

# القانون المدني العربي

بقلم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري

رئيس مجلس الدولة

القانون المدني العربي تعبير عن شيء لم يوجد ، والأدق أن يقال عن شيء لما يوجد . ذلك أن وجود قانون مدني عربي أمر ممكن ، بل هو أمر واجب . فهو إذا لم يوجد اليوم ، فمن حقنا أن نتوقع وجوده في الغد .

وأبادر إلى القول أنني أحد المؤمنين بالوحدة العربية . فهي شيء في طبيعة الشعوب العربية . وهذه الشعوب أمة واحدة ، إذا تقسمتها دول متعددة ، فهذا عارض يزول بزوال أسبابه . ومن أقوى الأركان التي تقوم عليها الوحدة العربية وحدة الثقافة . ومن أهم الأسباب لتوحيد الثقافة أن تتوحد الثقافة القانونية . ومن هنا ينبعث إيماني بضرورة العمل على إيجاد قانون مدني عربي .

وحتى نطمئن إلى أن العمل منتج مثمر ، بل لكي نستوثق أن قانوناً مدنياً عربياً سيوجد في الغد ، وأنا سنشارف عهداً جديداً للبلاد العربية يكون لها فيه قانون مدني موحد ، يجب أن نستقرئ الماضي ، وأن نستعرض الحاضر ، لنستطلع في ضوءهما ما يطويه المستقبل .

— ١ —

## المـاضـى

إذا ذكرت « القانون المدني » فانما أقصد بهذا التعبير قانون المعاملات المالية لا قانون الأحوال الشخصية ، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية ، بالنسبة إلى المسلمين في البلاد العربية ، وهم الأغلبية العظمى في هذه البلاد ، لا يحتاج في توحيدهِ إلى جهد كبير . فرجعه الأول هو الفقه الإسلامي ، وتوحيد هذا

القانون بالنسبة إلى المسلمين في البلاد العربية أمر ميسور ، بل هو أمر قد بدأ بالفعل في مصر بتقنين أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية والوصاية والقوامة ، فلم يبق إلا تقنين أحكام الزواج والنسب ليتم بذلك تقنين كامل للأحوال الشخصية أرجو أن يكون نموذجاً صالحاً يوضع تحت نظر البلاد العربية الأخرى ليكون نواة لتوحيد التقنين في الأحوال الشخصية على أساس الفقه الإسلامي .

ويحسن منذ الآن أن أحدد ما أقصد بالبلاد العربية ، فهى في الشرق - مصر وفلسطين والأردن وسورية ولبنان والعراق والمملكة العربية السعودية واليمن ، وتضمها كلها جامعة الدول العربية ، وهى في الغرب ليبيا وتونس والجزائر ومراكش .

وقد كانت هذه البلاد في الماضي ، بالنسبة إلى قانون المعاملات المالية أى القانون المدنى ، تنقسم طوائف ثلاثاً :

( فالطائفة الأولى ) قانونها المدنى قانون غير مكتوب . وهذه هى :

( ١ ) المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الوهابيين وهو فرع من المذهب الحنبلى .

( ٢ ) اليمن ، ويطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الزيدية ، وهو مذهب شيعى قريب من المذهب الحنفى .

( والطائفة الثانية ) قانونها المدنى هو تقنين للشريعة الإسلامية فى المذهب الحنفى ، أصدرته الدولة العثمانية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر تحت اسم معروف هو « مجلة الأحكام العدلية » . فشمل البلاد العربية التى كانت تحت الحكم العثمانى . وبقى بعد انهيار الدولة العثمانية ، معمولاً به فى سورية وفلسطين وشرق الأردن والعراق وليبيا .

( والطائفة الثالثة ) قانونها المدنى مقتبس من القانون المدنى الفرنسى . وهذه تشمل مصر ولبنان وتونس والجزائر ومراكش .

والتفسير التاريخى لانقسام البلاد العربية ، من ناحية قانونها المدنى ، إلى هذه الطوائف الثلاث يتلخص فيما يأتى :

كانت هذه البلاد جميعها - فيما عدا مراکش وأجزاء من اليمن - مندوحة في الامبراطورية العثمانية حتى القرن التاسع عشر ، وكان الفقه الإسلامي غير المقنن هو المعمول به فيها جميعاً .

فاستقلت مصر استقلالاً ذاتياً تحت حكم محمد علي ، ولما قننت الدولة العثمانية الفقه الإسلامي في مجلة الأحكام العدلية ، لم يمتد هذا التقنين إلى مصر ، وبقيت هذه على ما كانت عليه من تطبيق الفقه الإسلامي غير المقنن مع بعض من التشريعات الفرنسية وبخاصة في القانون التجاري ، ثم دخلت في عصر إصلاح قضائي تحت حكم اسماعيل ، وامتد عصر الإصلاح إلى أوائل حكم توفيق فأُنشئت المحاكم المختلطة فالمحاكم الوطنية على غرار المحاكم الفرنسية ووضعت تقنينات حديثة تطبقها هذه المحاكم ، في سنتي ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، أخذت كلها من التقنينات الفرنسية ، وعلى رأس هذه التقنينات القانون المدني . ومن ثم أصبحت مصر ذات قانون مدني مقتبس من القانون الفرنسي .

وضمت فرنسا الجزائر إلى بلادها في سنة ١٨٣٠ ، فامتد القانون المدني الفرنسي إلى الجزائر بهذا الضم . ثم أعلنت فرنسا حمايتها على تونس فمراكش ، وأدخلت فيهما تقنينين مماثلين ، الأول لتونس في سنة ١٩٠٦ والثاني لمراكش في سنة ١٩١٣ ، وهما تقنينان مقتبسان من القانون المدني الفرنسي ، ولكنهما أحدثت منه عهداً وأكثر مسaire لحركة التقدم القانوني .

ولما تفككت الامبراطورية العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى ، دخلت سورية ولبنان في الانتداب الفرنسي ، والعراق وشرق الأردن وفلسطين في الانتداب البريطاني . واستقل الحجاز ، ولكن الملك ابن السعود استولى عليه وأدمجه في نجد ، وجعل منهما المملكة العربية السعودية . وبقي اليمن مستقلاً كما كان ، وكان الإيطاليون قد استولوا على ليبيا قبيل الحرب ، ولكنهم لم يغيروا قانونها المدني ، وبقيت المملكة العربية السعودية على مذهبها الوهابي ، واليمن على مذهب الزيدية ، كذلك بقيت سورية بالرغم من الانتداب الفرنسي ، والعراق وشرق الأردن وفلسطين بالرغم من الانتداب البريطاني ، على مجلة الأحكام العدلية . أما لبنان فقد ترك الحجة ، وكان لا يزال تحت الانتداب الفرنسي ، إلى القانون المدني اللبناني

وهو قانون مقتبس من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع ، متأخر عنه من ناحية الصياغة .

