينها ونشرت الثقافة القانونية الغربية، بشتى السبل والحجج[3].

اما في الوقت الحاضر فلدى دراسة القوانين المدنية العربية يتبين لنا ان درجة تأثرها بالفقه الإسلامي تتفاوت من قانون الى آخر، وكلما مر زمن ازداد الرجوع الى الفقه الإسلامي، ففي البداية كان الرجوع الى هذا

(1) أنظر الأستاذ الدكتور صوفي حسن أبو طالب تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ، القاهرة دار النهضة العربية ١٤١٠ للهجرة ١٩٩٠م ص٨ وما بعدها. الدكتور محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين بيروت المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،١٩٧٩ ،ص٣٩٥ وما بعدها.

(2) للتفصيل انظر مؤلفنا المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين العثماني والجمهوري التركي، بيروت دار الكتب العلمية ، ٢٠١٢، ص١٢٢ وما بعدها.

(3) انظر الدكتور ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية ، بيروت دار الكتب العلمية ،١٣٢٦ للهجرة ،٢٠٠٥ ،ص255 وما بعدها .

.....

الفقه قليلا الإ أنه منذ منتصف القرن العشرين صدرت قوانين مدنية في العديد من الدول العربية بدأت تنهل الكثير من معين الفقه الإسلامي في تنظيم أحكامها وصياغتها .

أولاً- أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في معرفة مدى تأثر القوانين المدنية العربية بالفقه الإسلامي، ومدى مصداقية مايرد في مقدمة هذه القوانين من انها تعتمد الفقه الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون.

ثانياً- مشكلة البحث:

تكمن المشكلة في أن النص في مقدمة القانون المدني من اعتماده على الفقه الإسلامي،لا يتطابق في الكثير من الحالات مع نصوص القانون .

ثالثاً- هيكلية البحث:

البند الأول . موقف القوانين المدنية النافذة من الفقه الإسلامي.

البند الثاني . اتجاهات القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي.

البند الثالث . مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية.

البند الرابع . مشروع القانون المدني العربي الموحد.

البند الخامس . مشروع القانون المدني العراقي (١٩٨٤ . ١٩٨٦).

البند السادس . أفكار حول القانون المدني المستقبل.

خاتمة/ استنتاجات وتوصيات.

.....

البند الأول

موقف القوانين المدنية العربية النافذة من الفقه الاسلامي

نبحث في موقع الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية ، حسب تسلسل تواريخ صدورها .

اولا – مجلة الالتزامات والعقود التونسي لعام 1906: إذ حاولت اللجنة التي اعدت المجلة برئاسة (دافيد/دواد سانتيلا) الجمع بين المبادئ المستمدة من القانون المدني الفرنسي وفقه القضاء والشريعة الاسلامية،وتاثرت اللجنة بالحركات الفكرية في أوروبا وقوانين بعض الدول العربية والأجنبية خصوصا القانونين الألماني والإيطالي وموقف فقه القضاء في بعض المسائل،مع التأثر بآراء الفقهاء المسلمين والشريعة الاسلامية سيما فيما يتعلق بمبادئ الصدق والمعاملة بالمعروف وحسن النية والأخلاق الحميدة،علما بأن رئيس اللجنة يقول(إن للحقوق الرومانية تأثيرا عظيما في الحقوق الاسلامية لاشك فيه) وذلك في مقدمته على مشروع القانون المدني والتجاري التونسي المطبوع عام 1890 م في تونس باللغة الفرنسية[1].

وتعمد(سانتيلا) الغموض في ذكر المصادر الرسمية الاحتياطية لمجلة الالتزامات والعقود التونسية من اجل إقصاء الشريعة الإسلامية،إذ نص الفصل(٥٣٥) من المجلة على أنه (اذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون)[2].

وعرض المشروع على خمسة من اساتذة الشريعة في جامع الزيتونة وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية،وقامت بالترجمة اولا ،ثم راجعته مراجعة دقيقة، وخرجته على احكام الشريعة الاسلامية،ولم تجد فيها ما ينافيها،واعتمدت الأسس الآتية:

أ. جواز الاقتباس من الغير.

(1) تم تفنيد ادعاءات (ديفيد سانتيلا وغيره)واثبات مدى اصالة الفقه الاسلامي واصالة المبادئ والنظم القانونية في الفقه الاسلامي في مؤلفنا(اصالة الفقه الاسلامي)،ص 33 وما بعدها.

(2) انظرالدكتور شوقي بناسي الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني.شعار دون اثر قانوني، حوليات جامعة الجزائر(١) ،العدد (٣١) ،الجزء الثاني، ص ٣٣٧.

.....

ب . ملاحظة مقاصد الشريعة فيما يقتبس من القوانين.

ت . تجاوز التعصب المذهبي عند الترجيح او التخريج[1].

وذهب الإستاذ الدكتورعبد الرزاق السنهوري الى ان هذا القانون ينتمي الى الثقافة القانونية الغربية اللاتينية،إذ بذلت اللجنة بعض الجهد في التوفيق بين احكام القانون الفرنسي واحكام القوانين الغربية واحكام الفقه الاسلامي،وإن احكام القانون الفرنسي كانت هي الاساس الذي بني عليه العمل، وحاولت اللجنة التي وضعت القانون التونسي التوفيق بين احكام القانون الفرنسي واحكام القوانين الغربية واحكام الشريعة الاسلامية[2]مع مراعاة الأعراف والعوائد التونسية[3].

ويتساءل البعض بان كل قانون نستطيع تخريجه على احكام الفقه الاسلامي يصير قانونا إسلاميا[4]؟.

ولاينكر أن هذا القانون تأثر بالفقه الإسلامي فقد أخذ عنه الكثير من أحكامه مثل مسائل الاهلية (م ٦. ٧) الجعل(م ١٩) مجلس العقد(م ٢٧ . ٣٦) الإكراه (م ٥٠) الغبن(م ٦١)عقد السكران(م ٥٨) التعسف في استعمال الحق(م ١٠٣)اليمين(م ٤٢٧) بيع المريض مرض الموت(م ٥٦٥) تحريم بعض بيوع الغرر(م ٥٧١ . ٥٧٤) بيع الطعام(م ٥٨٤) الفضالة(م ١١٧٩) عقد القراض(م ١١٩٥ . ١٢٢٥) الخماسة(م ١٣٦٩) المساقاة والمغارسة(م ١٣٩٥ . ١٤٢٦) ،إضافة الى الكثير من القواعد الفقهية المنثورة بين دفتي القانون[5] .

---

(1) الدكتور احمد ادريوش اصول قانون الالتزامات والعقود التونسي ،الرباط ،1996 ،ص 177 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، بغداد ، السنة الثانية، مارس ،1936 ص 20.

(3) الدكتور بوزغيبة محمد ، الاصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود ، مقال ضمن كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود 2006 ، ص 202 .

(4) الدكتور بوجمعة حمد اثر احكام الفقه الاسلامي في القانون المدني الجزائري ،اطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر . باتنة/1 كلية العلوم الاسلامية ،قسم الشريعة ، السنة الجامعية 1438 . 1439 للهجرة ،2017 . 2018 م ،ص 74 .

(5) الدكتور بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السابعه، المجلد الثاني ،سبتمبر ٢٠١٧ ، ص٧٥١. ٧٥٢.

ثانيا – مجلة الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913:

وهي مقتبسة من القانون المدني الفرنسي وتقوم المجلة أساسا على المجلة التونسية ووضعت باللغة الفرنسية ثم ترجمت الى اللغة العربية .

ثالثا– قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1933:

وضع المشروع لاول مرة القاضي(روبيرس) أحد مستشاري الدولة الفرنسية المنتدبة،في ذلك الوقت،ولكنه لم يكمل المشروع فكلف الفقيه الفرنسي(جوسران)رئيس معهد الحقوق في جامعة ليون الفرنسية، الذي نقحه وغيره تغييراً اساسياً ،وأعد المشروع باللغة الفرنسية ثم ترجم الى اللغة العربية .

وتأثر هذا القانون بالقانون المدني الفرنسي وبالمشروع الفرنسي الإيطالي، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما. كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما أورده من أحكام واحكام الشريعة الاسلامية،بل اقتفى أثر تركيا ومصر (مصر في قانونيها المختلط(1875 م) والأهلي(1883م)لا قانونها الصادر عام 1948، الذي جاء متأخرا عن القانون المدني اللبناني،في نبذه للشريعة الإسلامية)ومع ذلك جاء هذا القانون متأثرا بالشريعة الاسلامية في بعض الاحكام منها،نظرية التعسف في استعمال الحق(م 124) الاثراء بلا سبب(م المواد 140 .146)، الوعد بمكافأة(م 179)، التعاقد بين غائبين(م 184)، حوالة الدين(م المواد 287 .289) ، الغبن(المادتان 213 .214) ، خيار الشرط (المواد 84 .87) الشفعة ،المغارسة،المزارعة،المساقاة،بيع السلم،احكام مرض الموت[1].

ولاحظ البعض ان الفقيه الفرنسي (جوسران) تعمد عدم ذكر مصادر هذا القانون حتى لا يذكر الشريعة الإسلامية[2].

(1)الدكتورة فاطمة محمد عبد العليم ، اثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ،2001م ، ص 470 .472، وانظر محمود عبد المجيد مغربي، ص٤٠٥ . ٤٠٦.

(2) شوقي بناس ، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني، ص ٣٣٧.

.....

وهذا القانون مقتبس من القانون المدني الفرنسي، ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع ومتأخر عنه من ناحية الصياغة[1].

رابعا- المراحل قبل صدور القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948:

١ . قام الشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي الأزهري(1235 . 1295 للهجرة)، الذي شغل منصب القضاء في صعيد مصر(قاضي المنيا وخريج جامعة الأزهر)بتأليف كتاب (مخطوطة) بعنوان(المقارنات التشريعية(تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك)بناء على تكليف من الخديوي اسماعيل وذلك لثقته بعلمه، فعهد اليه هذه المهمة، والبحث في العلاقة بين القوانين الغربية وبين أحكام الفقه الأسلامي، ويبدو ان الخديوي اسماعيل كان مهتما لمعرفة هذه العلاقة وإدراكها، نظرا للضغوط التي كانت تمارسها القوى الغربية عليه لإلزامه بتطبيق القوانين الأوروبية في البلاد، طبقا لما دار بينه وبين رفاعة الطهطاوي فيما سجله محمد رشيد رضا في كتابه تأريخ الإمام محمد عبده ،وقد استحضر الخديوي للشيخ مخلوف من يترجم له القوانين الفرنسية،وتتلخص خطة المؤلف بأن يثبت النص القانوني بلفظه أو بمعناه مع اختصاره بلغة واضحة تعين على تحديد الأحكام التي تضمنها النص القانوني، ويبدأ المؤلف بعد ذلك في التعليق على الحكم القانوني،واحدا بعد الآخر من الوجهة الفقهية ببيان الأسس والنصوص الشرعية التي تتضمن هذه الأحكام،ثم ينقل بعد هذا ما جاء عن الإمام مالك وغيره من فقهاء المذهب المالكي ومؤلفاتهم مما يعين على توضيح الحكم الفقهي،وقد هدف المؤلف الى اثبات الاتفاق أو الاختلاف بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي،وهو ما سيطر على كتابه وشكل اسلوبه فيه،وأكثر ما يلاحظ على الكتاب أن المؤلف كان يبغي إظهار أوجه التشابه بين أحكام القانون المدني الفرنسي ونظائرها الفقهية،وذلك بذكر بعض البنود أو المواد القانونية لبيان ما يشبهها من الفقه المالكي واغفال الكثير منها،مما عساه أن يتسع فيه الخلاف بين طرفي المقارنة.ويجتهد المؤلف اجتهادا

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري،القانون المدني العربي، مجلة القضاء، بغداد ، العددان الأول والثاني، ١٩٦٢، ومجموعة مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهوري، القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٢ ،ج١ ،ص٤٨٩.

واضحا في تبني العديد من النظريات والقواعد القانونية التي وردت في القانون المدني الفرنسي،فيما يظهر من الجهد الكبير الذي يبذله لبيان مشابهتها لقواعد الفقه المالكي.

وبقي المخطوط لأكثر من قرن كامل من الزمان قبل نشره محققا ،وقام بتحقيق المخطوط الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج (استاذ ورئيس قسم الشريعة الأسلامية بجامعة الأسكندرية ،الأستاذ الدكتور علي جمعة محمد استاذ أصول الفقه بجامعة الأزهر) وتضمن منهج التحقيق على نسخ المخطوط في جزأئين وتمت مراجعة النص على بنود القانون المدني الفرنسي وتثبيت الفروق بين البنود التي أوردها المصنف،وبين بنود تعريب القانون الفرنسي المدني ج1 وج2،(المخطوط في جزأئين).

وتم ذكر الكلمات الساقطة من المخطوط وتوثيق جميع البنود التي تناولها المؤلف من تعريب القانون المدني الفرنسي والإشارة الى البنود التي لم يتناولها في الهامش،وتمت ترجمة الأعلام الوارد ذكرهم في المخطوط والتعريف بالكتب المذكورة والبلدان المذكورة في ثنايا المسائل وإعداد المصطلحات وإخراج الفوائدو القواعد ،تم توثيق النصوص على أمهات الكتب الفقهية في الفقه المالكي،وإعداد كشافات المصطلحات ومراجع ومصادر الدراسة مع فهارس للآيات والأحاديث والأعلام والكتب والمصطلحات ،وبيان الموضوعات القانونية التي تناولها المصنف ، والتي لم يتناولها في المقارنة بين القانون الفرنسي وبين الفقه الأسلامي على مذهب الأمام مالك. وطبع الكتاب في مجلدين وبلغ عدد صفحاتهما(٨٠٨) صفحة ، صدر عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في ثلاث طبعات وكان آخرها الطبعة الثالثة في عام 1431 للهجرة الموافق 2010م.

٢ . أصدر الشيخ سيد عبد الله علي حسين مؤلفه المعنون (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) في أربعة أجزاء بعد جهد وصبر وبحث واستقصاء لمدة ثماني سنوات،وكان يهدف من تأليف هذا الكتاب إلى العمل على الرجوع بالتشريع الإسلامي الى مكانته السابقة من الاحتكام اليه والعمل به واستمداد التشريعات الواجبة التطبيق في مصر من احكامه.وقد فرغ من عمله عندما كان البرلمان المصري ينظر في مشروع القانون المدني الجديد ، الذي قدمه الفقيه المصري المعروف (الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري)وأراد المؤلف من اللجنة القائمة على مشروع القانون ان تتم مراجعة المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، بحث ما جاء فيه بالنظر الى هذه الأحكام.فطلبه انصب على مراجعة أحكام مشروع القانون لاستبعاد ما يتعارض من نصوصه مع أحكام الشريعة الأسلامية،الا أن الحكومة المصرية والبرلمان لم يلتفتا الى نداء المؤلف الذي وجهه إليهما،في الوقت الذي كان المشروع معروضا للمناقشة أمام مجلس الشيوخ

.....

المصري،كما أنه وجه خطابا الى السراي الملكية في يوم1946/2/13 والى مشيخة الإسلام (شيخ الجامع الأزهر) في يوم 1946/9/21م ،للأخذ بأحكام الشريعة الأسلامية بدلا من أحكام القوانين الوضعية،ولكن دون جدوى فقد صدر القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948.

وقد بدأ المؤلف بإعداد كتابه في عام 1940 أي في العام الذي انتهت فيه اللجنة المكلفة باعداد مشروع القانون المدني المصري،ومن المفيد تقديم نبذة عن حياة المؤلف الذي ولد بقرية تدعى(تيدا)مركز كفر الشيخ في الخامس من مارس/آذار/1889م /1309 للهجرة إذ حفظ القرآن الكريم بهذه القرية ثم أرسله والده لطلب العلم في المعهد الديني بدسوق عندما كان في الثانية عشرة من عمره،وانتقل بعد عام الى الأزهر عام 1322 للهجرة الموافق 1902م واستمر في دراسته خمسة عشر عاما حتى حصل على شهادة العالمية عام 1337 للهجرة الموافق 1917م ،وبدأ حياته العملية بعد تخرجه فأشتغل محاميا شرعيا في طنطا وكفر الشيخ حتى سفره عام 1921 الى ليون بفرنسا،حيث درس الحقوق الفرنسية مدة أربع سنوات حصل بعدها على الليسانس في القانون في عام 1925م.

وعاد الى مصر واستأنف عمله محاميا شرعيا اثنتي عشرة سنة فيما بين عامي 1925 .1937م ودخل وهو في العام الثامن والأربعين من عمره الى الخدمة الحكومية فعين في ادارة المطبوعات بوزارة الداخلية (قسم الصحافة الشرقية العربية) .وبدأ مشروعه الكبير بعد ثلاث سنوات في 1940/2/25م وصدرت الطبعة الأولى لهذا الكتاب عام 1366للهجرة الموافق 1947م ، وتعهدت بذلك دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه،وانتدب للتدريس في كلية الحقوق ببغداد حتى عام 1952 استاذا للشريعة الأسلامية، واحيل الى التقاعد عام 1954 ثم عاد الى ممارسة مهنة المحاماة حتى عام 1957م وانتدبته وزارة الأوقاف المصرية مندوبا دينيا الى المسلمين في الأرجنتين مدة ثلاث سنوات حتى عام 1960 عاد بعدها الى الاشتغال بالمحاماة حتى وفاته،وللمؤلف مصنفات أخرى غير هذا الكتاب وهي تتعلق بأحكام الفقه الشافعي .

أما مؤلفه الذائع الصيت(المقارنات التشريعية)فقد اتبع في تأليفه نظام ترتيب القانون الفرنسي في تتابع الموضوعات وتسلسلها وجعله أصلا في المقارنة بالفقه الإسلامي ،بحيث يبدأ بالقانون الفرنسي تحت عنوان يكشف عن موضوعه ويحدده لينتقل بعد ذلك في أحوال كثيرة الى القانون الروماني ثم الى التشريع الأسلامي ،ليعقب على ما ذكره بتحديد أوجه الخلاف والاختلاف، وهو لا يرفض من القانون الفرنسي الا ما يراه معارضا لأصول الشريعة الأسلامية . أما ما لايتعارض منه مع هذه الأصول فهو متحمس لقبوله،ورجع المؤلف الى

مصادر فرنسية هي مختصر أصول القانون المدني للأستاذ رينيه فوانيه (الطبعة الحادية عشرة 1922م طبعة باريس) ،(المجموعة الصغيرة لدالوز لمسيو همري بوردو طبعة باريس 1922م) ،كما رجع الى كتب في الفقه الإسلامي وخاصة في الفقه المالكي .

ويهدف المؤلف الى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي،وهو لايتردد في إرجاع العديد من مبادئ القانون الفرنسي الى تأثره بالفقه الأسلامي،ويضرب لذلك الأمثلة ،وهاجم المؤلف المرحوم السنهوري(دون ذكره بالاسم)لتأخيره الشريعة الأسلامية في المصادر التي يلجأ اليها القاضي عند عدم وجود نص قانوني الى ما بعد العرف ويعد ذلك دعوة الى هجر التشريع الاسلامي.

وورد في مقدمة تحقيق الكتاب/الطبعة الثانية/1427 للهجرة الموافق 2006م)أنه(على الرغم من التسليم بأن مجرد التشابه بين عدد محدود من المبادئ بين نظامين تشريعيين لايستلزم التأثير بينهما ؛ فإن تفسير التشابه بالمصادفة مع قيام العلاقة التأريخية يبدو غير مألوف كذلك،ومن المحتمل مع هذا كله الا يكون الشيخ سيد عبد الله علي حسين قد أتى بالحجج القاطعة في اثبات تأثير الفقه الأسلامي في القانون المدني الفرنسي،وحسبه أنه فتح بابا كبيرا للبحث والتعرف على الدور الإنساني الذي قدمه الفقه الأسلامي لترقية التفكير القانوني العالمي[1].

وضم الكتاب خطابا موجها الى الملك فاروق وشيخ الأزهر ،بصدد اعتماد الشريعة الاسلامية مصدرا في اعداد القانون المدني المصري بدلا من اعتماد القانون المدني الفرنسي،وضم الكتاب في طبعته الجديدة 1775 صفحة،ومنهج التحقيق في هذه الطبعة تصويب الأخطاء الطباعية ،عزو الآيات القرآنية الكريمة ببيان رقمها وسورتها ، تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، التعريف بالأئمة والعلماء الذين ورد ذكرهم في الكتاب، توثيق الآراء الفقهية التي يذكرها المؤلف ،والإشارة الى المقابلات القانونية للمبادئ الموضوعة للدراسة في القانون المدني المصري وبعض القوانين المدنية العربية .

٣ . يعد القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 أصلا للقانون المدني السوري الصادر عام 1949 والقانون المدني الليبي الصادر في 28/نوفمبر/1953 ، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20/فبراير/1954

(1) قام بتحقيق الكتاب بغية اصداره في طبعة جديدة الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج والأستاذ الدكتور علي جمعة محمد والأستاذ احمد جابر بدران وصدرت الطبعة الثانية في اربعة مجلدات عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في القاهرة 1427، للهجرة الموافق ،2006م .

.....

. فهذه القوانين متطابقة الى حد كبير ماعدا بعض الاختلافات البسيطة التي تميز بها كل بلد من هذه البلدان في الاعراف والعادات،او حذف بعض المواد،كما أن القانون المدني المصري قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية في حين ان القانونين السوري والليبي قدما مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف،واستمد القانون المدني المصري احكامه من القانونين السابقين(المختلط والاهلي)[1].

والقوانين الغربية الحديثة من جرمانية ولاتينية وغيرها وقد وصلت الى قرابة (20) قانونا،والفقه الاسلامي. فقد استبقى القانون الجديد ما اشتمل عليه القانون القديم من احكام أخذها من الفقه الاسلامي،واستحدث احكاما جديدة أخذها عن هذا الفقه،وجعل بعد ذلك كله الفقه الاسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[2].

٤ . وروعي في القانون المدني المصري ما يأتي(.. ان المشروع قام على دعامتين رئيسيتين :

الأول ، الاحتفاض بالصالح من احكام التقنين القائم لأبعد الحدود،فما من حكم صالح من هذه الاحكام الإ وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب، الثاني، تقنين ما استقر من المبادئ في احكام القضاء المصري مع ترجيح ما كان منها خليق بالرجحان عند اختلاف المحاكم، وعلى هذين الأساسين اقام المشروع اكثر من ثلاثة ارباع القواعد الواردة فيه،فانتفع بتراث الماضي وجعل الانتقال من الوضع القديم الى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أي إصلاح يستبدل الخير بالذي هو أدنى في غير تطرف أو عنف، وعلى هذا لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضي،وإنما هو ييسر الانتفاع بما استقر من صالح الاحكام في التقنين الحالي وفي احكام القضاء، ويصقلها صقلا يجعلها اقرب مثالا وأوضح نهجا، وقد عمد

(1) قبل القانون المدني المصري كان هناك القانون المدني المختلط عام 1875م الذي وضع ضمن حركة الاصلاح القضائي التي تم الاتفاق عليها بين مصر والدول الاجنبية صاحبة الامتيازات،ثم صدر القانون المدني الاهلي عام 1883م ويطبق في المحاكم الاهلية في الدعاوى التي تقام بين المواطنين دون غيرهم.

