القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة

Arab Civil Laws Between Simulation And Originalty

فيلالي على [1]، أستاذ التعليم العالي

[1] كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدّة (الجزائر)، a.filali@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/11/08 تاريخ القبول:2021/11/10 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

سعت كل الدول العربية غداة استقلالها إلى تحديث قوانينها والرجوع في نفس الوقت إلى الأصالة، وذلك في الوقت الذي هيمنت فيه الحضارة الغربية على العالم العربي على حساب الحضارة العربية الإسلامية، التي عرفت تراجعا كبيرا. نحاول من خلال هذه المداخلة تسليط الضوء على الكيفية التي اعتمدها المشرع العربي في حلّ هذه المعادلة ذات العناصر المتناقضة: تحديث القوانين العربية على الطريقة الغربية –كون الثقافة القانونية الغربية حديثة ومهيمنة– مع الاحتفاظ في نفس الوقت بالأصالة، علما وأنّ هذه الأخيرة محلّ اختلاف (عروبة أم عروبة إسلامية) وتراجع.

الكلمات المفتاحية: قانون مدني، تقنين، حداثة، أصالة، فقه إسلامي، عروبة، الحضارة الإسلامية العربية، الإسلام دين الدولة، الشريعة الإسلامية مصدر للقوانين، القواعد الكلّية، المصطلح، المفهوم، تقنين الشريعة الإسلامية، أنظمة قانونية.

Abstract:

All Arab countries had the pursuit to modernize their laws after independence and in the same time return to originality, while the western civilization dominated the arab world at the behalf of the islamic civilization which is in decline. We will try through this introduction to highlight the method that the arab legislator used to solve this equation with contradictory elements: modernize the arab laws and somehow westernize them since the western legal culture is modern and dominant all while preserving originality though it's in decline and it's being debated whether it's arabo-islamic or purely arabic.

Key words: Civil Law, Codification, modernity, originality, Islamic jurisprudence, Arabism, Arab Islamic civilization, Islam is the state religion, Islamic law is a source of laws, universal rules, term, concept, codification of Islamic law, legal systems.

المؤلف المرسل: على فيلالي ، الإيميل المهني: a.filali@univ-alger.dz

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

القانون مظهر من مظاهر السيادة الوطنية، فيما تعد اللّغة من مقومات الهوية الوطنية، هذا ما ذكّرت به العديد من البلدان العربية غداة استقلالها وتحرّرها من الاستعمار الذي حاول طمس الهوية العربية وفرض ثقافته وحضارته لا سيما في مجال القانون. **ولقد بادرت جميع الدول العربية بإعادة النظر في منظومتها التشريعية بغرض الرجوع إلى الأصالة وتحديثها في نفس الوقت، مع العلم أنّ** طموحات البلدان العربية كانت أكثر من ذلك، حيث كانت تسعى أيضا إلى **توحيد القوانين العربية، وهو المشروع الذي تبنّته جامعة الدول العربية** من خلال استحداث مجلس وزراء العدل العرب[1]. ولقد شرع –فعلا– هذا المجلس في تجسيد توحيد التشريعات العربية بداية من قمّة صنعاء، ومن بين ما تمّ إنجازه القانون المدني العربي[2].

إنّ هذا الطموح ليس بالأمر المشروع والمعقول فحسب بل يندرج أيضا ضمن ظاهرة التكتّلات الجهوية التي يفرضها العالم الحديث، فالدول العربية التي تمتدّ أقطارها من المحيط الأطلسي غربا إلى بحر العرب والخليج شمالا، تتقاسم العديد من العوامل المشتركة من لغة، ودين وحضارة وتاريخ. وهي المسائل التي تساعد حتما على توحيد منظوماتها القانونية.

سنكتفي في هذا المقام بالبحث في القوانين المدنية العربية بالنظر إلى أهمية هذا الفرع من فروع القانون، كونه يعالج العلاقات التي تقوم بين أشخاص القانون الخاص كما يعدّ أيضا شريعة عامة Droit commun.

لقد صدرت بعض هذه القوانين في ظروف متميّزة (لا سيما سياسيا)[3]، فقد صدر بعضها في مطلع القرن الماضي [4] وصدر بعضها الآخر في النصف الثاني منه[5]، وصدرت أخرى في السنوات الأخيرة[6]. لا شكّ أنّ هذا الفاصل الزمني الكبير ما بين إصدار مختلف القوانين المدنية العربية يبرّر بعض الاختلافات الناتجة عن تفاوت المحيط القانوني والسياسي وغيره الذي صدر فيه قانون كل بلد.

يبدو أنّ ظاهرة توحيد القوانين العربية بدأت تتبلور مع إصدار القانون المدني المصري الحالي[7] الذي اقتدت به العديد من القوانين المدنية العربية، كالقانون المدني السوري، والعراقي، والجزائري، والأردني، والليبي[8]. ولعلّ حجّتنا في ذلك أنّ كلّ القوانين المدنية العربية اتّبعت –على العموم– نفس الخطّة التي اعتمدها القانون المدني المصري، وهذا أمر طبيعي إذ بالإضافة إلى اشتراك البلدان العربية في التراث واللّغة والدِّين، فإنّها تسعى أيضا إلى تحقيق نفس الأهداف: حداثة وأصالة تشريعاتها.

إنّ هذا الانسجام في الجانب الشكلي لم يمنع من وجود بعض الاختلافات في جوانب أخرى، إذ يتبيّن من التصفّح الأوّلي للقوانين المدنية العربية أنّها متفاوتة فيما بينها، وقد يصل ذلك التفاوت إلى حدّ اعتبار هذه القوانين غريبة عن بعضها البعض، كالقانون المدني الجزائري مقارنة بقانون العقود والموجبات اللبناني، أو بقانون المعاملات المدنية السوداني، أو القانون المدني الأردني. فبالإضافة إلى التسميات المتميّزة (قانون مدني، قانون المعاملات المدنية، مجلّة الالتزامات والعقود، قانون الموجبات والعقود)، هناك أيضا فروقا أخرى أيضا بشأن مجالها (بعضها اكتفى بالحق الشخصي: الالتزامات والعقود في حين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استعرض بعضها الآخر الحق الشخصي والحق العيني)، وبمضمون أحكامها، لا سيما مصادرها المادّية – خاصة مكانة الشريعة الإسلامية كمصدر مادّي للقانون المدني– وحتّى بالنسبة للمصطلحات القانونية المستعملة [9]وهذا رغم صياغتها كلّها بنفس اللّغة، أي اللّغة العربية.

يعود هذا التفاوت إلى جملة من الاعتبارات يتعلّق بعضها بمضمون الأصالة على ضوء العلاقة الموجودة بين العروبة والإسلام[10] **(1)**، ويرجع بعضها الآخر إلى أسلوب تحديث القوانين العربية في ظل تراجع الحضارة العربية وطموح البلدان العربية في الالتحاق بالحضارة الغربية **(2)**، الأمر الذي جعل المشرّعون العرب يحاولون التوفيق بين حداثة الحضارة الغربية والأصالة في الحضارة العربية الإسلامية **(3)**. تلكم هي الجوانب الثلاثة التي سنتناولها في هذه المداخلة.

1– أصالة القوانين المدنية العربية في ضوء علاقة العروبة والإسلام

إذا كان المقصود بالرجوع إلى الأصالة هو سنّ تشريع نابع عن المجتمعات العربية ومطابق لمعتقداتها وتراثها وثقافتها، فإنّ البعض اختصر هذه الأصالة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وهذا ما قال به –مثلا– الرئيس الجزائري الراحل هواري بومدين عند تنصيبه للّجنة القانونية بوزارة العدل المكلّفة بإعداد تشريع جزائري وهذا بعد إلغاء التشريع الفرنسي الذي بقي ساري المفعول إلى غاية جويلية 1975[11]. وهذا ما ذكّر به أيضا أعضاء اللّجنة التي قامت بإعداد القانون المدني[12]، وهو أيضا موقف الشعب الأردني الذي رفض مشروع القانون المدني الذي اقترحته الحكومة الأردنية سنة 1952، مطالبا بسنّ تشريع مطابق للشريعة الإسلامية، فتدّخل المرحوم الملك الحُسين بن طلال، مستحدثا لجنة للقيام بذلك ولم يتم إصدار القانون المدني الأردني إلاّ سنة 1976 أي بعد أزيد من عشرين سنة وبعد اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسيّ له.

أمّا الرأي الثاني فيري أنّ الأصالة تعني إعداد تشريع من قبل فقهاء عرب على ضوء تراثهم. وجاء – على سبيل المثال – في تقرير لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ المصري: " *والآن وقد استرجعت البلاد سيادتها التشريعية وأوشك أن يتقلّص آخر ظل من ظلال الامتيازات، يطيب للجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون المدني الجديد* ***تعبيرا مصريا*** *خالصا عن هذه السيادة فهو يعد بعد الدستور أهم* ***تشريع وضعه المصريون أنفسهم.*** *فقد أعدّ مشروعه* ***فقيه مصري...*** *وقد أدلى* ***المصريون بالرأي فيه*** *... وهو في هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها للنظر في أحكامه، في ضوء علمهم وخبرتهم* ***بتقاليد البلاد...*** *وكان للأجيال القادمة أن تعتزّ به... وأنّ* ***مصر...*** *اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت،* ***بنفسها ولنفسها، هذا التقنين الجديد***"[13].وكتب المغفور له الأستاذ عبدالرزاق السنهوري وهو من تولّى إعداد مشروع القانون المدني المصري، بشأن مصادره أنّها ثلاثة وهي : " *أولها وأهمّها نصوص التقنين المدني القديم*[14]*، بعد أن هذبت، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال*

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سبعين سنة... والنصوص التي اسقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد.... وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي... وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة"[15].

هذا التفاوت بشأن موقف الدول العربية من الإسلام كعنصر من هوّيتها وأصالتها يظهر أيضا من خلال أحكام دساتيرها، إذ باستثناء دستور لبنان تعرّضت كل الدساتير العربية لهذه المسألة، فبعضها كرّس الإسلام كدين للدولة على غرار الجزائر، مصر، تونس وغيرها وبعضها الآخر لم يكتف بذلك، بل اعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي لتشريعاتها على غرار الكويت، اليمن، قطر وغيرها.

لقد انجرّ على هذا التباين في الدساتير العربية تفاوتا بشأن مكانة الشريعة الإسلامية كمصدر للقوانين المدنية العربية، فبعضها لم يعترف لها سوى بدور هامشيّ **(1.1)** في حين اعتمدها بعضها الآخر كمصدر أساسي للتشريع المدني **(2.1)**.

1.1- الدور الهامشي للشريعة الإسلامية

اكتفت بعض القوانين المدنية العربية بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي **(1.1.1)** مع إدراج بعض أحكام الفقه الإسلامي ضمن الأحكام الأخرى للقانون المدني المستمدّة على العموم من القانون المدني الفرنسي **(2.1.1)**.