وهكذا انقسمت البلاد العربية ، من ناحية قانونها المدني ، إلى الطوائف الثلاث التي قدمنا ذكرها .

## — ٢ —

### الحاضر

أما في الوقت الحاضر ، أي بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ، فقد بقيت الطائفة الأولى على حالها : المملكة العربية السعودية تطبق المذهب الوهابي ، واليمن يطبق المذهب الزيدي . فاذا نحن أغفلنا هذه الطائفة ، وأخرجناها من دائرة البحث إلى أن يحين الوقت الذي تتمكن فيه من المشاركة في حركة التقنين المدني العربي ، وجدنا حركة التقنين هذه يتجاذبها في الوقت الحاضر تياران أساسيان .

يتمثل التيار الأول في مصر وقد اتخذت لها قانوناً مدنياً جديداً اقتبست منه سورية قانونها الجديد . والبلدان ينتميان إلى الثقافة المدنية الغربية . وينضم إليهما في ذلك لبنان وتونس والجزائر ومراكش ، وقد استبقى كل منها قانونه المقتبس من القانون الفرنسي .

ويتمثل التيار الثاني في العراق ، وقد اتخذ له هو أيضاً قانوناً مدنياً جديداً لم يهجر فيه المحلة هجراً تاماً ولم يعتنق القانون الغربي في حملته ، بل أصبح وسطاً بين الاثنين . ويدور في فلك العراق الأردن وفلسطين ، وقد استبقى كل من البلدين « مجلة الأحكام العدلية » .

هذان التياران الأساسيان سيتنازعان في المستقبل السيادة في حركة التقنين المدني العربي . فلأيهما ستكون الغلبة ؟ لا أحسب أن أيّاً منهما سيتغلب على الآخر لأن كلا منهما حلقة تكمل الأخرى في سلسلة من التطور لا بد له من أن يسير إلى غايته ، فينتهي إلى القانون العربي الجديد ، وهو الأمل الذي يطالعنا به المستقبل . ولكن قبل أن ننقل إلى المستقبل نقول كلمة موجزة في كل من هذين القانونين الجديدين : القانون المصري والقانون العراقي .

## القانون المدني المصري الجديد :

مصادره : استقى القانون المدني المصري الجديد نصوصه وأحكامه من منابع ثلاثة : القانون المدني المصري السابق ، والفقهاء الإسلامى ، والقوانين الغربية الحديثة . وأهم مصدر من هذه المصادر الثلاثة هو القانون المدني السابق ، نصوصه وقضاؤه . فقد أراد المشرع المصري ألا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى فنقل إلى القانون الجديد ما لا يزال صالحاً من نصوص القانون القديم ، ثم قنن أحكام القضاء المصري لخلاء الغامض فى هذه النصوص ، ولعلاج ما شابها من عيب ، ولاستكمال ما اعتورها من نقص . ومن ثم أمكن القول أن القانون الجديد لم يحدث ثورة ولم يجر انقلاباً ، بل انتقل فى رفق وهودة من مرحلة إلى مرحلة : من مرحلة كان فيها يقلّد القانون الفرنسى تقليداً أعمى ، ويضيف إلى عيوبه عيوباً من عنده ، وكان كثير من أحكامه لا تحتويه النصوص بل تراه مبعثراً فى أحكام القضاء المصري ، إلى مرحلة ابتعد فيها من التقليد الحرفى وقنن هذه الأحكام المنتشرة فى مجموعات القضاء المصري الضخمة ، فاستوت نصوصاً قريبة المأخذ واضحة المعنى مستقرة الوضع .

والمصدر الثانى هو الفقهاء الإسلامى . وقد احتفظ المشرع المصري بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه . فبيع المريض مرض الموت والأهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة والغبن فى بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحوادث المشتركة ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها القانون القديم واستبقاها القانون الجديد بعد أن هدّتها وصحّح فيها ، ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاماً استمدّها من الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية معاً ، كما فعل فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى حوالة الدين وفى مبدأ الحوادث الطارئة ، وأحكاماً أخرى استمدّها من الفقه الإسلامى وحده ، كما فعل فى مجلس العقد وفى إيجار الوقف وفى الحكر وفى الإبراء من الدين . ثم جاوز هذا وذاك ، وجعل الفقه الإسلامى مصدراً من مصادره الرسمية إذ قضت المادة الأولى منه بأنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ،

فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . على أن المشرع المصرى ، بالرغم من كل هذا ، لم يخط خطوة حاسمة فى جعل القانون المدنى مشتقاً فى مجموعه من الفقه الإسلامى . فلا يزال القانون المدنى الحديد يمثل الثقافة المدنية الغربية لا الثقافة القانونية الإسلامية . وإذا كان قد جعل الفقه الإسلامى من بين مصادره الرسمية ، فقد جعله يأتى فى المكان الثالث بعد النصوص والعرف . والسياسة التى سار عليها المشرع المصرى فى ذلك هى سياسة الأناة والتبصر ، فقد وجد المجتمع المصرى محكوماً منذ قرابة قرن بقوانين مدنية غربية باعدت ما بينه وبين الفقه الإسلامى ، فأصبح الرجوع فجأة إلى الفقه الإسلامى عسيراً لما يحدث من قلقلة فى التعامل ومن بلبلة فى التفكير القانونى . ورأى المشرع مع كل ذلك أن يرجع خطوة إلى الشريعة الإسلامية ، إذ استزاد كما قدمنا من أحكام الفقه الإسلامى وجعله مصدراً رسمياً من بين مصادره . وتربص حتى يأخذ الفقه الإسلامى بأسباب التطور على النحو الذى سنشير إليه فيما يأتى . فإذا ما اكتمل هذا الفقه تطوره ، أمكن وقتئذ أن تصبح الثقافة المدنية المصرية ثقافة إسلامية .