(2) في استمداد القانون المدني المصري من الفقه الاسلامي انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000، م . ج1 ، ص 56 .59 .وانظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في مجموعة الاعمال التحضيرية ،ج1، القاهرة ، ص 131 .132.

المشروع فوق ذلك الى إحكام التلاؤم بين القدر الذي استحدثه من القواعد وبين المبادئ العامة التي ألفها الناس في التعامل من قبل، وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح)[1].

٥ . واستقى القانون المدني المصري نصوصه واحكامه من منابع ثلاثة هي القانون المدني السابق(تقنين مختلط وتقنين اهلي)،الفقه الاسلامي ، القوانين الغربية الحديثة،فنقل ما لايزال صالحا من نصوص القانون القديم وقنن احكام القضاء المصري لجلاء الغامض من هذه النصوص ولعلاج ما شابها من عيب لاستكمال ما اعتورها من نص،واحتفظ القانون المصري بما كان القانون القديم يحتويه من احكام الفقه الاسلامي ،فبيع المريض مرض الموت والاهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل آيلولة التركة للورثة والغبن في بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والاحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائط المشترك ومدة التقادم،كل هذه الاحكام اشتمل عليها القانون القديم واستبقاها القانون الجديد بعد ان هذبها وصحح فيها ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاما استمدها من الفقه الاسلامي والقوانين الجرمانية معا،كما فعل في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي حوالة الدين وفي مبدأ الحوادث الطارئة،وأحكاما أخرى استمدها من الفقه الاسلامي وحده،كما فعل في مجلس العقد وفي ايجار الوقف وفي الحكر وفي الابراء من الدين ،ومع ذلك فلم يخط المشرع المصري خطوة حاسمة في جعل القانون المدني مشتقا في مجموعه من الفقه الاسلامي،فلا يزال القانون المدني الجديد يمثل الثقافة الغربية لا الثقافة القانونية الاسلامية[2].

٦ . بموجب المادة الأولى من القانون المدني المصري (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وذهب اتجاه الى أنه إذا علم أن الفروض التي لايعثر فيها القاضي على نص في التشريع أو العرف ليست قليلة ؛ فإن القاضي المصري سيرجع كثيرا للشريعة الإسلامية يستلهم من مبادئها في كثر من الأقضية، وفي هذا فتح عظيم للشريعة الغراء، لاسيما إذا لوحظ أن ما ورد في القانون المدني من نصوص هو أيضا يمكن

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،ج١، ص ١٤١ وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري القانون المدني العربي، مجلة القضاء بغداد، نقابة المحامين، العدد الاول ،1966 ، ص ٢٢ . ٢٣.

.....

تخريجه من احكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة،فسواء وجد النص أو لم يوجد؛ فإن القاضي المصري في احكامه بين اثنتين:إما أنه يطبق احكاما لاتتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أنه يطبق احكام الشريعة ذاتها[1].

وذهب اتجاه الى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الأخيرة بعد التشريع والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[2].

والنظريات العامة التي اقتبسها القانون المدني المصري من الشريعة الإسلامية ، هي النزعة المادية أو الموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ومسؤولية عديم التمييز والتعسف في استعمال الحق وحوالة الدين والحوادث غير المتوقعة ولا تركة الا بعد سداد الدين .

ومن الأحكام التفصيلية التي اقتبسها القانون المدني المصري من الشريعة الإسلامية ، بعض احكام البيع واحكام الهبة وبعض احكام الايجار والتزامات الجوار والحائط المشترك وملكية الطبقات واحكام الشفعة والحكر[3].

ومع ذلك فقد جاءت نصوص القانون المدني المصري مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ومنها:

آ. قبول زيادة التعويض الاتفاقي على حقيقة الضرر والواقع فعلا:

إذ نصت المادة(٢٢٥) من القانون المدني المصري على أنه(إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة،الا اذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما)فاشتراط مقدار التعويض في حال وقوع الضرر أو قبل وقوعه من الشروط الفاسدة غير المعتبرة، لما فيه من الغرر

(1) انظر المستشار عبد الستار آدم ،الشريعة الإسلامية والقانون والمدني المصري، القاهرة ١٣٨٩، للهجرة ١٩٦٩م ، ص ٢٠ . ٢١ ومجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص ١٥ وما بعدها.

(2) انظر شوقي بناس، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني ، شعار دون اثر قانوني ، الالتزامات انموذجا. ص ٣٣٩.

(3) عبد الستار آدم ، ص ٦٣ وما بعدها.

والجهالة، إذ إن التعويض في الشرع يكون على قدر الضرر، فمادام لم يتحقق الضرر فلا محل لتقدير التعويض مسبقا، وإذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة[1].

واقتبس القانون المدني المصري من القوانين المدنية الأجنبية الكثير من القواعد المتعلقة بالشكل والصياغة كالتبويب والتقسيم واللغة الاصطلاحية ، وبوجه عام استفاد السنهوري من حركة التقنين خصوصا في مجال القانون المدني في أوروبا وغيرها في أنها كما قال(نستخلص منها دروسا نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية)[2].

وجاء القانون المدني المصري متأثرا في كثير من الأحيان بالقانون المدني الفرنسي ، في مبادئه وتكييفاته القانونية ومصطلحاته الفنية وقواعده الأساسية، ومع ذلك فإنه ليس نقلا حرفيا عن القانون الفرنسي،كما يرى ذلك البعض،إذ تفادى عيوبه الشكلية والموضوعية ، وتبنى أنظمة ونظريات قانونية لا يعرفها أصلا القانون الفرنسي (كالتعسف في استعمال الحق وحق الاختصاص)،استفاد من التقنينات الجرمانية(الاستغلال ، الحوادث الطارئة،حوالة الدين)، اخذ بعض احكامه من الفقه الإسلامي (مجلس العقد.مرض الموت، الشفعة)[3].

خامسا . سوريا: صدر في سوريا القانون المدني بالمرسوم التشريعي رقم(٨٤) لسنة 1949 ، أصله القانون المدني المصري وهما مستمدان من القانون المدني الفرنسي،ولكن القانون المدني السوري جعل الفقه الاسلامي مصدرا رسميا للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون،ومن المبادئ والنظريات العامة المقتبسة التمييز. 3 . نظرية التعسف في استعمال الحق. 4 . نظرية الظروف الطارئة. 5 . حوالة الدين. 6 . لاتركة الا بعد سداد الدين) .وهناك بعض الاحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الاسلامي،في عقد البيع والايجار وحقوق الارتفاق وعقد الهبة وتصرف المريض مرض الموت ومدة التقادم والابراء من الدين([4]).

(1) الباحث محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول، القاهرة ، دارالسلام ، ٢٠١٢، ص ٧٨.

(2) السنهوري من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، ص ٣١٠.

(3) انظر الدكتور شوقي بناس، تاثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري ، الالتزامات انموذجا، ص١٦٩ ملتقى دولي، الجزائر ٢٤ . ٢٥ ، أكتوبر، ٢٠١٦ جامعة الجزائر(١) بن يوسف بن خدة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر(١)،العدد (5)،2016،ص 105.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته ، د مشق دار القلم 1404 للهجرة 1984م، ج4 ص290 وما بعدها.

.....

وجاء القانون المدني السوري مطابقا الى حد كبير مع القانون المدني المصري ،وورد في المذكرة الايضاحية لهذا القانون (ويقوم المشروع على أساس القانون المدني المصري الذي صدر مؤخرا).

ومن الفروق القليلة بين القانونين المصري والسوري،ان القانون الاول قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية(م1)في حين قدم القانون الثاني مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف(م 1)

وذهب اتجاه الى أن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ،مجرد تهدئة وهمية لنفوس الناس إظهارا ان الشريعة من مصادر القانون المتقدمة[1].

ووجهت انتقادات عديدة الى هذا القانون ؛لانه مستمد من مصادر وضعية غربية والتقاعس عن النهوض باستقاء قانون مدني عربي مستمد من الفقه الإسلامي الخالص[2].

وان واضع القانون المدني السوري لم يكن موفقا في اقتباسه من القانون المدني المصري حرفيا دون مراعاة خصوصية المجتمع السوري واحكام قضائه خلال فنرة تطبيق مجلة الاحكام العدلية الأمر، الذي أدى الى لضياع تراث كبير من المؤلفات القانونية الفقهية لاساتذة القانون والاحكام والاجتهادات القضائية للمحاكم السورية[3].

سادسا . العراق:

١ . استقى القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 أحكامه من منابع ثلاثة هي:مجلة الاحكام العدلية ،والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل ،والقانون المدني المصري،ويعد القانون المدني العراقي أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنبا الى جنب بقدر متساو في الكم والكيف،فقد وضعت الاحكام المقننة من الفقه الاسلامي الى جانب نصوص القوانين الغربية ،وبذلك تم جمع الفقه الاسلامي والقوانين الغربية على صعيد واحد، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها

(1) انظر الدكتور حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون، القاهرة دار النهضة العربية ،١٩٨٨ ،ص ١٨٣.
(2) انظر الأستاذ مصطفى الزرقا ،عقد البيع، دمشق، ١٩٥٧، ص ٣(هامش) .
(3) المحامي حازم زهور عدي، تاريخ القانون المدني في الدول العربية ، ٢٠١٠، ص ٢٠.

ومهد الطريق للمرحلة القادمة والاخيرة في نهضة الفقه الاسلامي،يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحد ث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا[1].

فالكثير من أحكام القانون المدني العراقي قد خرجت على الفقه الاسلامي،دون تقيد بمذهب معين،ولم يأل المشرع جهدا في التنسيق بين الاحكام التي استقاها من مصدريه الاساسيين،الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية،فأندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصدر وتباينها،وتظل للفقه الاسلامي مكانته وتظل الاسباب موصولة بين الماضي والحاضر والمستقبل[2].

وفي رسالة للمرحوم السنهوري الى أحد اعضاء لجنة مراجعة مشروع القانون المدني العراقي (الأستاذ المرحوم المحامي حسن عبد الرحمن)يقول (في المادة1. لاحظت انكم أخرتم مكان الشريعة الأسلامية بين مصادر القانون الى المرتبة الثالثة تمشيا مع القانون المصري والقانون العراقي يستمد من الشريعة الأسلامية بنصيب وافر فلم يكن غريبا أن يجعل الشريعة الأسلامية في المرتبة الثانية[3].

ويلاحظ ان مبادئ الشريعة الإسلامية التي يلجأ اليها القاضي، هي تلك المبادئ التي تنسجم وتتسق مع نصوص القانون المدني،بحجة إنسجام كليات القانون مع جزئياته، والا يتم تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الا لملاءمة الاتجاه العام وروح وفلسفة النصوص القانونية([4]).

فمصادر القانون المدني العراقي هي القانون المدني المصري ، والقوانين التي كانت نافذة في العراق، واهمها مجلة الاحكام العدلية والشريعة الاسلامية ويدخل فيها جميع المذاهب الفقهية وبعض مشاريع القوانين مثل مرشد الحيران لمحمد قدري باشا وقد اعتمد عليه المشرع العراقي في الكثير من الأحيان،واعتمد القانون المدني العراقي على الفقه الاسلامي لقرابة النصف من مواده[5].

---

(1) السنهوري القانون المدني العربي الموحد، ص ٢٢. ٢٣.

(2) الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي، الفقرة(10).

(3) أنظر نص الرسالة المؤرخة في القاهرة 1950/3/4 الصادرة من مكتب رئيس مجلس الدولة المرحوم السنهوري في الجزء الأول من مجموعة الأعمال التحضيرية ، بغداد ، 1419 للهجرة الموافق 1988م ، ص 12. 15.

(4) الدكتورفايز محمد حسين محمد،اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، الجزء الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ، ٢٠١٤ ،ص ٥٣ . ٥٤.

(5) الدكتور محمدزكي عبر البر، تقنين الفقه الاسلامي المبدأ المنهج التطبيق، دار احياء التراث، قطر، 1986، ص 61.

.....

او اكثر من النصف،فاكثر نصوصه مستمدة من مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران وبعض مدونات الفقه الاسلامي([1]).

2 . اعد الاستاذ السيد منير القاضي المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني وطبعت من مطبعة الحكومة بغداد عام 1948 وورد في الغلاف الخارجي الحكومة العراقية. وزارة العدلية. المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني. وضعها السيد منير القاضي (استاذ الاحكام المدنية في كلية الحقوق والعضو في لجنة وضع المشروع وطبعت المذكرة بحجم موسوعي(كبير) في 125صفحة).

وجاء في الصفحة (أ) المصادر التي استمد منها المشروع احكامه:

استمد المشروع احكامه من المصادر الآتية:

1 . مجلة الاحكام العدلية

2 . مرشد الحيران

3 . الفقه الإسلامي

4 . اصول الفقه

5 . مشروع القانون المدني المصري وهو قد استمد احكامه من:

أ. الفقه الاسلامي

ب . القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني السويسري والقانون البولوني والقوانين الجرمانية والمشروع الفرنسي الايطالي ومن القانون المصري(القديم) والقانون الفرنسي.

وفي الصفحة(4) بينت المذكرة النظريات التي استند اليها المشروع:

أ. نظريات الفقه الاسلامي

ب . القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

ج . نظريات الفقه الغربي بعناصره الثلاثة، اللاتيني والجرماني والسكسوني واهمها:

1 . نظرية الحوادث الطارئة(الظروف الطارئة)

2 . نظرية التعسف في استعمال الحق

---

(1) الدكتور احمد عبيد جامسم، التاصيل الفقهي للقانون المدني العراقي، اطروحة دكتوراه، بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، 2013، ص .489.

3 . نظرية حسن النية

4 . نظرية تجزء العقد،فقد يكون صحيحا في شطر منه وباطلا في شطر

5 . نظرية التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية

6 . نظرية التنفيذ بطريق التعويض.

7 . نظرية السبب في العقد

8 . نظريات الدولي الخاص

9 . نظرية الشخصية المعنوية

10 . نظرية المسؤولية التعاقدية

11 . نظرية المسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء

12 . نظرية التضامن بين المدينين

13. نظرية حوالة الحق

14 . نظرية الوفاء مع الحلول

15 . نظرية الوفاء بطريق العرض والايداع

16 . نظرية التجديد والانابة في الوفاء

17 . نظرية استحالة التنفيذ

18 . نظرية التقادم.

وهذه النظريات لها أساس في الفقه الاسلامي عدا نظرية حسن النية،ونظرية التنفيذ بطريق الغرامات ونظريات الدولي الخاص،ونظرية الشخصية المعنوية،وقد يقال ان للوقف شخصية معنوية يعترف بها الفقه الاسلامي،ونظرية الوفاء مع الحلول،ونظرية الوفاء بطريق العرض والايداع[1].

وتفصح هذه المذكرة الايضاحية حقيقة المصادر التي استيقت منها نصوص القانون المدني العراقي وخاصة القوانين الأجنبية[2].

(1) يصعب قبول هذا الرأي بوجه عام،فهذه النظريات وان لم توجد نصوص فقهية صريحة بها ، ولكن يمكن تخريجها وفق احكام الفقه الإسلامي، كما ان بيت المال وكذلك المسجد يتمتعان بالشخصية المعنوية.

(2) انظر مؤلفنا تعليقات على القانون المدني العراقي في ضوء مجموعة الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية المختصرة ومشروع القانون المدني عام ١٩٥٠، بغداد ،دار ومكتبة المسلة القانونية ، ٢٠٢٣.

.....

ويتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري في الاتجاهات العامة، مثل طابع الاعتدلال والتوسط بين الاستقرار والتطور بين حماية الفرد وحماية الجماعة، ومن جهة أخرى اخذ القانون المدني العراقي بنفس الترتيب والتبويب متابعة تامة، حتي يمكن القول بان الباب التمهيدي في القانون المدني العراقي يكاد أن يكون منقولا نقلا حرفيا من القانون المدني المصري ، فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المجلة[1].

فالقانون المدني العراقي كان خطوة نحو توحيد القوانين المدنية في البلاد العربية، وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي(وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)فلا يوجد لها مثيل في التقنينات المدنية في البلاد العربية من نواح عدة على النحو الآتي:فمن ناحية انها:

منحت القاضي الاسترشاد بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق،فاذا لم يجد، فله سلطة الاسترشاد بالاحكام التي استقر عليها القضاء والفقه في البلاد الأخرى،طالما انها تتقارب قوانينها مع القوانين العربية، ومن جهة ثانية؛ فإن النص اعطى للقاضي دورا كبيرا لمجابهة حالات النقص التشريعي، إذ وضع امامه طرقاً كثيرة،يمكن من خلالها مجابهة كل ما سيعرض عليه من منازعات تتضمن وقائع قد لا يجد لها حكما صريحا في نصوص القانون المدني العراقي،ومن جهة ثالثة، أشار الى التقارب القانوني في عجز الفقرة الثالثة ومن المسلم به ، لم تدرج هذه العبارة الا بمقصد التوحيد التشريعي في البلاد العربية ، بعد تحقيق الوحدة التشريعية[2].

سابعا . في ليبيا كانت التقنينات الرئيسية هي التقنينات الإيطالية وكانت سائر التشريعات كذلك،وكانت اللغة الإيطالية هي لغة القضاة ولغة المحاكم ولغة الاحكام وسائر الإجراءات القضائية،ومن جهة ثانية،وضع القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٣ وهو مطابق للقانون المدني المصري، الا في نصوص قليلة،مع إضافة بعض النصوص وإدخال بعض التعديلات التي اقترحها القضاة الايطاليون في ليبيا، واقتنع السنهوري بأن ظروف البلاد تقتضيها وصدر القانون المدني الليبي في نوفمبر سنة ١٩٥٣م[3].

---

(1) السنهوري القانون المدني العربي، مجلة القضاء، بغداد، العددان(١ .٢) ، ١٩٦٢، ص٤٩٩.

(2) . فايز محمد حسين، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية ،ص ٥٣ . ٥٤.

(3) انظر المستشار عثمان حسين عبد الله ، الفقيه والرائد والمشرع العظيم السنهوري، مجلة إدارة قضايا الدولة ١٩٨٩ ، ص ٩٩ وما بعدها.

.....

ونصت المادة الاولى منه على أنه(١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها . ٢ . فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)والفقرة الأولى تماثل الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني المصري، مع ملاحظة ان القانون المدني الليبي جعل مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد النصوص التشريعية،ثم يليها العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[1].

ثامنا . القانون المدني الجزائري رقم(58/75)في 20 رمضان عام 1395 للهجرة الموافق 26/سبتمبر عام 1975 المعدل:

استمد اغلب احكامه من القانون المدني المصري كما استمد بعض احكامه من القانون المدني الفرنسي والتشريعات الجزائرية الخاصة، ونصت المادة الاولى منه على أنه(يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي،حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ،فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف،فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)ويقوم هذا القانون على اساس من القانون المدني المصري[2].

وان كانت هناك احكام انفرد بها القانون المدني الجزائري ، كتقييد جواز التعامل في الشيئ المستقبل بان يكون هذا الشيئ محققا وحظر الفائدة الاستثمارية او التعويضية التي تشترط عادة في القروض بين الافراد،وإطالة مدد التقادم وإنقاصها،كما ان هناك احكاماً اغفل المشرع الجزائري استمدادها من الفقه الاسلامي، وقيلت آراء عديدة في مدى استمداد القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي، فهناك الرأي الموسع والرأي المضيق والرأي الوسط في مدى الاستمداد[3].

(1) انظر فايز محمد حسين ، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، ص ٦١.

(2) الدكتورمحمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني،دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، عمان ،٢٠٠١ ،ص ٨.

(3) انظر بوجمعة حمد، ص١١٥ وما بعدها.

.....

ومن الاحكام الواردة في القانون المدني الجزائري المتأثرة بالفقه الإسلامي، احكام تصرفات المريض مرض الموت ولا تركة الا بعد سداد الديون وخيار الرؤية والظروف الطارئة المأخوذة من نظرية العذر وغيرها[1].

ورغم الصبغة اللاتينية للقانون المدني الجزائري ، فقد حاول المشرع الجزائري ان يخفف من هذه التبعية بتبني مواقف خالفت نهج القانون النابليوني(القانون المدني الفرنسي)تقدمها الاحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام العقدي[2].ومع ذلك فإن هذا القانون ما يزال متأثرا بالانظمة القانونية اللاتينية([3]).

وبقي القانون المدني الجزائري محتفظا،من حيث الشكل والأسلوب والمصطلحات والمضمون والمبادئ،بالقانون المدني الفرنسي،واقتصر نصيب الشريعة الإسلامية على بعض الاحكام الخاصة،منها مجلس العقد، ومرض الموت، والشفعة الخ .. ولعل ما يلفت الانتباه ان هذه الاحكام لم تتكيف مع المبادئ العامة للقانون المدني ،يضاف الى ذلك،الإزدواجية اللغوية ، لقد تم تحرير القانون المدني باللغة الفرنسية ثم ترجم ترجمة لغوية الى اللغة العربية،الامر الذي أدى في بعض الحالات الى تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي[4].

(1) الباحثة نجيمة بو علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حوليات جامعة الجزائر(١)، المجلد (٣٤) ،العدد(٤)٢٠٢٠، ص٤٢.

(2) الدكتور حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، جامعة الوادي، العدد(٢) شعبان ١٤٣٧ للهجرة جوان، ٢٠١٦ ،ص ٥٥.

(3) الباحث يزيد بوحليط،تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة(٨/ماي ١٩٤٥)،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، الجزائر ،الملتقى الوطني حول القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري ومواكبة حركة التشريع العالمية يوم ٢٦ نوفمبر ٢٠١٩، ص١.

(4) انظرالقانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي الجزائر ٢٤ . ٢٥/ أكتوبر ،٢٠١٦ جامعة الجزائر(١) بن يوسف بن خدة ، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر(١) ،العدد٥/١٠١٦ ،ص٨.

.....

وان القانون المدني الجزائري منقول بطريقة شبه حرفية من القانون المدني المصري، وجاء هذا الاخير متأثرا الى حد بعيد بقانون نابليون، مما يصح معه القول إن القانون المدني، عموما،مجرد تقليد لقانون نابليون في غالبية نصوصه[1].

ولايخفى على رجال القانون ان قانون نابليون قد جاء مرتبطا بجذوره الأوروبية ممثلة في القانون الروماني،ومتصلا بنظريات القانون الكنسي،وان الزعم بعدم اختلاف القانون الجزائري، ذي الأصول الأجنبية،عن الشريعة الإسلامية، من حيث الجوهر،يتضمن إهمالا حقيقيا للبعد العقائدي لاحكام التشريعة وإعراضا عن اعتبارها نظاما مستقلا قائما بذاته[2].

تاسعا . الأردن: القانون المدني رقم(43) لسنة 1976 ،اعتمد في اعداده على المصادر الاتية:

أ . مجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي بجميع مذاهبه.

ب . التشريعات والقوانين الاردنية المعمول بها.

ج . مشروع القانون المدني الذي اعد سابقا وعرض على مجلس الأعيان الذي رفضه وطالب بوضع قانون مدني مأخوذ من الفقه الاسلامي ومستمد من احكام الشريعة الاسلامية و أن لا يكون مأخوذا من مشاريع اجنبية كالقانون الافرنسي أو الايطالي وغيرهما. د . كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الاسلامي،وروعي في هذا القانون أن يكون الفقه الاسلامي هو المصدر الاساس للتقنين وهو الذي نهل العلماء من نبعه ونما العلم في رحابه وبلغ اسمى ما وصلت اليه النظم الفقهية من دقة واحكام،ويضم القانون(1449 مادة)[3].