1.1.1- مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي

إنّ هذه الخطوة التي أقدمت عليها بعض القوانين المدنية العربية- تكريس مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي-، على غرار القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري[16]، واللّيبي والسوري ما هي في الحقيقة سوى ذرّ الرماد في العيون وتحويل أنظار الناس، إذ بدل من تكريس أحكام الشريعة الإسلامية أو بالأحرى الفقه الإسلامي -على الأقلّ- كمصدر احتياطي، اقتصرت هذه القوانين على مبادئ الشريعة الإسلامية، كأن يكون الأمر بمثابة شعار لا سبيل له للتطبيق ميدانيا وهذا ما أكّده الأستاذ الدكتور شفيق شحاته، حيث لاحظ أنّه خلال الفترة ما بين سنة 1949 و1965 أي أكثر من 15 سنة لم تلجأ المحاكم المصرية ولو لمرّة واحدة لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي[17]. وهذا ما قال به أيضا الأستاذ الدكتور علي بن شنب بشأن القانون الجزائري.

يرجع هذا الوضع إلى اعتماد مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي وليس بأحكامها التفصيلية، وفي ظلّ كثافة الأحكام التشريعية وتزايدها المستمرّ في جميع فروع القانون، أصبح من الصعب إن لم نقل من المستحيل العثور على فراغات تشريعية – لا سيما من حيث المبادئ- يمكن سدّها بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. ولعلّ ما يزيد هذا الأمر صعوبة هي الشروط التي يتعيّن توفّرها لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي، ومنها – على سبيل المثال- توافق مبادئ الشريعة مع المبادئ العامة للقانون الوضعي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا شكّ أن شرط التوافق هذا له مبرّراته، فهو يساعد على انسجام قانون الدولة ككلّ، غير أنّ تحقّقه ليس بالأمر الهيّن، بالنظر إلى خصوصيات الشريعة الإسلامية كنظام قانوني مستقلّ، فله فلسفته وتصوّره بشأن تنظيم الروابط القانونية في المجتمع، فهو يتميّز عن غيره من النظم القانونية من حيث المصطلحات والتقسيمات والمبادئ وغيرها.

إنّ تكريس مبادئ الشريعة كمصدر رسمي احتياطي في بعض القوانين المدنية كان لاعتبارات سياسية لا غير، وقد استبعدها المشرع بالنسبة لبعض فروع القانون الأخرى، على غرار القانون التجاري[18]، ناهيك عن فروع القانون التي تكتفي بالتشريع كمصدر وحيد على غرار القانون الجنائي[19]. وهكذا بقيت مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي للقانون مجرّد حبر على ورق.

2.1.1-إدراج بعض أحكام الفقه الإسلامي

أدرجت بعض القوانين العربية بعض أحكام الفقه الإسلامي ضمن أحكام القانون المدني على غرار القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري ومجلّة الالتزامات والعقود التونسية وغيرها، ومن بين هذه الأحكام تلك المتعلّقة بمجلس العقد[20]، ومرض الموت[21]، وحق الشّفعة[22]، وكذا بعض العقود كعقد المغارسة[23] وعقد المساقاة[24] وبيع المؤجل بالثمن المعجل أي السلم[25] وعقد المضاربة[26] وعقد الانزال[27] مع تحريم التعامل بالفوائد الربوية – القروض بالفائض- وكذا العقود الاحتمالية[28] .

إنّ الملاحظ بشأن عملية إدراج أحكام الفقه الإسلامي ضمن أحكام القوانين المدنية أنّها لم تكن بالمسألة البسيطة أو بدون صعوبات، ذلك بالنظر إلى استقلالية الفقه الإسلامي كنظام قانوني له مفاهيمه وخصوصياته. ولقد ترتّب عن هذا التباين عدم انسجام الأحكام المقترضة من الفقه الإسلامي مع أحكام القانون المدني الأخرى والتي تنتمي -عموما- إلى نظام القوانين المدنية فمرض الموت – مثلا- لا يمكن إلحاقه بعيوب الرضا ولا بالأهلية،[29] ولا بأيّ نظام من النظم المعروفة في القانون المدني، ذلك لكون أحكامه تسعى إلى حماية الوارث من تصرّفات المورّث، باعتبار أنّ الوارث يتمتّع بحق شخصي ويعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات المورّث، في حين أخذ القانون الوضعي بمفهوم الخلف العام الذي يستند إلى تصوّر آخر لا يعرفه الفقه الاسلامي، فالخلف العام يخلف السلف في حقوقه ويعتبر طرفا في التصرّفات التي قام بها السلف.

إنّ استحالة تعايش الأحكام المقترضة من الشريعة الإسلامية مع أحكام القانون المدني المستمدّة أساسا من القانون المدني الفرنسي – نظام القوانين المدنية- تبدو واضحة، كما يظهر ذلك -على سبيل المثال- من صياغة المادّة 408 مدني جزائري بشأن بيع المريض مرض الموت. فالبيع الذي يكون لصالح الوارث لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة، كأن يكون بيعا لملك الغير باعتبار الورثة من الغير في حين يكون البيع للغير قابلا للإبطال كأن يكون غير مصادق عليه، الأمر الذي يفهم منه أنّ الورثة أطراف في العقد. حاول المشرع التوفيق بين الفقه الإسلامي الذي يعتبر الوارث من الغير وبين أحكام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون الوضعي التي تعتبر الوارث خلفا عاما، إلاّ أنّ هذه المحاولة باءت بالفشل بالنظر إلى الاختلاف الواضح الموجود بينهما تصوّرا وغاية.... ويمكن تسجيل نفس الملاحظة بالنسبة للإيجاب في مجلس العقد (وهو غير ملزم)، والإيجاب في القواعد العامة (وهو ملزم)[30].

إنّ هذا التباين بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الأخرى التي تعدّ هي الأصل بالنظر إلى عددها، أدّى إلى اعتبار الأوضاع المقترضة من الفقه الإسلامي والمدرجة ضمن أحكام القانون المدني مجرّد حالات استثنائية[31]، كونها تخرج عن نطاق القواعد العامة، فأحكام بيع المريض مرض الموت وردت تحت عنوان البيوع الخاصة، ويكون الإيجاب في مجلس العقد نوعا خاصا من الإيجاب يتميّز بكونه غير ملزم ما لم يتم قبوله فورا كما يستفاد من نص المادة 108 مدني أنّ أحكام الميراث هي حالة استثنائية.

لقد حاولت بعض التشريعات المدنية تفادي هذا الوضع، على غرار القانون التونسي، حيث ينص الفصل 241 التزامات وعقود:" *الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حقا منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم.... فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين*".

2.1- الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للقوانين المدنية العربية

خلافا للطائفة الأولى من الدساتير العربية التي اكتفت بتكريس الإسلام كدينٍ للدولة، هناك طائفة ثانية من الدساتير اعتمدت الشريعة الإسلامية كمصدر لتشريعاتها، منها الدستور القطري والكويتي، والسوداني، والعراقي والإماراتي، واليمني...[32]. ولكن لما كانت للشريعة الإسلامية خصوصيتها من حيث مصدرها (القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الفقه...) وكيفية تقرير أحكامها شكلا (آية قرآنية، حديث شريف، سنّة فعلية، فتاوى، مبادئ فقهية، قواعد كلّية...)، طبيعتها (حالات خاصة) وكذا مجالها وتصنيفاتها، ومصطلحاتها بالإضافة إلى المستجدّات التي لم يسبق للفقه الإسلامي تناولها، فقد نتساءل عن كيفية تعامل المشرع مع الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع أو بالأحرى مصدرا أساسيا للقوانين المدنية وهي مفاهيم غريبة عنها أي عن الشريعة الإسلامية؟ هل تكون الشريعة الإسلامية بمثابة مصدر مادّي، يستلهم منه المشرع مختلف أحكام القوانين المدنية ثمّ يتولّى صياغة تلك الأحكام وفق النموذج الفرنسي، أو بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية متّبعا في ذلك النموذج الفرنسي أو بصفة مستقلّة؟ يبدو أنّ المشرعون العرب سلكوا مسلكا وسطيا، إذ اتّبعوا النموذج الفرنسي **(1.2.1)** دون أن يهملوا في نفس الوقت مجلّة الأحكام العدلية باعتبارها أوّل تقنين للأحكام الشريعة الإسلامية **(2.2.1)**.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1.2.1- الاقتداء بالنموذج الفرنسي

إنّ إقدام المشرّعون العرب على إعداد تشريع تحت عنوان القانون المدني دليل واضح على ما يسعون إليه، طالما أنّ مفهوم *القانون المدني* غريب عن الشريعة الإسلامية في عدّة جوانب، ولعلّ هذا ما جعل بعضهم يفضّل مسميّات أخرى كقانون المعاملات المدنية على غرار المشرّع السوداني والمشرّع العماني والمشرّع الإماراتي، فالقانون المدني كما هو معروف فرع من فروع القانون الخاص له مجاله، بعدما كان يجسّد في وقت سابق القانون الخاص، وهو يعدّ أيضا بمثابة الشريعة العامة، وبهذا التصوّر فهو ينتمي إلى نظام القوانين المدنية أو النظام الروماني الجرماني. أمّا مفهوم المعاملات فهو من مفاهيم الشريعة الإسلامية وأحد تصنيفاتها، وهي تشمل عدّة مجالات منها المعاوضات المالية (المدنية والتجارية)، والمناكحات (الأحوال الشخصية)، والمخاصمات (الاجراءات)، والأمانات والتركات[33]. أمّا مفهوم المعاملات المدنية المستعمل من قبل بعض المشرّعين العرب فهو محاولة للتوفيق بين مفهوم المعاملات في الشريعة الإسلامية –حفاظا على الأصالة– ومفهوم القانون المدني في الأنظمة المدنية – سعيا إلى تحقيق الحداثة–.

2.2.1- التأثّر بمجلة الأحكام العدلية

إنّ الرجوع إلى الأصالة –أي الشريعة الإسلامية– عند إعداد القوانين المدنية العربية يقتضي الرجوع لا محالة إلى مجلّة الأحكام العدلية، كونها أوّل محاولة في العصر الحديث لتقنين الشريعة الإسلامية وفق النموذج الغربي. ونذكر في هذا الشأن أنّ إصدار مجلّة الأحكام العدلية كان شرطا من الشروط التي أملتها البلدان الغربية على الإمبراطورية العثمانية كي تستمرّ العلاقات التجارية بينهما. وتعدّ مجلّة الأحكام العدلية بمثابة قانون مدني مستمدّ من الفقه الإسلامي، فمن حيث الشكل تمّ صياغة مختلف الأحكام الفقهية في شكل مواد تحمل كل واحدة رقما تسلسليا وتمّ جمعها وترتيبها في ستّة عشر (16) كتابا، كل واحد منها مخصّص لموضوع ما– البيع، الإيجار، الكفالة، القضاء... – وكلّ موضوع تمّ تقسيمه إلى أبواب والتي بدورها تمّ تقسيمها إلى فصول. استهلّ نص المجلّة بمقدّمة تشمل مئة مادّة تضمّنت كلّ واحدة منها (باستثناء المادّة الأولى) قاعدة من القواعد الكلّية، فهي بمثابة مبادئ عامة تتصدّر الأحكام الخاصّة.