والمصدر الثالث هو القوانين الغربية الحديثة فى مختلف طوائفها ، من لاتينية وجرمانية . ولم يبلغ المشرع المصرى من الرجوع إلى هذا المصدر إلا أمرين : ( أولهما ) أن يبتعد عن التقليد المحض للقانون الفرنسى ، فقد كان القانون القديم صورة ناقصة من هذا القانون ، يجرى فى مداره ، ولا ينحرف عن أفقه . فأراد المشرع المصرى أن يجعل القانون الحديد يمثل الثقافة المدنية لا فى صورتها الفرنسية فحسب ، ولا فى صورتها اللاتينية الحديثة فحسب ، ولا فى صورتها الجرمانية فحسب ، بل فى هذه الصور مجتمعة ، يتخير منها ما يساير روح العصر ويتسق فى الوقت ذاته مع تقاليد المجتمع المصرى . فالقانون الحديد من حيث مصادره هو قانون متخير . ( والأمر الثانى ) أن ينتفع بأساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيراً بعد صدور القانون المدنى الفرنسى منذ قرن ونصف قرن . فأصبح القانون الحديد يبارى فى الترتيب والتبويب والأسلوب والصياغة أحدث التقنيات المدنية الغربية .

ومن ثم يمكن القول في طمأنينة أن القانون المصري الحديد يمثل الثقافة المدنية الغربية أصدق تمثيل ، ويمثلها في أحدث صورة من صورها ، ويؤكد هذا المعنى ما ارتسمه من اتجاهات عامة ، تنتقل الآن إليها .

اتجاهاته العامة : يمكن تلخيص هذه الاتجاهات في لفظ واحد هو « الاعتدال » . وكما أن جماع الوصف في القانون المدني الحديد من حيث مصادره هو أنه قانون متخير ، كذلك جماع الوصف فيه من حيث اتجاهاته العامة هو أنه قانون معتدل .

هو قانون معتدل ، يتوسط بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة . وعوامل التطور في القانون المصري الحديد هي هذه المعايير المرنة التي جعلها مكان القواعد الحامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاه للقاضي . فقد ترك القانون الحديد ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، هذه القواعد الحامدة التي تضع للمسألة حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، وآثر عليها المعايير المرنة يضعها هادياً للقاضي فيسترشد هذا بها فيما يعرض له من الأقضية ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغير الحلول بتغير الظروف . من ذلك معيار « الغلط الجوهري » استبدله بالقاعدة القديمة التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار « التبدليس الجسيم » ، ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » في الإكراه ، ومعيار « الباعث الدافع إلى التعاقد » في نظرية السبب ، ومعيار « العذر المقبول » عند الرجوع في الهبة . كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وهي بعد معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته . ثم إن القانون الحديد أفسح المجال للمرونة والتطور بما أعطى القاضي من سلطة تقديرية واسعة ، تصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . فيجوز للقاضي إذا قام خلاف بين المتعاقدين في مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها من قبل أن يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعادة . ويجوز له أن ينقص التزامات

المتعاقد المغبون في حالة الاستغلال ، وأن ينتقص من العقد إذا كان في شق منه باطلا ، وأن يحوله إلى عقد آخر ، وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة ، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، وأن يخفض التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه ، وأن يقدر ما هي الحالات التي يقوم فيها التزام طبيعي ، وأن يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو الميسرة ، وأن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، وأن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها . وإذا كان القانون الجديد لم يبلغ فيما أعطاه للقاضي من سلطة تقديرية مدى ما بلغ القانون السويسري الذي جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير مايسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف ، فتكون هذه الأحكام أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطوراً مستمراً ، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال .

أما عوامل الاستقرار في القانون الجديد فأهمها المعايير الموضوعية التي استكثر منها . والأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في كثير من الحالات . وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للمعايير الذاتية . وبقى الآن أن نذكر أن أكثر المعايير التي وضعها القانون الجديد ليست معايير ذاتية ، بل هي معايير موضوعية . وقد قصد هذا القانون من ذلك إلى إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات القانون الجديد . وقد أراد هذا أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز القوانين اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً . فمن المعايير الموضوعية التي اتخذها معيار « عناية الشخص المعتاد » ، طبّقه في نواح مختلفة . فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في

تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد . والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . والمودع عنده في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك مزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب عليه أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد . ومن المعايير الموضوعية ما نص عليه القانون الجديد في الاستغلال إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وما نص عليه في المسئولية عن الأشياء من أن الشخص يكون مسئولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر من أنه هو الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، وما نص عليه في تحديد العيب الخفي من أنه عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه ، وما نص عليه في الإيجار من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف . وإلى جانب المعايير الموضوعية أخذ القانون الجديد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات توخياً لاستقرار التعامل . فعل ذلك في تكوين العقد إلى حد أن أقام العقد على الإرادة الظاهرة في بعض الفروض ، وفي تفسير العقد إلى حد أن قرر أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

وقد وقف القانون المصري الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً ، فلا هو ضحى الفرد لمصلحة الجماعة ، ولا هو بنحى الجماعة لمصلحة الفرد .

حمى الفرد ، فأفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً . ففي نطاق العقد أقر مبدأ

سلطان الإرادة وان كان قد أورد عليه قيوداً معقولة . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد وهي التي ترتب آثاره ، ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، فإن القانون الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ما تتجه إلى تحقيقه من آثار في حدود معقولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو . وفي نطاق الملكية استبقى القانون الجديد الملكية الفردية وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته وإلى من أوصى لهم . فالقانون الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته في التعاقد وحرية في التملك .

ولكن القانون الجديد حمى الجماعة أيضاً تمشياً مع روح عصره ومسايرة للتطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية . ففي نطاق العقد قيد سلطان الإرادة ، والتزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف ، فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعينها أن تحمي الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي . فعل القانون الجديد ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وفي نظرية الحوادث الطارئة وفي عقد العمل وفي عقد التأمين وفي أحكام أخرى كثيرة غيرها . وفي فوائدهم الدين لم يقتصر على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضي الفوائد . وفي نطاق الملكية جعل القانون الجديد الملكية وظيفية اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً بما أورد على هذا الحق من قيود كثيرة . فقد أوجب على المالك

ألاّ يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وقيّد الملكية في الشرب والحجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية ، بما يغل يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلغلة في الصميم من نظام الملكية . فالقانون الجديد قد خطا بما وضعه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق الملكية ، خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية .

هذه هي الاتجاهات العامة للقانون المصري الجديد . ونراها تؤكّد هذه الفكرة التي سبقت الإشارة إليها . وهي أن هذا القانون يمثل أصدق التمثيل الثقافي المدنية الغربية في العصر الذي نعيش فيه .

القانون المدني العراقي الجديد :

مصادره : استقى القانون المدني العراقي الجديد هو أيضاً من منابع ثلاثة :

مجلة الأحكام العدلية ، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل ، والقانون المدني المصري الجديد .