(1) الدكتور شوقي بناسي، تاثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري ، الالتزامات انموذجا، ضمن اعمال الملتقي الدولي ، القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر(١)، العدد(٥)، ٢٠١٦ ، ص١٠٥.

(2) شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادوها كمصدر للقانون المدني ، شعار دون اثر قانوني، الالتزامات انموذجا، حوليات جامعة الجزائر(١) ،العدد(٣١) ،الجزء الثاني،ص ٣١٦ والمصدر الذي يشير اليه.

(3) أنظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ،اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين، عمان /الاردن / 2000م الجزء الاول، ص18 ، 26.

.....

ونصت المادة(2/2)من الباب التمهيدي على انه(فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ،فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية..)

ونصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أن(العرف وقواعد العدالة بشرط عدم المخالفة لاحكام الفقه الاسلامي ،كما نصت المادة الثالثة على أنه (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

فيكون ترتيب المصادر في القانون المدني الأردني على النحو الآتي:

ا. النص القانوني وهو في غالبه مستمد من احكام الفقه الإسلامي.

ب . احكام الفقه الإسلامي ، والمقصود بها آراء الفقه الإسلامي المدونة في كتب الفقه .

ت . مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الواجب اللجوء اليه .

فهذه المصادر كلها تعتمد على احكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة .

فاذا لم يجد القاضي في المصادر السابقة ما يعينه على الفصل في القضية المنظورة أمامه عندها من الواجب عليه تلمس الحكم في العرف السائد في المجتمع، ويعتبر العرف الصحيح الذي لايصادم نصا شرعيا من المصادر الاحتياطية التي اقرها وعمل بها الفقه الإسلامي([1]).

وضم القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، فقد نصت المادة(٢٢٠) على أن(١ . العادة محكمة عامة كانت او خاصة ٢ . وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. ٣ . تترك الحقيقة بدلالة العادة). ونصت المادة(٢٢٣) على أن(الممتنع عادة كالممتنع حقيقة) وم/ ٢٢٤/ المعروف عرفا كالمشروط شرطا. وم/٢٢٥/المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. وم/ ٢٢٦/ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.اما قواعد العدالة فيقصد بها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة[(2)].

(1) انظر الدكتور رحيل محمد الغرايبة اثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦ ،المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد(١٣) ،العدد(٢) ١٤٣٨ للهجرة، 2017م ، ص ٢٥٠ .

(2) الدكتور برهام عطا الله، اساسيات القانون الوضعي ،المكتبة القانونية، ١٩٦٨، ص ٧٦.

.....

فقواعد العدالة لا تعد مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعني الدقيق، فهي لاتمد القاضي بقاعدة مجردة وعامة كما هو الشأن في التشريع او العرف او مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه الى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة في المصادر[1].

واعتمد القانون المدني الأردني أصول الفقه الإسلامي التي لا تتعارض معه واعتمد هذا القانون الفقه الإسلامي على كثير من أبوابه، ومن ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الاهلية ونظرية مجلس العقد وغيرها، ونص على عدد كبير من القواعد الفقهية الواردة في مجلة الاحكام العدلية وغيرها، وأثرت المصطلحات الفقهية في الصناعة التشريعية لهذا القانون ، حيث استخدم القانون عددا كثيرا من مصطلحات الفقهاء ومن ذلك الاكراه الملجئ وغير الملجئ وحكم العقد وحقوق العقد، والعقد الفاسد وشركة المضاربة والوجوه وغيرها([2]).

ونصت المادة الثالثة على أنه (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي)وورد في المذكرات الايضاحية لهذا القانون(رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي واصوله ، خصوصا ان اصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم وقواعد اللغة العربية، وان المشرع باحالته في تفسير النص وتأويله على أصول الفقه الإسلامي قد سد نقصا موجودا في التقنينات العربية إذ لم يورد أيها نصا في ذلك تاركا الامر للسليقة او لما يرد في كتب أصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل ، بل تتلاشى امام مفخرة العقل الإسلامي وهو علم أصول الفقه بما تضمن من قواعد وضوابط وكان لهذا الإهمال اثره في بُعد القضاة عن علم الأصول ففقدوا بذلك معينا لاينضب في استنباط الاحكام على أسس ثابتة تسدد خطاهم وتقرب بين مناهجهم وتصل بهم الى سواء السبيل[3].

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، القاهرة، ١٩٩٨ ،ص١٧٣.

(2) رحيل محمد الغرايبة ، ص٢٦٠.

(3) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج١ ، ص ٣٧.

.....

عاشرا . الكويت: القانون المدني الكويتي رقم(67) لسنة1981: وهو مستمد من الفقه الاسلامي واخذ بالكثير من أحكام المجلة والقانون المدني الإردني، وجاءت أحكامه متوافقة تماما مع أحكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه،وضم(1082) مادة.

فاستمد بعض احكامه من الفقه الاسلامي وما استمده من باقي القوانين العربية والاجنبية فقد خرجه على احكام الشريعة الاسلامية،وورد في مقدمة القانون(ان هذا القانون قد جاء في احكامه متوافقا تماما مع احكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه،حتى انه لايوجد فيه حكم يستعصي تخريجه على مذهب من هذه المذاهب ،او يتعارض مع روح الشريعة الاسلامية السمحة، وذلك مع الاستفادة في الوقت ذاته مما وصل اليه الفكر القانوني المعاصر من تقدم رائع في فن صناعة التشريع واساليبه الحديثة.. واصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع ومتفق مع احكام الشرع الاسلامي الاغر)[1].

ومن مظاهر اثر الشريعة الإسلامية في هذا القانون ، نظرية التعسف في استعمال الحق(م ٣٠) ،ومجلس العقد(م ٤٦ . ٥٠) ،العين في عقد القاصر(م ١٦٣)، الوعد بجائزة كتطبيق للإرادة المنفردة(م ١٢١ . ١٢٢) ،ضمان أذى النفس(ويقصد به التعويض بالدية الشرعية)(م ٢٤٨ . ٢٥٢)[2].

حادي عشر . السودان:

صدر قانون المعاملات المدنية عام 1984 مأخوذا من القانون المدني الاردني كما صدر قانون العقوبات عام 1983 بتطبيق نظام الحدود المستمدة من الشريعة الاسلامية.

وضم قانون المعاملات المدنية (819)مادة مستمدا بعض احكامه من بعض القوانين المدنية العربية،وخاصة القانون المدني الاردني ومشروعات قوانين الامارات العربية المتحدة (قبل صدور قانونها المدني الموحد) ومصر والكويت واليمن ،كما استعان في كثير من مواده بفقه المذهبين الحنفي والمالكي،ليصبح قانونا مستمدا من الشريعة الاسلامية[3].

---

(1) محمد وحيد الدين سوار،الاتجاهات العامة في القانون المدني، ص 12.

(2) انظر بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية ،ص ٧٥٦.

(3) انظرالدكتور طه المكاشفي،تطبيق الشريعة الاسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة ، لزهراء للاعلام ، ص ١٩.

ثاني عشر. دولة الامارات العربية المتحدة:

قانون المعاملات المدنية رقم(5) لسنة 1985 المعدل بالقانون رقم(1) لسنة 1987 وهو مستمد من الفقه الاسلامي واستعانت لجنة اعداده بالقانون المدني الاردني وبمشروعات التقنينات التي أعدها مجمع البحوث الاسلامية في مصر ، وبمحاولات جامعة الدول العربية في اصدار قانون مدني موحد يطبق في البلاد العربية.،وسارت اللجنة في اعداد مشروع القانون على اتباع ايسر الحلول من مذهبي الإمامين مالك وأحمد بن حنبل،أوالمذاهب الاخرى،حسبما تقتضي المصلحة العامة ومراعاة لما جرى العرف في البلاد،مما له أصل في الشريعة الاسلامية،واحتوى القانون على(1528) مادة.

ومصدر قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة هو الفقه الإسلامي،ويندرج هذا القانون ضمن مجموعة من القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي ، وبدا ذلك واضحا ، وبشكل اكبر في الاحكام الموضوعية للفعل الضار،إذ اخذ بالقواعد الفقهية التقليدية التي انعقد الإجماع عليها او حازت درجة معتبرة من التأييد في المذاهب الأربعة،وترك الباب مفتوحا في المسائل الخلافية للاجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل بما يساعد على التجديد في الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي، واحسن القضاء الاماراتي استغلال منطقة العفو التي منحها إياه المشرع، فعمل بجد في المسائل المسكوت عنها او المسائل الخلافية على تخير انسب الحلول من مذاهب الفقه الإسلامي او توجهات القانون الوضعي التي لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها الأساسية،تحقيقا للهدف الأسمى للمسؤلية عن الفعل الضار، المتمثل في حماية المضرور، كلما وجد الى ذلك سبيلا، الا ان حماسته في السعي لتحقيق هذا الهدف،قادته أحيانا الى تجاوز منطقة العفو،ليلج ميادين حسمت بموقف تشريعي واضح،فاعمل فيها فأس اجتهاده، فاتى بنيانها من القواعد ، او لوى اعناق النصوص فصرفها عن القبلة التي كانت عليها[1].

---

(1) الدكتور عدنان ابراهيم سرحان،تقييم موقف التشريع والقضاء الاماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار ،مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، (مصر) ،العدد(2)، سنة 2010 ،ص 93. وبحثه مباحث في اساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفقا لاصوله من الفقه الاسلامي ،دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، مصر ،العدد(13)2005، ص 91. والمذكرة الايضاحية لهذا القانون ،إصدار وزارة العدل الإماراتية ، دون سنة النشر ، ص ٢٧٣ وما بعدها.

.....

ونصت المادة الاولى من هذا القانون على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولامساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة،فاذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية ،على ان يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام احمد بن حنبل،فاذا لم يجد فمن مذهبي الامام الشافعي والامام ابي حنيفة،حسبما تقتضيه المصلحة،فاذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على الا يكون متعارضا مع النظام العام او الآداب،واذا كان العرف خاصا بامارة معينة فيسري حكمه على هذه الامارة) ، كما نصت المادة الثانية من هذا القانون على ان(يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله الى قواعد واصول الفقه الاسلامي).

ويعد القانون المدني الأردني أصلا له([1])وخالفه في بعض المسائل،وزاد عليه في البعض الآخر[2] ويعد هذا القانون محصلة في جملته إسلاميا من حيث الموضوع وضعيا من حيث الشكل والبناء والتبويب[3].

ثالث عشر . قانون الالتزامات والعقود الموريتاني لعام 1989:

وهو أقرب ما يكون الى القانونين التونسي والمغربي في الصياغة والاحكام إذ نصت المادة(1179) منه على أنه (يرجع الى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني ، وكل غموض في النص الفرنسي يرجع في معناه الى النص باللغة العربية).

رابع عشر . القانون المدني لمملكة البحرين رقم(19) لسنة 2001:

نصت المادة(1) منه على أن(1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. 2. فأذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي ،حكم بمقتضى العرف ،فاذا لم يوجد ،حكم بمقتضى الشريعة الأسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها،فإذا لم يوجد،حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

(1) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ص ١٣.

(2) بوجمعة حمد اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية، ص ٧٤٥.

(3) عدنان ابرهيم سرحان، تقييم موقف التشريع والقضاء، ص ١٥٧.

خامس عشر. اليمن:

صدرالقرار رقم(5) لسنة1975بإنشاء الهيئة العلمية لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية،وهي ملحقة بمجلس الشورى(البرلمان) . وانجزت الهيئة قوانين عديدة ومنها القانون المدني رقم(10) لسنة 1979 ثم القانون المدني رقم(19) لسنة 1992،ونصت المادة الاولى منه على أنه (يسري هذا القانون المأخوذ من احكام الشريعة الاسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى،فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية المأخوذ منها هذا القانون ، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لاصول الشريعة الإسلامية جملة .ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف ان يكون ثابتا ولايتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية والنظام العام والآداب العامة).

وورد في تقديم هذا القانون ما يأتي(فان الجمهورية العربية اليمنية تقدم للبشرية عامة وللامة الاسلامية خاصة(القانون المدني،المعاملات الشرعية)مستمدا من مصادر الشريعة الاسلامية،وهي القرآن والسنة والاجماع والقياس،والاخذ باقوى ما في كل مجموعة المذاهب الاجتهادية..)[1].

ثم صدر القانون المدني رقم(١٤) لسنة ٢٠٠٢،ونصت المادة الأولى منه على أن(يسري هذا القانون المأخوذ من احكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع الى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون ، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا ،فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لاصول الشريعة الإسلامية جملة ، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ،ويشترط في العرف ان يكون ثابتا. ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة).

ونصت المادة(١٨) من هذا القانون على أن(المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الايضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة) ، ويعد هذا القانون مستمدا من الفقه الاسلامي ،ويرجع في تفسير نصوصه الى قواعد الفقه الاسلامي وأصوله حسب نص المادة الأولى منه.

(1) ان هذا التقديم من طرف رئيس مجلس الشعب التأسيسي في مقدمة القانون المدني لسنة 1992.

.....

وقد أخذ هذا القانون عن القانون المدني المصري مواد كثيرة ، وخصوصا في الكتاب الثاني المتعلق بالحق والالتزام به، بحجة انها لاتخالف الشريعة الإسلامية مع عدم الاشارة الى ذلك في المذكرة الايضاحية، وعلى كل حال فهذا القانون هو قانون مستمد من الفقه الإسلامي ، ويرجع في تفسير نصوصه الى قواعد الفقه الإسلامي واصوله حسب نص المادة الأولى منه[1].

سادس عشر . القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004:

نصت المادة(1) منه على أن(1. تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2 . إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الأسلامية ،فإذا لم يجد،حكم بمقتضى العرف،والا فبمقتضى قواعد العدالة).

ومن النظريات العامة التي استقاها القانون المدني القطري من الفقه الإسلامي ، التعسف في استعمال الحق والنزعة الموضوعية للالتزام والحوادث الطارئة ولا تركة الا بعد سداد الدين،وتحمل التبعة وحوالة الدين ، وفيما يتعلق بالفائدة فقد نصت المادة(٢٦٨) على أنه (اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود،ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره ، وأثبت الدائن أنه لحقه بسبب ذلك ضرر ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) . كما أن هناك احكاماً تفصيلية مستمدة من احكام الفقه الإسلامي منصوص عليها في القانون المدني القطري[2].

سابع عشر . القانون المدني البحريني رقم(١٩) لعام ٢٠٠١:

نصت المادة(1)منه على أن(أ. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها او بمفهومها. ب . فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي ،حكم بمقتضى العرف ،فإذا لم يوجد ،حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها ..).

(1) انظر الدكتور بوجمعة حمد ،اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد السابع ، المجلد الثاني سبتمبر ،٢٠١٧ ، ص ٧٤٨.

(2) للتفصيل انظر الدكتور حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري ، دراسة مقارنه، المجلة الدولية للقانون ،٢٠١٣ .

ثامن عشر . القانون المدني الفلسطيني رقم(٤) لعام ٢٠١٢:

حرص القانون على الاستفادة من الفكر القانوني الوضعي ، ولكن لم يأخذ الا ما يوافق البيئة الفلسطينية ولايخالف احكام الشريعة الاسلامية،وما يمكن تخريجه على احكام الشريعة الاسلامية ...وأخذ القانون من الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين، ونصت المادة الأولى على أنه(١ تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها او في فحواها. ٢ . إذا لمن يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

تاسع عشر . قانون المعاملات المدنية العماني رقم(٢٩) لعام ٢٠١٣:

بموجب المادة(1)منه تسري أحكام القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها،ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى احكام الفقه الاسلامي ، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف.

واستقى القانون جل احكامه من الفقه الإسلامي لا سيما المذهب الحنفي، الذي سبق المذاهب الفقهية الأخرى في تقنين احكام الفقه الإسلامي،من خلال مجلة الاحكام العدلية التي اثبتت نجاحها في التطبيق العملي لقرون عديدة،ومازالت التشريعات الحديثة تستقي من نصوصها، واكبر مثال على ذلك القوانين المدنية العربية ، ومنها قانون المعاملات المدنية العماني،وان هذا القانون هو اقرب القوانين المدنية العربية الى روح الشريعة، ومقاصدها الكلية، حيث اعمل المشرع المبادئ الكلية، والمفاهيم العامة التي جاءت بها الشريعة، مثل مبدأ رفع المشقة والحرج عن المتعاملين ، ورفع الضرر والتيسير على الناس ، وحمل تصرفاتهم على الصحة ما وجد الى ذلك سبيلا، والمتتبع لنصوص هذا القانون يلمس ذلك بكل سهولة، وحاول المشرع تفادي بعض الإشكالات التي وقعت فيها القوانين المماثلة، ورغم استفادة القانون العماني من بعض القوانين المدنية العربية في صياغة نصوص هذا القانون ،الا انه وقع فيما وقعت به تلك القوانين من التناقض أحيانا بسبب صعوبة التوفيق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية،لا سيما ان المشرع اخذ النصوص الجاهزة التي اخذت بها تلك القوانين .

.....

وحاول هذا القانون تجنب كل ما يخالف قواعد الشريعة واحكامها العامة،فاستبعد مثلا نظام الفوائد القانونية الذي اخذ به العديد من القوانين المدنية العربية،والمخالف لأحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى(وأحل الله البيع وحرم الربوا)(سورة البقرة الاية(٢٧٥).

وحصر القانون العماني التعويض في الإصابات الجسدية في الدية والإرش وعدم الجمع بين الدية الشرعية والتعويض المدني، كما هو مقرر في قواعد الفقه الإسلامي،إذ نصت المادة(١٨٦)من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه(تسري الاحكام العامة للفعل الضار على الضرر الواقع على النفس او ما دونها،وفيما يتعلق بالتعويض فتطبق آليات الإرش، مضافا اليها نفقات العلاج الضروري) ، فتفادى بهذا النص ما وقع فيه القانون المدني الأردني ، حيث سمح للمضرور بالمطالبة بالتعويض المدني،إضافة الى مبلغ الدية[1].

ويتبين مما تقدم أن أغلب احكام القوانين المدنية العربية، استقيت من احكام الفقه الاسلامي،وإن كانت هناك نصوص مستفادة من القوانين الغربية،فتم تخريجها وفق احكام الفقه الاسلامي، ويلاحظ أن القوانين المدنية العربية التي صدرت بعد صدور القانون المدني العراقي لعام 1951 بدأت تستمد احكامها من احكام الشريعة الاسلامية دون التقيد بأي مذهب[2].

عشرون: نظام المعاملات المدنية السعودي لعام ١٤٤٤للهجرة الموافق ٢٠٢٣:

صدر هذا النظام في (٧٢١) مادة على ان ينفذ بعد مضي(مائة وثمانين) يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية،ونصت المادة الاولي من النظام على ان(١ . تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها او في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الاحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها ، طبقت الاحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام. ٢. لايخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة) . ونصت المادة(٧٢٠)

(1) انظر الباحث الفضل بن غصن بن سنان الهنائي ومحمد عواد السكر، قانون المعاملات المدنية العماني ، ومدي تأثره بالفقه الإسلامي، مجلة (دراسات)علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد(٤٤) ، العدد(١) ، ٢٠١٧ ، ص٢٤٣ وص ٢٤٧ وص ٢٥٥.

(2) انظر دراستنا (ريادة القانون المدني العراقي للقوانين المدنية العربية) ،مجلة التشريع والقضاء ،بغداد العددالاول، السنة العاشرة ،2018 ،ص 130 وما بعدها.

.....

على(٤١)قلعدة فقهية كلية،وتطبق هذه القواعد بالقدر الذي لاتتعارض فيه من النصوص النظامية،مع مراعاة طبيعتها والشروط والإستثناءات الخاصة بكل منها[1].

البند الثاني

اتجاهات القوانين المدنية العربية من الفقه الاسلامي

كانت الشريعة الإسلامية ،القانون الوحيد الذي يحكم الأمة الإسلامية منذ فجر الإسلام مارا بخلافة الراشدين والامويين والعباسيين الى اواخر العهد العثماني، حيث بدأت تتسلل التشريعات الغربية واشتد ذلك مع بداية احتلال الدول الاستعمارية لبلاد المسلمين،بحيث أصبحت النظم القانونية الأوروبية تزاحم النظم الإسلامية،وبدأ الأمر باقتباس التقنينات العثمانية عن القوانين الأوروبية ، وفرض الدول المحتلة بفرض قوانينها ، وانحسار مجال تطبيق الشريعة الإسلامية ، وتعدد الشرائع المطبقة في بلاد المسلمين.

وبعد ان انزاح تاثير الدول الاستعمارية، بعد نيل الدول الإسلامية استقلالها، ظهرات اتجاهات يمكن اجمالها على النحو الاتي:

آ . أصبحت الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي.

ب . تشريعات عربية مدنية تاثرت بالقانون المدني الفرنسي الى حد كبير.

ت . تشريعات عربية مدنية مزجت بين احكام القانون المدني والفقه الإسلامي.

ث . تشريعات عربية مدنية استمدت احكامها من الشريعة الإسلامية، او حاولت تخريج احكامها وفق احكام الفقه الإسلامي،بحيث انه لايوجد فيها حكم يستعصي تخريجه وفق الفقه الإسلامي او يتعارض مع روح الشريعة الإسلامي.

وهناك اتجاه يرى ان القانون المدني الفرنسي قد أثر في القوانين المدنية العربية،بطريقتين ، مباشرة وغير مباشرة، وهناك قوانين مدنية عربية وضعت بتدخل طرف اجنبي (مجلة الالتزامات والعقود التونسية وظهير

(1) في الوضع القانوني في المملكة العربية السعودية قبل صدور هذا النظام انظر بوجمعة حمد ،اثر ألفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية، ص ٧٤٠ وما بعدها.

.....

الالتزامات والعقود المغربي وقانون الموجبات والعقود اللبناني) والقانون المدني المصري ثمرة تعاون متعددة الأطراف والصورابتداء من القانون المدني المختلط عام ١٨٧٥م والقانون المدني الأهلي عام ١٨٨٣م،والقانون المدني عام ١٩٤٨)وتأثرت قوانين مدنية عربية بالقانون المدني المصري، وهي قوانين سوريا وليبيا والجزائر، وهناك قوانين عربية ذات التوجه الإسلامي تأثرت بالقانون المدني الفرنسي، كالقانون المدني العراقي عام ١٩٥١وإن كان هذا القانون قد تميز بالاخذ بالفقه الإسلامي،الى حد كبير،واستلهم القانون المدني الأردني من الشريعة الاسلامية، مع الاخذ بنفس خطة القوانين المدنية العربية التي سبقته من حيث الشكل[1].

و نلقي نظرة على موقف القانون المقارن من القوانين المدنية العربية ،استنادا الى المصدر الذي اقتبس منه القانون المدني او حاول تقليده ، فالقوانين المذكورة يمكن تصنيفها الى عدة عوائل:

آ. القوانين المدنية المقتبسة من القانون المدني المصري ، وهي القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي والقانون الجزائري والقانون الكويتي والقانون البحريني والقانون القطري.

ب . القوانين التي تحاكي أسلوب الصياغة الفنية للفقه الإسلامي ، القانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني والقانون اليمني وقانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان والقانون المدني العربي الموحد،وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ونظام المعاملات المدنية السعودي.