إنّ اتّباع الجانب الشكلي للقانون المدني الفرنسي لم يمس بمضمون أحكام الشريعة التي تمّ تدوينها، وحرصا على المحافظة على خصوصياتها فضّل واضعوا هذا التقنين تسمية مجلّة الأحكام العدلية بدل من القانون المدني، إذ يُراد بالمجلّة وسيلة لجميع أحكام الشريعة في حين مصطلح القانون ينصرف إلى فكرة أخرى، وهي استحداث ووضع أحكام لم تكن موجودة من قبل.

لقد حذت العديد من القوانين المدنية العربية حذو مجلّة الأحكام العدلية حيث خصّص قانون المعاملات المدنية الإماراتي –مثلا– الفصل الثاني من الباب التمهيدي، حكام عامة، بعض قواعد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصول الفقهية التفسيرية من المادة 29 إلى المادة 70، كما خصّص القانون المدني اليمني في كتابه الأوّل تحت عنوان الأحكام العامة للمعاملات الباب الأوّل المعنون بـ: *القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون*[34].

يبدو أنّ الأسلوب الذي اتّبعه المشرّعون العرب، لا سيما اعتماد الجانب الشكلي للقانون الفرنسي، مَردُّه ضرورة تحديث القوانين العربية.

2- تحديث القوانين المدنية العربية بتقنينها

الحداثة في مدلولها العام هي *حاجة إدخال العالم في منطق محسوب، وضبط الممارسة كي تعمل وفق خريطة سابقة على الواقع ومجاز الحداثة هو جعل الممارسة الحديثة تعمل بوصفها لغة برمجة وفق مجموعة تعليمات معيارية وتوجيهية وتاليا تحكمية.. فيكون القانون هو مجموعة تعليمات تتجلّى من خلالها إرادة الدولة لضبط تقنين حياة المواطنين بتحديد الممنوع والمسموح القيام به*[35]. ونذكر في هذا الشأن أنّ القانون كان يتمثّل قديما في السلوكات التي اعتاد الناس عليها، في حين أصبح اليوم وسيلة لبناء مجتمع أفضل، فهي السلوكات والنماذج التي يجب اتّباعها.

لقد انشغلت وبادرت الدول العربية بتحديث قوانينها، في وقت عرفت فيه الحضارة العربية الإسلامية تراجعا كبيرا، وتزامنا مع هيمنة الحضارة الغربية على العالم العربي وفي كل المجالات. وكتب قائلا في هذا الشأن نائب رئيس اللجنة الاشتراعية بعدما ذكر ما قامت به الدول الغربية من تحديث لقوانينها: *"فخليق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية وبأقرب جاراتها أعني تركيا ومصر. فإذا طرح الشارع اللبناني من المنشآت القانونية المحلية ما أظهر الاختبار وجوب نبذه. وسمح من جهة أخرى بالتوسيع من المنشآت القانونية التي يرجى لها نمو جديد متواصل وإذا تقبل المحدثات التي تقتضيها حاجات المجتمع الحاضر من غير أن يكلم بعمله وجدان أحد فإنه يعمل عملا كبيرا لا مندوحة عنه لتعضيد البلاد في سبيل الرقي المادي وإبلاغها أوجه العظمة الأدبية"*[36].

أمّا بالنسبة لتحديث القوانين المدنية العربية فتتمثّل في فكرة تقنينها، ناهيك عن الجانب الموضوعي، حيث عرفت المجتمعات الغربية تطوّرا وتقدّما فكريا وصناعيا واقتصاديا انجرّ عنه معاملات وأوضاع ومفاهيم جديدة لم تكن معروفة من قبل[37].

ينصرف التقنين كمظهر من مظاهر الحداثة مبدئيا وبالأساس إلى الجانب الشكلي للقانون، فهو أسلوب جديد تُقدّم فيه القوانين للمخاطبين بها **(1.2)**، إلاّ أنّ الأمر لم يقف في الحقيقة عند هذا الحدّ، فالتقنين الذي كان أحد أهداف الثورة الفرنسية ساهم وساعد على إدراج إصلاحات قانونية، فلم يبق أسلوب التقنين مجرّد آلية شكلية بل يحمل في طيّاته قيم هذه الثورة، وهو الأمر الذي قد ينال من أصالة القوانين المدنية العربية **(2.2)**، ناهيك عن رفض الفقه الإسلامي لأسلوب التقنين في بداية الأمر **(3.2)**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1.2- التقنين: شكل جديد لوضع القوانين

يقول أحد الفقهاء أنّ التقنين هو *عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون ما بينها من تناقض وفيها من غموض في مدوّنة واحدة، ثمّ إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، بصرف النظر عمّا إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون"*[38].فالتقنين هو عملية من اختصاص المشرّع مفادها جمع مختلف الأحكام القانونية التي تنتمي إلى فرع من فروع القانون وصياغتها في نص قانوني واحد تحت تسمية "قانون، مدوّنة، مجلّة" بمعنى code وذلك بعد القيام بالتنسيق بين هذه الأحكام وتبويبها بشكل علمي يسهل الاطّلاع عليها والتمكّن منها وتداولها من قبل كل من يهمّه الأمر.

أمّا عن مزايا هذا الأسلوب الجديد فهي عديدة ومنها: تمكين المكلّفين من القوانين الاطّلاع عليها بأكثر سهولة، إذ تسمح هذه التقنية بتبسيط القانون بالنظر إلى تضخّم التشريعات والتنظيمات وتفريقها، فمنها السّارية المفعول ومنها الملغاة صراحة أو ضمنيا، كما يضمن أسلوب التقنين شفافية القوانين ويساعد في نفس الوقت على استقرار العدالة لا سيما الأحكام القضائية...الخ.

إنّ إعادة تنظيم النصوص القانونية محلّ التقنين بطريقة منهجية وجمعها في قانون واحد يقتضي لا محالة إعادة النظر في موضوع هذه النصوص، وحتّى لو تعلقّ الأمر بتقنين بقانون ثابت codification à droit constant، فمعالجة التناقضات يقتضي إبعاد بعض الحلول والتمسّك بأخرى، وقد يظهر أنّ الحلول السّارية المفعول قد تجاوزها الزمن، فلا تتلاءم مع التصوّر الجديد للمجتمع، وهو الأمر الذي يؤدّي حتما إلى وضع حلول جديدة، ومن ثمّ فإنّ عملية التقنين لم تقتصر على الجانب الشكلي للقانون، بل تنصرف أيضا إلى جوهره.

2.2- التقنين: ترجمة لقيم الثورة الفرنسية

قال المؤرّخ الفرنسي المشهور جول ميشليه Jules Michelet بشأن الثورة الفرنسية أنّها ظهور أو قدوم التشريع، وإحياء أو بعث القانون من جديد وردّ فعل العدالة، «L'avènement de la loi, la résurrection du droit, la réaction de la justice»[39] ويضيف أنّنا نحضر ميلاد قانون جديد كلّيا.

القانون بالمفهوم الحديث هو وسيلة لتغيير المجتمع، وهو تكريس لمبادئ جديدة، وقد ساعدت فكرة تقنين القانون المدني الفرنسي على إصلاح القانون الفرنسي. ولا يفوتنا في هذا الشأن التذكير بأهمّ الإصلاحات التي تمّت من خلال تقنين القانون المدني الفرنسي، لا سيما:

- تكريس الدولة العلمانية، حيث استبعد الدين الكاثوليكي -هو دين مثل أي دين آخر- وأصبحت **الحالة المدنية التي تجمع المعلومات عن الميلاد والزواج والطلاق تديرها الدولة** وليس الكنيسة، وقد نادت الثورة الفرنسية بضمان المساواة لجميع المواطنين في كل مكان في فرنسا[40].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

–تحقيق توحيد الشعب الفرنسي وذلك بتوحيد القانون، والتخلّي عن الأعراف والقوانين الجهوية التي كانت سائدة،

– تحقيق التماسك الاجتماعي والمساواة أمام القانون،

– تكريس المساواة بين الجنسين، على عكس ما كانت عليه الأوضاع قبل الثورة، إذ كانت المرأة لا تتمتّع بكلّ الحقوق ولا بالأهلية الكاملة،

– تكريس حرية التجارة والصناعة، وكذا ظهور حقوق الإنسان (مقدمة للدستور 1789)،

– تكريس الحرية،[41] فلقد ترجم القانون المدني الفرنسي الفكر الفردي الليبرالي، الذي دافع عنه فلاسفة القرن السادس عشر، ولعل ما يؤكّد ذلك الخطّة التي تبنّاها التقنين المدني، إذ بعد فصل تمهيدي تناول ثلاثة كتب وهي على التوالي: الأشخاص، والأموال، ومختلف الطرق لاكتساب الملكية وأصبحت الملكية وحرية التعامل والحرية العقدية إحدى ركائز القانون المدني الفرنسي.

يمكننا القول بكلمة مختصرة أنّ المستقبل القانوني للمجتمع لم يبق قضاءً وقدرا، بل أصبح الشخص يتحكّم في مستقبله بإرادته الحرّة بعيدا عن المعتقدات الدينية. ولقد أدرجت كل هذه الأفكار ضمن أحكام القانون المدني الفرنسي.

لا شكّ أنّ تحديث القوانين العربية سيتناول أيضا أوضاع، وعلاقات، ومعاملات لم تكن معروفة من قبل، فهل سيكتفي المشرّع العربي بنقل القوانين الغربية مضمونا واصطلاحا أو سيبدع بالبحث في حلول تتماشى وماضيه ومصطلحات تثري اللغة القانونية العربية؟

كان التقنين ضمن المشاريع التي تسعى الثورة الفرنسة إلى تحقيقها، الأمر الذي جعل القوانين المدنية العربية باتّباعها الطريقة الغربية تُكرّس بطريقة غير مباشرة بعض القيم الغربية، وتبتعد في نفس الوقت عن الأصالة العربية، ويبدو أن المشرّعين العرب قد لجأوا إلى بعض الأساليب التي سمحت بتفوّق الحداثة على الأصالة.

3.2– موقف الفقهاء من تقنين الشريعة الإسلامية

يُراد بتقنين الفقه الإسلامي تطبيق التقنين على الأحكام الفقهية المأخوذة من المذهب الواحد، والتقنين كما سبق ذكره فهو:"... *جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلّقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواد (ذات أرقام متسلسلة). ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.*"[42]

كانت مسألة تقنين الشريعة مسألة خلافية بين الفقهاء المسلمين، فمنهم المعترضون على ذلك، لا سيما علماء الحجاز مستدلّين بعدّة حجج منها – أنّ التقنين لم يكن معمولا به في عهد الرسول صلّى الله عليه وسلّم ولا في عهد الخلفاء الراشدين، ولا من بعدهم من طرف السلف الصالح – وأنّ إلزام القاضي برأي معيّن محدّد مسبقا يحول دون تمكينه من الاطّلاع على الآراء الفقهية الأخرى وترجيح أقربها إلى

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصواب، فالتقنين هو في الحقيقة تخلٍّ عن كل الفقه فالقاضي مُطالب بقول الحق تحقيقا للعدل والإنصاف، ومن ثمّ لا يمكن إلزامه بحكم قد لا يقتنع به[43] أمّا بالنسبة للمسائل الخلافية بين العلماء في مسألة ما، فإنّ المقنن غير مؤهّل لترجيح أحد الآراء .