وقد كانت القوانين المدنية العراقية قبل صدور القانون المدني الجديد مشتتة منتشرة في مصادر متفرقة . فالحجة ، وهي أهم هذه المصادر ، كانت تضم الأحكام الكلية والعقود المعينة وبعض قواعد الملكية والحقوق العينية ، والكثرة الغالبة من نصوصها كانت تتعلق بالعقود المعينة . وقانون الأراضي ، وهو قانون عثماني قديم ورثه العراق عن الدولة العثمانية ، كان ينظم نوعاً خاصاً من الملكية هو حق التصرف في الأراضي الأميرية . وكانت هناك تشريعات عراقية خاصة ، موروثه هي أيضاً من الدولة العثمانية ، تنظم الرهن التأميني . أما رهن الحيازة فكان مكانه المحلّة باعتباره عقداً من العقود المعينة . وأما التسجيل وشهر الحقوق العينية في « الطابو » فقد اشتملت تشريعات خاصة على قواعدهما . وانتشرت قواعد مدنية هامة في ثنايا قوانين الإجراءات ، في قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الإجراء وقانون المحاكم الصلحية . والسبب الرئيسي لهذا التشتت موروث أيضاً عن الدولة العثمانية ، فقد كانت هذه الدولة تلتزم بوجه عام الفقه الإسلامي في

تشريعها المدني ، وقد قننت هذا الفقه في المحلة كما سبق القول . ولكن الحاجة كانت تلجئها إلى وضع تشريعات مدنية تفتضيها الضرورة ، فلم تكن تستطيع أن تدخل هذه التشريعات في صلب المحلة حتى لا يقال أنها أدخلت على الفقه الإسلامي شيئاً غريباً عنه . فلجأت إلى هذه التشريعات الخاصة التي سبقت الإشارة إليها ، وورثها العراق عنها ، ثم عمدت إلى قوانين الإجراءات ، وهي مأخوذة من القانون الفرنسي ، فحشرت بين نصوصها ما رأته اقتباسه من الأحكام المدنية الفرنسية .

وقد واجهت هذه الحالة المضطربة عندما عهدت إلى الحكومة العراقية ، مع لجنة من كبار رجال القانون في العراق ، في وضع مشروع لقانون مدني عراقي يلم شتات هذه التشريعات المبعثرة ، ويؤلف ما بين أجزائها ، وينسق ما بين نصوصها . فاستبقينا ، كمصدر أول من مصادر القانون العراقي الجديد ، نصوص المحلة بعد تهذيب استعنا فيه بنصوص مرشد الحيران لصاحبه محمد قدرى باشا . وأضفنا إلى هذا المصدر ما جمعناه من التشريعات العراقية الخاصة كقانون الأراضي وقانون الرهن التأميني وقانون « الطابو » . وانزعنا الأحكام المدنية من قوانين الإجراءات وأقررتها في مكانها من القانون المدني الجديد . واستكملنا كل هذا - ولم يكن وافياً بالحاجة في تقنين مدني حديث - بالاستعارة من القانون المصري الجديد . وجهدنا أن يكون هذا المجموع غير متنافر الأجزاء ، وأن تنسق النصوص وتنسجم الأحكام ، حتى لا تكون هذه المصادر المتفرقة سبباً في أي تعارض يقع بين نواحي القانون الجديد .

وقد استعرضت المذكرة الإيضاحية ( الأسباب الموجبة ) لمشروع القانون المدني العراقي هذه الحالة القديمة ، فبينت أن تشتت قواعد القانون المدني في مصادر متفرقة كان خليقاً أن يحمل الباحث مشقة بالغة في تقصي القواعد القانونية في مظانها ، ثم أن اشتقاق الأحكام من مصادر متباينة لم يقترن في الماضي بأية محاولة للتنسيق . « وقد ترتب - كما تقول هذه المذكرة الإيضاحية - على ذلك أمران : الأول تعذر استخلاص أحكام عامة تسيطر على القانون المدني بأسره ، كأحكام النظرية العامة للالتزام . وهذه الأحكام أهميتها ، لا باعتبارها مرجعاً يلجأ إليه

القاضي ان افتقد الحكم بصدد مسألة من المسائل فحسب ، بل وباعتبارها مرشداً يسد خطى المشرع في وضع التشريعات الخاصة . والأمر الثاني خلو قواعد القانون المدني العراقي من معنى التجانس ، وهو معنى لا يتوافر إلا من طريق تنسيق جامع ، تهاسك بفضله الأصول العامة ، وتهذيب الأحكام التفصيلية تهذيباً يحكم ارتباطها فيما بينها ، ويحلها المحل المناسب في كنف هذه الأصول . ولا يتيسر هذا التنسيق ما بقي النشاط التشريعي موزعاً متقطعاً ، ولكنه يتاح بتعديل شامل يتناول قواعد القانون المدني في جملتها دون أن يقتصر على جوانب أو فروع منها . وقد عني المشروع بهاتين الناحيتين عناية خاصة ، فحرص على أن يجمع شتات قواعد القانون المدني بين دفتي تقنين واحد ، وبذلك عادت أكثر القواعد المشتتة إلى مكانها المناسب من هذا التقنين . ومن أبرز ما يساق من الأمثلة في هذا الصدد وضع الأحكام التي تضمنها قانون الأراضي والأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية في صعيد واحد مع سائر الأحكام الخاصة بالملكية والحقوق العينية . وكذلك جهد المشروع في التنسيق بين الأحكام التي اشتمل عليها . فألف بين ما استمد من الفقه الإسلامي وبين ما اشتق من غيره من المصادر . وبهذا تسنى له أن يحقق غرضين : أولهما إفساح المجال لأحكام كلية تركز فيها نظريات عامة أخصها نظرية الالتزام ، والثاني وهو الأخطر التمهيد للقانون المدني العربي .

وقد تابع القانون المدني العراقي الجديد القانون المدني المصري الجديد في الترتيب والتبويب متابعة تامة . ففي باب تمهيدى بينت مصادر القانون العراقي ، وقررت القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان ، وبالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وبتقسيم الأشياء والأموال على النحو المعروف في القوانين المدنية الغربية . ويمكن القول أن هذا الباب التمهيدى منقول كله نقلاً يكاد يكون حرفياً من القانون المصري الجديد ، فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المحلة .