ت . القوانين المقتبسة من القانون المدني الفرنسي، القانون التونسي والقانون المغربي والقانون اللبناني والقانون الموريتاني([2]).

ويذكر ان قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية مستمدة من احكام الشريعة الإسلامية.

ويمكن تقسيم القوانين المدنية العربية من حيث تأثرها بالأنماط القانونية المعروفة على النحو الآتي:

---

(1) انظر الدكتور علي خدوجة، الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي واثره على القوانين العربية، مجلة حوليات جامعة الجزائر(١) ، المجلد(٣٥) ، عدد خاص ٢٠٢١، ص ٦٥ وما بعدها.

(2) انظر الدكتور احمد ادريوش، القانون المقارن، الدرس الافتتاحي القي على طلبة الماستر في العلوم القانونية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، آكدال بجامعة محمد الخامس ، الرباط ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م ، ص ٨٩.

.....

أولا . قوانين مدنية عربية تأثرت بالفقه اللاتيني:

وهي قوانين (مجلات) مدنية بدأت بمجلة الالتزامات والعقود التونسي عام ١٩٠٦ واقتبست منها مجلة الالتزامات والعقود المغربي عام ١٩١٣م وقانون الموجبات والعقود اللبناني عام ١٩٣٢م كما صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتاني عام ١٩٨٩ م ومن ابرز سمات هذه القوانين:

آ. غموض مقصود في هذه العائلة، من حيث النص على المصادر الشكلية ، وإعتبار التشريع المصدر الشكلي الأساسي للتقنين، وفي هذا التزام واضح بمنهجية الشرح على المتون.

ب . غياب النص الصريح والمباشر على إعتبار الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي.

ت . استمداد محدود للاحكام الموضوعية المستوحاة من الفقه الإسلامي ، تأثرا بالفقه القانوني الغربي ، من حيث التقسيم والتبويب وتبني الاحكام الموضوعية.

ونص / الفصل/ ٥٣٥) من المجلة التونسية على أنه (إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون) ،هي القواعد المنصوص عليها في المواد/ الفصول/ ٥٢٣ . ٥٦٢) والمستوحاة من الفقه الإسلامي[1].

ثانيا . القانون المدني المصري والقوانين المدنية العربية التي تأثرت، بشكل او آخر به– وهي القانون السوري والليبي والعراقي والجزائري والقطري .

ومن المعروف ان مجلة الاحكام العدلية لم تطبق في مصر، وأن اول تقنين مدني هو القانون المدني الصادر في ٢٢/. سبتمبر ١٨٨٣م . وقد وضع بالتعاون مع احد المحامين الايطاليين الذي كان يعمل قاضيا في محكمة الاسكندرية المختلطة بالاشتراك مع محمد قدري باشا، وتم وضعه باللغة الفرنسية ثم ترجم الى اللغة العربية، وتأثر هذا القانون بالقانون المدني الفرنسي، وتجاهل النظريات الفقهية الإسلامية واتسم القانون بكثرة عيوب الصياغة التشريعية وعدم وضوح المصطلحات[2].

---

(1) انظر الدكتور عمر صلاح العزاوي ، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة، نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة ، العدد(٢) ، العدد التسلسلي(٢٦) شوال ١٤٤٠للهجرة يونيو ٢٠١٩م ، ص ٤٢٠ . ٤٢١.

(2) خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ، كلية الشريعة والقانون ، ١٩٩٧ ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ص ٢١٢ . ٢١٣.

.....

ولم يقتصر هذا القانون على نقل عيوب القانون الفرنسي بل زاد عليها عيوبا من عنده.. ففي التقنين المدني القديم فضول واقتضاب، وفيه غموض وتناقض، ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة[1]

وتتميز هذه القوانين المدنية المنحدرة من القانون المدني المصري بما يأتي:

آ. تأثر متفاوت بالفقه الإسلامي.

ب . وضوح موقف هذه القوانين من إعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا شكليا احتياطيا للتقنين،عند غياب النص، مع تنوع تلك المصادر وتباين ترتيبها من تقنين لآخر.

ت . محاولة المزج بدرجات متفاوتة بين التقنينات اللاتينية وتحديدا القانون الفرنسي والفقه الإسلامي ، باعتبار الأخير احد المصادر المادية لاستمداد الاحكام الموضوعية[2].

ثالثا . قوانين مدنية عربية تأثرت بالفقه الإسلامي مع المزج بين عدة مناهج:

يعد القانون المدني العراقي اول محاولة في الوطن العربي لوضع تقنين مدني مستمد من الفقه الإسلامي ومتأثر بالفقه اللاتيني على نطاق محدود.

رابعا . قوانين مدنية عربية كتطبيق لتطور منهج التقنين في الفقه الإسلامي:

وابرز مثال على هذا الاتجاه القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الاماراتي،وهما قد تأثرا بالفقه الإسلامي، ويظهر ذلك بوضوح في جميع نصوصهما مع ملاحظة ان القانون الاماراتي اعتبر المصدر الرسمي الأول هو التشريع ثم الشريعة الإسلامية وجعل لها الأولوية دائما على المصادر الأخرى، كالعرف،ويقصد بالشريعة الإسلامية هنا الفقه الإسلامي لا الشريعة بعمومها، مع تأكيد النص على ضرورة الرجوع في تفسير النصوص، وتأويلها الى مصدر الاستمداد، وهو الفقه الإسلامي، لخصوصية قواعد التفسيرولتجنب تعارض الاحكام والابتعاد عن إرادة المشرع.

خامسا . المملكة العربية السعودية كتطبيق للمنهج القضائي في الفقه الإسلامي:

تتبع المملكة نظاما قانونيا مختلطا يعتمد على مصادر قانونية متنوعة في مقدمتها الكتاب والسنة ويتبعها القياس والمصلحة،وكل ذلك في ضوء المراجع الفقهية المعتمدة،إلا أن هذا النظام يضم العديد من التقنينات في

(1) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج١ ، ص ١٥.

(2) عمر صلاح العزاوي، ص٤٢١ .٤٢٢.

بعض الفروع،ويرجع ذلك الى بعض القوانين التنظيمية كنظام تشكيلات المحاكم الشرعية ونظام الأوراق التجارية ونظام الشركات، ورغم اقتراب النظام القانوني في المملكة من نظام السوابق القضائية المتبع في الدول ذات النهج الانكلو أمريكي الا أن البعض يؤكد أن هذا التشابه غير موجود وإن وردت بعض الإشارات في الأنظمة السعودية تدعم هذا التشابه ، منها نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م٧٨ في ١٤٢٨/٩/١٩ للهجرة) ، الذي أشار الى إمكانية الاخذ بمبدأ السوابق القضائية عند النظر في القضايا المعروضة[1].

و صدر حديثا نظام المعاملات المدنية السعودي عام(١٤٤٤ للهجرة) الموافق عام ٢٠٢٣،ونصت المادة(الأولى/١/)منه على أن(تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها او في فحواها؛ فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الاحكام الختامية؛ فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبقت الاحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام) .ونصت المادة(٧٢٠) من الاحكام الختامية على أنه(دون إخلال بما تقضي به المادة الأولى من هذا النظام،تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية،مع مراعاة طبيعتها والشروط والإستثناءات الخاصة بكل منها) .نصت هذه المادة على (٤١) قاعدة فقهية.

وذهب اتجاه الى أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق المغالطات والمبالغات، من خلال الزعم ان كثيرا من نصوص القانون المدني مستمدة من الشريعة الإسلامية ، مع انها في حقيقتها مستمدة في غالبيتها، من القوانين الأجنبية،غاية ما في الامر ان لها سندا في الشريعة الإسلامية،ولا زعم ان القانون المدني موافق في جوهره للشريعة الإسلامية،في حين ان الحقيقة خلاف ذلك تماما،فقد كان الأولى الإنكباب على دراسة كتب الفقه الإسلامي لاستخراج كنوزه، اما نسبة نظريات أوروبية المنشأة لاحكام الشريعة الإسلامية، والإنغماس في القوانين الوضعية تحت ستار ما لا يخالف الشريعة الإسلامية، فهي مزاعم تضر الشريعة الإسلامية اكثر من أن يخدمها، فتكاد تسلبها خصوصياتها، وتصورها على انها نظام قانوني كغيره من الأنظمة القانونية المقارنة، ولا تتميز عنها الا في بعض المسائل... وخدمة الشريعة الإسلامية يتعين عرضها كنظام قانوني مستقل في منطلقاته وتوصيفاته واصطلاحاته،ولا يهم ، بعد ذلك إن وافقت القوانين الوضعية او خالفتها، ويجب العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية ولو تدريجيا،مع لزوم تدريس احكام الشريعة الإسلامية على مستوى كليات

(1) عمر صلاح العزاوي ، ص٤٢٤ وما بعدها.

.....

الحقوق(القانون)من خلال التركيز على دراسة أصول الفقه وفقه المعاملات الشرعية ، من اجل تكوين جيل يجمع بين الاصالة والمعاصرة[1].

البند الثالث

مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية

اولا . انتهت اللجان المختصة في مصر من إعداد مشروع القانون المدني الجديد وسمي ب(مشروع قانون المعاملات المدنية) عام ١٩٨٢ والذي كان من المؤمل في حالة اقراره ان يحل محل القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، والذي دخل حيز النفاد في 15م اكتوبر عام 1949 ، تأثر به الى حد كبير،ان لم نقل حد التطابق،القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) في 18/ايار/عام 1949 والقانون المدني الليبي عام 1953 ،ومن المعروف ان المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو الذي تولى رئاسة اللجان التي اعدت مشروعات هذه القوانين.

وقد تأثر القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 الى حد كبير بالقانون المدني المصري فقد ورد في الاسباب الموجبة (وقد اخذت الاحكام الواردة في هذا المشروع من المشروع المصري(قبل نفاذه) وهو في جملته صفوة مختارة من القواعد التي استقرت في ارقى التقنينات الغربية،ومن القوانين العراقية الحالية، وفي طليعتها مجلة الاحكام العدلية وقانون الاراضي ومن الشريعة الاسلامية،والكثرة الغالبة في هذه الاحكام قد خرجت على الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة،ولم يأل المشرع جهدا في التنسيق بين الاحكام التي استقاها من مصدريه الاساسيين،الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية،فاندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها..)

وتاثير القانون المدني المصري لم يقتصر على القوانين المدنية في سوريا وليبيا والعراق،بل ان هذا التاثير يبدو جليا في العديد من القوانين المدنية العربية،ولو بدرجات متفاوتة.

(1) انظر الدكتور شوقي بناس، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني، شعار دون اثر قانوني ، الالتزامات انموذجا، مجلة حوليات جامعة الجزائر (١) ،الجزء الثاني، العدد(٣١) ،ص ٣٢٨ . ٣٢٩.

.....

ثانيا . استنادا الى حكم المادة الثانية من الدستور المصري وافق مجلس الشعب المصري بجلسته المنعقدة في (17/ديسمبر عام 1978) على تشكيل لجنة خاصة لدراسة اقتراحات تطبيق الشريعة الاسلامية ،وضمن اللجنة اساتذة الشريعة الاسلامية والقانون ورجال القضاء والعدل،ثم شكلت سبع لجان فرعية هي،لجان التقاضي والقوانين الاجتماعية والمعاملات المالية والاقتصادية وقانون المعاملات المدنية والعقوبات والتجارة والتجارة البحرية،وبالنسبة للجنة المعاملات المدنية فقد انتهت من اعداد مشروع قانون المعاملات المدنية (القانون المدني)وذلك بعد الاستعانة باكثر من(سبعين عضوا من اساتذة الشريعة الاسلامية والقانون والقضاة)واصبح المشروع جاهزا للتشريع منذ عام 1982.

ثالثا . اتبعت لجنة اعداد مشروع قانون المعاملات المدنية خطة عمل على النحو الاتي:

1 . تستقى احكام المشروع من مبادئ الشريعة الاسلامية ،كما وردت في الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه،مع مراعاة التنسيق بين هذه الاحكام،حفاظا على وحدة التقنين وتجانس احكامه، وانسجام بعضها مع البعض الآخر.

2 . يتحاشى النص على اي حكم يتضمنه القانون الوضعي، ويكون مخالفا لحكم قطعي من احكام الشريعة الاسلامية.

3 . يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما اصابه من تقدم، وذلك في ضوء تطور المجتمع الاسلامي وتقدم الفكر الانساني.

4 . يستفاد من التقنينات التي وضعت في البلاد العربية والإسلامية واخذت من الشريعة الاسلامية.

5 . يستفاد من الجهود الفقهية التي بذلت في اعداد مشروعات لتقنينات اعدت في ضوء احكام الشريعة الاسلامية،وتتمثل هذه الجهود في مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان لمحمد قدري باشا،والقانون المدني العراقي الصادر عام 1951 والقانون المدني الاردني الصادر عام 1976 والقانون المدني الكويتي عام 1980 ومشروعات تقنين الشريعة الاسلامية واعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت اعمالها ما يقرب من خمس سنوات من عام 1962 الى عام 1966.

رابعا . هيكل مشروع قانون المعاملات المدنية:

.....

1 . باب تمهيدي . احكام عامة . وضم اربعة فصول . عن القانون وتطبيقه واستعمال الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق والاشخاص (الشخص الطبيعي والشخص المعنوي) وتقسيم الاشياء والاموال.

2 . القسم الاول /الالتزامات او الحقوق الشخصية/الكتاب الاول الالتزامات بوجه عام /الباب الاول /مصادر الالتزام ،الباب الثاني آثار الالتزام ، الباب الثالث الاوصاف المعدلة لآثار الالتزام ،الباب الرابع انتقال الالتزام ،الباب الخامس انقضاء الالتزام .

3 . الكتاب الثاني /العقود المسماة:

الباب الاول/العقود التي ترد على الملكية(البيع. بعض انواع البيوع (بيع السلم/ بيع الوفاء/ بيع الحقوق المتنازع فيها ، بيع التركة ، البيع في مرض الموت، بيع النائب لنفسه) المقايضة، الهبة،الشركة/بعض انواع الشركة(شركة المضاربة/شركة الاعمال /شركة الوجوه)القرض، الصلح.

الباب الثاني /العقود التي ترد على المنفعة(الايجار/بعض انواع الايجار(ايجار الاراضي الزراعية/المزارعة/ايجار الوقف) العارية)

الباب الثالث / العقود التي ترد على العمل(المقاولة.العمل.الوكالة،الوديعة. الحراسة)

الباب الرابع . عقود الغرر . (المقامرة والرهان . المرتب مدى الحياة. التأمين.)

الباب الخامس . الكفالة.

القسم الثاني . الحقوق العينية

الكتاب الثالث . الحقوق العينية الاصلية

الكتاب الرابع . الحقوق العينية التبعية(التأمينات العينية)

.....

خامسا . الاحكام الجديدة في مشروع قانون المعاملات المدنية:

1 . تضمن الباب التمهيدي ثلاثة مبادئ عامة مهمة وهي:

أ. ان القاضي ياخذ في تفسيره للنصوص التشريعية بطرق الدلالة الشرعية، ويستلهم هذ التفسير مقاصد الشريعة الاسلامية، واذا لم يجد نصا او عرفا،حكم بمقتضى مبادئ هذه الشريعة(م1)

ب . ان احكام الشريعة الاسلامية القطعية تعتبرمن النظام العام،ومن ثم يقع باطلا كل نص او اتفاق يخالف هذه الاحكام(م 3)

ت . ان استعمال الحق يكون غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد اليه الشارع، وقد خص المشروع بالذكر ضوابط معينة في ضوء هذا المبدأ العام استقاها جميعها من الفقه الاسلامي(37)

2 . حرم المشروع الربا فقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضي فوائد ،مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود، او التاخير في الوفاء به(م 1/235) واجاز للدائن ان يطالب بالتعويض عند التأخر عن الوفاء(م 236)وقضى ببطلان كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترض الى المقرض(م 537)ونظم المشروع شركة المضاربة كبديل شرعي للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع(م 512 وما بعدها)واغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم،نظرا الى ان اهم تطبيق له في الحياة العملية هو القرض بفائدة، ورفع من جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد.

3 . سد المشروع الطريق امام الغرر في مظانه المختلفة،على نسق ما يراه الفقه الاسلامي، وعلى خلاف ما يقضي به القانون المدني المصري النافذ،وذلك على النحو الآتي:

أ. اوجب ان يعين محل الالتزام تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة(م 1/119)

ب . ابطل البيع اذا كان احتماليا جزافا،فاذا ورد البيع على شئ مستقبل وجب ان يعين هذا الشئ تعيينا نافيا للجهالة والغرر،فتذكر اوصافه الاساسية ومقداره، ولايدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع(م 383)

ت . قضى بان يترك تقدير الثمن لاجنبي عن عقد البيع،فلا ينعقد الا اذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير(م 387)

ث . اغفل تنظيم بيع الحقوق المتنازع فيها واسترداد هذه الحقوق(م 469 و470 من القانون المصري النافذ) نظرا لما تنطوي عليه الصفقة من غرر جسيم.

.....

ج . اوجب في بيع التركة ان تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر، بحيث يتضمن هذا التعيين بيانا وافيا لما فيها من عقارات ومنقولات، وما لها من حقوق وما عليها من ديون(م 445)

ح . قضى المشروع بأنه اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه،فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التي يحددها العقد(م 470)

4 . راعى المشروع ما هو من مقتضى العقد،فلم يجز الاتفاق على ما يخالفه لما يراه الفقه الاسلامي،فلم يجز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ولا الاتفاق على اعفائه من المسؤولية المترتبة على عدم التنفيذ التعاقدي(م 229) ولم يجز للمتعاقدين ان يتفقا في عقد البيع على زيادة ضمان الاستحقاق او انقاصه او اسقاطه،وحتى لو علم المشتري بسبب الاستحقاق(م 413)وكذلك لم يجز للمتعاقدين في عقد الايجار ان يتفقا على زيادة ضمان التعرض او انقاصه او اسقاطه، وحتى لو علم المستأجر بسبب التعرض؛ فان هذا لايمنع من وجوب الضمان على المؤجر(م 571)وهذه الا حكام جميعها تخالف ما هو مقرر في القانون المدني المصري النافذ.

5 . استمد المشروع من الفقه الاسلامي نظام العقد الموقوف بدلا من نظام العقد القابل للإبطال ، الذي يأخذ به القانون المدني المصري النافذ،وذلك نظرا الى أن النظام الاول يفضل النظام الاخير من الناحية الفنية،قضى المشروع بأن يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من ناقص الاهلية في ماله، وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر،او اذا شاب الارادة فيه غلط او تدليس او اكراه او استغلال، او اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه،او اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك(م 127) وبناء على ذلك اخذ المشروع بهذه الفكرة في بيع ملك الغير(م 439)وشراء النائب لنفسه ما نيط به بيعه، وشراء السماسرة والخبراء الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها(م 443) وهبة ملك الغير(م 463) وايجار ملك الغير(م 552) والايجار الصادر من له حق الانتفاع بالنسبة الى ما بقي من مدته بعد انقضاء هذا الحق(م 551).

6 . استمد المشروع من الفقه الاسلامي مبدأ عدم سماع الدعوى بدلا من مبدأ سقوط الحق الشخصي بالتقادم الذي يأخذ به القانون المدني المصري النافذ، وبناء على ذلك قضى بالا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي،فيما عدا الحالات التي وردت فيها احكام خاصة،وفيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في الفرع الخاص بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن.

---

7 . استحدث المشروع موضوعات استمدها من الفقه الاسلامي ،من ذلك انواع خاصة من البيوع، وهي بيع السلم والبيع بطريق المرابحة او التولية او الاشراك او الوضعية، وهي البيوع التي يقال لها في الفقه الاسلامي ،بيوع الامانة، ومن ذلك أنواع خاصة من الشركات،وهي شركة المضاربة التي تعتبر البديل الشرعي للقرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع الى مال لاقامة مشروعه وشركة الاعمال وشركة الوجوه اللتان تستجيبان لواقع عملي في المجتمع.

8 . اتخذ المشروع من الفقه الاسلامي قواعد عديدة في التفسير(م 136 . 143).

9 . اخذ المشروع برأي الفقه الاسلامي فيما يتعلق بسقوط الايجاب بموت الموجب او بفقد اهليته،مخالفا بذلك ما تنص عليه المادة(92)من القانون المدني المصري النافذ،حيث قضى المشروع بان يسقط التعبير عن الارادة ،اذا كان من صدر منه او من وجه اليه هذا التعبير قد مات او فقد اهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول(م 77).

10 . اضاف المشروع احكاما تكفل حماية اكبر للطرف الضعيف في العقد،من ذلك انه فيما يتعلق بالاستغلال عالج القصور الموجود في النص النافذ، وذلك باستكمال حالات الضعف التي يمكن ان تستغل في المتعاقد المغبون(م 116) من ذلك انه في العقود التي ينفرد احد المتعاقدين بوضع شروطها، او يكون ابرامها بالتوقيع على نماذج جاهزة، نص على احكام تكفل حماية المتعاقد الذي لم يشترك في وضع تلك الشروط، او يكون تعاقده بالتوقيع على هذه النماذج(م 152 . 153).

11 .رفع المشروع العديد من الواجبات الخلقية الدينية الى مستوى الواجبات القانونية،وذلك حرصا على التضييق من مسافة الخلاف بين القانون والاخلاق، ومن الامثلة على ذلك ما يأتي:

أ. في المسؤولية التقصيرية،قضى المشروع بان تعتبر الفعل ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس او العرض او المال، اذا كان في مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر(م 171).

ب . في الالتزام الطبيعي ،قضى المشروع بانه اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه،فلا يجوز له ان يسترد ما اداه(م 213) ؛فإنه يشترط لصحة هذا الوفاء ما يتطلبه القانون المدني المصري النافذ من ان يكون المدين قد قصد ان يوفي التزاما طبيعيا يعلم ان لاجبر عليه في تنفيذه.

.....

ت . في عدم سماع الدعوى،قضى المشروع بانه اذا اقر المدين بالحق امام القضاء اخذ باقراره(م 378)

ث .في الايجار قضى المشروع بانه اذا كانت نفقات تجديد العين او ترميمها او اصلاح ما فيها من عيب،باهظة لاتتناسب مع الاجرة،يعفى المؤجر من التنفيذ العيني،ويكون للمستأجر اما طلب الفسخ او انقاص الاجرة(م 560 وم 561 وم 562).

12 . اخذ المشروع فيما يتعلق بانتقال الحق بموجب العقد بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي، وهو ان الملك ينتقل بالعقد،فهذا ادق من الناحية الفنية، ويختلف عن التصويرالذي يقول به فقه القانون الوضعي، وهو الفقه اللاتيني الذي يرى ان العقد ينشئ التزاما بنقل الملك، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد انشائه،فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لابحكم العقد، وقد راعى المشروع التصوير الذي اخذ به في النصوص المتصلة بهذا التصوير سواء في النظرية العامة(م 218 وم 219 وم220)،او في تعريفه للعقود التي ترد على الملكية(انظر مثلا م 382 وم 455 وم 459 534).

13 . اضاف المشروع احكاما لسد النقص في كثير من احكام القانون المدني المصري النافذ ومن امثلة ذلك ما يأتي:

أ. ماتقدم ذكره عن استكمال حالات الضعف التي يمكن ان تستغل في المتعاقد المغبون(م 116).