أمّا مؤيدو فكرة تقنين الشريعة الإسلامية، فيعتبرونها ضرورة ملحّة [44]، كونها تمكّن المكلّف من علمه واطّلاعه مسبقا على النظام الذي يسري على سلوكاته، وهذا المبدأ مكرّس في كلّ الشرائع، كما يساعد التقنين على توحيد الاجتهاد القضائي في البلد الواحد، وسهولة مراجعة الأحكام، وضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصح في المسائل الخلافية بين الفقهاء[45]، كما تلبّي فكرة التقنين ما يقتضيه العصر الحديث من سرعة في فضّ النزاعات، لاسيما في ظلّ التعقيدات التي طرأت على العديد من المعاملات. وأيّا كان الأمر فتقنين الشريعة الإسلامية أصبح اليوم محلّ الإجماع، وقد بادرت الجامعة العربية إلى توحيد الأنظمة القانونية العربية على أساس الشريعة الإسلامية[46].

3- القوانين المدنية العربية: تعايش حداثة غربية مع أصالة عربية إسلامية

ترمز الحداثة إلى ما هو حديث، بينما يُراد بالأصالة -عادة- ما هو قديم، لكونها تتطلّب -عادة- فترة من الزمن حتّى تبرز إلى الوجود ويعلم بها الجميع، ويثير مثل هذا الأمر تساؤلا حول طبيعة العلاقة بينهما: هل هي علاقة تناقض فيستبعد التعايش بينهما، أم هي علاقة ذات طابع آخر فلا يمنع تواجدهما -الأصالة والحداثة- فلا وجود لأيّ تناقض بين الفكرتين، كأن تكون الحداثة أو العصرنة مظهرا من مظاهر الأصالة. وهناك العديد من البحوث التي تناولت علاقة الحداثة بالأصالة، ولعلّ ما يزيد الأمر تعقيدا بالنسبة لموضوعنا أي القوانين العربية، أنّ الحداثة تنتمي إلى حضارة غربية آنية، في حين تنتمي الأصالة إلى الحضارة العربية الإسلامية التي عرفت تراجعا كبيرا. ويبدو بالنظر إلى عامل التعقيد هذا، ناهيك عن الاعتبارات التي سبق ذكرها، أنّ حلّ المعادلة أمر صعب المنال، وهذا ما تؤكّده الصيغ النهائية للقوانين المدنية العربية، فبعضها لم يكن سوى محاكاة للقانون المدني الفرنسي **(1.3)** في حين كان بعضها الآخر محاولة للجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الفرنسي، وهذا رغم التفاوت الكبير بينهما: تصورا وصياغة واصطلاحا **(2.3)**.

1.3- القوانين المدنية العربية: محاكاة للقانون المدني الفرنسي

لقد سبقت الإشارة ولو بطريقة غير مباشرة لهذه الفئة من القوانين العربية عند تطرّقنا إلى مكانة الفقه الإسلامي كمصدر من مصادر القوانين المدنية العربية. وأشار المغفور له عبد الرزاق السنهوري إلى قول أساتذة القانون المقارن بيار ارمنجون والبارون بوريس، نولدر مرتين وولف Pierre Arminjon, Baron Borris Nolde, Martin wolf بشأن القانون المدني المصري على:" *إن مبادئه وتكيفاته القانونية ومصطلحاته الفنية، وقواعده الأساسية هي في مجموعها ما نراه في القانون الفرنسي*"[47]. واعتقادنا أنّ هناك ظروف هيّأت لمثل هذه النتيجة، فبعضها يرجع إلى الولوع بالحضارة الغربية بصفة عامّة والقانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرنسي بصفة خاصّة **(1.1.3)** ولو أنّ الاعتماد على أحكام القانون المدني الفرنسي في إعداد القوانين المدنية العربية لم يكن من قِبل حرّية الاختيار، بل كان يظهر كخيار وحيد، إن لم يكن مفروضا في بعض الحالات **(2.1.3)**، وأيّا كان الأمر، فإنّ محاكاة القانون المدني الفرنسي لم تكن ممكنة إلاّ بعد استبعاد بعض المسائل من مجال القانون المدني، سيما أحكام الأحوال الشخصية **(3.1.3)**.

2.1.3- الولوع بالحضارة الغربية

يظهر ولوع بعض المجتمعات العربية بالحضارة الغربية من خلال إقبال طبقتها المثقّفة على الثقافة الغربية، لا سيما الفرنسية وذلك بتوافد مجموعات من الطلبة والأساتذة وغيرهم من المثقّفين على الجامعات الفرنسية في كلّ الاختصاصات من جهة، واستقبال بعثات من المثقّفين الفرنسين في البلاد العربية من جهة أخرى، والسماح لها بفتح مدارس عليا وكليات فرنسية تابعة للجامعات الفرنسية وتسييرها وتأطيرها في كلّ من مصر ولبنان سيما في مجال الحقوق.

لقد كان الإقبال على هذه الكليات كبيرا، خاصّة من قبل الطلبة اللبنانيين والسوريين والمصريين، ممّا ساعد كثيرا على انتشار الثقافة الفرنسية في البلاد العربية، فأصبحت بمثابة ثقافة وطنية. ولقد شجّع الجمود الذي عرفته بعض المعالم العربية الكبرى على غرار جامع الأزهر، الذي لم يتأقلم مع المتطلّبات الجديدة للمجتمع على توطين الثقافة الفرنسية. ولعلّ ما يُترجم حقّا انبهار بعض المجتمعات العربية بالثقافة الفرنسية العبارات التي جاءت في تقرير نائب رئيس اللجنة الاستشارية موجّه إلى حضرة وزير العدلية في جمهورية لبنان، بشأن إعداد قانون الموجبات والعقود اللبناني. وبعدما استشهد مُحرّر هذا التقرير بما قامت به معظم الأمم من وضع قوانينها في قوالب جديدة كفرنسا وسويسرا وبولونيا وإيطاليا وغيرها، مشيرا في نفس الوقت إلى مشروع قانون الموجبات والعقود المشترك لفرنسا وإيطاليا الذي أطلق عليه تسمية *"المشروع الدولي"* كونه " *ثمرة مباحث أكبر رجال القانون من الفرنسيين والإيطاليين سحابة عشرة سنوات*، كتب قائلا *فخليق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية وبأقرب جارتها أعني تركيا ومصر...*". وأضاف بشأن عمل اللجنة الاشتراعية أنّه اقتصر "*على صوغ المشروع في صيغته النهائية*، باعتبار أنّ المشروع الأصلي وضعه *الميسيو روبرس (وهو الآن قاضي في محكمة السين)*، وقد تمّ إرسال هذا المشروع إلى *الميسيو جوسران كبير أساتذة كلية الحقوق في ليون. وبعض تلك النصوص صدر عن ممثل الدولة المنتدبة... والبعض الآخر وضعه الشارع اللبناني ... وأن اللجنة الاشتراعية لم يدر في خلدها قط أن تنتقد المشروع الذي وضع تحت رعاية العلامة الكبير والحجة الذي يرجع إليه في الحق المدني الفرنسي ذي الشخصية البارزة في عالم القانون الأستاذ جوسران..."*[48]

2.1.3-القانون المدني الفرنسي: خيار وحيد مفروض

إنّ انتشار الثقافة القانونية الفرنسية على النحو السالف الذكر إلى جانب انتشار الاستعمار الفرنسي بطرق مختلفة في البلاد العربية، والذي كان يسعى إلى طمس الثقافة الوطنية سيما الشريعة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإسلامية، وفرض ثقافته وقناعاته ساعد على بروز ظاهرة التأثّر بالثقافة القانونية. لقد تلقّى رجال القانون في البلاد العربية في تكوينهم الثقافة القانونية الفرنسية، ومارسوا نشاطاتهم طيلة حياتهم بالاستناد إلى تلك الثقافة، بحيث أصبح الكثير من المواطنين العرب يعتقدون أنّها ثقافتهم الوطنية. ولعلّ ما ساعد على هذه القناعة تراجع الثقافة القانونية العربية الإسلامية إن صحّ التعبير. وقد كان هناك تفاوت كبير بين الذين كانوا يرغبون في استبعاد الثقافة الفرنسية والعمل على تطوير أو تحديث الشريعة الإسلامية بشأن تصوّرهم لذلك. نذكر على سبيل المثال إعداد القانون المدني الجزائري الذي تمّ من قبل محترفي القانون، إلاّ أنّ أغلبهم كان متشبّعا بالثقافة القانونية الفرنسية.

أمّا بشأن إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية فقد تمّ في الوقت الذي كانت فيه تونس تحت الحماية الفرنسية ونفس الشيء بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي[49]. فلقد تمّ إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية بموجب اتّفاقية المرسى بين باي تونس والمقيم العام الفرنسي المؤرّخة في 8 حزيران 1883، حيث ينصّ الفصل الأوّل على ما يلي:" *لما كان الباي أن يسهل للحكومة الفرنساوية إتمام حمايتها تكفل بإجراء الإصلاحات الإدارية والعدلية التي ترى الحكومة المشار اليها فائدة في إجرائها*"[50]. كما تمّ أيضا إعداد قانون الالتزامات والعقود المغربي بموجب معاهدة فاس 30 مارس 1912، وقد ورد في فصلها الأول:" *إن دولة الجمهورية الفرنسية وجلالة السلطان قد اتفقا على تأسيس نظام جديد بالمغرب مشتمل على الإصلاحات الإدارية والعدلية والتعليمية والاقتصادية والمالية والعسكرية التي ترى الدولة الفرنسية إدخالها نافعا بالإيالة المغربية، وهذا النظام يكون يحترم حرمة السلطان وشرفه العارم وكذلك الحالة الدينية وتأسيساتها والشعائر الإسلامية وخصوصا تأسيس الأحباس كما يكون هذا النظام محتويا على تنظيم مخزن شريف مضبوط...*"[51].

لقد تمّ إعداد هذين القانونين برغبة من الدولة الحامية –فرنسا– وذلك بغرض تمكين المستوطنين الغربيين من العيش في ظلّ قواعد قانونية اعتادوا عليها كالقانون الفرنسي، وتجنيبهم الصعوبات المترتّبة على القوانين المحلّية باعتبارها غير مقنّنة، وغامضة ومتناقضة ومبهمة. وأمّا عن مصدر أحكام القانون الجديد، فيرجع في إعدادها إلى القانون المدني الفرنسي ما لم تكن مخالفة للشريعة الإسلامية مع مراعاة المعتقدات المحلّية. واسندت مهمّة إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية إلى لجنة يترأّسها المحامي والمبرّز في الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية الإيطالي الجنسية والتونسي المولد " دافيد سانتيلانا David Santillana."[52]على أن يحرّر النص باللّغة الفرنسية، وإن دلّ ذلك على شيء فإنّما يدلّ على أنّ مجلّة الالتزامات مقتبسة أساسا من القانون الفرنسي، وكذا بعض أحكام القانون الألماني والسويسري أمّا قانون الالتزامات المغربي فهو صورة طبق الأصل للمجلّة التونسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نذكر في الأخير أنّه على غرار هذين القانونين، تمّ أيضا تحرير النسخة الأصلية لقانون الالتزامات والعقود اللبناني[53]، وكذا النسخة الأصلية للقانون المدني المصري[54] والقانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية[55]، ولا شكّ أنّ مردّ ذلك هو الاستئناس بالقانون المدني الفرنسي.

3.1.3- تشتيت القانون المدني

إنّه من المعروف أنّ القانون المدني ينظّم علاقات الفرد من حيث المال –أو ما يعرف بالحق الشخصي أو الالتزامات والحق العيني– وعلاقات الفرد مع عائلته أي الأحوال الشخصية، مع العلم أنّ هناك تفاوتا كبيرا بين الأمرين، كون هذا النوع من العلاقات يطغى عليه الطابع التقني، بينما النوع الثاني أي الأحوال الشخصية هي أكثر ارتباطا بثقافة وحضارة ومعتقدات البلد، فهي تتميّز من بلد إلى آخر وحتى من منطقة إلى أخرى في نفس البلد، بالإضافة إلى ذلك فالشريعة الإسلامية تناولت هذه الجوانب بالتفصيل سواء ما تعلّق بالزواج أو الطلاق أو الميراث، الأمر الذي لم يسمح للمشرع العربي من إعادة النظر فيها، وعليه تمّ إخراج مسألة الأحوال الشخصية من القانون المدني –كما تمّ إخراج في وقت سابق القانون التجاري وقانون العمل– غير أنّ الأمر لا يقتصر على هذا الفصل المادّي بل صاحبه استقلالية قانون الأسرة، بمعنى أنّ القانون المدني لم يعد بمثابة الشريعة العامة، كما استبعد بعض المشرّعون العرب أيضا الحقوق العينية كالقانون اللبناني، والتونسي والمغربي. ولعلّ هذا ما جعل بعض المشرّعين يستبعدون تسمية القانون المدني ويفضّلون تسمية الالتزامات والعقود.

بعد استبعاد الأحوال الشخصية من القانون المدني وفي بعض الأحيان الحقوق العينية، لم يبق سوى أحكام العقود والالتزامات أي ما يسمّى بالمعاملات، فالمعروف أنّ الشريعة الإسلامية لم تنظّم هذه المسائل بطريقة دقيقة على عكس مسائل الأحوال الشخصية، فاكتفى الشرع ببعض المحظورات على غرار التعامل بالربا، ممّا جعل المعنيّين بالمعاملات يتمتّعون بحرّية كبيرة في تنظيم معاملاتهم. وهذا ما شجّع المشرع العربي على نقل أحكام القانون المدني الفرنسي لا سيما تلك التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية. تلكم هي حجّة المغفور له الأستاذ السنهوري الذي يقول: *"كما ساعد العقم الذي شهدته الحضارة العربية الإسلامية على هذه المحاكاة شكلا ومضمونا"*.

3.3- القوانين المدنية العربية: جمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الفرنسي

حاولت الفئة الثانية من القوانين المدنية العربية أن تجمع في نفس النص أحكام منقولة حرفيا من الفقه الإسلامي وأخرى مستمدّة من القانون المدني المصري (المقتبس من القانون المدني الفرنسي على وجه الخصوص) دون أن تطغى إحداها على الأخرى. والحقيقة أنّ مثل هذا المزيج أثار عدّة صعوبات باعتبار التفاوت الكبير بين الأسلوب الذي اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن صياغة القواعد الفقهية والأسلوب المعتمد في صياغة الأحكام القانونية **(1.3.3)**، بالإضافة إلى التفاوت في تصوّر كلّ منهما **(2.3.3)** وفي مصطلحاتهما **(3.3.3)**.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1.3.3- التفاوت في صياغة الأحكام

تتميّز قواعد الفقه الاسلامي من حيث صياغتها باستعمالها عبارات موجزة مجسّدة في ألفاظ قليلة، غير أنّها تستوعب جزئيات كثيرة وتنصرف إلى فروع متعدّدة ومختلفة في مواضعها[56]، ومع هذا فهي متّحدة في معانيها، وإن دلّ ذلك على شيء فإنّه يدلّ على وحدة المنطق والانسجام الكامل الذي يميّز الفقه الإسلامي. فالكلمات المستعملة –مثلا– في صياغة قاعدة *لا ضرر ولا ضرار* تعدّ على أصابع اليد الواحدة، وهو نفس المنهج المتّبع في القواعد الفقهية الأخرى، كقاعدة *يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشّد بالأخفّ*، أو قاعدة *إذا سقط الأصل سقط الفرع*، أو تلك التي تقضي بأنّ *المعروف عرفا كالمشروط شرطا* وغيرها.

إنّ قلّة الألفاظ المستعملة في صياغة القاعدة الفقهية لم تمنع من انصرافها أو تطبيقها إلى مسائل عديدة تنتمي إلى أبواب مختلفة، فقاعدة *لا ضرر ولا ضرار* تشمل –على سبيل المثال– ثلاثة عشر بابا من أبواب الفقه منها: الرّد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري، الحجر بأنواعه، الشفعة، القصاص، الكفارات، ضمان التلف، فسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، قتال المشركين...الخ[57]. ولعلّ الملاحظ في هذا الشأن أنّ القواعد الفقهية متفاوتة بعض الشيء فيما بينها من حيث شمولها واتّساع مجالها، الأمر الذي كان وراء تقسيمها إلى ثلاثة أنواع كما يلي: القواعد الخمس الكبرى[58] (قواعد يرجع إليها في عامّة المسائل الفقهية ويندرج تحتها العديد من القواعد الفقهية الفرعية)[59]، فالقواعد الكلّية (تشمل فروع فقهية كثيرة وأبواب عدّة)، وأخيرا الضوابط الفقهية وهي قواعد تتعلّق بمسائل تنحسر في باب واحد[60].

تتميّز القواعد الفقهية أيضا من حيث طريقة استخلاصها، فالعديد منها مستخرج من المسائل الجزئية، إذ توصّل الباحثون إلى الكثير منها باستقراء المسائل الجزئية التي تركها أئمّة المذاهب الأربعة[61].

لا شكّ أنّ أحكام القانون هي أيضا قواعد قانونية عامّة ومجرّدة، إلاّ أنّ صياغتها تتميّز كثيرا عن صياغة القواعد الفقهية، ومردّ ذلك كيفية استخلاص أو وضع الحكم القانوني، إذ ينطلق المشرّع من فرضية محدّدة وتصاغ صياغة دقيقة وواضحة وصريحة وسهلة الفهم، وتعالج مسألة معيّنة في فرع معيّن من فروع القانون.

إنّ تحقيق هذه الغاية يكون من خلال صياغة توضّح كلّ جوانب الفرضية، من حيث شروطها (الموضوعية والشكلية) والجزاء، وسلطة القاضي، والاستثناءات عند الحاجة وغيرها، وذلك رفعا لكلّ لبس.

لا شكّ أنّ صياغة الأحكام القانونية تقتضي الاختصار على أن يكون هذا الأخير مانعا لأيّ غموض، ويبدو أنّ التفاوت بين الصياغتين (القواعد الفقهية والأحكام القانونية) واضحا. ويكفينا القيام في هذا الشأن بمقارنة بسيطة بين المواد 4، 62، 63، 64 و65 من القانون الأردني (وهي قواعد فقهية) والمواد 5، 68، 70، 71 و71 من نفس القانون (وهي أحكام من القانون الوضعي).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد أثار تقسيم القواعد الفقهية صعوبة في ترتيبها ضمن أحكام القوانين المدنية العربية، فبعضها على غرار القانون المدني اليمني أورد القواعد الفقهية في الباب الأول، تحت عنوان القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون من الكتاب الأول الأحكام العامة في المعاملات، كأن تكون مبادئ عامة تسري على كل المسائل التي هي من اختصاص القانون المدني[62]. أمّا المشرع الأردني فقام بتوزيع القواعد الفقهية على مختلف أبواب القانون المدني وفصوله، كأن تكون بمثابة مبادئ عامة لكلّ موضوع تناوله النصّ القانوني[63].

2.3.1- تفاوت بين مفاهيم الفقه ومفاهيم القانون

انشغلت القوانين المدنية العربية – على العموم- بأربع مواضيع أساسية خصّصت لكلّ منها باب أو كتاب أو فصل، تتعلّق على التوالي بالأحكام العامة (تطبيق القانون مكانا، زمانا، الشخصية القانونية والحقوق الملازمة لها، استعمال الحق...)، الحق الشخصي (الالتزامات- العقد، المسؤولية، وشبه العقود- والعقود الخاصة – البيع، الإيجار، الوديعة، الشركة...)، الحق العيني (الملكية والحقوق العينية الأخرى)، وأخيرا الحقوق العينية التبعية أي التأمينات العينية.

يرجع هذا التقسيم إلى القانون المدني الفرنسي، وقد سبق أن تبنّاه القانون المدني المصري ثمّ أخذت به كل القوانين المدنية العربية، وذلك في إطار ما يسمّى بتحديث القوانين العربية كما سبق شرحه آنفا. لا شكّ أنّ الاختلاف بين القوانين الوضعية وقواعد الفقه الإسلامي لا ينحصر في هذا الجانب فحسب، بل يمتّد أيضا إلى الجانب الموضوعي وذلك بالنظر إلى عدّة اعتبارات منها الحضارية والاجتماعية والاقتصادية، والعقائدية والسياسية والفلسفية وغيرها. غير أنّه وأيا كانت الاختلافات فلا شكّ أنّ هناك مسائل مشتركة مردّها تقاسم بني البشر سلوكات معيّنة في حياتهم الاجتماعية من تبادلات اقتصادية (بيع، شراء، إيجار، إعارة ...) وتكوين أسرة وغيرها. والملاحظ بهذا الشأن أنّ قواعد الفقه الإسلامي انشغلت بهذه المسائل فنظّمتها، على غرار مختلف القوانين الوضعية، الأمر الذي يجعلنا نبحث عن كيفية التوفيق بينهما. ولعلّ من أهمّ المواضيع التي لفتت انتباهنا موضوعي العقد والمسؤولية، حيث كانا محلّ تنظيم دقيق في الفقه الإسلامي وكذا القوانين الوضعية، سيما القانون المدني الفرنسي وبعده القانون المدني المصري.

العقد هو أحد وسائل التعامل بين الأفراد في المجتمع من أجل تلبية حاجاتهم، ويبدو أنّه لا يوجد -مبدئيا- فرق جوهري بين مفهوم العقد في الفقه الإسلامي حيث عرّفته المادة 103 من مجلّة الأحكام العدلية على أنّه:" *ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله*". ومفهوم العقد في القوانين الوضعية، كونه: " *اتفاق ارادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه*"[64]، فهو اتّفاق يتمّ بين شخصين عن طريق إيجاب صادر من أحدهما وقبول صادر من الطرف الآخر، تستحدث بموجبه حقوق وواجبات على عاتق ولفائدة المعنيّين أو أحدهما[65]. ومردّ هذه الرؤية المشتركة هو الحرّية العقدية التي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبنّاها كلّ من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية[66]، بالإضافة إلى أنّ العملية العقدية تندرج ضمن المعاملات وليس العبادات، ومن ثمّ فهي لا تقتصر على المسلم دون غيره.

لا ينحصر هذا التصوّر الموحّد لمفهوم العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على كيفية إنشائه –اقتران الإيجاب بالقبول– بل يشمل أيضا عناصر أخرى منها أركان العقد، وآثار العقد التي تقتصر على العاقدين. ولمّا كان الأمر على هذا النحو فقد نتساءل عن المغزى من الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، علما وأن التفاوت في صياغة كلّ منهما كما سبق الذكر قد تؤثّر على انسجام النص شكلا؟

إنّ توافق أحكام القفه الإسلامي والقانون الوضعي هو في الحقيقية توافق سطحي، وذلك بالنظر إلى الاختلافات الأساسية بينهما، ومنها أنّه:

– لا توجد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للعقد مثلما هو الأمر بالنسبة للقوانين الوضعية، فالفقه الإسلامي يتناول كل عقد على حده، كما يظهر من مختلف كتب الفقه وكذا مجلّة الأحكام العدلية التي لم تتضمّن أحكاما عامة تدير كل العقود، بل خصّصت لكلّ عقد كتابا، (الكتاب الأول: البيع من المادة 101 إلى 403، الكتاب الثاني: الإيجار من المادة 404 إلى المادة 611، ثم عقد الكفالة (الكتاب الثالث من المادة 612 إلى 672، ثم عقد الحوالة، فعقد الرهن..... وتناول كلّ كتاب جميع المسائل المتعلّقة بالعقد، حيث تكرّرت –مثلا– مسألة الإيجاب والقبول في كلّ العقود[67],

–لا تخلو أحكام المعاملات من الجانب الروحي، ويقول في هذا الشأن أبو زهرة: "*من يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنّها قوانين مجرّدة، ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح، لأن الفهم المستقيم قام على رد الفروع على أصولها والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غايتها، والآراء إلى مقاصد قائليها*."[68] فالصبغة الدّينية في الفقه الإسلامي يقول مصطفى أحمد الزرقاء :" *من حيث استمداده ومصادره الأساسية، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه، لم تكن لتمنعه أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والأعراف السليمة، وأن يؤسّس وضعا قضائيا مدنيا يبنى أحكامه على الظاهر المحض كما تبنى سائر القوانين لوضعية ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أقاضت على أوضاعه المدنية هبة واحتراما، وأورثتنا سلطانا على النفوس كان به الفقه الإسلامي شريعة مدنية ووازعا أخلاقيا في وقت معا، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الآمر، والزاجر الديني الباطن إلى جانب القضاء الظاهر*"[69].

أمّا في الجانب التقني أو الفني فإنّ مفهوم العقد في الفقه الإسلامي ينصرف إلى "... *الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق*، ومن ثمّ لا يعدّ عقدا الاتّفاق الحاصل بين الطرفين الذي لم يستوف الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد، أمّا في تصوّر القانون الوضعي فهو الاتّفاق ذاته وعليه يعدّ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العقد الباطل عقدا. ويقول في هذا الشأن مصطفى أحمد الزرقاء العبرة في: "*التعريف القانوني*" بواقعة مادّية أي الاتفاق في حد ذاته، بينما التعريف الشرعي يستند إلى "*الواقعة الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري*"[70].

– يظهر بعد مراجعة أحكام القانون المدني الأردني المتعلّقة بالعقد –بعضها منقول من الفقه الإسلامي وبعضها من القانون المدني المصري–[71] وأنّ أحكام العقد في الفقه الإسلامي متميّزة تميّزا واضحا عن أحكام العقد في القانون المدني المصري، ومن ذلك تلك المتعلّقة بإلزامية الإيجاب، فهي مرتبطة بالصيغة وبمجلس العقد، وبإلزامية العقد في حدّ ذاته بالنظر إلى مختلف الخيارات التي قد يتمسّك بها المتعاقدين وبالجزاء الذي قد يلحق العقد – البطلان، الفاسد، غير اللزوم وغيرها.

يثير بدوره موضوع المسؤولية أيضا نفس الملاحظات لنفس الاعتبارات، فالغرض من موضوع المسؤولية هو جبر الضرر الذي لحق بالغير، وهي نفس الفكرة التي عالجها الفقه الإسلامي في مجال الضمان، مع العلم أنّ هناك فروقا هامّة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، فهذه الأخيرة لا تميّز – مثلا– بين الضرر المادّي والضرر الجسماني في حين أنّ الفصل بين الأمرين جوهري في الفقه الإسلامي، كون الأوّل يعالج عن طريق الضمان والثاني من خلال ما يسمّى بالدِّية التي تخضع لأحكام خاصة، هذا من جهة،, ونرى من جهة أخرى أنّ هناك فرق جوهري بين المفهومين، فالضمان هو : "*عبارة عن غرامة التالف*"[72] أو :"*رد مثل الهالك إذا كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا*"[73] أو هو: "*التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير*" . ولمّا كان الضمان *بدل مال وليس جزاء فعل*، فيلزم الصبي والمجنون ومن نحوهما بالضمان[74]. أمّا نظام المسؤولية المدنية فيستند في تصوّره الأصلي إلى معاقبة الفاعل عن السلوك الخاطئ، فلا مسؤولية إن لم يرتكب المسؤول خطأ، ولا يتحقّق ذلك ما لم يكن يتمتّع بالأهلية الكاملة، فلا يسأل الصبي ولا المجنون.... وانجرّ عن هذا الاختلاف في التصوّر بين مفهوم الضمان ومفهوم المسؤولية تفاوت في أحكامهما، ولا نرى فائدة من هذا الجمع طالما أنّ أحكام الفقه الإسلامي تتناول كلّ المسائل التي يتناولها نظام المسؤولية المدنية.

3.3.1– تباين المصطلحات

تختلف الأنظمة القانونية عن بعضها البعض من حيث المصطلحات كون القوانين مرتبطة ببيئات اجتماعية مختلفة، فيصعب في بعض الأحيان نقلها من نظام قانوني إلى آخر. لقد أسلفنا القول أنّ العبرة في الفقه الإسلامي بالضمان في حين أنّ القوانين الغربية والقوانين العربية التي حذت حذوها اعتمدت مصطلح المسؤولية، ورغم التقارب الموجود بين هذين المصطلحين فلا يمكن استبدال أحدهما بالآخر بالنظر إلى الفوارق الموجودة بينهما. كما سبق وأن بيّنا[75] ينصرف العقد في الفقه الإسلامي إلى *الواقعة الشرعية* بينما ينصرف في القانون الغربي إلى *الواقعة المادية*، ومن ثم ليس هناك تكافؤ بين المصطلحين رغم التشابه الكبير بينها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قد يستند الاختلاف بين مصطلحات الفقه الإسلامي ومصطلحات القانون الغربي إلى تصوّر كل منهما، على غرار مصطلح الوارث، وهو من يخلف السلف في ذمّته المالية فيكتسب حقوقه ويتحمّل واجباته، ويعدّ طرفا في التصرّفات التي قام بها السلف، ويسمّى بالخلف العام في الفقه الغربي، أمّا الوارث في الفقه الإسلامي فيستند إلى تصوّر آخر فهو أحد أقرباء الميّت الذي يحقّ له شرعا أخذ نصيب معيّن من تركته، فهو لا يخلف السلف، بل يعتبر من الغير بالنسبة للمورّث، فالجمع في نفس الحكم بين مصطلحات ذات دلالات مختلفة على غرار المادة 106 مدني أردني [76] يثير التناقض وقد يحول دون إمكانية تطبيق هذا النص[77].

يترتّب أيضا على هذا الاختلاف في التصوّر تفاوت كبير في المصطلحات من حيث وجودها، فالفقه الإسلامي كرّس –على سبيل المثال– مصطلحات العقد غير اللاّزم والعقد الموقوف، والعقد الفاسد، وخيار الرؤية، وخيار التعين، وخيار العيب، في حين أنّ مثل هذه المصطلحات غير موجودة في القوانين الغربية. صحيح مبدئيا أنّه لا إشكال في ذلك، غير أنّه بالرجوع إلى أحكام أخرى في نفس القانون والتي تمّ نقلها حرفيا من القانون الأجنبي قد تثير مشكلة انسجام النص القانوني برمّته، لأنّ النقل الحرفي للنص الأجنبي يكون حتما بغرض المحافظة على المعنى الأصلي للحكم المنقول. تناول مثلا المشرع الأردني الغلط باعتباره عيب في الرضا [78]في المواد من 151 إلى 156، مع العلم أنّ المادتين 155 و156 هي نقل حرفي للمادتين 123–124 مدني مصري، أمّا المادة 154 فهي أيضا نقل حرفي للمادة 122 مدني مصري باستثناء الجزاء. والملاحظ أنّ المشرع الأردني يقضي في المادة 152 بما يلي:"*إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل* ***بطل*** *العقد*"، ويسمح في المادة الموالية لها:

"*للعاقد* ***فسخ*** *العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه*"، وبموجب المادة 154 "*للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوفرت شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين (151 و153) ما لم يقضي القانون بغير ذلك.*" فالمشرع الأردني أشار في النص الأول –المادة 154– إلى بطلان العقد بسبب الغلط، بينما أشار في المادتين المواليتين إلى الفسخ كأن يكون الفسخ والبطلان مترادفان أمّا المشرع المصري فيرتّب على الغلط قابلية العقد للإبطال، الأمر الذي يثير التناقض في فهم النص في القانون الأردني: الفسخ أو الإبطال، فإذا رجعنا إلى مصدر النص وهو القانون المصري فهو لا يقصد بالفسخ الإبطال، وأمّا بالرجوع للفقه الإسلامي مصدر النص الذي اعتمد عليه القانون الأردني فقد يراد به الفسخ في الفقه الإسلامي.