ثم ينقسم القانون العراقي ، كالقانون المصري ، إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما للحقوق الشخصية والآخر للحقوق العينية . ففي القسم الأول صيغت

نظرية عامة للالتزام ، جمعت أجزاؤها من نصوص المحلة حيث تعرض لبعض القواعد العامة في الالتزام في ثنايا النصوص الواردة في العقود المعينة ، وأكملت بنصوص القانون المصري الجديد . وأعقبت نظرية الالتزام العقود المعينة ، فقسمت إلى طوائف خمس على النحو الذي نراه في القانون المصري الجديد ، ولقيت في نصوص المحلة مادة خصبة استقت منها في غير عناء ، واستكملتها بنصوص من القانون المصري .

وتناول القسم الثاني الملكية والحقوق العينية الأصلية. ففصل أحكامها موقفاً ما بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص المحلة من جهة وبين مبادئ القوانين الغربية مقتبسة من نصوص القانون المصري الجديد من جهة أخرى . وأدمج في هذا كله نصوص قانون الأراضي ، بعد أن هذب صياغتها ، ووضح المبهم منها . ثم اشتمل على التأمينات العينية فوفق في الرهن الرسمي ما بين أحكام التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المصري الجديد ، وألف ما بين هذه النصوص ونصوص المحلة في رهن الحيازة ، واحتذى في حقوق الامتياز مثال القانون المصري الجديد .

ونتبين من ذلك أن مصادر القانون العراقي هي ، كما سبق القول ، نصوص المحلة ونصوص التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المدني المصري الجديد .

اتجاهاته العامة : وكل ما قدمناه من اتجاهات عامة للقانون المصري الجديد ، من طابع الاعتدال ومن التوسط بين الاستقرار والتطور وبين حماية الفرد وحماية الجماعة ، نستطيع أن نثبته للقانون العراقي الجديد ، فان النصوص ، في النصف منها على الأقل ، واحدة في القانونين .

ويتميز القانون العراقي الجديد باتجاه خاص يتفرد به عن القانون المصري الجديد وعن سائر القوانين الحديثة . فهو أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متساو في الكم والكيف . وهذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث . ذلك أن الشريعة الإسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب

الاجتهاد فيها ، فأصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الروماني ، لم تهب عليها ريح الإصلاح إلا في مرحلة أولى ، يوم قننت أحكامها في نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية ، في المحلة وفي مرشد الحيران . وها نحن الآن في مرحلة ثانية ، يخطوها القانون العراقي الجديد ، وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الإسلامي إلى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة في القانون المصري الجديد . فلسنا مغالين إذن إذا قلنا أن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أخطر التجارب في تاريخ التقنين . فهذه أحكام الفقه الإسلامي قننت في نصوص واضحة ، ووضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية ، وبذلك تم جمع الفقه الإسلامي والقوانين الغربية في صعيد واحد ، فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ، ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الإسلامي ، يوم يصبح هذا الفقه مصدراً لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتسائر أحدث القوانين وأكثرها تقدماً ورقياً .

فما هو مصير هذه التجربة الخطيرة ، بعد أن وضعنا الفقه الإسلامي إلى جانب القوانين الغربية في تقنين واحد ، وألفنا ما بينهما برباط وثيق ؟ هذه هي مسألة المستقبل ، وهذا ما نتقل الآن إليه .

### — ٣ —

## المستقبل

قلت ان هناك في الوقت الحاضر تيارين أساسيين في حركة التقنين المدني العربي ، يمثل أحدهما القانون المصري الجديد ويمثل الآخر القانون العراقي الجديد وعرضت في كلمة موجزة لمصادر كل من القانونين واتجاهاته العامة . وذكرت أن هذين التيارين سيتنازعان في المستقبل السيادة في التقنين المدني العربي .

ويعني الآن ، وأنا أشرف أبواب المستقبل ، أن أبين أن القانون المصري والقانون العراقي لم يوضعا للتنازع والتعارض ، بل وضعا للتآلف والتكامل . وقد كنت وأنا أعمل في كل من القانونين أدرك إدراكاً تاماً أن القانون العراقي ما كان يتم على النحو الذي تم به قبل إتمام القانون المصري ، ليستعير الأول من الثاني

تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ، وليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لا يجدها ممهدة في الفقه الإسلامي . والهدف الذي قصدت إليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد ، يشتق رأساً من الشريعة الإسلامية . ولكن هذا الهدف بعيد ، وأنا العليم بما يحوطه من صعاب كأداء ، وما يقتضيه من مشقة بالغة ، وما يتطلبه من زمن طويل ، يقصر عنده الأجل ، ويفنى دونه العمر . وكنت وأنا أعلم أن الشقة بعيدة أعلم في الوقت ذاته أن السبيل أيضاً غير ممدد . فلا بد من تعبيد الطريق للوصول إلى هذا الهدف المنشود . وإن نصل إلى المرحلة الأخيرة إلا بعد أن نجتاز مرحلتين تسبقانها . ( المرحلة الأولى ) هي استخلاص ما وصلت إليه الثقافة المدنية الغربية في آخر تطوراتها إلى العصر الذي نعيش فيه . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني المصري الجديد . وكان وضعه على هذا النحو طبيعياً ، لأن مصر كما قدمت ألف القوانين الغربية فلا تستطيع أن تدعها إلى الفقه الإسلامي في يوم وليلة قبل أن يتم تطور هذا الفقه . ( والمرحلة الثانية ) هي وضع هذه الثقافة المدنية الغربية إلى جانب الفقه الإسلامي بعد أن تم تقنينه نصوصاً في المحلة ومرشد الحيران . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدني العراقي الجديد . وكان هذا أيضاً طبيعياً ، لأن العراق ألف الفقه الإسلامي عن طريق المحلة فكان الواجب أن يستبقه بالقدر الممكن وأن يضيف عليه ما يكمله من نصوص القانون المصري الجديد . وأقدر ، بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية ، وبعد أن أصبح الفقه الإسلامي والقانون المدني الغربي جنباً إلى جنب في صعيد واحد ، أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا ، هذا يؤثر في ذلك ، ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المدني الغربي . وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل إليها ، حتى إذا آتت ثمارها ، وتقدمت دراسة الفقه الإسلامي إلى الحد الذي يجعله مصدراً لقانون مدني مجاري مدنية العصر ويساير ثقافة الحيل ، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود .

على هذا الوجه يصدق ما قلته من أن القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي لا يتنازعان ولا يتعارضان ، بل يتآلفان ويتكاملان . فأحدهما هو مرحلة

الآخر ، والاثنان معاً مرحلتان لازمتان لمرحلة أخيرة ، هي التي نهدف للوصول إليها  
فالنتيجة الحتمية إذن لوضع القانون المدني المصري ، ثم لوضع القانون المدني  
العراقي مشتقاً منه ومن الفقه الإسلامي على السواء ، هي النهوض بدراسة الفقه  
الإسلامي في ضوء القانون المدني الغربي . وقد ينشأ من تطبيق القانون العراقي -  
وهو يقوم على أساسين مختلفين - بعض من الصعوبات . ولكنها لن تزيد عن  
الصعوبات المألوفة التي تعترض تطبيق كل قانون جديد . بل ان هذه الصعوبات  
ذاتها هي التي ستشجذ المهمة لدراسة الفقه الإسلامي ، حتى يتيسر تنسيق أحكامه  
مع أحكام القانون المدني الغربي .

فالمستقبل إذن يتمثل في دراسة الفقه الإسلامي . ونركز كلامنا الآن في  
هذه الدراسة . فنلقى نظرة سريعة على الفقه الإسلامي ، ثم نبين كيف تكون  
دراسته ، وما هي الغاية التي نبتغي الوصول إليها من هذه الدراسة .  
نظرة في الفقه الإسلامي :

يظن كثيرون أن الفقه والدين في الإسلام هما شيء واحد . وهذا الظن  
يدعو إلى إنعام النظر . لاشك في أن الإسلام دين ودولة ، والدولة لا بد لها من فقه  
ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا يدركون إدراكاً تاماً الحد الفاصل بين الفقه  
وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم بعضهم ببعض ، والدين وهو أمر  
يتصل بعلاقة الإنسان بربه ، حتى لتراهم يميزون في الشيء أن يكون صحيحاً  
قضاء مكروهاً ديانة .

فالفقه الإسلامي هو فقه محض ، لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون  
الروماني . وهو لا يقل عنه في دقة المنطق ، وفي متانة الصياغة ، وفي القابلية  
للتطور . وهو مثله صالح أن يكون قانوناً عالمياً ، بل كان بالفعل قانوناً عالمياً  
يوم امتدت دولة الإسلام من أقاصى البلاد الآسيوية إلى ضفاف المحيط الأطلسي  
وكما أنبت القانون الروماني ، بعد أن أحييت دراسته في العصور الوسطى ،  
القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة ، وهي القوانين التي تعيش أوروبا  
اليوم في ظلها ، كذلك الفقه الإسلامي إذا أحييت دراسته ، وانفتح فيه باب  
الاجتهاد ، فحين أن ينبت قانوناً حديثاً لا يقل في الحدة وفي مسابرة العصر عن

القوانين اللاتينية والجرمانية ، ويكون هذا القانون مشتقاً من الفقه الإسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني العتيق .

هذه هي عقيدتي في الفقه الإسلامي ، تكونت لا من العاطفة والشعور فحسب ، بل تضافر في تكوينها الشعور والعقل ، ومكّنت لها شيء من الدرس . وأكثر ما كان درسي للفقه الإسلامي عند وضع القانون المدني العراقي . فإن هذا القانون كما قدمت مزاج صالح من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . فأتاح لي اطلاعي على نصوص الفقه الإسلامي ، سواء كانت مقننة في المحلة ومرشد الحيران أو كانت معروضة عرضاً فقهيّاً في أمهات الكتب وفي مختلف المذاهب ، أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الإصالة والابتداع وما يمكن فيه من حيوية وقابلية للتطور . وسيرى القارىء فيما يلي أمثلة من نصوص القانون العراقي تدل على صحة ما أقول ، عندما يقرأ نصوص الفقه الإسلامي موضوعة إلى جانب نصوص القانون المصري الجديد ، وكأنما هذه وتلك مصدرها جميعاً فقه واحد ، فقد تألفت حتى لتأخذك الريبة في أي النصين هو نص الفقه الإسلامي وأيهما هو نص القانون المصري الجديد .

يقال عادة أن مصادر الفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس . أما الكتاب والسنة فهما المصادر العليا للفقه الإسلامي ، وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوي في كثير من الحالات على مبادئ عامة ترسم للفقه اتجاهاته ، ولكنها ليست هي الفقه ذاته . فالفقه الإسلامي هو من عمل الفقهاء ، صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الروماني . وقد صنعوه فقهاً صمياً ، الصياغة الفقهية وأساليب التفكير القانوني فيه واضحة ظاهرة . فأنت تقرأ مسائل الفقه الإسلامي في كتبه الأولى ، ككتب ظاهر الرواية لمحمد ، كما تقرأ مسائل الفقه الروماني في كتب فقهاء الرومان في العصر المدرسي . ثم تنتقل إلى مرحلة التبويب والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب في الفقه الإسلامي فتقف على الصناعة الفقهية في أروع مظاهرها وفي أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الأجلاء في كثير من التواضع أن هذا هو الإجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التي ابتدعوها ، وأن

الأصل في كل هذا يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقهاً خالصاً هو صفحة خالدة في سجل الفقه العالمي .  
كيف تكون دراسة الفقه الإسلامي :

وبعد هذه النظرة السريعة في الفقه الإسلامي ، نرسم في إيجاز المنهج الذي نقرحه في دراسته ، لإحيائه وللنهضة به نهضة علمية صحيحة .

فالأساس في هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة ، فيدرس الفقه الإسلامي في ضوء القانون المقارن . ويعنى في هذه الدراسة بأمرين جوهرين : ( أولهما ) أن تدرس نشأة الفقه الإسلامي دراسة دقيقة ، فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور ، وبخاصة في العصور التي سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة . ( والأمر الثاني ) أن تدرس مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ، السني منها والشيعي والخارجي والظاهري وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة لتستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولتركز هذه الوجوه في تيارات من التفكير القانوني . ثم تتبلور في اتجاهات عامة ، وتستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقهية الإسلامية . ثم تقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه الغربي الحديث ، حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه ، وحتى نرى أين وقف الفقه الإسلامي ، لا في قواعده الأساسية ومبادئه ، بل في أحكامه التفصيلية وفي تفرعاته فتمتد يد التطور إلى هذه التفصيلات ، على أسس تقوم على ذات الفقه الإسلامي وطرق صياغته وأساليب منطقته . وحيث يحتاج الفقه الإسلامي إلى التطور يتطور وحيث يستطيع أن يجارى المدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير . وهو في الحالين فقه إسلامي خالص لم تداخله عوامل أجنبية فتخرجه عن أصله .