ب . تعميم مبدأ المسؤولية الناشئة عن الاشياء بحيث تشمل المسؤولية عن فعل الحيوان، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء ايا كان سبب الضرر انهداما او غيره، وكذلك المسؤولية عن سائر الاشياء سواء اكانت آلآت ميكانيكية ام اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ام غير ذلك،توحيدا للحكم في جميع هذه الحالات(م 180 وم 181).

ت . استكمال حكم البيع في مرض الموت بالنسبة الى الدائنين اذا باع المريض بثمن يقل عن قيمة المبيع، وكانت تركته مستغرقة بالدين(م449).

ث . اضافة احكام في الهبة تتعلق بالاعذار المقبولة للرجوع فيها(م 471) وقتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق(م 473)وموانع الرجوع في الهبة(474).

ج . النص على اجراءات النشر الواجب استيفاؤها للاحتجاج بشخصية الشركة على الغير(م 478 ت 479) وهي الاجراءات التي اغفلها القانون المدني المصري النافذ.

ح . النص على حكم الايجار المؤبد،او ما في حكم العقد المؤبد(م 557) وقد خلا القانون النافذ من النص.

خ . النص على شرط الخفاء الواجب توافره في العيب الذي يشوب العين المؤجرة (م 573)وقد خلال القانون النافذ منه.

14 . استعان المشروع بالمعايير التي اعتمدها الفقه الاسلامي في عدد من الموضوعات،ومن ذلك معيار فوات الوصف المرغوب فيها فيما يتعلق بالغلط الجوهري،وهو ما يتفق مع النظرية الحديثة في الغلط(م 106)من المشروع ومذكرتها الايضاحية) ومن ذلك معيار كون المكره(بكسر الراء) قادرا على ايقاع ما يهدد به فيما يتعلق بالاكراه، والمعيار المادي الذي اعتبره المشروع مستمدا من تصور المكره(بفتح الراء)قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما هدد به(م 113)من المشروع ومذكرتها الايضاحية.

15 . حرص المشروع في كثير من الموضوعات على ذكر الاصل الشرعي الذي يتفرع عنه الحكم:

أ. من ذلك ما جاء في المادة(م36)من المشروع،وهي السابقة للنص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق،حيث تقول:الجواز الشرعي ينافي الضمان،فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

ب . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(173) المتعلقة بحالة الدفاع الشرعي، وهي تقول:الضرورات تبيح المحظورات ،ولكنها تقدر بقدرها.

ت . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(174) المتعلقة بحالة الضرورة،وهي تقول:يختار اهون الشرين،فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما،ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف، ولكن الاضطرار لايبطل حق الغير ابطالا كليا.

ج . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(175)المتعلقة بالفعل الضار الذي يقع من شخص تنفيذا لامر صادر اليه من رئيسه إذ تقول:يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الآمر،تنفيذا لأمر صادر اليه من رئيسه،ما لم يكن مجبرا او فاقد الاهلية او يجهل لاسباب معقولة عدم مشروعية الفعل).

.....

ح . وما جاء في صدر المادة(378) المتعلقة باقرار المدين بالحق بعد انقضاء المدة المقررة لسماع الدعوى حيث تقول(لاينقضي الحق بمرور الزمن).

خ . وما جاء في صدر المادة(383) المتعلقة بتعيين المبيع اذا كان شيئا مستقبلا،حيث تقول: لايصح ان يكون البيع احتماليا جزافا.

16 . ميز المشروع بين محل العقد(م 118) ومحل الالتزام(م 120 وم 121 وم 122)فلكل منهما أحكام تختلف عن احكام الآخر، كذلك ميز المشروع بين سبب العقد(م 124) وسبب الالتزام(م 125) فلكل منهما احكام تختلف عن احكام الآخر.

17 . راعى المشروع في تعريفه للعقود ابراز محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد،وذلك على خلاف ما فعله القانون المدني المصري النافذ الذي يذكر محل العقد على انه التزام يقع على عاتق المتعاقد انظر مثلا(م 382/البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شئ او حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي) وم/ 455/المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ،على سبيل التبادل،ملكية ليس من النقود) وم/ 1/459. الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شئ او حق مالي آخر دون عوض).وم/ 477/الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان او اكثر في مشروع مالي،بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح او من خسارة) وم/ 543/القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود،او اي شئ مثلي آخر،على ان يرد المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته) وم 541/الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعا قائما،او يتوقيان نزاعا محتملا، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه).

18 . نظم المشروع عقد التامين،بوصفه عقد تعاون،يقدم المؤمن له بمقتضاه اقساطا او اية دفعة مالية اخرى لمواجهة حادث او خطر ينزل باي من المؤمن لهم،ويمثل تعاونا بين المؤمن لهم جميعا يقدم كل منهم اداء ماليا معينا، ومن مجموع ما يقدم من هؤلاء جميعا يعوض العدد القليل الذي يقع له الحادث او ينزل به الخطر المؤمن منه،فالمؤمن لهم يتعاونون جميعا في تعويض هذا العدد القليل وبذلك توزع الخسارة على الجميع،فالتأمين تعاون محدود،يبر به المتعاونون بعضهم بعضا، وبذلك يخرج التأمين من منطقة الغرر المحرم الى منطقة التعاون المندوب اليه شرعا،ويترتب على عقد التأمين ان تقوم شركة مضاربة بين جماعة المؤمن لهم

والمؤمن(الشركة)الذي يتولى ادارة واستثمار اموال التأمين،وهذه الاموال تكون امانة في يد المؤمن،ويضاف اليها نصيب المؤمن لهم في الربح، وتؤخذ منها ما يجب على المؤمن ان يؤديه الى المؤمن له، او الى المستفيد في حالة وقوع الحادث، او تحقق الخطر المؤمن منه.

وعلى هذا النحو ابرز المشروع جانب التعاون في عقد التامين وهو الجانب الذي يجب ان يكون له الاعتبار الاول في الحكم على هذا العقد،ولم يكن تحريم عقد التامين في نظر فريق من الفقهاء الا بسبب اغفالهم لهذا الجانب الاساسي،كما كفل المشروع للمؤمن لهم الحصول على نصيب من ارباح اموالهم بعد اداء ما يستحق للمؤمن له او المستفيد في حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر.

19 . ان كل ما جاء في نصوص المشروع متعلقا بالجواز الشرعي،انما يراد به ما هو جائز في الشرع الاسلامي ،وان كل ما جاء في هذه النصوص متعلقا بقصد الشارع،انما يراد ما قصد اليه الشارع الاسلامي:

أ. الحالة الاولى: ما جاء في المادة(36) من ان(الجواز الشرعي ينافي الضمان) وما جاء في المادة(124) المتعلقة بسبب العقد من انه يجب(ان يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا،والا كان العقد باطلا) فالمقصود في هذين المثلين ما هو جائز في الشرع الاسلامي.

ب . الحالة الثانية : ما جاء في المادة(37) من انه(يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد اليه الشارع الاسلامي.

20 . ابقى المشروع على نصوص القانون المدني المصري النافذ التي تستند الى اصول شرعية،مع ردها الى هذه الاصول،كذلك ابقى المشروع على نصوص هذا القانون التي تتناول صورا من التعامل لم يعرض لها الفقه الاسلامي،ما دامت لاتتعارض مع احكام الفقه الاسلامي مع ذكر السند الشرعي لها.

21. تحاشى المشروع بكل دقة ان يرد فيه أي نص يراه متعارضا مع احكام قطعية في الشريعة الاسلامية.

22 . احتفظ المشروع بالمصطلحات التي استمر عليها العرف القانوني،فلم يأخذ من مصطلحات الفقه الاسلامي الا بالقدر الذي دعت اليه الضرورة.

23 . اخذ المشروع في الاعتبار عند وضع نصوصه كل ما ابداه الفقه من ملاحظات على النصوص الحالية ،وكل ما كشف عنه التطبيق العملي من نقص او قصور في هذه النصوص ، بحيث يعتبر هذا العمل في حد ذاته تنقيحا للقانون المدني المصري النافذ.

.....

24 . ياتي المشروع في صورة تقنين يأخذ باحكام الشريعة الاسلامية،فيستلهم مقاصد الشريعة،ويأبى من التعسف والربا والغرر والاستغلال ويقف عند ما يقتضيه الوفاء بالعقد،ويرقى بالشخص في تعامله الى مستوى خلقي رفيع.

سادسا . المذكرات الايضاحية لمشروع القانون:

بذلت جهود مكثفة لتأصيل كل مادة من مواد المشروع و دونت مذكرة ايضاحية وافية لكل نص من نصوص المشروع، بهدف بيان وايضاح الفروق بين النص النافذ والنص الوارد في المشروع،واقرب النصوص القريبة الواردة في القوانين المدنية العربية وخاصة القوانين المدنية في العراق والاردن والكويت،والتي استقيت من الفقه الاسلامي الى حد كبير ،والاشارة الى موقف الفقه الاسلامي من المادة الواردة في المشروع، لبيان السند الشرعي لكل مادة مع ذكر النصوص الواردة في مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران لمحمد قدري باشا، ومشروعات تقنين الشريعة الاسلامية المعدة في مصر،علما بان عدد مواد المشروع قد بلغ(1136)مادة.وان نصوص المشروع مع المذكرات الايضاحية وقعت في (1168) صفحة من القطع الكبير.

البند الرابع

مشروع القانون المدني العربي الموحد

اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار المرقم(228 . د 12) في 1996/11/19 وتكليف رئيس المكتب التنفيذي لاختيار الخبراء لإعداد المذكرة الايضاحية للقانون،وقد مر هذا القانون بمراحل عديدة وساهم في إعداده نخبة من الخبراء من مختلف الدول العربية،ونلقي في هذا المقال نظرة على مراحل اعداد القانون ومحتوياته والمذكرت التاصيلية التي قدمت اثناء الاعداد والمذكرة الايضاحية للقانون بعد اعداده.

اولا . مراحل اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد:

1 . كتب استاذنا المرحوم(القاضي محمد شفيق العاني/ رئيس محكمة التمييز سابقا) في مؤلفه المعنون ب(الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية) الصادر في القاهرة عام 1965 وهو في الاصل مجموع محاضراته التي القاها على طلبة معهد الدراسات العربية العالية(معهد البحوث والدراسات العربية/قسم الدراسات القانونية) التابع للجامعة العربية،كيف نخطط للقانون المدني الموحد،لقد ذكرنا اجمالا في دراستنا المتقدمة بعض المبادئ الاساسية المهمة، التي انتظمها الفقه الإسلامي، والتي تصلح لأن تكون ينابيع ثروة لتشريع التفريعات الجزئية التي تحتويها عادة القوانين المدنية ولم نجنح الى الفقه المقارن ، اي المقايسة بين الاحكام الفقهية الاسلامية تفصيلا ومقارنتها مع الفقه الغربي الذي درج عليه التقنين المدني الغربي ؛لأن ذلك يقتضي اطالة الدراسة والبحث والمقارنة في كل فصل وكل باب تضمه القوانين المدنية مع نظائره في الفقه الاسلامي .واقتصرنا فيما كتبناه من بحوث على بيان امكانية وصلاح الفقه الاسلامي ليكون مصدرا اساسيا للتقنين المدني للمجتمع العربي وواقع العالم العربي في عصره الحاضر.... وبعد فإني اعتقد بامكانية الجامعة العربية ان تدعو الى هذا التوحيد بالطلب الى دول الجامعة بانتخاب كل دولة خبيرين او ثلاثة من الفقهاء والقانونيين وهؤلاء بدورهم ينتخبون اللجان الفرعية لصياغة هيكل القانون المدني،واعتقد ان اتخاذ القانون المدني العراقي اساسا للتشريع الجديد قد يسهل على اللجنة العامة مهمتها نظرا لأن هذا القانون قد اعتمد على الفقه الاسلامي في مصدر كثير من احكامه فتجري هذه اللجنة ما تراه من تحوير او تغيير او اضافة عليه مستهدية بالفقه الاسلامي كوحدة عامة على اختلاف المذاهب ، آخذة بالرأي الذي تجنح اليه حسبما تقتضيه المصالح المرسلة .. ولايفوتني في هذه المناسبة ان اؤكد على ضرورة دراسة الفقه الاسلامي دراسة عميقة والعمل على هذا من الدول العربية ، وذلك بإدخال هذه المادة في الكليات الخاصة التي تعني بالفقه والقانون بما في ذلك الفقه المقارن العام،فدراسة ذلك يهيئ من الاجيال الصاعدة من يعمل لاحياء ثروة فقهية ضخمة بذل فيها اولو الرأي من فقهاءالمسلمين جهودا كبيرة لقرون طويلة حتى وصلت الى ما هي عليه وعزيز على الحق والعلم ان تتبدد هذه المعرفة العميقة وان يهملها بنوها غير واعين لما احتوته ولامنتفعين بما اكتنزته)[1].

2 . بتاريخ 4/13/ 1974 قرر مجلس جامعة الدول العربية تشكيل لجنة خبراء يتولون اعداد قانون مدني عربي،بمعدل خبير واحد من كل دولة،وعقدت اللجنة العامة لخبراء توحيد التشريعات العربية اجتماعها الاول

(1) . انظر الاستاذ محمد شفيق العاني ،الفقهى الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، القاهرة، 1965.

.....

في القاهرة خلال الفترة(14 . 21) كانون الاول من عام 1974 وتداولت اللجنة في اعداد خطة العمل وانتهت الى اعتماد القوانين العربية القائمة كأساس للبحث تختار منها ما هو صالح وغير مخالف للكتاب والسنة،مع تشكيل لجنة فرعية من عدد من اعضائها لوضع مواد المشروع وتعرضها بعد ذلك على اللجنة العامة،وتوالت اجتماعات لجنة الخبراء حتى 3/28/ 1977 التي بلغت سبعة اجتماعات وناقشت الفهرس العام لمشروع وعددا من القواعد الفقهية الكلية مع مناقشة احكام الفصلين الاول والثاني من الباب الثاني من المشروع،وانتهت الى صياغتها،وفي 11/22/ 1975 عقدت اللجنة العامة اجتماعا ناقشت فيه واعتمدت ما انجزته اللجنة الفرعية(لجنة الخبراء)وهو الفهرس العام للمشروع والباب الاول من (القواعد الفقهية الاصولية)والفصلين الاول والثاني من الباب الثاني (في الاحكام العامة)وفي 1978/5/6 اجتمعت اللجنة وناقشت بقية المواد التي انجزتها اللجنة الفرعية،ثم عقدت آخر اجتماع في 1978/12/21 واقرت ما انجزته اللجنة الفرعية وكان مجموع المواد التي انجزتها اللجنة الفرعية واقرتها اللجنة العامة مائتين وسبعين مادة،وفي هذا الاجتماع قررت اللجنة اتخاذ منهج جديد يختلف عن المنهج الذي اقرته في اول اجتماع لها،ويقضي المنهج الجديد بان تكون مواد المشروع ما سبق ان اعد او ما سيعد مأخوذا من الشريعة الاسلامية نصا وروحا وبان كل مادة تجد لجنة الخبراء اصح منها لها ان تستبعدها على ان تبين سبب الاستبعاد،وتطبيقا للمنهج الجديد كان لزاما اعادة النظر في المواد التي سبق ان اقرت من المشروع،ودامت اجتماعات اللجنة العامة واللجنة الفرعية في القاهرة خمس سنوات من 1974 الى 1978،لم تنجز الا القليل وكان السبب هو تردد اللجنة العامة في الاستقرار على الخطة المثلى للعمل ،وبعد انتقال مقر الجامعة العربية من القاهرة الى تونس،قامت الادارة العامة للشؤون القانونية في الجامعة باتخاذ الاجراءات التي تمكن(اللجنة العامة)و(لجنة الخبراء)من مواصلةالعمل مع اضافة عضوين الى لجنة الخبراء،وفي 1980/7/7 عقدت لجنة الخبراء اجتماعها الاول في تونس،وتم الاتفاق على ان كل مشروع يقدم من احد الخبراء يرفقه بمذكرة توضيحية،تتضمن بيان الاسس التي اعتمدها مع الاشارة الى المصادر والمراجع القانونية والفقهية،وقررت اللجنة العامة بان يكون(القانون المدني الاردني)منطلقا للجنة الخبراء مع اعطائها الحق في تعديل ما تراه من احكام غير متفقة مع احكام الفقه الاسلامي،او ما تراه ضروريا لتعديل صياغته،مع تخويل اللجنة الاجتهاد في وضع الحكم المناسب بمراعاة قواعد العدل والانصاف على ان تذيل اللجنة المواد التي تنجزها بشرح حكمها ومصدرها من الفقه الاسلامي، واتفاقها او اختلافها مع القانون المدني الاردني او غيره من القوانين المدنية المعمول بها في الاقطار العربية،وخلال السنوات 1980 .1984 عقدت لجنة الخبراء تسعة اجتماعات،وعقدت اللجنة العامة خلال الفترة(1981/12/7 . 12/18/ 1981) اجتماعا اقرت فيه التبويب

الذي وضعته لجنة الخبراء تحت عنوان(باب تمهيدي)كما اقرت تسمية المشروع(قانون المعاملات المالية العربي الموحد) وهي تسمية اقترحتها لجنة الخبراء،واقرت اللجنة الفصل الاول من (الباب التمهيدي)تحت عنوان(قواعد كلية فقهية) كما اقرت بعض المواد المتعلقة باوصاف الالتزام بعد الاطلاع على المذكرة التاصيلية،وواصلت اللجنة اجتماعاتها، لمناقشة مشروعات المواد والمذكرات التاصلية المقدمة من الاعضاء،وكان آخر اجتماع للجنة بتاريخ 1988/12/27.

و اشترك في اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد(لم نعثر على سبب العدول عن التسمية الاولى للمشروع)حوالي عشرين شخصية من كبار رجال القانون في البلاد العربية،ستة منهم رؤساء المحاكم العليا في دولهم وثلاثة من اساتذة كليات الحقوق وثمانية من كبار القضاة وثلاثة فقهاء في الشريعة الاسلامية ،ويلاحظ ان الخبراء الذين اختارتهم الامانة العامة لجامعة الدول العربية قاموا بتاصيل مواد المشروع من الفقه الاسلامي مع المقارنة بين احكام الفقه الاسلامي والقوانين الغربية والقوانين المدنية النافذة في البلاد العربية،مع الحرص على استعمال المصطلحات التي وضعها فقهاء الشريعة واهملوا المصطلحات الواردة من المصادر الاجنبية،وان المشروع وان كان قد اعتمد ، بالدرجة الاولى على القانون المدني الاردني، الا انه اختلف معه في العديد من المواد[1].

3 . في المؤتمر الاول لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط(المغرب) للفترة(14 . 16 كانون الاول عام 1977) صدر اعلان سمي ب(اعلان الرباط)تضمن عزمهم على مواصلة وتنسيق الجهود المبذولة على المستوى العربي بهدف تحقيق وحدة تشريعية عربية تتخذ من الشريعة الاسلامية مرجعا اصيلا ، معللين ذلك بأن اتباع احكام الشريعة الإسلامية هو أسلم الطرق واجداها للوصول الى هذه الغاية لما احتوت عليه من مبادئ واحكام واجتهادات تعتبر مرجعا وعلامة مضيئة في تاريخ الفكر الاسلامي والانساني.

4.أثناء انعقاد المؤتمر الثاني لمجلس وزراء العدل العرب في اليمن(صنعاء) للفترة 23 . 25 شباط عام 1981 تم اعتماد خطة صنعاء لتوحيد التشريعات العربية ،بهدف توفير القاعدة المتينة والثابتة لاقامة التشريع

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب ، رئيس محكمة التمييز العراقية(سابقا) ، مشروع القانون المدني العربي الموحد، مجلة دراسات قانونية بغداد ، بيت الحكمة ، العدد الاول ، 2002، ص 120 وما بعدها.

.....

العربي الموحد وفق احكام الشريعة الاسلامية مع الاخذ بالاعتبار ظروف المجتمع في كل بلد،وتستوجب عملية توحيد التشريعات اخذ الامور التالية بعين الاعتبار:

أ.الصعوبات الموضوعية المنهجية المتعلّقة بعملية التوحيد وما تستوجبه من التماثل بالظروف والبواعث والإحتياجات والتطلّعات أولاً، والمرتبطة بعملية تقنين الشريعة الإسلامية وما تتطلّبه من غزارة المعرفة الفقهية والقانونية والأخذ بالمنهجية العلمية ثانياً.

ب . ربط التصوّر الفكري لعملية التوحيد بتخطيط منهجي مدروس، وتحديد أولويات الأهداف التشريعية بالإستناد إلى الإمكانيات المرحلية.

ت ..الإستفادة من المساعي التي باشرتها بعض الدول العربية وتتبع المراحل التي قطعتها على طريقة تطبيق الشريعة الإسلامية وتحليل نتائجها وإجراء دراسة مقارنة لما يمكن أن يكون قد جرى الأخذ به في أكثر من بلد واحد.

ث .وضع القواعد المبدئية التي يتمّ بها تنهيج التشريع وتوحيده، بما يحقّق مراعاة الأسس التالية:

أ.اعتماد القرآن الكريم والسُّنّة النبوية وما يؤول إليهما من إجماع أو قياس أو مصالح مرسلة دون التقيّد بمذهب معيّن من مذاهب الفقه، وكذا مبادئ العدالة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مصادر للتقنين الموحدة.

ب.اتباع قاعدة التدرّج في عملية التوحيد، وفيما يتعلق بتوحيد التشريعات المدنية،تستمر الامانة العامة لجامعة الدول العربية ما بدأته من عمل في مجال اعداد قانون مدني عربي موحد.

5 . ويذكر الاستاذ الشيخ مصطفى احمد الزرقا(عضو لجنة الخبراء)ان العمل بدأ على اساس تجميع مواد منتقاة من القوانين الحديثة القائمة في بعض البلاد العربية اليوم،ومعظمها في المشرق العربي مستمدا حرفيا او اغلبيا من القانون المدني المصري الجديد الاجنبي الاصول ،ولم يكن للجنة توحيد التشريعات العربية في الدائرة القانونية بجامعة الدول العربية،اذ ذاك فكرة من قريب او بعيد في اقامة المشروع على اساس التراث،وان تقام الحاجات الجديدة فيه على قواعد واصول الفقه الاسلامي،فهذه الفكرة كانت بعيدة كل البعد عن الاذهان،واستمر عمل لجنة الخبراء بضع سنوات لم تنتج خلالها من المشروع سوى جانب يسير ،وفي اواخر السبعينات نبهت اللجنة فانتهبت الى ان عملها كله سيذهب سدى ان لم تُقم المشروع على اساس التراث من الشريعة وفقهها،اذ

.....

لايمكن ان يؤمل ، لاي تقنين مدني،ان تتفق البلاد العربية على تبنيه وتطبيقه ان لم يكن مستمدا من التراث الفقهي،فهذا الاستمداد هو الطريق الوحيد لان يكون للقانون تقديره واحترامه المنشود في نفوس المسلمين،وهو في الوقت نفسه ميراث حضاري عربي اصيل يعتز به غير المسلمين من المواطنين العرب،اذ ليس لدى احد من هؤلاء المواطنين ما يخالفه،فهو اولى بهم من المصادر الاجنبية الغربية عن العربية والتي تفرض علينا التبعية،وعندئذ حولت اللجنة الشراع الى هذا الاتجاه في الاستمداد... وتم اعتماد القانون المدني الاردني منطلقا للمشروع الموحد خطوة حكيمة لانها سهلت المهمة التاصيلية ؛ لأن نصوصه،وان كانت مقتبسة كثيرا من القوانين الوضعية مضمونا وصياغة قد بذلت فيها جهود كبيرة في تنزيل احكامهاعلى منازل موجودة او مقبولة في مذاهب الفقه الاسلامي او في بعضها او في اصولها عل الاقل[1].