قد يترتّب عند الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام من القانون الوضعي (القانون المدني المصري)، سيما من خلال النقل الحرفي للنصوص غموض في المصطلحات، كأن يكون لنفس المصطلح دلالات مختلفة كونها مقترضة من أنظمة قانونية مختلفة على غرار مصطلح الفسخ. فالمادة 246 مدني أردني –

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على سبيل المثال– المقتبسة من المادة 157 مدني مصري تقضي بحق العاقد الدائن بفسخ العقد الملزم للجانبين إذا لم يوفِّ المتعاقد معه بما وجب عليه، فهذا الجزاء يلحق العقد الصحيح، كما تقضي المادة 153 مدني أردني بنفس الجزاء أي الفسخ بالنسبة لعقد شابه عيب في الرضا أي الغلط؟

يبدو أن المشرّعين العرب لم يولوا للمصطلحات القانونية العناية المطلوبة عند ترجمتها، علما وأنّ القوانين العربية كما سبق ذكره تأثرّت كثيرا بالقانون الفرنسي شكلا وموضوعا. والجدير بالتذكير في هذا الشأن أنّ ترجمة المصطلحات من لغة إلى أخرى تختلف تماما عن ترجمة النصوص الأدبية. فالترجمة القانونية تقتضي البحث في اللّغة القانونية الهدف عن وجود مصطلح معادل ومكافئ تماما للمصطلح المراد ترجمته في اللّغة الأصل، وقد يوجد وقد لا يوجد والحقيقة أنّ المشرع العربي لم يلتزم بهذا الأسلوب العلمي[79]، بل اقتصرت الترجمة القانونية على الترجمة الأدبية، الأمر الذي كانت سببا في وجود اختلافات كثيرة في مصطلحات القوانين العربية[80].

الخاتمة

نرى في نهاية هذه المداخلة أنّ القوانين المدنية العربية لم ترق إلى المستوى الذي يتناسب ومكانة الأمّة العربية بين الأمم، وذلك رغم الجهود المبذولة على مستويات مختلفة. لا شكّ أنّ المشرّعين العرب واجهوا صعوبات كثيرة في إعداد هذه القوانين، منها: عامل التثقّف القانوني الناتج عن هيمنة القوانين والثقافة الغربية على العالم العربي بشتّى الطرق، وتجاهل الطابع العلمي للقانون أيّا كان النظام القانوني المستند إليه، وكذا انقسام العالم العربي إلى فئتين أساسيتين بشأن مفهوم الأصالة بعضها يربطها بالدين الإسلامي وبعضها الآخر يستبعد هذا الأمر. نرى أنّ هناك أيضا حقيقة أخرى تجاهلها المشرّعون العرب، وهي أنّه لا وجود لقانون عربي أصيل بمفرداته ومصطلحاته القانونية يمكن الرجوع إليه[81]، ومردّ ذلك أنّ العالم العربي كان إلى غاية انهيار الدولة العثمانية يحتكم إلى الشريعة الإسلامية، وقبل ذلك كانت الأعراف والعادات المحلّية هي التي تحكم المجتمعات العربية، فالمفاهيم والمصطلحات القانونية الموجودة باللّغة العربية هي تلك التي كرّسها الفقه الإسلامي كنظام قانوني مستقلّ عن الأنظمة القانونية الأخرى، فالبيع مثلا يراد به في الفقه الإسلامي مبادلة مال بمال، في حين يراد به في القوانين العربية المقتبسة من القانون المدني الفرنسي عموما نقل حق ملكية أو حق مالي في مقابل ثمن نقدي. واعتقادنا أنّه بدل من تعريب القوانين الغربية، كان من الأحسن اعتمادها كمصادر مادّية فقط على أن يُصاغ الحكم القانوني صياغة أصيلة (إبداع المفاهيم والمصطلحات) بما يتوافق مع اللّغة العربية.

أمّا في حالة اعتماد الفقه الإسلامي كمصدر أساسي وحصري، فإنّ ذلك يقتضي محالة لا محالة الاستعانة بالقوانين الغربية من حيث الموضوع بالقدر الذي تسمح به مبادئ الشريعة الإسلامية دون النقل الحرفي للأحكام، الأمر الذي ينال حتما من انسجام الأحكام المختلفة مع مراعاة خصائص الشريعة لا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سيما من حيث التصنيفات والمصطلحات وغيرها[82]. لقد تبين لنا من خلال ما سبق ذكره أن اتباع الجانب الشكلي – طريقة التقنين – إلى جانب التسمية –القانون المدني– والمزج بين مصطلحات أنظمة قانونية مختلفة، لم يسمح بإعداد أحكام منسجمة وواضحة الدلالة. وإننا لا نشك في قدرات علماء المسلمين، لا سيما مع تزايد الجامعات المتخصصة في العلوم الشرعية ومراكز في ذات المجال، في إعداد أحكام قانونية حديثة وعصرية تعالج مشاكل العصر ومطابقة تماما للشريعة الإسلامية روحا وصياغة واصطلاحا.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهوامش:

1-أنشئ هذا المجلس في سبتمبر 1982 وهو أحد المجالس الوزارية المتخصّصة العاملة في نطاق جامعة الدول العربية، ومن مهامه: ... دعم ومتابعة الجهد المشترك لتوحيد التشريعات العربية وفق أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي... وكان لهذا المجلس مكتب تنفيذي، ويعمل تحت إشرافه المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، وهو جهاز مختصّ مقرّه مدينة بيروت، ويساهم في إنجاز وتحقيق أغراض مجلس الوزراء لاسيما تهيئة المشروعات القانونية والقضائية التي تحتاج إليها الدول العربية ومنها مشروع القانون المدني العربي الموحّد. مجلس وزراء العدل العرب الرباط 1997Bing –

2- Ali Filali, Le projet de code civil arabe unifié : entre modernité et authenticité, *in* le code civil quarante ans après ! Colloque international, Alger 24-25 octobre 2016, Les Annales, numéro spécial 5/2016, pp. 137-191.

3- بعض الدول كانت تحت الحماية الفرنسية، على غرار تونس والمغرب ولبنان.

4- صدرت المجلّة التونسية للالتزامات والعقود سنة 1906، تلاها قانون الالتزامات والعقود المغربي سنة 1913 ثمّ قانون الموجبات والعقود اللبناني سنة 1932.

5- القانون المدني المصري (1949)، القانون المدني السوري (1949)، القانون العراقي (1951)، القانون المدني الليبي (1953)، القانون المدني الجزائري (1975)، القانون المدني الأردني (1976) القانون المدني الكويتي (1980) قانون المعاملات المدنية السوداني (1984) قانون المعاملات المدنية الاماراتي (1985).

6- قانون المعاملات المدنية سلطنة عمان 2013.

7- كان عبد الرزاق السنهوري يسعى في المرحلة الأولى إلى وضع القانون المدني المصري وفي مرحلة ثانية إلى وضع القوانين المدنية العربية.

8- كانت جمهورية مصر العربية لاعتبارات عدّة بمثابة البلد الرائد في العالم العربي وكان للعلاّمة المرحوم الأستاذ السنهوري ذو الجنسية المصرية ينادي بفكرة التوحيد وعصرنة القوانين العربية وتحديث دراسة الشريعة الإسلامية وغيرها، وقد شارك في إعداد العديد من القوانين المدنية العربية –العراق، سوريا، ليبيا، الأردن.

9- استعملت بعض القوانين مصطلحات الموجب، الموجب ذو الأجل المؤجّل، مفاعيل الموجب، الموجب ذي الأجل المسقط، التبعة الناجمة عن الفعل الشخصي، التابعة الناشئة عن الجوامد، أ إيفاء ما لا يجب... في حين استعملت غيرها مصطلحات الالتزام، الالتزام لأجل، آثار الالتزام، المسؤولية عن الفعل الشخصي، المسؤولية عن فعل الأشياء، والدفع غير المستحق للدلالة عن نفس المفاهيم، واستعملت بعض القوانين الأخرى مصطلحات أخرى منها اكتساب مال بلا وجه حق....

10- La confusion entre la pensée arabe et la pensée islamique écrit G. Corm « *s'est concrétisée avec l'expression contemporaine de – civilisation arabo-islamique- instituant une continuité historique artificielle entre la culture arabe et la grande* civilisation islamique classique », Pensée et politique dans le monde arabe, éd la découverte, p 42.

11- راجع أكثر تفاصيل:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Ali Filali, Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit algérien, communication, colloque international, Perpignan, 2&3 avril 2012, *in* Annales de l'Université d'Alger, Numéro spécial, 02/2012 pp. 70-115.

12- « … *L'une des préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national… Code civil dont l'inspiration devrait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques… Il s'agit beaucoup plus, en puisant dans le droit musulman… Et l'introduction de règles s'appuyant sur les pratiques en cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptées à l'évolution sociales…* », Exposé des motifs, p.1&2, document élaboré sous le timbre du Ministère de la justice, non signé non daté, disponible à la faculté de droit d'Alger sous la référence PR/1998.

13- مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 122-123،

14-يقصد بالقانون القديم القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في 28 أكتوبر سنة 1883، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة الصادر في 28 يونيه سنة 1875، مع العلم أنّ هذين القانونين تمّ وضعهما بعد انهيار الإمبراطورية العثمانية – واحتضان مصر للحضارة القانونية الفرنسية، وذلك من خلال التحاق طلبة وأساتذة مصريون بالجامعة الفرنسية – عدّة بعثات– وفتح ما لا يقلّ عن ستّة مدارس فرنسية أوّلها مدرسة الإدارة والألسن في عهد الخديوي إسماعيل سنة 1868، ثمّ المدرسة الفرنسية للقانون بالقاهرة سنة 1891، إلى جانب استقبال بعثات من رجال القانون الفرنسيين تولّوا إعداد العديد من التقنينات ابتداء من سنة 1870، كانت مجملها نقلا لأحكام القانون الفرنسي, راجع في هذا الشأن حركة الترجمة بمصر خلال القرن التاسع عشر، الخديوي إسماعيل،الخديوي إسماعيل | حركة الترجمة بمصر خلال القرن التاسع عشر | مؤسسة هنداوي(hindawi.org) (5.4.2021)، جذور جامعة القاهرة، جامعة القاهرة – الجامعة في مصر<–وقـائع وحقـــائق<–جذور جامعة القاهرة(cu.edu.eg) ،

Ali Filali, La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabe, Les Editions revue de droit, Université de Sherbrooke, pp. 265-307.

15- الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، الجزء الأول، دار النشر للجامعيات المصرية، 1952، ص 34.

16- المادة الأولى مدني جزائري، المادة الأولى مدني سوري، المادة الأولى مدني عراقي.

17- Chakik Chehata, Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien, R I D comparé, 1965, 17-4 pp.839-853.

18- تنص المادة الأولى مكرّر تجاري جزائري: " *يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء*".

19- المادة الأولى عقوبات " *لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون* ".

20- 64 مدني جزائري، 94 مدني مصري، 95 مدني سوري، 82 مدني عراقي.

21- 408 مدني جزائري، 477 مدني مصري، 445 مدني سوري.

22-794 مدني جزائري، 935 مدني مصري.

23- الفصل 1416 العقود والالتزامات التونسية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24- الفصل 1395 العقود والالتزامات التونسية.

25-الفصل 712 – 717 العقود والالتزامات التونسية ألغيت بموجب القانون 58-1 المؤرخ في 28 جانفي 1958.

26- 1195 العقود والالتزامات التونسية.

27- 954 العقود والالتزامات التونسية.

28- الفصل 1095و 1096 العقود والالتزامات التونسية، المادة 766 و1024 موجبات والعقود اللبناني، مع أنّ هاتين المادّتين مستمدّتين من القانون التونسي (العقود والالتزامات التونسية).

29- راجع محاولات الاجتهاد القضائي الجزائري لحسم هذه المسألة:

Louisa Hanifi, La dernière maladie en droit civil Algérien, *in* Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume 33, n°4, pp. 525-540.

30- إذا كان التعبير عن الإرادة بصفة عامة يرتّب آثارا قانونية، فكيف يستثنى الإيجاب في مجلس العقد؟ صحيح أنّ هذا الحكم مقترض من الفقه الإسلامي، إلاّ أنّه لا ينسجم مع أحكام القانون المدني المتعلّقة بالتعبير عن الإرادة بصفة عامة والإيجاب بصفة خاصة.

31- Ali Filali, Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit algérien, loc. Cit.

32- راجع على التوالي المادّة الأولى، والثانية والخامسة والثانية والسابعة والثالثة من دساتير هذه الدول.

33 حاشية بن عابدين، جزء 1، ص 79.

34- راجع أيضا الفصل الثاني "المبادئ العامة " من الباب الأول " الأحكام التمهيدية" من قانون المعاملات المدنية السوداني، القواعد الأساسية لتطبيق القانون.

35- عباد البطنيجي، تطبيقات الحداثة القانونية في سياق عربي، مدوّنة الحقوق جامعة بيروت، (اطلاع 01.01. 2021). http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/easyblog/entry/2015-09-02

36- تقرير اللجنة الاشتراعية المؤرّخ في 31 كانون الأوّل 1930، قانون الموجبات والعقود – ربع قرن من اجتهاد محكمة التمييز 1975-2000، A. Hachette انطوان، ص 9-22.

37- راجع مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط2، 2004 ج1، الفصل الحادي والعشرون "مشكلات عصرية يواجهها تطبيق الشريعة الإسلامية اليوم" ص 281 وما يليها.

38- محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ والمنهج، والتطبيق، إدارة إحياء التراث الإسلامي، 1986 ص 12,

39-Histoire de la Révolution française, introduction, première partie, Paris éd Laffont, collection bouquins, 1998 P 51. Napoléon Bonaparte disait à propos du code civil : « *Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil* », http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/code_napoleon/code0.htm (vu le 2.01.2019).

40- « *Le code civil impose la laïcité la religion catholique est une religion comme les autres, l'état civil qui rassemble les informations sur la naissance, le mariage, le divorce est géré par l'Etat et non pas par l'église c'était une idée importante pour la révolution française l'égalité est garantie pour tous les citoyens partout en France* »

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

https://www.napoleon.org/jeunes-historiens/napodoc/texte-1804-le-code-civil-des-francais-la-meme-loi-pour-tous-et-partout/.

41-*L'esprit général du code est l'esprit individualiste libéral défendu par les philosophes du xvix le plan du code l'atteste après un titre préliminaires trois livres: les personnes, les biens, les différentes manières dont on acquiert la propriété.*

42–مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق 2004، الجزء 1 ص، 313.

43– صادق ظريفي، تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه، مقال مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، 2016، ص 68–89.

44– وهبة الزحيلي، تقنن الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1987، راجع أيضا محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ – المنهج –التطبيق، دون ناشر، ط1 الدوحة، قطر 1985.

45– مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 314 وما يليها.

46– القوانين العربية الاسترشادية، راجع موقع جامعة الدول العربية، قطاع الشؤون القانونية، http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/typicalarablaws.aspx (الاطلاع 2021/02/02).

47– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، الجزء الأول، دار النشر للجامعيات المصرية، 1952، ص 77.

48– تقرير اللجنة الاشتراعية سبق ذكره.

49– ظهير 9 رمضان1331 (12 أغسطس 1913).

50–اتفاقية المرسى – ويكيبيديا(wikipedia.org) ، اتفاقية المرسى – أرابيكا(3rabica.org)

51–معاهدة فاس – ويكيبيديا(wikipedia.org)

52– راجع أكثر تفاصيل: Ali Filali, La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes, in Les écoles de pensée en droit, Les éditions revue de droit, Université de Sherbrooke, pp. 265-307.

53– تم تحرير مشروع القانون من قبل روبرس Ropers كان قاضيا في محكمة السين Tribunal de la Seine ثمّ اطلاع عليه الأستاذ جوسرانPr Josserand، راجع تقرير اللجنة الاشتراعية، سبق ذكره.

54– تم إعداد مشروع القانون المدني من قبل عبد الرزاق السنهوري بمساعدة استاذه العميد إدوار لامبار Edouard Lambert.

55–تم اعداد المشروع القانون المدني من قبل قضاة ومحامين جزائريين متشبعين بالثقافة القانونية الفرنسية.

56 – كتب الأستاذ المشارك د. عبد الحي أبور، أكاديمية الشريعة، الجامعة العالمية الإسلامية، إسلام باد، بشأن علم القواعد : "*فهو فن عظيم، يجمع الأحكام الفرعية العديدة، والمسائل المتناثرة في عبارات وجيزة، وجمل مصقولة، وتراكيب محكمة، تضبط علم الفقه، وتنسق بين أحكامه وعلله، وتقربه للأذهان، وتجعله سهلا للحفظ، وتبعده عن النسيان ، وتساعد في تكوين الملكة الفقهية، ولذلك ظهر الاعتناء بالقواعد الفقهية واحتلت محلها من الاجلال والاحترام...*"، دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة لا ضرار ولا ضرار، مقال، مجلة القلم 2013، ص 392–420 http://pu.edu.pk/images/journal/alqalam/PDF/3.%20Dr.%20Abdul%20Haye%20Abro-18-issue1-2013.pdf

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

57- راجع د. عبد الحي أبور، المرجع السابق. راجع أيضا، أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرار ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

58- القاعدة الأولى: *الأمور بمقاصدها*، القاعدة الثانية: *اليقين لا يزول بالشك*، القاعدة الثالثة: *المشقة تجلب التيسير*، القاعدة الرابعة: *الضرر يزال*، القاعدة الخامسة: *العادة محكمة*.

59- تفرع على سبيل المثال عن قاعدة المشقّة تجلب التيسير 5 قواعد هي: *الضرورات تبيح المحظورات، الضرورات تقدر بقدرها، إذا ضاق الأمر اتسع، لا واجب مع العجز، الميسور لا يسقط بالمعسور*.

60- الشيخ خالد ين حمد الزعابي، شرح منظومة القواعد الفقهية للشيخ عثمان بن سند البصري الوائلي، سلسة تفريغات شبكة بينونة، ص 2 وما يليها.

61- أ د يوسف حسين أحمد، وأ. د ابراهيم عبد الرحيم ربابعة، قواعد الفقه الكلية، ط 1، 2018-2019، ص 15 http://alwasl.ac.ae/%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF%20%D8%A7% .D9%84%D9%81%D9%82%D9%87.pdf

62- خصّص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتّحدة الفصل الثاني من الباب التمهيدي الأحكام العامة المعنون: بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية / من المادة 29 إلى المادة 70 (إذا سقط الأصل سقط الفرع، الخراج بالضمان، الغرم بالغنم/ المعروف عرفا كالمشروط شرطا).

63- الفصل الرابع الحق، المواد من 62-65، قواعد الإثبات، المادتان 74-75 أهلية التعاقد المادة 120، تفسير العقود، المواد من 216-230.

64- راجع السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998 ف/ 70-80.

65- كتب مصطفى أحمد الزرقاء قائلا في هذا الشأن" *المقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أن التعريف الأول الفقهي أحكم منطقا وأدق تصورا، والثاني القانوني أوضح تصورا وتعبيرا*"، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط2، 2004، ج 1، ص 382.

66- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 547 وما يليها.

67- المادة 101 و102 بالنسبة للبيع والمادة 434 للإيجار والمادة 621 بالنسبة للكفالة ...

68- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996 ص1.

69- المرجع السابق، ص 277.

70- المرجع نفسه، ص 384.

71-أن نقل أحكام القانون المدني المصري حرفيا يقتضي لا محالة المحافظة على معناها في القانون المصري، ونفس الشيء النسبة لنقل أحكام الفقه الإسلامي، الأمر الذي يثير بعض الصعوبات من حيث انسجام أحكام القانون الواحد. فالإيجاب -مثلا- ملزم بالنسبة للقانون المدني المصري على خلاف أحكام الفقه الإسلامي التي تحلل الموجب من إيجاب لمجرّد انقضاء مجلس العقد.

72- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار، 71/6.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

73- ابن نجيم المصري، شهاب الدين الحموي، غمر عيون البصائر شرح الأشياء والنظائر 218/3، راجع أيضا المادة 416 من مجلة الأحكام العدلية.

74- فهي شبه مسؤولية موضوعية بدون خطأ راجع:

Boris Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée, L. Rodstein, Paris, 1947.

75- يراد بالضمان أيضا في الفقه الاسلامي الكفالة.

76-المادة 206 مدني أردني "*ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...*"، راجع نفس الحكم في المادة 108 مدني جزائري، المادة 145مدني مصري، المادة 142 مدني عراقي، المادة 206 مدني يمني.

77- راجع أحمد شاعة، تنافض بين الاجتهاد العادي والاجتهاد الإداري ما الحل؟ انتقال الملكية بالوفاة نموذجا، مقال، القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر، عدد خاص 2016/06، ص 345-358.

78- طبقا للعنوان الوارد في القانون المدني الأردني (ب -عيوب الرضا).

79- جمال بدري، الترجمة القانونية: بحث عن تكافؤ المصطلحات، مقال، يوم دراسي المصطلح القانوني: لغة علمية وواقع قانوني، مجلة بحوث، عدد خاص، 2017، ص 66 -91.

80-رشيد لوراري، واقع المصطلح القانوني في الجزائر والبلاد العربية، مقال، يوم دراسي المصطلح القانوني: لغة علمية وواقع قانوني، مجلة بحوث، عدد خاص، 2017، ص 38-55.

81- راجع محمد كاديك، إشكاليات صناعة المصطلح القانوني في اللغة العربية، مقال، يوم دراسي " المفردات القانونية: مصطلحات أصيلة وأخرى مقترضة"، من تنظيم جامعة الجزائر 1 بالتعاون مع المجلس الأعلى للغة العربية والمجلس الإسلامي الأعلى، 23 أفريل 2019، مجلة بحوث، عدد خاص، ص 59-72. راجع أيضا عمريو جويدة، اتقان اللغة ودوره في صياغة القوانين، مقال، المراجع السابق، ص 39-58.

82- حامق ذهبية، اقتراض المصطلحات القانونية: بين الثراء والتهديد، مقال، المرجع السابق، ص 21-38.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com