ومن ثم تكون موضوعات البحث الأساسية في دراسة الفقه الإسلامي هي :  
( ١ ) تاريخ الفقه الإسلامي ، وبخاصة قبل عصر المذاهب . ( ٢ ) أصول الفقه الإسلامي ، على أن يعاد البحث في النظرة التقليدية لهذه الأصول . ( ٣ ) مقارنة مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة فيما بينها . ( ٤ ) مقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الغربية الحديثة .

ولا بد لهذه الدراسة من معهد خاص ، يتوفر على الأسباب اللازمة لنجاحها

من أساتذة يتخصصون لها ، ومراجع يستعان بها ، وطلاب يتفرغون لهذه الدراسة وعندى أن خير جهة يلحق بها هذا المعهد هو جامعة الدول العربية ، فهى البيئة الطبيعية لمثل هذه الدراسة التى تتفق مع ما ترمى الجامعة إلى تحقيقه من أهداف عربية خالصة . بل انى أرى ضرورة انشاء معهد ثقافى عربى جامع ، تنشئه جامعة الدول العربية للدراسة القومية العربية من نواحيها المختلفة ، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والجغرافية ، فاذا ما أنشئ هذا المعهد الجامع ، كان معهد الفقه الإسلامى فرعاً من فروعها المختلفة .

الغاية من دراسة الفقه الإسلامى :

والغاية من دراسة الفقه الإسلامى على النحو الذى قدهته هى أن تنتهى هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور ، فيعود كما كان فقهاً صالحاً للتطبيق المباشر ، مسانراً لروح العصر وتكون نهضة الفقه الإسلامى هذه شبيهة بنهضة الفقه الرومانى فى العصور الوسطى وينبت الفقه الإسلامى قانوناً مدنياً متطوراً يجارى المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الإسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الرومانى على ما سبق القول .

وأحب أن أنبه فى هذا الصدد إلى أمرين :

( الأمر الأول ) أن القانون الحديث الذى يشتق من الفقه الإسلامى يجب أن يكون فى منطقته وفى صياغته وفى أسلوبه فقهاً إسلامياً خالصاً ، لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية . فاننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين ، على اعتبار أن هذه هى الغاية من تطور الفقه الإسلامى ، لا نكون قد صنعنا شيئاً . ويكون الأولى لنا أن نفتبس مباشرة من القوانين الغربية دون حاجة إلى دراسة الفقه الإسلامى . أقول ذلك لأننى لاحظت أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين الغربية ، ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الإسلامى دون أن يراعوا فى ذلك أصول الصناعة فى هذا الفقه ، ثم ينتهون من هذا البحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هى الشريعة الإسلامية ذاتها . مثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمى الصحيح ،

وليس من ورائه كسب يذكر لا للفقهاء الإسلاميين ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ، ولكن نفعه ضئيل محدود .

والواجب أن تدرس الشريعة الإسلامية دراسة علمية دقيقة ، وفقاً لأصول صناعتها ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصول بدعوى أن التطور يقتضي هذا الخروج . ولا ينبغي أن نخشى من أن دراسة الشريعة الإسلامية على هذا الوجه العلمي الصحيح قد يؤدي إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجدت من حاجات المدينة . ذلك أن هناك مصدراً معترفاً به من مصادر الشريعة الإسلامية ، هو الإجماع ، لم ندرك حتى اليوم خصوبته ومقدار ما يستطيع أن يواقي به هذه الشريعة من عوامل التطور . فالإجماع ، كصدر للفقهاء الإسلاميين ، كان في أول أمره مقصوراً على عرف أهل المدينة . ثم تطورت فكرة الإجماع ، فجاوزت هذا النطاق الضيق إلى ما أجمع عليه الفقهاء في عصور ثلاثة : عصر الصحابة ، وعصر التابعين ، وعصر تابعي التابعين . ثم اتسعت الفكرة فأصبحت هي إجماع الفقهاء في أي عصر وفي أي بلد . والفكرة على هذا الوجه منتجة خصبة يمكن الانتفاع بها إلى مدى بعيد في تطوير الفقه الإسلاميين . فالقائمون بدراسة هذا الفقه على النحو الذي قدمناه عليهم أن يجتهدوا في استنباط الأحكام التي تلائم هذا العصر وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية . ومتى أجمعت كثرتهم على رأي ، أصبح هذا الرأي جزءاً أصيلاً من الشريعة الإسلامية ، يستمد وجوده من الإجماع . ونكون بذلك قد جددنا في أحكام الشريعة الإسلامية دون أن نخل بأصولها ، أو ننحرف عن مصادرها .

( والأمر الثاني ) أن القانون المدني العراقي الجديد يمهّد تمهيداً حسناً لدراسة الفقه الإسلاميين ، ففيه وضعت نصوص هذا الفقه إلى جنب نصوص القوانين الغربية الحديثة ممثلة في القانون المصري الجديد . فتلاقى النظام الإسلاميين بالنظام الغربي . ونستطيع أن نستخلص من هذا التلاقى أن يتفق النظامان وأين يختلفان . والمطلع على نصوص القانون العراقي لا يلبث أن يلاحظ أن نصوص الفقه الإسلاميين وقد تلاققت مع نصوص القانون المدني المصري ، لا تعدو وجوهاً خمسة :

( ١ ) فهي في بعض المواطن تشق طريقها مرسلة على سبيلها ، فتنبتدع من

الأحكام ما ترتفع به إلى مستوى لا يقل عن مستوى القانون المدني المصري .  
فيحفظ القانون العراقي بأحكام الشريعة الإسلامية كما هي دون تغيير .

(٢) وهي في مواطن أخرى تجارى نصوص القانون المدني المصري بحارة  
تامة . فهنا أيضاً يحفظ القانون العراقي بها كما هي .

(٣) وهي في بعض الحالات لا تجارى هذه النصوص إلا بحارة قاصرة ،  
فيستكمل القانون العراقي هذه ما تقصر تلك عن بلوغه .

(٤) وهي في حالات أخرى تسكت عن الحكم ، فيملاً هذا الفراغ  
بنصوص من القانون المدني المصري .

(٥) وهي أخيراً تعارض نصوص القانون المدني المصري ، فتفضل هذه  
عليها لأنها أصلح للعصر الذي نعيش فيه .