6 . قرر مجلس جامعة الدول العربية بالقرار المرقم(ق 4794 دع 89 ج2 في 2/4/ 1988) التأكيد على قراره المرقم 4568 في 1986/3/27 والمتضمن عمل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية والامانة العامة العامة،ودعوتهما لمواصلة جهودهما للانتهاء من اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد(قانون المعاملات المالية)وعرضه على مجلس الجامعة في صيغته النهائية في الدورة العادية الحادية والتسعين لاستصدار قرار باحالته الى مجلس وزراء العدل العرب.

7 . اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار رقم(228 د 12) في 1996/11/19م المتضمن اعتماد القانون وتعميمه على الدول الاعضاء وتكليف رئيس المكتب التنفيذي لاختيار الخبراء لاعداد المذكرة الايضاحية للقانون .

ومما يلاحظ ان المشروع في بدايته كان يستخدم تعبير(مشروع قانون المعاملات المدنية العربي الموحد) وهذا ماكانت عليه المذكرات التاصيلية للمشروع وكذلك مطبوعات جامعة الدول العربية الادارة العامة للشؤون القانونية /ادارة التشريع والبحوث تستخدم هذا التعبير ،وذلك باعتبار ان هذه التسمية ،افضل،ما دام الفقه الاسلامي هو اساس المشروع ومرجعه العام،فتعبير القانون المدني ، علاوة على ان دلالته على موضوع احكامه هي دلالة عرفية اكتسبها بالاستعمال والشيوع وليست دلالة لغوية في اصل اللغة الفرنسية نفسها،هو تعبير غريب

(1) انظر مؤلفه الفعل الضار والضمان فيه دمشق ،دار القلم، 1409 للهجرة 1988م ، ص 6-9.

.....

عن الفقه الاسلامي واصطلاحاته الدقيقة الدلالة،فموضوع القانون المدني كله هو قسم المعاملات من اقسام الفقه الاسلامي فيكون هذا الاسم هم المفضل في مثل هذا المشروع[1].

ثانيا . المذكرات التاصيلية للقانون المدني العربي الموحد:

كلف اعضاء لجنة الخبراء بتقديم مذكرات تاصيلية لمواد مشروع القانون،وقدمت المذكرات من الخبراء وهم لشيخ مصطفى احمد الزرقا إذ قدم مذكرة تاصيلية لمواد الباب التمهيدي(القانون وتطبيقه والاشخاص والاموال) والحق والفعل الضار ، والدكتور الصديق محمد الضرير عن آثار الالتزام والتنفيذ الجبري وحق الحبس، والعقود (الصحيح والباطل والفاسد والموقوف وغير اللازم) والخيارات التي تشوب لزوم العقد وانحلال العقد واثار الانحلال والاستاذ رشيد الصباغ عن تاصيل الاعسار ومحل العقد واثار العقد وانقضاء الالتزام ، والدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب عن حوالة الحق،والدكتور ادريس العلوي العبدلاوي عن اهلية التعاقد والاكراه والتغرير والغبن والغلط والفعل النافع وعقد البيع والحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، و الشيخ كمال جعيط عن الهبة والقرض والصلح ،والاعارة والكفالة واسباب الملكية والاستاذ محمد ميكو عن عقد الايجار وايجار الاراضي الزراعية ، والدكتور محمد لبيب شنب عن عقد الشركة، وعقد المقاولة والعمل وحوالة الدين وحق الملكية بوجه عام والتامينات .والقاضي حسين محي الدين عن القواعد الفقهية واثار الالتزام وحبس المال والحجر بسبب الدين والاضافة الى اجل والدين المشترك والوفاء وانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وانقضاء الالتزام دون الوفاء به،كان الهدف من هذه المذكرات التاصيلية اسناد نصوص المشروع الى الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين.

ومما يلاحظ على هذه المذكرات التاصيلية انها ،مع الاسف الشديد، طبعت بالالة الكاتبة طباعة رديئة،لاتخلو من اخطاء طباعية ومرتبكة،وعبارات مفككة،ولم تنشر بشكل اصولي ومنتظم وانما طبعت متفرقة،ولاتتوفر جميع هذه المذكرات، بل اعداد متفرقة.

ثالثا –هيكل القانون المدني العربي الموحد:

يتكون هيكل القانون المدني العربي الموحد على النحو الآتي:

(1) انظر المذكرة التاصليلية للفصل الثاني من الباب التمهدي للمشروع ،ص 3 وهي من اعداد الاستاذ الشيخ مصطفى احمد الزرقا عضو لجنة الخبراء.

.....

الباب التمهيدي: القواعد الكلية الفقهية واحكام عامة،القانون وتطبيقه ،التطبيق الزمني والمكاني للقانون والاشخاص الطبيعية والاعتبارية(المعنوية) والاشياء والاموال والحق وتعريفه واقسامه والتعسف في استعمال الحق.

الكتاب الاول: الالتزامات او الحقوق الشخصية:

الباب الاول:مصادر الالتزام/ العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع(الاثراء بلا سبب) والقانون .

الباب الثاني :آثار الالتزام التنفيذ الجبري ووسائل ضمان تنفيذ الالتزامات.

الباب الثالث . اوصاف الالتزام . التعليق على شرط والاضافة الى اجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام.

الباب الرابع . انقضاء الالتزام . انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وانقضاء الالتزام دون الوفاء به والتقادم المانع من سماع الدعوى.

الكتاب الثاني : العقود المسماة.

الباب الاول . عقود التمليك . البيع والهبة والشركة والقرض والصلح.

الباب الثاني . عقود المنفعة . الايجار والاعارة.

الباب الثالث . عقود العمل . المقاولة والعمل والوكالة والايداع والحراسة.

الباب الرابع . عقود الغرر . ارهنان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتامين.

الباب الخامس . عقود التوثيقات . الكفالة وحوالة الدين وحوالة الحق.

الكتاب الثالث :الحقوق العينية الاصلية.

الباب الاول . حق الملكية . حق الملكية بوجه عام واسباب كسب الملكية.

الباب الثاني . الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . حق التصرف والانتفاع والوقف وحقوق الارتفاق.

الكتاب الرابع . التامينات العينية.

الباب الاول . الرهن التاميني . انشاء الرهن التاميني . انقضاء الرهن التاميني .

الباب الثاني . الرهن الحيازي . انشاء الرهن الحيازي.احكام خاصة ببعض الرهون الحيازية ، انقضاء الرهن الحيازي.

الباب الثالث . التوثيق العيني بنص القانون . احكام عامة. انواع الحقوق الممتازة.

.....

رابعا . تقويم القانون المدني العربي الموحد:

لابد من الاعتراف بان هذا القانون انما هو انجاز علمي فهو اول قانون عربي نموذجي اعد من نخبة من رجال الفقه الاسلامي والقانون والقضاء من المشهود لهم بالكفاءة والقابلية،وقد تواصل العمل في هذا الصرح العلمي لسنوات وبذلت جهود من اللجنة العامة ولجنة الخبراء في اعداد مواده وتأصيلها في ضوء اراء الفقه الاسلامي،وجرت مناقشات طويلة ومعمقة خلال تلك السنوات،ومن الملاحظات التي ترد على هذا القانون ما يأتي:

1 . تاثره بالفقه الاسلامي ابتداء من الباب التمهيدي وتخصيص الفصل الاول منه لايراد القواعد الكلية الفقهية،وعددها(85) قاعدة،وهي قواعد مستمدة من مجلة الاحكام العدلية والتي هي بدورها استمدها من قواعد ابن نجيم وقواعد ابن رجب،وهذه القواعد الفقهية تمثل تراثنا الفقهي بابهى صورة ،الا ان القانون اكتفى بسردها دون تنسيق بين هذه القواعد،حيث كان يفضل ايراد هذه القواعد في مجموعات ،كقواعد التعاقد وقواعد الاثبات وقواعد الضرر وقواعد الملكية وهكذا،وضمن هذه المجموعات كان يفضل ايراد القاعدة الفقهية الاصلية ثم ايراد القواعد المتفرعة عنها في المكان ذاته.او ايراد القاعد الفقهية الاصلية في مادة قانونية وايراد القواعد الفقهية المتفرعة عنها او التي تدور في موضوع واحد كفقرات للمادة المذكورة ومثال ذلك،ايراد مادة تنص على الاصل براءة الذمة كمادة اصلية وايراد القواعد الفقهية التالية كفقرات للمادة المذكورة:

المادة. . الاصل براءة الذمة:

أ. الاصل في الاشياء الاباحة.

ب . البينة على من ادعى واليمن على من انكر.

ت . البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل.

ث . البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة.

ج . الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.

ح . المرء مؤاخذ باقراره.

خ . اليقين لايزول بالشك.

د . الاصل بقاء ما كان على ما كان.

ذ . الاصل في الصفات العارضة العدم.

ر . الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته.

ز . ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

المادة. لاضرر ولاضرار:

أ. الضرر يدفع بقدر الامكان.

ب . الضرر يزال.

ت . الضرر لايزال بمثله.

ث . الضرر الاشد يزال بضرر اخف.

ج . يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ح . درء المفاسد اولى من جلب المنافع.

خ . الضرورات تبيح المحظورات .

د . الضرورات تقدر بقدرها.

ذ . الاضطرار لايبطل حق الغير.

وهكذا بالنسبة لبقية القواعد الفقهية.

2 . حسنا فعل القانون بالنص في المادة(87) على ان(1 . تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها بكل طرق دلالتها. 2 . اذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق احكام الفقه الاسلامي الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب فقهي معين،فاذا لم يوجد،تطبق مبادئ الشريعة الاسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فقها).

3 . لما كانت مواد القانون مستمدة من الفقه الاسلامي فكان من الطبيعي ان تنص المادة(88) على ان(يرجع في تحديد مضمون النص وتفسيره الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

4 . تاثر القانون المدني العربي الموحد بالفقه الاسلامي في تعريف العقد وتصنيف انواع العقود الى عقود صحيحة وباطلة وفاسدة وموقوفة وغير لازمة،واعتماد السبب الدافع الى التعاقد،وايراد احكام ضمان الغصب والتعدي والمباشر والمتسبب مع تبني التصنيف ذاته للشركات المدنية في الفقه الاسلامي،والنص على احكام المزارعة والمغارسة والمساقاة وايجار الوقف، واحكام الوقف،ومنع الفوائد في عقدالقرض،والاحكام الخاصة بالجنايات التي تقع على النفس مع استمداد احكام بيع السلم والتخارج على اموال التركة،واورد القانون مادة تتعلق بعدم سماع الدعوى بعد انقضاء المدة المحددة لاكتساب الحق او سقوطه بالتقادم، لان الحق لايسقط وان

.....

قدم،واقر القانون اسباب للحق في الشفعة مستمدة من الشريعة الاسلامية،وهي الشفعة للخليط في عقد البيع كحق المسيل الخاص،وحق المرور الخاص وحق الشرب الخاص،واسهب القانون في احكام حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة(الاميرية)في الوقت الذي آل فيه هذا الحق، في العديد من الدول العربية الى الزوال.

كما لم ينص القانون المدني العربي الموحد على احكام عدم قابلية الالتزام للانقسام،(مستمدة من الفقه الاسلامي) في حين القوانين المدنية العربية في مصر وسوريا وليبيا والعراق والكويت والاردن وقطر وبحرين وعمان ومغرب وتونس وامارات ويمن وفلسطين وجزائر ومشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية (مصر) قد نصت على هذه الاحكام.

واورد القانون المدني العربي الموحد احكاما تفصيلية لانواع من الايجار وهي ايجار الاراضي الزراعية والمزارعة والمساقاة والمغارسة وايجار الوقف،في حين أن الاعم الاغلب من هذه الاحكام يمكن الاخذ بها بمجرد تطبيق القواعد العامة في الايجار وكذلك بمجرد الرجوع الى التظرية العامة للعقد المنصوص عليها في هذا القانون ،فاثباتها في نصوص خاصة،وبشكل مفصل،انما هو نوع من التزيد،وكان يكفي الاشارة الى هذه الانواع من الايجار بنصوص قليلة ومقتضبة واحالة التفاصيل الى التشريعات الداخلية في كل بلد.

5 . ظهر تاثير القوانين المدنية العربية الحديثة على القانون المدني العربي الموحد في الاحكام المتعلقة بالتطبيق الزمني والمكاني لاحكام القانون،وكذلك احكام تنفيذ الالتزام واسباب انقضاء الالتزام من الوفاء وما يعادل الوفاء والانقضاء،مع تبني ابرز احكام عقود المقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة وعقود الغرر وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتأمين وايراد احكام خاصة للتامين على الحريق والتامين على الحياة،وكذلك ايراد احكام ملكية الطبقات والشقق،ومن الجدير بالذكر ان جميع مواد القانون المدني العربي الموحد قد تم تاصيلها وفق اراء الفقه الاسلامي.

6 . لدى تدقيق مواد القانون المدني العربي الموحد تبين انها جاءت خالية من نص يعالج عيب الاستغلال ،مع ضرورة النص على هذا العيب لاعادة التوازن الى العلاقة العقدية بسبب استغلال الحاجة او الطيش او الهوى او عدم الخبرة او ضعف الادراك ،لدى احد المتعاقدين و اصابته بغبن فاحش نتيجة الاستغلال.

7 . لم ينص القانون المدني العربي الموحد،على احكام تتعلق بالمفاوضات العقدية وابرام العقد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كما لم ينص على دعوى الصورية ونظام الاعسار،ولم تبين لنا المذكرة الابضاحية للقانون اسباب ومبررات ذلك،وبالنسبة لدعوى الصورية قد يقال بان مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد

لانها الصق بهذه الآثار،ولاشك ان للدائن ان يرفع دعوى الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين،اذا قام بتصرف صوري في ماله ليخرجه من الضمان العام ، فيستبقي الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه،مع ملاحظة ان الدائن قد يتمسك بالعقد الظاهر اذا كان حسن النية ،كما انه ليس الوحيد الذي يجوز له رفع دعوى الصورية،كما هي الحال في الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف(وقد نص القانون المدني العربي الموحد عليهما)كما جاء القانون المدني العربي الموحد خاليا من احكام التجديد والانابة بين طرق انقضاء الالتزام.

ولم ترد احكام الدخل الدائم في هذا القانون ،ولم توضح المذكرة الايضاحية اسباب عدم ايراد احكام هذا العقد ، بالرغم من وردوها في اغلب القوانين المدنية العربية.

8 . ان المذكرات التاصيلية لمواد القانون المدني العربي الموحد المقدمة من خبراء المشروع، لاتتوفر،جميعها وانما هناك مذكرات تاصيلية لبعض المواد واعداد متفرقة طبعت على الالة الكاتبة طباعة رديئة،وندعو الى طبع هذه المذكرات التاصيلية طباعة موحدة ومنتظمة وتوفيرها في المكتبات العامة ،وقد بعثنا برسالة الكترونية الى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية(ومقره في لبنان) منبهين الى هذه الاخطاء وكذلك الاخطاء الطباعية التي عثرت عليها في نصوص المشروع ومذكرته الايضاحية ولم نتلق جوابا،الى الان.

ولابد من الاعتراف بان القانون المدني العربي الموحد يمثل جهدا تشريعيا بارزا وقيمة علمية في الميدان القانوني وطموحا لرجال القانون في استمداد القانون المدني من الفقه الاسلامي دون التقيد باي مذهب فقهي ،والان يطرح تساؤل حول ما اذا كان بالامكان تطبيق القانون في الدول العربية،لكي يحل هذا القانون محل القوانين المدنية العربية النافذة فيها ،ام يقصد من هذا القانون النموذجي الاحتذاء به،عند اعداد قانون مدني جديد او عند التفكير في اعادة النظر في القوانين النافذة وتنقيحها ومراجعتها.

ولابد من الاعتراف بصعوبة الاخذ بالقانون برمته في جميع الدول العربية،علما بان اعتماده من مجلس وزراء العدل العرب لايعني اقراره من الدول العربية جميعها،ونذكر هنا ان العديد من هذه الدول اصدرت قوانين مدنية حديثة بعد عام 1996(سنة اعتماد القانون المدني العربي الموحد)ولم نعثر على ما يدل على استمداد احكام هذا القانون والاخذ به في القوانين الجديدة،ولم نقرأ ما يدل على شرح احكامه وتسليط الضوء عليه وعقد ندوات او حلقات نقاشية حول احكامه.

.....

ويبقى القانون المدني العربي الموحد عملا علميا، لابد تكريس الجهود في كليات الحقوق والمعاهد القضائية لدراسة مواد هذا القانون وربطه باحكام الفقه الاسلامي ومقارنته باحكام القوانين المدنية العربية النافذة[1].

البند الخامس

مشروع القانون المدني العراقي(١٩٨٤ -١٩٨٦)

اولا . المشـروع :

اعد مشروع للقانون المدني العراقي الجديد ضمن خطة اصلاح النظام القانوني ، عام 1984 ، واستغرق عمل اللجنة التي وضعت المشروع ست سنوات واشتمل على اربعة عشر بابا ضمت (976) مادة في اربعة اقسام رئيسه ، خصص القسم الاول للمبادئ الاساسية التي تحكم كله ، فحدد القانون في هذا القسم ، نطاق سريان القانون وتفسيره ومصادره وتناول القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، عند التطبيق ، من حيث الزمان ومن حيث المكان ،وتناول بعد ذلك اشخاص القانون الطبيعية والمعنوية ، ونظم الحقوق الملازمة للشخصية كما نظم احكام الغائب والمفقود واحكام المقام .

وجعل القانون ولي الجنين أباه ثم أمه ، كما جعل الأم وليه طبيعية على اولادها عند عدم وجود الأب ، واعتبر دائرة رعاية القاصرين وصية مؤقتة اذا لم يوجد وصي مختار من الأب او منصوب من المحكمة ونظم احكام الملكية في القسم الثاني ، فتناول الملكية المادية ، نطاقها ، وانواعها واشكالها وأسباب كسب الملكية ، والحقوق المتفرعة عن الملكية والقيود الواردة على الملكية ، والملكية الفكرية (التأليف ، الاختراع ، الاكتشاف) وخصص القسم الثالث للالتزامات فنظم مصادر الالتزام وهي التشريع والتصرف القانوني (العقد ، الارادة المنفردة) والواقعة القانونية (الفعل الضار ، الكسب دون سبب) ثم نظم احكام تنفيذ الالتزام (التنفيذ العيني ، ضمانات التنفيذ) ثم اوصاف الالتزام (الشرط والأجل وتعدد طرفي الالتزام) وانتقال الالتزام (حوالة الدين وحوالة الحق) وانقضاء الالتزام (تجديد الالتزام . المقاصة . اتحاد الذمة . الابراء) والقسم الرابع والأخير من المشروع خصص للعقود المسماة (العقود الواردة على الملكية (البيع . المقايضة . التوريد . الصلح . القرض . الهبة) . العقود الواردة على الانتفاع (الايجار . الفندقة . الإعارة) العقود الواردة على العمل (المقاولة . النشر . الوكالة . الوديعة) وعقود الضمان (الرهن . الكفالة) .

(1) انظر دراستنا المنشورة في العدد الأول من السنة الرابعة ،٢٠٢٢ من مجلة حمورابي ، جمعية القضاء العراقي ، بغداد.

ثانيا . ملاحظات على مشروع القانون المدني الجديد : .

1 . لم تبين الأسباب الموجبة ولا المذكرة المقارنة لمشروع القانون (مطبوعة على الآلة الكاتبة عام 1984) المصادر التي استقى منها المشروع مواده وما الينابيع التي جاءت منها نصوص مواد المشروع الا انه لدى الرجوع الى المذكرة المقارنة وقراءة ما يخص كل مادة من مواد المشروع ، تبين لنا ان مواد المشروع مستمدة من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وبعض المواد من مجلة الأحكام العدلية ومن القانون المدني المصري المقتبس من القانون المدني الفرنسي ، في حين رأينا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري وهو رئيس لجنة اعداد القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 ، انه يقول بصدد الهدف من وضع هذا القانون ما يأتي (والهدف الذي قصدت اليه هو ان يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يشتق رأسا من الشريعة الاسلامية) [1].

2 . عند تحديد مصادر القانون في المواد (1 . 3) حدد المشروع النصوص التشريعية بلفظها او بفحواها ثم انتقل الى انه (اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه اجتهد برأيه مستهديا بمبادئ الشريعة الاسلامية وبالمبادئ العامة للقانون) والملاحظات التي ترد على هذا الترتيب في المصادر ما يأتي : .

أ . ان تعبير (بلفظها او بفحواها) تعبير غير دقيق وقد سبق ان راينا ذلك بصدد القانون المدني النافذ .

ب . كان المفروض ذكر الفقه الاسلامي بدلا من مبادئ الشريعة الاسلامية ، فالفقه يعني بالأحكام العملية أي احكام العبادات والمعاملات ، اما الشريعة الإسلامية فتشمل جميع الاحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة او الاخلاق او العبادات او المعاملات[2]) .

ج . اجاز المشروع للقاضي ان يجتهد برأيه ، وهل الاجتهاد يكون بالرأي .

د . ما المقصود بالمبادئ العامة للقانون، أي قانون هذا، هل المقصود بالقانون المدني ام قانون آخر ام الافكار والمبادئ القانونية العامة السائدة في المجتمع ولم يأت المشروع على ذكر قواعد العدالة ؟.

3. اقتبس المشروع مواداً كثيرة من القانون الفرنسي وتقنين الالتزامات السويسري وهذه هي الامثلة :

---

(1) الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ،القانون المدني العربي، مجلة القضاء ، بغداد ،نقابة المحامين ،العددان الاول والثاني ،السنة العشرون ،1962، ايلول ،ص 22 . 23 .

(2) انظر استاذنا المرحوم الدكتور عبد الكريم زيدان ،المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد ،المطبعة العربية، 1964، ف 69 ، ص 65 .

.....

أ . المادة (571) من المشروع مستمدة من المادة (1281) من القانون المدني الفرنسي([1]).

ب . المادة (2/595) مشتقة من المادة (1/126) سويسري([2]) .

جـ . المادة (557) مقتبسة من المادة (2/151) و (154) سويسري([3]) .

د . المادة (78) مقتبسة من المواد (76 ، 77 ، 78 ، 88 ، 89) سويسري([4]).

4 . حاول المشروع ان يخطط لنفسه ترتيبا وتنسيقا يختلف عن القوانين المدنية العربية ، ولم تبين أو تفسر المذكرة المقارنة أسباب هذا الاختلاف أو التباين ، فيقدم المشروع احكام الملكية (الملكية المادية والملكية الفكرية) على الالتزامات والعقود المسماة دون أي تبرير أو مسوغ .

5. غالى المشروع في ايراد التعاريف بحيث تحول المشروع الى اشبه ما يكون بكتاب فقهي منه الى تشريع في حين يقتضي حسن صياغة التشريع الابتعاد عن التعاريف ، قدر الامكان ، لأن التعريف لا يمكن ان يكون جامعا مانعا ثم انه من عمل الفقهاء والشراح وليس من عمل المشرع ومن التعاريف الكثيرة الموجودة في المشروع انظر على سبيل المثال المواد (78 ، 87 ، 88 ، 89 ، 90 ، 108 ، 115 ، 116 ، 117 ، 118 ، 119 ، 120 ، 121 ، 122، 123 ، 258 ،259 ، 286 ، 297 ، 302 ، 305 ،306 ، 405 ، 546 ،547 ، 549، 550 ، 591 ، 597 ر، 613 ، 628 ، 677 ، 684 ، 698 ، 704 ، 715 ، 730، 781 ، 795 ، 811 ، 844 ، 859 ، 879 ، 793 ، 946) .

(1) المذكرة المقارنة ، ص101 .

(2) المذكرة المقارنة ، ص 103 .

(3) المذكرة المقارنة ، ص 97 .

(4) المذكرة المقارنة ، ص 15 .

البند الخامس

أفكار حول القانون المدني المستقبل

من المسلم به ان القانون المدني يعد العمود الفقري للنظام القانوني في أي بلد، وبالذات فان نظرية الالتزام تعد أساس القانون المدني . بل القانون الخاص بفروعه المختلفة،وهي دعامة فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري والقانون الدولي العام،وينبسط سلطانها على جميع نواحي القانون ، وهي الأصل في تفسير أمهات المسائل في القانون الخاص، بل القانون العام[1].

أولا . عنوان القانون:

جرى العمل في الدول العربية والأجنبية علي استعمال تعبير(القانون المدني)وذلك تأثرا بالقانون الروماني ومن بعده بالقانون الفرنسي، وهذا ماسارت عليه الدول العربية،مصر وسوريا وليبيا والعراق والجزائر والأردن والكويت وقطر والبحرين واليمن وفلسطين ، اما في لبنان والمغرب وتونس فاستعمل تعبير(قانون الموجبات والعقود) وفي موريتانيا استعمل تعبير(قانون الالتزامات والعقود) وفي دولة الامارات العربية المتحدة والسودان وسلطنة عمان استعمل تعبير(قانون المعاملات المدنية).

اما المشروع الذي أعده مجلس الشعب المصري عام ١٩٨٢ فاستعمل تعبير(مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية).

في حين استعمل المشروع النموذجي الذي أعدته لجنة خبراء من الدول العربية وضمن اعمال جامعة الدول العربية (القانون المدني) بعد أن كان يستعمل في بداية المشروع تعبير(قانون المعاملات المالية)وفي العراق اعد مشروع للقانون المدني عام ١٩٨٦ لم يكتب له التشريع.

(1) انظر الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم،مصادر الالتزام ، بغداد ،الطبعة الأولى ،ص ٣ .الدكتور عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة ،ج١ ف ١٥، ص ١٤٤ .الدكتورعبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ،القاهرة ،١٩٨٤، ص ١٨ .

.....

فآي تعبير نستعمل، القانون المدني ، قانون المعاملات المدنية، قانون المعاملات المالية، قانون الالتزامات والعقود؟.

لقد قيل الكثير عن تعبير(القانون المدني)ومن ذلك ان تعبير اخذ من القوانين الأجنبية لم يكن معروفا في البلاد العربية ثم انه يطبق على الساكنين في المدن، فما هو الموقف بالنسبة للساكنين في القرى والارياف ، صحيح ان تعبير(القانون المدني) ساد في اغلب البلاد واستقر الاخذ به واصبح من المعتاد عليه، ومع ذلك فنحن ندعو الي التفكير في تعبير آخر ، مثال ، قانون المعاملات المالية ، قانون المعاملات المدنية.

ثانيا . مصادر الالتزام:

مرت مصادر الالتزام بمراحل عديدة ، ففي القانون الروماني كانت مصادر الالتزام تنحصر في الجريمة والعقد، وما عداها يرد الى مصادر مختلفة اطلق عليه (الأسباب المختلفة)ثم عرف تقسيما رباعيا للمصادر هي:الجريمة ، العقد، الأسباب المختلفة، شبه الجريمة ،وأوضح الفقيه(بوتييه)تقسيما آخر هو الجريمة ، شبه الجريمة ، والعقد وشبه العقد والقانون[1].

اما مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي، فهي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون ، وهذه المصادر منتقدة ، فهو ترتيب غير صحيح من الناحية التاريخية فهو ينسب الى القانون الروماني ولكن هذا القانون لم يقل به لوجود تحوير في اللفظ أدى الى تغيير في المعنى، كما انه ترتيب يعوزه المنطق من حيث اعتباره شبه العقد مصدرا مستقلا للالتزام وكذلك تقسيمه العمل غير المشروع الي جريمة وشبه الجريمة[2].

وجرت القوانين المدنية العربية على النص على مصادر خمسة للالتزام وهي(العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع(المسؤولية التقصيرية/ الفعل الضار) الكسب دون سبب(الاثراء على حساب الغير بلا سبب/

(1) الاستاذ محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ.، القانون الروماني (الأموال والالتزام) ، محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ، كلية القانون بجامعة بغداد ،ص ١٣٤ .الدكتو عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ،ج٢ ، مصادر الالتزام ، مطبعة نهضة، مصر ١٩٥، ص ٣. ٤ .

(2) عبد المجيد الحكيم الموجز ص ٢٣ . ٣٤ الدكتورمالك دوهان الحسن. النظرية العامة في الالتزام ، الجزء الأول ،مصادر الالتزام ،بغداد ،١٩٧١ ، ص ١٢ .

.....

الفعل النافع القانون)وان القانون المدني العراقي لم يضع نصا خاصا يقر فيه أي ترتيب لمصادر الالتزام بل اقتصر على عرضها في فصول متعاقبة.

كما ان مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية نص على المصادر الخمسة، وكذلك نص القانون المدني العربي الموحد على هذه المصادر. اما مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ فقد نص على ان مصادر الالتزام هي التشريع والتصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة) والواقعة القانونية(الفعل الضار والكسب دون سبب.)وحاول الفقه القانوني رد مصادر الالتزام الى العقد والقانون اما الالتزامات غير الارادية فتنشأ جميعها من مصدر واحد هو القانون (بلانيول)[1] وكذلك رد الفقه مصادر الالتزام الى الإرادة والقانون [2].

وقدم الأستاذ الدكتور السنهوري رأيا حول كون الواقعة القانونية مصدرا للالتزام، وللواقعة القانونية كمصدر للالتزام تقسيمان[3] وهناك رأي بان مصادر الالتزام هي سبعة بعد إضافة القرار الإداري والحكم القضائي[4].

ويجمع الفقهاء المسلمون مصادر الالتزام(أسباب الالتزام)تحت عنوان واحدهو(التصرفات الشرعية) والتصرفات الشرعية نوعان:قولية وفعلية[5].

ويمكن ان نطرح الأفكار المتعلقة على النحو الآتي:

آ. مصادر الالتزام ام أسباب الالتزام.

ب . المصادر الخمسة. العقد. الإرادة المنفردة. العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية . الفعل الضار) الكسب دون سبب(الاثراء بلا سبب. الفعل النافع)القانون .

ت . او مصدران: العقد والقانون

---

(1) عبد المجيد الحكيم ،الموجز ف ٤٩ ، ص ٢٧ . ٢٨ الصدة ، ف ٢٥ ،ص ٣٧ .

(2) الدكتور حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات ، ص ٢٧ . ٢٨.

(3) السنهوري ،الوسيط ،ج١ ف٣٢ ،ص ١٣٠ . ١٣١.

(4) الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، نظرية الالتزام ، الإسكندرية. منشأة المعارف ،١٩٧٥ ف ١٦٤، ص ٢٠٤ ف ١٩١ ، ص ٢٧٢ . ٢٧٤ .

(5) . الدكتور مصطفى الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، بغداد ،٢٠٠٠ص ٤٣ وما بعدها.

.....

ث . او سبعة مصادر ، المصادر الخمسة ويضاف اليها القرار الإداري والحكم القضائي.

ج . التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة) والتصرف الفعلي(الفعل الضار. الفعل النافع) والقانون .

ثالثا . العقد :

آ. عدم التعريف بالعقد، لان التعريف من عمل الفقه وليس من عمل المشرع،ثم ان التعريف مهما بذل فيه مكن جهد لابد ان يواجه النقد.

ب . الاعتراف بالتعبير عن الإرادة الذي يتم بالتقنيات العلمية كمبدأ وتجنب التفاصيل في القانون المدني وتركها للقوانين الخاصة(وقد صدرت قوانين للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية في اغلب الدول)

ت . النص على الاحكام المتعلقة بالمفاوضات العقدية، من الدعوة الى التفاوض وقبول هذه الدعوة والرجوع عن الدعوة وتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية والالتزامات الناشئة عن هذه المفاوضات والمسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات .

ث . النص بشكل دقيق على احكام الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي، وضرورة معالجة المشاكل الناجمة عن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي عندما يتعلق الامر ببيع العقار، وإمكانية تسجيله في الدائرة المختصة.

ج . المحل والسبب:

صدر المرسوم رقم(2016 . 131) في فرنسا بشأن تعديل قانون العقود والاحكام العامة للالتزامات والاثبات ،ونشر في الجريدة الرسمية بعددها(35) في 2016/2/11،على ان ينفذ في 2016/10/1،وتخلى المرسوم عن فكرة السبب،مع تكريس الوظائف المختلفة لمفهوم السبب،ومنها اعتماده من القضاء اداة لتحقيق التوازن العقدي،والتخلي عن المحل والسبب كركنين من اركان العقد والاتيان بمفهوم جديد بدلا منهما،وهو مضمون العقد(م ١١٦٢ . ١١٧١)[1].

(1) انظر قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد(1100 الى 7.1231)من القانون المدني الفرنسي.ترجمة الاستاذ الفاضل الدكتور محمد حسن قاسم،والمقدمة القيمة التي كتبها للترجمة .بيروت.منشورات الحلبي الحقوقية 2018 ص 7 وما بعدها. وانظر الترجمة العربية للنص الرسمي لقانون العقود الفرنسي الجديد للدكتور نافع بحر سلطان، بغداد مطبعة المنتدى 201،7.والاصلاحات المتدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي ،جان سمتس وكارولاين كالوم ترجمة الدكتور نبيل مهدي زوين، كلية القانون بجامعة الكوفة، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة ، العدد(20) ، ص 117 وما بعدها. الدكتور محمد عرفان الخطيب،نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث الثابت والمتغير قراءة نقدية في قانون اصلاح العقود والاثبات رقم 131. 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد(1) ،السنة السادسة العدد التسلسلي(21) جمادى

.....

وكتب البروفسورفايز الحاج شاهين (عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية)بجامعة القديس يوسف (اليسوعية) سابقا(لبنان)مبينا عدم الحاجة الى هذا التعديل الجديد،خاصة ان فكرتي الموضوع والسبب من الافكار المستقرة والواضحة لدى الفقه وتطبيقات القضاء ولم تكن بحاجة الى هذا المفهوم الجديد،الذي آثار العديد من التساؤلات حول هذا المفهوم الجديد الذي استحدثه قانون العقود الفرنسي[1].

وتحتل نظرية السبب مكانا مهما في الدراسات القانونية،فقد اشتهرت هذه النظرية بانها من اعقد النظريات واكثرها غموضا،بل ان فكرة السبب ذاتها تعرضت،فيما يتعلق بفائدتها وبالتالي في وجودها،لجدل فقهي طويل كان يتأرجح بين التأييد والانكار،ولذلك انقسم الفقهاءفي شانها الى فريقين، فريق على راسه الاستاذ(كابيتان)آمن بها وظل يدافع عنها،ويسمى هذا الفريق من الفقهاء بانصار السبب او (السببين)وفريق آخر،وعلى رأسه الاستاذ(بلانيول)ينكرها ويذهب الى ضرورة الغائها لامكان الاستغناء عنها بفكرة ارتباط الرضاء بالمحل،ويسمى هذا الفريق بخصوم السبب او (اللا سببين)وظهرت النظرية التقليدية للسبب والنظرية الحديثة للسبب(نظرية الباعث الدافع[2](٢)

ويرى استاذنا المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم انه لما كان المرحوم السنهوري يذهب الى ان النظرية التي اعتنقتها القوانين المدنية العربية،ومنها القانون المدني العراقي،هي النظرية الحديثة،اي نظرية الباعث، فما كان الاجدر اخذ هذه النظرية من الفقه الاسلامي رأسا،خاصة وان النظرية التي يمكن صياغتها من النصوص التي استعرضها في مؤلفه اوسع بكثير من نظرية القضاء الفرنسي،ثم اننا لانكون من جهة اخرى قد اهملنا هذه الثروة

الاخرة .،رجب 1439 للهجرة مارس 2018. والباحث ماجد مجباس حسن.،الاتجاهات الحديثة في تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 منشور في الموقع الالكتروني/ – edu .iq.law uomisan.

(1) محمد حسن قاسم ، ص .19.

(2) انظر استاذنا المرحوم الدكتور حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات ،بغداد 1976، ص 117 وما بعدها.استاذنا المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ،بغداد ،1974 ، ص 213 ما بعدها.وكانت اطروحته للدكتوراه المقدمة الى جامعة باريس عام 1956 عن السبب دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه الاسلامي .الدكتور غني حسون طه ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1971 ، ص 241 وما بعدها .

.....

الفقهية العظيمة التي بين ايدينا وذهبنا نتلمس ما في ايدي الغرب[1]ويفضل الاخذ بنظرية الباعث الدافع بدلا من النظرية التقليدية.

ح . نظرية الظروف الطارئة:

نص التعديل الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة(م ١١٩٥) بوصفها أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن لعقد اختل توازنه اختلالا كبيرا نتيجة ظروف لم تكن متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد،ووضع نظام قانوني.

وذهب اتجاه الى أن نص المادة(2/147)من القانون المدني المصري أكثر تحديدا من حيث صياغة شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة مقارنة بنص المادة(1195)الجديدة من القانون المدني الفرنسي،وأنه اكثر حسما في مواجهة الظروف الطارئة،حيث أسند مهمة معالجة آثار هذه الظروف مباشرة الى القاضي،وجعله(سيد الموقف)في مواجهة الظروف،ويبدو أ ن النص المصري كان اكثر إصرارا على مواجهة آثار الظروف الطارئة،لأن نص المادة المذكورة من النظام العام يعد باطلا كل اتفاق على مخالفته ،وذلك بخلاف حكم المادة(1195 الجديدة)من القانون المدني الفرنسي ،حيث يعد نص هذه المادة نصا مكملا ،الأمر الذي يؤدي الى القول بأن وصف بعض الفقه الفرنسي لهذا النص بأنه(ثورة) إنما يجعل منه،ونتيجة هذه الصفة المكملة،ثورة قابلة (للاختطاف)في اية لحظة،وهو ما يدفع للتساؤل عما اذا كان المشرع الفرنسي قد كرس نظرية الظروف الطارئة وهو كاره لها[2].

وللافتقار الى نص صريح ينص على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي، انقسم الفقه الفرنسي الى اتجاهين، اتجاه يذهب الى وجوب احترام الحرية الفردية ، وأن استقرار المعاملات وتوفير الثقة والضمان بين الناس يتوقفان على مدى احترام ارادة المتعاقدين، ومن ثم فإن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة يؤدي الى اضطراب في المعاملات المالية وعدم استقرارها،في حين ذهب الاتجاه الثاني أن النظرية تقوم على مبدأ العدالة او مبدأ اخلاقي او الضرورات الاجتماعية([3]).

---

(1) الحكيم ،الموجز ،ص 252. وفي ما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي ومناقشة رأي الاستاذ السنهوري انظر مؤلفنا النظرية العامة للالتزامات ،الجزء الاول ، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل 1432 للهجرة 2011م ، ص 295 . 297.

(2) محمد حسن قاسم ،ص 20 . 21.

(3) انظر الدكتور عبد السلام الترمانيني.،نظرية الظروف الطارئة ، دمشق ، دار الفكر ،1972 ،ص 21 . 226 . ومؤلفنا نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ، بغداد، وزارة العدل الثقافة القانونية 1413 للهجرة 1993م ، ص 11.

.....

اما القضاء الفرنسي فقد صدرت عنه أحكام عديدة من محاكمها تطبيقا لهذه النظرية الا ان محكمة النقض الفرنسية كانت تقف بالمرصاد لهذه الاحكام وتقضي بنقضها،بحجة الحرص على استقرار المعاملات ورسوخها ،مما اثبت كراهية محكمة النقض الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة،وقد اضطر المشرع الفرنسي الى اصدار تشريعات لمعالجة حالات محددة ،تنص على فسخ العقد او بوقف التنفيذ[1].

ويلاحظ أن القضاء الاداري كان يأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية وكانت البداية عندما اخذ مجلس الدولة الفرنسي بالنظرية في قضية غاز(بوردو)عام 1916م ،في حين ان الفقه الاسلامي يعرف نظرية الظروف الطارئة من خلال تطبيقات وحلول عملية في العذر الطارئ لفسخ الايجار ،والعذر هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد،وتقلب النقود وتغير قيمتها والجائحة التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد[2].

ونقترح ادخال تعديلات على النصوص القانونية الواردة في القوانين بصدد نظرية الظروف الطارئة(الحوادث الطارئة) على النحو الاتي:

١ . استخدام تعبير(إزالة الإرهاق) مكان عبارة(انقاص الالتزام المرهق الي الحد المعقول)

٢ . النص على سلطة القاضي بوقف تنفيذ العقد فيما اذا كان يقدر ان يزول الحادث الطارئ، في وقت قريب، وان العدالة تقضي بذلك.

خ . التأكيد في عقد الإذعان على تفوق الموجب اقتصاديا.

د . النص على احكام النيابة في نظرية العقد، وعدم ترك الامر الى احكام الوكالة والولاية والوصاية والقيمومة.

ذ . عوارض الاهلية: إعادة النظر في احكام عوارض الاهلية في ضوء المستجدات والمتغيرات في عالم الطب، بقدر تعلق الامر بهذه العوارض.

---

(1) انظر الدكتور محمد محي الدين ابراهيم سليم ،نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ،الاسكندرية ،دار المطبوعات الجامعية ،2010 ،ص 41 وما بعدها.

(2) للتفصيل انظر الاستاذ فاضل شاكر النعيمي نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ،بغداد 1969، ص 45 وما بعدها .محمد محي الدين ابراهيم سليم ،ص 66 وما بعدها .

.....

ر . الاكراه: عدم تعداد الأشخاص الذين يقع عليهم الاكراه، بل يشمل الاكراه أي خطر جسيم يهدده هو او غيره،وتجنب ضرب الأمثلة على الحالات والأشخاص الذين يقع عليهم الاكراه.

ز . مراتب الصحة والبطلان: الاخذ بالعقد الصحيح ،النافذ اللازم ، العقد الصحيح النافذ غير اللازم، العقد الصحيح الموقوف،العقد الباطل، العقد الفاسد.

س . تفسير العقد:يكون تفسير العقد وفقا للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الالفاظ او التسميات التي استعملها المتعاقدان توهما او بقصد إخفاء حقيقة التصرف ،وللقاضي ان يستهدي في سبيل ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوفر فيه من حسن النية.

ش . النص على تكييف العقد.

ص . مبدأ حسن النية: طرحت في الآونة الأخيرة أفكار تدعو الى مغادرة هذا المبدأ ويكون الأصل هو افتراض سوء النية، لان الذمم قد خربت، والأخلاق قد تغيرت، فهل نبقى على مبدأ حسن النية ام نحل محله الأصل سوء النية ، ومن يدعي حسن النية يقع عليه عبء الاثبات.

ض . النص على التعويض عن الضرر المعنوي إضافة الى الضرر المادي في المسؤولية العقدية ، كما في حالة ابرام عقد نقل شخص ليكون في موعد محدد في مكان آخر(لحضور تشييع جنازة شخص من افراد الاسرة او شخص عزيز، او حضور حفل عقد قران او زفاف شخص من افراد الاسرة او شخص قريب عزيز على الانسان) فيتخلف الناقل عن تنفيذ التزامه بعدم الحضور في الموعد المحدد للسفر او تأخره في تنفيذ التزامه، مما يسبب حزنا وألما شديدا للشخص، فيكون له ان يطالب بتعويضه عن الضرر المعنوي، وكذلك في حالة ابرام عقد توريد او تجهيز ألبسة معينة او معدات رياضية معينة لفريق رياضي ، الا انه لم يتم تنفيذ العقد في موعده او يتأخر في تنفيذه بحيث لايستطيع الفريق الرياضي من الحضور الى مكان إقامة الألعاب في الموعد المحدد، فيسبب ذلك حزنا والما في نفوس الفريق الرياضي ، اليس من حقهم المطالبة بالتعويض عن التعويض المعنوي، وهكذا الحال بالنسبة للناشر الذي يتخلف عن تنفيذ عقد نشر كتاب او بحث من المقرر تقديمة الى جهة قررت منح الباحث بجائزة او منحة علمية ، فيؤدي الاخلال بتنفيذ الالتزام ، بعدم تنفيذه في الموعد المناسب او التأخير عن تنفيذه، مما يسبب للكاتب او الباحث حزنا وألما، ويكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي.

ط . العقود المسماة:

١ . عدم النص على احكام خاصة بانواع مختلفة من الايجار(ايجارالأراضي الزراعية، المزارعة،المساقاة، المغارسة والتزام البساتين)فهذه الاحكام دخلت ضمن فرع القانون الزراعي، لذلك يفضل تجنب القانون المدني النص عليها.

٢ . تجنب معالجة احكام عقود الايجار وفق قوانين الايجار الخاصة ، وترك الامر الى هذه القوانين التي يتم تعديلها بين مدة واخرى.

٢ . عدم النص على اجارة وسائط النقل في القانون المدني ؛لأن احكام هذه الاجارة دخلت ضمن فرع جديد هو قانون النقل، كما حدث في العراق بصدور قانون النقل رقم(٨٠) لسنة ١٩٨٣.

٤ . في عقد المقاولة في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المقاول ورب العمل، فسح المجال للقاضي بالحكم بوقف تنفيذ العقد لمدة ، اذا كان من المتوقع زوال هذا الظرف خلال فترة معقولة.

٥ . استعمال تعبير(عقد الإيداع) بدلا من عقد الوديعة ، و(عقد الإعارة) بدلا من عقد العارية.

٦ . تنظيم احكام عقود النشر والفندقة والحراسة في القانون المدني.

٧ . توحيد احكام الرهن التأميني(الرسمي) والرهن الحيازي تحت عنوان الرهن، مع إبقاء الخصوصية ان وجدت.

رابعا . الإرادة المنفردة:

الاعتداد بالارادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام وعدم اقتصار ذلك على الحالات المنصوص عليها في القانون .

خامسا . المسؤولية التقصيرية(العمل غير المشروع / الفعل الضار):

١ . كل اضرار بالغير يلزم فاعله ، ولو غير مميز بضمان الضرر

٢ . لفظ الاضرار يغني عن سائر النعوت والكنى ويشمل الفعل الإيجابي والفعل السلبي وتنصرف دلالته الى الفعل العمد والى مجرد الإهمال على حد سواء.

٣ . النص على احكام المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات العلمية وحماية الحقوق الملازمة لشخصية الانسان.

.....

٤ . النص على احكام التجارب الطبية والعلمية وآثارها على الانسان ووجوده ومستقبله وضرورة حماية حرية الانسان وصيانة كرامته.

٥ . تحريم التعذيب، بكل أنواع وصوره، وضمان تعويض المتعرض للتعذيب تعويضا عادلا يستوفى من الخزينة العامة ،واذا كان من قام بالتعذيب موظفا عاما او مكلفا بخدمة عامة، فيتم تضمينه المبالغ التي تدفع الى المضرور.

٦ . النص على تعويض الشخص المعنوي عن الضرر المعنوي، اسوة بالشخص الطبيعي،كما في حالة نشر معلومات او مقابلات تنشر في أجهزة الاعلام يكون من شأنها الإساءة الى سمعة الشخص المعنوي وعزوف المستهلكين عن اقتناء سلعة ينتجها الشخص المعنوي(شركة)فيكون من حق هذا الشخص المعنوي من المطالبة بالتعويض المعنوي.

٧ . الغاء النصوص القانونية الواردة في القوانين (ولا ينتقل الضمان في الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم قضائي)فالتعويض ينتقل سواء وجد اتفاق او لم يوجد وسواء صدر حكم قضائي او لم يصدر.

٨ . النص على التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة.

٩ . تحديد المقصود بالاقربين بشكل دقيق ممن يستحق التعويض(المادي والادبي) جراء موت المصاب او تعرضه الى عوق جسمي او عقلي، أي حتى لو لم يمت.

١٠ . ضرورة معالجة موضوع تغير قيمة النقود(التضخم النقدي) في حالة الحكم بالتعويض للمضرور باقساط او ايراد مرتب .

١١ . ندعو الى الاخذ بالاعتبارات التالية عند تقدير التعويض:

آ. جسامة الفعل الضار الصادر من محدث الضرر.

ب . حالة المسؤول المالية.

ت . الحالة الصحية للمضرور.

ث . فعل المتضرر.

.....

ج . المركز المالي والاجتماعي للمتضرر [1].

١٢ . الحكم للمصاب بتعويض عن الآلآم الجسمية والمعنوية وعن التشويه الذي احدثته الإصابة،ويراعى في تقدير التعويض جسامة الآلم والمدة التي استغرقها وعمر المصاب وجنسه ومهنته.

١٣ . ان يكون الحكم بالتعويض وقت صدور الحكم القضائي، والنص علي إمكانية إعادة النظر في مقدار التعويض، بعد الحكم، في حالة تجاوز الضرر بنسبة معينة عن الضرر الذي حكم بموجه بالتعويض.

14- النص في القانون المدني على ان(١ .كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا(كما في حالة مدير المستشفى العقلي) أداء رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ،لكونه قاصرا، او بسبب حالته العقلية او الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز. ٢ .يعد القاصر بحاجة الى الرقابة ما لم يبغ سن الرشد، وتنتقل الرقابة عليه الى معلمه في المدرسة او المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف. ٣ .يستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية او اثبت ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب).

١٥ .يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله او ان امره به؛ فإن الضررحينما وقع منه في حال تأديته وظيفته او بسببها، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه، وللمتبوع حق الرجوع على التابع في الحدود التي يكون فيها تابع مسؤولا عن تعويض الضرر).

١٦ .اذا تعذر معرفة المسؤول عن الضرر الجسمي الذي أصاب الغير،او استحال الحصول على التعويض منه، تكفل المجتمع ، ممثلا بالدولة، بدفع تعويض مناسب للمتضرر.

١٧ .لكل من أصيب بضرر بسبب محاولة انقاذ الغير او ماله من خطر ان يطالبه بالتعويض، ما لم يكن هناك من هو مسؤول عن الضرر.

---

(1) انظر استاذنا الفاضل الدكتور سعدون العامري.،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ، وزارة العدل ، مطبعة وزارة العدل ١٩٨١، ومؤلفنا المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، بيروت منشورات زين الحقوقية ، ،٢٠١٦ ، ص٣٠٦ وما بعدها.

.....

١٨ . يتحمل أصحاب المصانع والمعامل، وبوجه عام كل من يملك مشروعا من مشروعات الانتاج ، تبعة ما ينشأ عن استغلال المشروع من ضرر.

١٩ . حائز الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له، مسؤولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير، ولو كان الحيوان قد ضل او تسرب).

٢٠ . حائز البناء ولو لم يكن مالكا مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهدامه جزئيا ما لم يثبت ان الضرر كان بسبب اجنبي لايد له فيه، او ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة او قدم البناد او عيب فيه).

٢١ . على كل من تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها او آلآت ميكانيكية عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لا يد له فيه).

٢٢ . النص في القانون المدني على ان(يعد فعلا ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس او العرض او المال، واذا كان في مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يعترض لخطر/ م ١٤٠ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤).

فهذا النص يبين حكم الترك حين لايرتبط ببذل أي نشاط من المسؤول، كما لو وجد صاحب سفينة في عرض البحر ورأى شخصا يغرق، وكان بامكانه ان ينقذه ولم يقم بذلك، او كما لو وجد طبيب مريضا ينزف وامتنع عن مساعدته، فاعتبر ذلك فعلا ضارا يستوجب المسؤولية، وهذا اعتناق بالمذهب الاجتماعي الذي يكفل تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي بين الافراد،وهذا يعني انه ليس من واجب الفرد الاحجام عن الاضرار بغيره، بل يمتد الى مساعدة الغير وتقديم العون له، واصبح هذا واجبا قانونيا اذا اخل به عُد انه ارتكب فعلا ضارا يستوجب مسؤوليته، ويوجد سند لهذا النص في التعديل الذي ادخله المشرع الفرنسي على المادة(٦٣)من قانون العقوبات بالمرسوم الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٤٥ اذ عُد مجرد الامتناع عن مساعدة الغير دون التعرض لخطر جريمة، وقد كان السبق في هذا الى الفقه الإسلامي ، اذ ذهب المالكية واهل الظاهر الى ان الكف سبب للضمان اذا تسبب عنه تلف مال لآخر (كأن يرى انسان مالا لآخر معرضا للتلف بنار مثلا، وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف)كل ما سبق بالرغم من وجود سند له في التقنينات الوضعية وفي الفقه الإسلامي . الا ان الأغلبية في لجنة صياغة المشروع(مشروع القانون المدني الفلسطيني)لم تقتنع بذلك،

وبذلك أتى المشروع ادنى من تقنينات وضعية في هذا المضمار، في حين يجب ان يكون قد استفاد من التقنينات الوضعية ويأتي في صورة تبرزها لانه احدث منها)[1].

خامسا . نظام الغرامة التهديدية:

انه نظام غير مجد على أساس ان المدين يعلم سلفا ان مصيرها الى التصفية ، وانه لن يحكم عليه في نهاية الامر الا بتعويض يقاس بما لحق الدائن من ضرر، ومن ثم فلن ترهبه هذه الوسيلة ، ولن تحمله على الانصياع الى حكم القاضي ،ومن القوانين التي تجنبت ايراد احكام الغرامة التهديدية القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني العربي الموحد.

سادسا . حق الملكية:

١ . النص على ان كسب الملكية ابتداء يتم باحراز الأشياء المنقولة،التي يباح للكافة تملكها وكذلك الأشياء المنقولة التي يتخلى عنها أصحابها.

٢ . يمنع تملك العقار عن طريق الاحراز.

٣ . إعادة النظر فيما يتعلق بحق الملكية ،بحيث يكون للمالك ، في حدود القانون ، التصرف في ماله واستعماله، واستغلاله وفقا للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية بوصفها وظيفة اجتماعية.

٤ . تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند وقوع تعارض بينهما.

٥ . النص على حماية الملكية الخاصة.

٦ . يجب تسجيل حق المساطحة في الدائرة المختصة، وبخلافه يكون الاتفاق باطلا.

٧ . النص على حماية الملكية الفكرية(التأليف والاختراع والاكتشاف ..) وترك التفاصيل الى قوانين خاصة تصدر لهذا الغرض مع مراعاة الاتفاقيات العربية والدولية المصادق عليها.

٨ . وضع أسس لملكية الطبقات والشقق، وترك التفاصيل لقوانين خاصة تنظم هذا النوع من الملكيات.

(1) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني ، ص ٢٠٧ . ٢٠٨.

.....

٩ . تجنب ايراد نصوص قانونية تفصيلية لحق التصرف وكل ما يتعلق باراضي الدولة(مفوضة بالطابو او ممنوحة باللزمة) والاحالة الي قوانين خاصة.

خاتمة

أولا . الاستنتاجات:

١. كان تأثير القوانين الأجنبية على القوانين المدنية العربية ، في بداية القرن العشرين ، كبيرا الى حد كبير ،حتى وصل الامر الى اعداد القانون باللغة الفرنسية ، من قبل أجانب ثم تتم ترجمتها،وكانت بعيدة عن النهل من ينابيع الفقه الإسلامي.

٢ . تفاوت التأثر، بمرور الزمن، بالقانون المدني الفرنسي،مع انتشار الوعي بضرورة الرجوع الى الفقه الإسلامي لاعداد قانون مدني عربي.

٣ . يشكل اعداد القانون المدني العراقي نقطة تحول كبرى في مسيرة اعداد القوانين المدنية العربية،حيث بدأ المزج بين احكام القوانين الأجنبية وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي، وبين احكام الفقه الإسلامي.

٤ . بعد صدور القانون المدني العراقي في عام ١٩٥١ ودخوله حيز النفاذ، بدأت القوانين المدنية التي صدرت بعد ذلك بالتأثر بالفقه الإسلامي الى حد كبير.

٥ . ان تقديم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية(او الفقه الإسلامي) في ترتيب مصادر القانون المدني،لا يترك فرصة للمصدر الذي يأتي بعد النص التشريعي والعرف، لكي يجد مجالا للتطبيق،وخاصة بعد بعد التضخم التشريعي في القوانين المدنية العربية.

٦ . ان مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ يعد انتكاصا وتقهقرا الى الوراء، فبعد ان نهل القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ من الفقه الإسلامي، وبدأت القوانين المدنية العربية التي صدرت بعده ، ابتدأ من القانون المدني الأردني عام ١٩٧٦، بالرجوع الى الفقه الإسلامي،عاد مشروع عام ١٩٨٦،الى التأثر بالقوانين الفرنسية والسويسرية والمصرية، وصياغة احكامه على منوال هذه القوانين، في حين كان من المؤمل ان يتم اعداد مشروع عام ١٩٨٦ مأخوذا من الفقه الإسلامي بجزئياته وكلياته.

.....

ثانيا . التوصيات:

لكل امة تراث وحضارة، فالقانون المدني الفرنسي، انما يمثل تراث وحضارة فرنسا، وهكذا الحال بالنسبة للقوانين الصادرة في الدول الأخرى، واغلبها مستمدة من القانون الروماني،في حين ان لنا تراث وحضارة نعتز بها، وان المرحوم الأستاذ الدكتور عبد. الرزاق السنهوري، وهو واضع العديد من القوانين المدنية العربية، دعا الى اشتقاق القانون المدني في المستقبل من الشريعة الإسلامية،ويجب ان يكون في منطقه وفي صياغته وفي أسلوبه فقها إسلاميا خالصا لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية ، ومن ثم فان الامل معقود على ان يكون الفقه الإسلامي المصدر الأساسي للقانون المدني في المستقبل، بما ينسجم مع تراثنا وتقاليدنا ، مع الاستفادة من مشروعات القوانين التي تطرقنا اليها في هذه الدراسة.

لذلك نوصي:

١. اعتماد الفقه الإسلامي المصدر الوحيد في إعداد القانون المدني المستقبل ، في كلياته وفروعه.

٢ . التوسع في دراسة احكام الفقه الإسلامي وأصول الفقه الإسلامي في كليات القانون(الحقوق).

٣ . تشجيع الدراسات المقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، والاهتمام بنشرها.

٤ . تشكيل جمعية للقانون المقارن، بعد ان تم حل الجمعية التي كانت مؤسسة منذ عام ١٩٦٧في بغداد،لكي تهتم بالدراسات والبحوث المقارنة ، بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في مختلف بلدان العالم،وتمارس نشاطا علميا في مجال اختصاصها واللقاءات العلمية او المساهمة فيها،وتصدر مجلة دورية محكمة علميا، لنشر البحوث المقارنة،بعدة لغات.

٥ . عقد الحلقات النقاشية وتنظيم المؤتمرات المكرسة للدراسات المقارنة بين احكام الشريعة الإسلامية وقوانين الدول .

٦ . السعي لإنشاء معهد عال يعنى بالدراسات القانونية المقارنة.

المصادر

أولاً- كتب قانونية:

1 . احمد ادريوش ،اصول قانون الالتزامات والعقود التونسي، الرباط 1996، .

2 . احمد عبيد جامسم،التاصيل الفقهي للقانون المدني العراقي، اطروحة دكتوراه ،بيروت ،منشورات زين الحقوقية ، 2013 .

3 . برهام عطا الله، اساسيات القانون الوضعي ،المكتبة القانونية ،١٩٦٨ .

4 . بوجمعة حمد اثر ،احكام الفقه الاسلامي في القانون المدني الجزائري ،اطروحة دكتوراه ،جامعة الحاج لخضر . باتنة/1 ،كلية العلوم الاسلامية ،قسم الشريعة، السنة الجامعية 1438 – 1439 للهجرة ، 2017 – 2018 م .

5 حازم زهور عدي، تاريخ القانون المدني في الدول العربية،٢٠١٨ .

6 . حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون ، القاهرة ،دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

7 . حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات ،بغداد ،1976 .

8 . خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ، كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٧.

9 . ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية ، بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٣٢٦ للهجرة ٢٠٠٥.

10. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ،وزارة العدل ، مطبعة وزارة العدل ،١٩٨١.

11 .سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، قام بتحقيق الكتاب بغية اصداره في طبعة جديدة الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج والأستاذ الدكتور علي جمعة محمد والأستاذ احمد جابر بدران وصدرت الطبعة الثانية في اربعة مجلدات عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في القاهرة 1427 للهجرة الموافق 2006م .

12 . صوفي حسن أبو طالب تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ، القاهرة، دار النهضة العربية ،١٤١٠ للهجرة ١٩٩٠م.

.....

13 . طه المكاشفي، تطبيق الشريعة الاسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة،الزهراء للاعلام ، دون سنة الطبع.

14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ، 2000م .

15 . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام ، مطبعة نهضة، مصر، ١٩٥٤.

16 .عبد الستار آدم ،الشريعة الإسلامية والقانون والمدني المصري، القاهرة، ١٣٨٩ للهجرة ١٩٦٩م .

17 . عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة ، دمشق، دار الفكر ،1972.

18 . عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد، المطبعة العربية ،1964.

19 . عبد المجيد الحكيم، الموج في شرح القانون المدني ،الجزء الاول، في مصادر الالتزام ، بغداد ، 1974 .

٢٠ . عبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ،القاهرة ،١٩٨٤.

٢١ عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، القاهرة،١٩٩٨ .

22. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ،بغداد ،وزارة العدل الثقافة القانونية ،1413 للهجرة 1993م.

٢٣ . عصمت عبد المجيد بكر،اصالة الفقه الاسلامي (دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة واصالة المبادئ والنظم في الفقه الإسلامي) ، بيروت ، دار الكتب العلمية٠،٢٠١٠.

٢٤ . عصمت عبد المجيد بكر، المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين العثماني والجمهوري التركي، بيروت ،دار الكتب العلمية ،٢٠١٢.

٢٥ . عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، بيروت، منشورات زين الحقوقية ،٢٠١٦ .

٢٦ . عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة،اربيل 1432، للهجرة 2011م .

٢٧ . عصمت عبد المجيد بكر، تعليقات على القانون المدني العراقي في ضوء مجموعة الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية المختصرة ومشروع القانون المدني عام ١٩٥٠، بغداد ، دار ومكتبة المسلة القانونية ،2023.

٢٨ . غني حسون طه ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ،مصادر الالتزام ،بغداد ،مطبعة المعارف، 1971 .

٢٩ . فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ،بغداد ،1969 .

٣٠ . فاطمة محمد عبد العليم ،اثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراه ،جامعة القاهرة، 2001م .

٣١ . محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين ،بيروت ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٧٩ .

٣٢ . محمد زكي عبر البر، تقنين الفقه الاسلامي المبدأ .المنهج. التطبيق، دار احياء التراث ،قطر، 1986 .

٣٣ . محمد شفيق العاني، الفقهى الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية،القاهرة ،1965.

٣٤ . محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ، القانون الروماني (الأموال والالتزام) ،محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٧ –١٩٨٨.

٣٥ . محمد محي الدين ابراهيم سليم ،نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ،الاسكندرية ،دار المطبوعات الجامعية ،2010 .

٣٦ . محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية ،عمان، ٢٠٠١ .

٣٧ . محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول،القاهرة ، دارالسلام ،٢٠١٢.

٣٨ . مصطفى الزرقا ،عقد البيع ،دمشق ، ١٩٥٧ .

٣٩ . مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دمشق ،دار القلم ،1409 للهجرة 1988م .

٤٠ . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته ، دمشق ،دار القلم ،1404 للهجرة 1984م .

ثانياً– بحوث ومقالات:

١ . احمد ادريوش، القانون المقارن، الدرس الافتتاحي القي على طلبة الماستر في العلوم القانونية،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،آكدال بجامعة محمد الخامس ، الرباط ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م .

٢ . الفضل بن غصن بن سنان الهنائي ومحمد عواد السكر، قانون المعاملات المدنية العماني ، ومدى تأثره بالفقه الإسلامي، مجلة (دراسات)علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد(٤٤) ،العدد(١)، ٢٠١٧ .

.....

٣ . بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،العدد السابع، المجلد الثاني ، سبتمبر ٢٠١٧.

٤ . بوزغيبة محمد ، الاصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود ، مقال ضمن كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود، 2006 .

٥ . جان سمتس وكارولاين كالوم ،الاصلاحات المتدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي ،ترجمة الدكتور نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة ،العدد(20) .

٦ . حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري ، دراسة مقارنه، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٣ .

٧ . حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، جامعة الوادي، العدد(٢)، شعبان ١٤٣٧ للهجرة جوان ٢٠١٦.

٨ . رحيل محمد الغرايبة ،اثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦ ،المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد(١٣) ،العدد(٢)، ١٤٣٨ للهجرة ٢٠١٧م .

٩ . شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادؤها كمصدر للقانون المدني، شعار دون اثر قانوني، حوليات جامعة الجزائر(١) ،العدد (٣١) ،الجزء الثاني .

١٠ . شوقي بناس، تاثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري ، الالتزامات انموذجا. ملتقى دولي،الجزائر ٢٤ . ٢٥ / أكتوبر ،٢٠١٦ ،جامعة الجزائر(١) .بن يوسف بن خدة، القانون المدني بعد أربعين سنة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر(١)،العدد(٥) ، ٢٠١٦ .

١١ . عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، بغداد، السنة الثانية ،مارس، 1936 .

١٢ . عبد الرزاق السنهوري ، مجموعة مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهوري، القاهرة ،مطبعة جامعة القاهرة ،١٩٩٢.

١٣ . عبد الرزاق عبد الوهاب.، مشروع القانون المدني العربي الموحد، مجلة دراسات قانونية ،بغداد ،بيت الحكمة ،العدد الاول،2002 .

١٤ . عثمان حسين عبد الله ، الفقيه والرائد والمشرع العظيم السنهوري، مجلة إدارة قضايا الدولة ،١٩٨٩ .

١٥ . عدنان ابراهيم سرحان، تقييم موقف التشريع والقضاء الاماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،(مصر) ،العدد(2) ، سنة 2010 .

١٦ . عدنان إبراهيم سرحان، اساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفقا لاصوله من الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة ، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ،مصر، العدد،(13)، 2005 .

١٧ . عصمت عبد المجيد بكر،ريادة القانون المدني العراقي للقوانين المدنية العربية، مجلة التشريع والقضاء، بغداد ،العدد الاول ، السنة العاشرة ، 2018 .

١٨ . علي خدوجة،الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي واثره على القوانين العربية، مجلة حوليات ،جامعة الجزائر(١) ،المجلد(٣٥) ،عدد خاص، ٢٠٢١ .

١٩ . عمر صلاح العزاوي ، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة،نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،السنة السابعة ،العدد(٢)،العدد التسلسلي(٢٦)، شوال ١٤٤٠للهجرة ، يونيو ٢٠١٩م .

٢٠ . فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، الجزء الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، العدد الثاني ،2014.

٢١ . ماجد مجباس حسن، الاتجاهات الحديثة في تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 ،منشور في الموقع الالكتروني/ – iq.law uomisan .edu.

٢٢ . محمد حسين قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد(1100 الى 7.1231)من القانون المدني الفرنسي، ترجمة مع المقدمة التي كتبها للترجمة ،بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.

٢٣ . محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث –الثابت والمتغير،قراءة نقدية في قانون اصلاح العقود والاثبات رقم 131. 2016،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد(1) ،السنة السادسة ،العدد التسلسلي(21) جمادى الاخرة ، رجب 1439 للهجرة ، مارس 2018.

٢٤ . نجيمة بو علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حوليات ،جامعة الجزائر(١) ،المجلد (٣٤) ،العدد(٤)٢٠٢٠ .

.....

٢٥ . يزيد بوحليط، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة(٨/ماي ١٩٤٥)، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق، الجزائر،الملتقى الوطني حول القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري ومواكبة حركة التشريع العالمية يوم ٢٦/ نوفمبر ٢٠١٩.

ثالثاَ- متون القوانين المدنية العربية:

١ . مجلة الالتزامات والعقود التونسي الصادر بالامر المؤرخ في ٣٠ / مارس ١٩٠٦.

٢ . مجلة الالتزامات والعقود المغربي الصادر في ١٩١٣/٨/١٢م.

٣ . قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9 وتعديلاته.

٤ . القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948.

٥ . القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم(84) لسنة 1949 .

٦ . القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 .

٧ . القانون المدني الليبي لعام 1953.

٨ . القانون المدني الجزائري رقم(75 .58)المؤرخ في 20 رمضان 1395 للهجرة الموافق 26 سبتمبر 1975 م.

٩ . القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

١٠ . القانون المدني الكويتي رقم(67) لسنة 1980.

١١ . قانون المعاملات المدنية السوداني رقم(6) لعام 1984.

١٢ . قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم(5) لسنة 1985.

١٣ . قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني رقم(126.89 الصادر في 14 سبتمبر 1989 المعدل بالقانون رقم 2001 .31 الصادر في 7 فبراير 2001.

١٤ . القانون المدني البحريني رقم(19) لسنة 2001.

١٥ . القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004.

١٦ . القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012 .

قانون المعاملات المدنية العماني رقم(29) لسنة 2013.

١٧ . القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية،اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب بالقرار المرقم ق 228 /د 12 في 1996/11/19م .

١٨ . مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية مع مذكرته الايضاحية.

١٩ . مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٦٨ مع مذكرته التفسيرية.

رابعاً– الاعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية:

١ . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري القاهرة.

٢ . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي.

٣ . المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ،اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين، عمان /الاردن / 2000م .

٤ . المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني .

٥ . المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي. .إصدار وزارة العدل الإماراتية .

٦ .المذكرة المقارنة لمشروع القانون المدني العراقي عام ١٩٨٦.