فثل ما تبتدعه الشريعة الإسلامية ، مرتفعة فيه إلى مستوى لا يقل عن  
مستوى القانون المدني المصري نظرية بطلان العقد . فعند فقهاء الشريعة الإسلامية  
العقد يكون باطلاً أو فاسداً أو موقوفاً أو نافذاً أو لازماً . والقانون المدني المصري ،  
مقتدياً في ذلك بالقوانين الغربية الحديثة ، يجعل العقد إما باطلاً أو قابلاً للإبطال  
أو صحيحاً لازماً أو غير لازم . وليس هنا مكان المقارنة ما بين هاتين النظريتين .  
وبحسبي أن أقرر أن نظرية الفقه الإسلامي لا تقل في الدقة والتدرج المنطقي  
وحسن الصياغة وقوة الصنعة عن نظرية القوانين الغربية . ومن ثم استبقاها  
القانون المدني العراقي ، ولم يعدل عنها إلى النظرية الغربية .

ومثل ما تجارى فيه نصوص الفقه الإسلامي نصوص القانون المدني المصري  
بحارة تامة ، فنقلت نصوص الفقه الإسلامي كما هي في القانون المدني العراقي ،  
ما جاء في الأحكام العامة في الباب التمهيدي ، إذ نصت المادة الثانية على أنه  
« لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » ، ونصت المادة الثالثة على أن « ما ثبت  
على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » ، ونصت المادة الرابعة على أنه « إذا  
تعارض المانع والمقتضى قدم المانع . وإذا زال المانع عاد الممنوع ، ولكن  
الساقط لا يعود » ، وغير ذلك من جوامع الكلم مما عبر فيه الفقه الإسلامي تعبيراً

دقيقاً عن معان يقول بها القانون الحديث . ومن ذلك ما ورد في المادة ٨١ من أنه « لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً » ، وما ورد في المادة ١٥٨ من أن « أعمال الكلام أولى من إهماله ، لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل » ، وفي المادة ١٦٠ من أن « المطلق يجرى على إطلاقه إذ لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة » ، وفي المادة ١٦١ من أن « الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر » .

ومثل ما لا تجارى فيه نصوص الفقه الإسلامى نصوص القانون المدنى المصرى إلا بحجارة قاصرة ، فاستكملت تلك بهذه ، ما ورد في المادة ٧٤ من بيان ما يرد عليه العقد وفقاً للمعروف فى الفقه الإسلامى ، ثم ما ورد فى المادة ٧٥ من استكمال ضرورى للأحكام المتقدمة . فنصت المادة ٧٤ على أنه « يصح أن يرد العقد :

- (١) على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيبعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو استهلاكها بالانتفاع بها قرضاً .
- (٢) وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إيجارة أو بغير عوض إعارة .
- (٣) وعلى عمل معين أو على خدمة معينة » . ثم نصت المادة ٧٥ على أنه « يصح أن يرد العقد على أى شىء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام أو للآداب » . ومثل ذلك أيضاً ما ورد فى المادة ٧٧ عن الصيغة التى يصح التعبير بها عن الإيجاب والقبول وفقاً لأحكام الفقه الإسلامى ، ثم ما ورد فى المادتين ٧٨ و ٧٩ من استكمال ضرورى لهذه الأحكام وفقاً لنصوص القانون المدنى المصرى . فنصت المادة ٧٧ على أن « الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد ، وأى لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثانى قبول . ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضى ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال » . ثم نصت المادة ٧٨ على أن « صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين » . ونصت المادة ٧٩ على أنه « كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة

الفعلية الدالة على التراضى وبتخاذ أن مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضى « . وهناك أمثلة كثيرة أخرى نجتزىء لضيق المقام بالإشارة إلى بعضها . فالحق العيني والحق الشخصى ، والوعد بالتعاقد ، وعيوب الإرادة ، والفسخ ، والعمل غير المشروع ، والحق في الحبس للضمان ، وحوالة الدين ، والبيع ، والهبة ، والشركة ، والصلح ، والإيجار ، والكفالة ، والملكية ، والرهن الحيازى ، كل هذه موضوعات امتزجت فيها نصوص الفقه الإسلامى بنصوص القانون المصرى الحديد .

ومن أمثلة ما سكتت عنه نصوص الفقه الإسلامى ، فملىء الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى ، التعهد عن الغير ، والاشتراك لمصلحة الغير ، والدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، والنضامن ، وحوالة الحق ، والإثبات ، وبعض العقود المعينة ، وحق المنفعة ، وحقوق الارتفاق ، والرهن التأمينى ، وحقوق الامتياز .

والأمثلة على ما تعارضت فيه نصوص الفقه الإسلامى مع نصوص القانون المدنى المصرى ، ففضلت هذه على تلك ، قليلة العدد . نذكر منها التعامل في الشيء المعدوم ، والفوائد ، والكسب دون سبب .

والذى يعينى أن أقرره هنا أنه ليس مطلوباً - بل ولا محتملاً - أن تنتهى دراسة الفقه الإسلامى إلى أن يكون صورة مطابقة للقانون المدنى العراقى . فهذا القانون إنما هو مزيج من الفقه الإسلامى والقانون الغربى ، فلا هو فقه إسلامى خالص ، ولا هو قانون غربى محض . والذى نبتغيه من دراسة الفقه الإسلامى أن نبقية فقهاً إسلامياً خالصاً . فليس المقصود إذن ، حيث يتلاقى الفقه الإسلامى والقانون الغربى فى نص واحد ، أن نخرج القانون الغربى فنجعله فقهاً إسلامياً ، ولا أن نخرج الفقه الإسلامى فنجعله قانوناً غربياً ، بل ولا أن نستبقى الفقه الإسلامى على حاله . فقد ينتهى بنا الدرس إلى شيء من هذا ، أو إلى كل هذا ، أو إلى شيء غير هذا . والهدف الذى نرمى إليه هو تطوير الفقه الإسلامى وفقاً لأصول صناعته ، حتى نشق منه قانوناً حديثاً يصلح للعصر الذى نحن فيه . فاذا استخلصنا هذا القانون فى نهاية الدرس ، وأبقيناه دائماً التطور حتى يجارى

مدنيات العصور المتعاقبة ، فقد تكون أحكامه في جبره منها ، قلّ أو أكثر ،  
مطابقة لأحكام القانون المدني العراقي ، أو لأحكام القانون المدني المصري ،  
أو لأحكام كل من القانونين . وليس القانون المصري الجديد أو القانون العراقي  
الجديد إلا قانوناً مناسباً في الوقت الحاضر لمصر أو للعراق . والقانون النهائي الدائم  
لكل من مصر والعراق ، بل ولجميع البلاد العربية ، إنما هو « القانون المدني  
العربي » الذي نشته من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها . وقد تكون  
البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت ، فيأتي القانون ليدعم من وحدتها  
وقد تكون في طريقها إلى التوحيد ، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ،  
ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة .

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري