أثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية

الجزء الأول

الأستاذ الدكتور

فايز محمد حسين محمد

استاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

fayezmohammed@hotmail.com

مقدمــة

لا ينكـر أحـد دور الأسـتاذ الكبيـر والفقيـه العظـيم عبـد الـرازق أحمـد السنهوري، في الفكر والنظـام القـانوني العربـي، وحركـة التقنين وفلسفة التشـريع ومنهجه فى البلاد العربية. فيرجع الفضل للاستاذ الفقيه السنهوري فى إحداث نقلة نوعية كبري فى القوانين المدنية العربية [1].

لقد كـان الاسـتاذ السـنهوري صـاحب رسـالة ورؤيـة فيمـا يتعلـق بالقـانون المدني فى البلاد العربية، وعلاقته بالقوانين المقارنة والتطورات القانونية الكبـري التى بدأت فى خطواتها الأولي بعد صدور القانون المدني الفرنسـي 1804، فضـلا عن النهضة الكبري للقانون المقارن. ومن جهة أخري، كان يـري إن الإتجـاه نحـو الغـرب، والنهـل مـن علومـه، دون تـدبر ومراعـاة التقاليـد والتـراث القـانوني والإسلامي العربي، غير صحيح [2].

وبجـه عـام تتمثـل المحـاور الأساسـية لمشـروع الأسـتاذ السـنهوري فيمـا يلي:أولاً: إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية، حيث إن الشـريعة

(1) ملحوظة:تم اعداد هذه المقالة ونشرت فى مجموعة اعمال مؤتمر الفقه الإسلامي – فى 5-8 / ابريل/ 2014 - بسلطنة عمان – وزارة الأوقاف والشئون الدينية.

(2) ملحوظـة: لقد قامـت إدارة كليـة الحقـوق جامعـة القـاهرة مشـكورة، بجهـد عظـيم ومشكور فى تجميع مقالات الأستاذ السنهوري ونشرتها فى عدد خـاص من مجلـة القـانون والأقتصـاد والتـى تصـدرها الكليـة، وذلـك عـام 1992 فـى مجلـدين. ولقـد استفدت كثيرا من هذيين المجلدين. فخـالص التحيـة والتقدير والشكر لكليـة الحقوق جامعة القاهرة على هذا العمل العلمي الجليل.

الإسلامية من التقاليد القانونية لمصر والتراث القانوني المشترك للدول العربية وثانياً: أتخاذ الشريعة الإسلامية كأساس لتوحيد القوانين المدنية العربية.ثالثاً: تأسيس فقه قانوني مدنى يماثل الفقه القانوني الأجنبي؛ حتى لا يظل الفقه القانوني العربي عالة على الفه القانوني الأجنبيى، رابعاً: دراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن والنهوض بدراسة الفقه الإسلامي، خامسا: الأعتماد على الأجماع كمصدر هام للوصول إلى حكم فى الوقائع المستحدثة التى يفرزها التغير الإجتماعي.سادساً: وضع أسس صحيحة لحركة التقنين فى المسائل المدنية، فى مصر واليلاد العربية، تقوم على مجموعة قواعد موضوعية وشكلية، تؤدى إلى وضع تقنينات مدنية حديثة.سابعاً: وضع قانون مدني عربي قائم على التقاليد القانونية العربية والشريعة الإسلامية.ثامناً: تطوير دراسة الشريعة الإسلامية وإظهارها حتى تقوم بدورها في تدعيم القانون المقارن في عالم الفقه القانوني، حيث يجب العناية بدراسة الفقه الإسلامي بأسلوب علمي عصري، ثامناً: إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية بصورة تدريجية واقتباس التشريعات العربية من بعضها البعض الآخر، حتى نصل في النهاية إلى القانون المدني العربي الموحد المأخوذ من الشريعة الإسلامية بعد النهوض به وتطويره. عاشرا: التركيز على دور الجامعة العربية توحيد التشريعات المدنية فى البلاد العربية لتدعيم الوحدة السياسية.

ونعالج فيما يلي، تأثير مشروع السنهوري فى القوانين المدنية العربية على النحو الآتي:

المبحث الأول

السنهوري وفلسفة علم التقنين وأسس صناعة التشريع فى البلاد العربية

لقد اهتم السنهوري اهتماماً كبيراً بعلم التقنين، ودرس القوانين الأجنبية المقارنة دراسة جادة، فضلاً عن إنه كان له فضل السبق في دراسة القانون المقارن، تحت إشراف عالم كبير من أعلام القانون المقارن، وهو الأستاذ ادوارد لامبير. ومن خلال هذه المعارف الكبري، وضع السنهوري مشروعه الكبير فى القوانين المدنية العربية، حيث أرسي أسس صناعة التشريع في البلاد العربية، والتى ابتدأت خطواتها الأولى بواسطته بوضع القانون المدني المصري 1948.

وفضلا عما سبق، فمن المعروف إن السنهوري عاش في الفترة التي كانت حركة التقنينات في أوربا في أوج عهدها، إذ بالإضافة إلى القانون المدني الفرنسي 1804م ، حيث أتجهت الكثير من دول أوربا إلى اقتباس تقنينيات نابليون. وتطورت حركة التقنين مع مرور الزمن، ولكن ظل التقنين الفرنسي هو رائدها، ويشاركه فى الريادة التقنينات الجرمانية، ثم المشروع الفرنسي الإيطالي المشترك.

الأمر الذي لا مراء فيه إن السنهوري هو مؤسس علم التقنين في البلاد العربية، فهو الذي قام بتحديث وتطوير القانون في مصر، عندما وضع القانون المدني المصري الصادر عام 1948 وهو القانون – الذي انتقل إلى البلاد العربية، فيما بعد؛ ولذا يعد القانون المدني المصري هو مصدر حركة التقنين في مجال القانون المدني في البلاد العربية، والأساس التى بنتيت عليه الحركة التشريعية فى البلاد العربية.

وقد بين السنهوري الأطر الموضوعية والأطر الشكلية للتقنين، وبين العيوب الموضوعية والعيوب الشكلية وأسبابها وصورها في التقنين المدني القديم والتقنيات الأوربية القديمة والحديثة. ومن مجمل الأفكار والمبادئ والتحليلات التي جاءت في كتابات السنهوري من خلال استخدام المنهج الاستقرائي تم المنهج

التحليلي يمكن القول أن القواعد الأساسية للتقنين – من وجهة نظر السنهوري تنقسم إلى نوعين: قواعد متعلقة بالموضوع وهي التي تتعلق بأحكام التقنين ومدى حداثته ومدى شموله والوضوح والمعالجة المنطقية، وعلاقته بالقوانين الأخرى التي بنى عليها... الخ. والنوع الثاني قواعد متعلقة بالشكل، مثل تقسيم وتبويب وتنظيم النصوص واللغة ومراعاة أصول الصياغة الشريعية والترتيب المنطقي للموضوعات التي يعالجها التقنين... الخ.

المطلب الأول

فلسفة التقنين

أولاً: مفهوم التقنين:

يقصد بالتقنين Codification جمع القواعد القانونية بفرع بأكمله من فروع القانون مبوبة ومرتبة ومرقمة، في كتاب واحد بواسطة المشرع مثل التقنين المدني والتقنين التجاري) [1] ويقصد به أيضاً (تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر من المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع) [2]. وبناء عليه فالتقنين هو (جمع القواعد القانونية الخاصة بأحد فروع القانون، بعد ترتيبها وتبويبها في مدونة واحدة تصدرها في شكل قانون السلطة التشريعية في الدولة) [3].

وبالرغم من العيوب الكثيرة والانتقادات التي وجهت إلى حركة التقنين القانوني، إلا أن هذا لم يؤثر في انتشار وضع التقنيات. ومن الوظائف الأساسية التي اقترنت بحركة التقنين هو أن التقنين سهل دور وظيفة القانون المقارن، فضلا عن إنه يتخذ كوسيلة للاقتباس من القوانين الأجنبية[4]، كما حدث في مصر، حيث ثم اقتباس تقنيات نابليون. وفضلا عما سبق، فمن المسلم به أن التقنين يؤدي إلى التوحيد، فقد أدت تقنيات نابليون إلى توحيد القانون فى فرنسا، فضلا عن إنها هى

---

(1) د. نزيه المهدي: المدخل لدراسة القانون، ج 1، نظرية القانون، 1992، ص 150.
(2) د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1971، ص 259.
(3) د. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط 2، 1969، ص 96.
(4)، د. نزيه المهدي،المدخل لدراسة القانون، ج 1، نظرية القانون، 1995، ص 152.

مهد حركة التنقين فى اوربا وغيرها.وتعتبر المجموعة المدنية الفرنسية التي صدرت في سنة 1804 أول تقنين في العصر الحديث بالمعنى الدقيق، وانتشرت بعدها حركة التقنين في أوربا وخارج أوربا[5]. وكان لصدور التقنيات الفرنسية، وخصوصاً التقنين المدني الفرنسي في بدايات القرن التاسع عشر 1804 أثر كبير في أوربا وخارجها ودفع الحركة القانونية إلى اتجاه جديد، يقوم على التشريع كمصدر أول للقانون.

ولعل السبب في انتشار التقنيات الفرنسية واستقبالها خارج فرنسا، في الكثير من الدول الأوربية وغير الأوربية يرجع في اعتقادنا إلى إنها كانت أول عمل تشريعي ضخم تولته دولة في العصر الحديث، فهو أول مظهر جدي علمي لحركة التقنين[6].

ومع حركة الأصلاح القضائي فى مصر في عهد الخديوى إسماعيل، فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر، التحقت مصر بحركة التقنين العالمية، بإنشاء المحاكم المختلطة سنة 1875، ووضع التقنينات المختلطة؛ إذ وضعت ستة تقنيات أخذت مع إختلاف يسير عن التقنيات الفرنسية لتطبيقها المحاكم المختلطة، ثم وضعت التقنيات الأهلية سنة 1883 لتطبقها المحاكم الأهلية، ثم توالت حركة التقنين فى تطورها، ولما أظهر العمل قصور هذه التقنيات،وتخلصت مصر من الامتيازات الأجنبية، بدأ التفكير في وضع قانون مدني مصري، والذى صدر1948 [7].ولقد أثر القانون المدني المصري – دون شك - تأثيرا كبيرا على حركة التقنين المدني فى البلاد العربية.

---

(5) انظر:
Konrad Zmeigert and Hien Kotz: Introduetion to comparative law, 1998, p. 100 – 101.

(6) د. حسن كيره: المرجع السابق، ص 261، د. نزيه المهدي، ص 154، د. محمود جمال الدين زكي، ص 98.

(7) د. حسن كيره: المرجع السابق، ص 261.

ثانياً: طرق التقنين:

تنقسم طرق التقنين إلى طريقين: الطريق الفلسفي والطريق التاريخي [8]:

الطريق الفلسفي: ويقصد بهذه الطريقة أن يقوم المشرع بوضع تشريع مثالي، أي وضع قواعد قانونية مثالية، أي قواعد جديدة تتفق مع ما يتصوره المشرع أن يكون مثلاً أعلى للتنظيم القانوني. الطريق التاريخي: وهو قائم على مذهب المدرسة التاريخية، ويقوم على إصدار تقنين ملائم لحاجات الجماعة وقت وضعه، متفق مع حالتها الاجتماعية ويعتمد بالتالي على القواعد القانونية النافذة وعلى ما يكون صالحاً من التقاليد التاريخية.

وبناء على ما سبق، فالطريق الفلسفي يركز على ما يجب أن يكون عليه التقنين في ضوء فلسفة معينة يتبانها المشرع مسبقا، إذ يصدر تحت تأثير اتجاهات فلسفية معينة ورؤى مثالية، قد لا تتفق مع الواقع الاجتماعي. أما الطريق التاريخي، فهو طريق واقعى بالدرجة الأولي ويقوم على أن المشرع يصدر تقنينا لما هو عليه الواقع الاجتماعي. ومن الواضح إن الطريق الأول يتأسس على فلسفة مدرسة القانون الطبيعي، بينما الطريق الثاني: يتأسس على فلسفة المدرسة التاريخية.

ولكن السنهوري قد نهج طريقاً ثالثاً وهو إنه جمع بين الطريقتين، فهو من ناحية وضع تقنين لما يجب أن يكون عليه التنظيم القانوني للمعاملات المدنية في مصر، وفي نفس الوقت لم يبتعد عن الواقع وما استقر عليه العمل، والثوابت القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء والشريعة في فترة سريان القانونين المختلط 1883 والأهلي 1883م. فهو قد جمع بين الإصالة والتجديد والتطوير واستشراف المستقبل. وخلص إلى وضع قانون مدني عام 1948 مستمد من ثلاثة اصول: الفقه الإسلامي، القانون المقارن، الفقه والقضاء المصري والتقاليد القانونية المصرية المستقرة. وهو القانون الذى لاقى ترحابا كبيرا ليس فى مصر فقط بل فى الدول العربية أيضا؛ إذ هو المصدر التاريخي لكافة القوانين المدنية العربية.

---

(8) د. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ط 2، القانون، 1969، ص 98.

المطلب الأول

القواعد الموضوعية للتقنين

تتمثل القواعد الموضوعية التى يجب على المشرع إن يراعيها عند وضع التقنين – فى رأى الاستاذ الفقيه السنهوري - في مجموعة من الشروط الواجب توافرها فى مضمون التقنين. ويتبين من هذه القواعد كما سنري إنها تعكس دراية السنهوري، بعلم التقنين المقارن وفلسفة التشريع وعلم الاجتماع القانوني والمنطق القانوني. ونوضح فيما يلي هذه القواعد على النحو الأتي:

أولاً: الا يكون التقنين مقتضباً:

يشترط في التقنين الدقيق، أن تكون أحكامه غير مقتضبه، فإذا تناول أمراً تناوله بطريقة علمية سليمة وشاملة، دون غموض أو استطراد أو قصور، ويعتبر هذا العيب من اشد عيوب التقنين خطورة، إذ يكون التقنين المقتضب قاصراً على وضع تنظيم قانوني شامل للمسائل، التي من المفترض أن ينظمها ويبين حكمها؛ ولذا لا يكون التقنين غير ملائم للواقع الإجتماعي.

وفي غالب الأحوال يأتي عيب الاقتضاب في التقنين في حالة الاعتماد على تقنين أجنبي واحد والنقل والاقتباس منه عند وضع التقنين، أو أن واضعوا التقنين لم يقوموا بدراسة كافية للبيئة التي سيطبق فيها التقنين، للوصول إلى ما تحتاجه من نصوص قانونية، مناسبة للوقائع الإجتماعية، وحتى في المسائل التي نظمها، لم يكن تنظيمه لها شاملاً.

ولقد أشار السنهوري إلى أن التقنين المدني الأهلي 1883 كانت أحكامه غامضة ومقتضبة، إذ لم يتضمن تنظيماً لمسائل كثيرة هامة مثل النيابة في التعاقد، عقود الإذعان، الحق في الحبس، الدفع بعدم التنفيذ، تكوين العقد، الإرادة المنفردة[9].

وفسر ذلك الاقتضاب والغموض السنهوري بأن القانون المدني الأهلي، كان مجرد تقليد منقول من التقنين الفرنسي الذي وضع عام 1804، متجاهلاً التطورات التي حدثت في حركة التقنين الحديثة في أوربا. والنظم القانونية

---

(9) د. السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 4 – 5.

الحديثة، مثل نظام المؤسسات، عقود التزام المرافق العامة، حوالة الدين، عقد التأمين[10]. ومن مظاهر الاقتضاب أيضاً الإغفال عن بعض المسائل الأساسية التي يفترض تنظيمها. الأمر الذى يؤدى إلى إن التقنين ناقصا من الناحية الموضوعية للفروض المختلفة للمسائل التى تدخل فى نطاقه، وتمثل هذه الحالة اقصى درجات النقص التشريعي.

ثانياً: عدم تناقض أحكام التقنين مع بعضها أو مع غيرها من التقنينات الأخرى.

يشترط في التقنين إلا تكون أحكامه متناقضة مع بعضها في داخل التقنين نفسه، أو أن يتضمن أحكاماً تتناقض مع تقنينات أخرى سارية في المجتمع. وبلا شك، إن الصياغة التشريعية الجيدة والمراجعات القانونية لمضمون الأحكام الواردة في التقنين قبل إصداره، تؤدى إلى كشف مناطق التناقض وإزالتها فيما بين نصوص التقنين الواحد هذا من جهة. ومن جهة أخرى فمن المتطلبات الأساسية في المنظومة القانونية في الدولة ألا تتناقض التقنينات مع بعضها، يل يجب أن تتكامل فيما بينها، لتحقيق النظام في المجتمع وحتى تسير في انتظام وانسجام ولا تثير مشاكل في التطبيق العملي. وهو الأمر الذى يؤثر على سير العدالة فى المجتمع.

ولقد ضرب السنهوري أمثلة كثيرة لعيب التناقض في التقنين المدني القديم، إذ أشار إلى تناقض بعض النصوص مع بعض من جهة، وإلى تناقض بعض النصوص مع نصوص أخرى في التقنين المدني المختلط 1875، وأيضاً تناقض بعض النصوص مع أحكام الشريعة الإسلامية، فضلا عما شاب التقنين من أخطاء علمية قانونية [11].

ثالثاً: ضرورة الاقتباس من كافة مذاهب الفقه الإسلامي:

تعتبر هذه القاعدة خاصة بمنهجية التقنين في البلاد العربية، والتى تتخذ الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع، إذ في حالة الاتجاه نحو الأخذ من الفقه الإسلامي، ينبغي الاقتباس من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، حتى لا يكون التقنين مبنيا على مذهب واحد، فلا يكون تقنينا مذهبيا. ولقد أكد السنهوري على ذلك

(10) د. السنهوري: الوسيط، ج،1 ص 4 – 5.
(11) السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 6 – 7.

كثيرا. فالسنهوري عندما قام بوضع التشريعات المدنية العربية، لم يعتمد على مذهب واحد، بل استمد الكثير من الاحكام من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، ويمثل ذلك نقلة نوعية كبري فى التنقنينات العربية، إذ كانت بعض الدول استندا أساسا على الفقه الحنفي، تاركة المذاهب الأخري، إذ استندت أساسا إلى مجلة الاحكام العدلية، وهى مأخوذة من الفقه الحنفي. ولكن السنهوري وسع هذا الأفق الضيق، فعلى سبيل المثال فالقانون المدنى العراقي أخذ من القانون المدنى المصري فضلا عن قواعد مجلة الأحكام العدلية، واستمد القانون المدني المصري أحكامه المأخوذة من الشريعة الإسلامية من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، دون التقيد بمذهب معين.

ولكن ما نادى به السنهوري، لم تلتلزم به كافة الدول العربية فى قوانينها المدنية، حيث بعض الدول، قد تبنت الإتجاه نحو الإستناد إلى ربط الأستدلال القضائي بمذاهب فقيه معينة، وهو الأمر الذى جاء فى القانون المدني الأماراتي، كما سنري.

رابعاً: الاستفادة بنتائج ودراسات علم الاجتماع القانوني:

يقوم منهج علم الاجتماع القانوني على نفس مناهج البحث في علم الاجتماع العام، مثل الإحصائيات، الاستبيانات، دراسات الحالة، دراسة الوقائع السابقة، الاستعانة برأي الخبراء والتجارب التاريخية... الخ[12]. وقد أوصى السنهوري بضرورة الاستعانة ببعض الوسائل المشار اليها، عند وضع التقنينات أو تنقيحها، والوسائل التي أشار إليها تدخل ضمن وسائل علم الاجتماع القانوني.

ويقول في هذا الصدد ما يلي (... لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء -يقصد القضاء السابق- عند مراجعة تقنينا، كثيرا من الدروس النافعة، لا يجوز أن نغفل عنها، فهي مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن حياتنا اليومية)، ويضيف أيضاً فيقول (... ومن المفيد أيضاً أن نرجع إلى التوثيقات القانونية، وما جرت عليه الناس في معاملاتهم، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ أحكام القانون، بل وللهرب من هذه الأحكام في بعض الأحيان. فتحايل الناس على حكم قانوني

(12) انظر مؤلفنا: د. فايز محمد حسين محمد: مبادئ علم الإجتماع القانوني، الإسكندرية، 2012.

ومضيهم في ذلك دليل على فساد هذا الحكم، فأولى بالمشرع إعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه ولا شك أن هناك كثيراً من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الإيجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف) [13].

ومما يرتبط بنفس القواعد، ينبغي عند التقنين وضع النظريات والمبادئ المستقر عليها، أما النظريات الاجتماعية والاقتصادية التي لا تزال محلاً للنزاع، ولم يستقر عليها الرأي، فلا داعي لإدراجها في التقنين[14].

ويؤدى الاستفادة بدراسات ونتائج علم الاجتماع القانوني عند وضع التقنينيات إلى جعل نصوص التقنين موافقه لمتغيرات الواقع الإجتماعي، وانعكاسا له، ويؤدى ذلك إلى جعلها أكثر فعالية وقبولا لدى الافراد فى المجتمع، ولذا تؤدى دورها فى تحقيق الضبط الإجتماعي.

خامسا: الاستعانة بالتشريعات المقارنة الحديثة:

من المسلم به، إن المشرع الجيد، يجب عليه أن لا يغفل ما جاء من أحكام ومبادئ وقواعد في التشريعات السابقة عليه، سواء التشريعات الوطنية أو التشريعات الإجنبية المقارنة، إذ أن الأستفادة من التجارب التشريعة الحديثة السابقة، يؤدى إلى إنتاج تقنين عصري متميز، موافق لظروف تطور حركة التقنين، وفى نفس الوقت انعكاس لظروف المجتمع، الذى يطبق عليه هذا التقنين، ولكن يجب أن يكون الأستفادة من التشريعات المقارنة، فى ضوء مراعاة متطلبات علم الاجتماع القانوني، وضوابط الأقتباس من القوانين الأجنبية، حيث إن القانون ظاهرة إجتماعية، وما قد يكون صالحا لمجتمع ما قد لا يكون صالح لمجتمع أخر أو نفس المجتمع، إذا تغيرت ظروف المجتمع، هذا من جهة. ومن جهة أخري يجب مراعاة الضوابط المتعلقة، بأستقبال التشريعات الاجنبية فى النظام القانوني الوطني.

---

(13) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية، ص 47

(14) السنهوري، المقالة السابقة، ص 47.

ويقول السنهوري في هذا الصدد (... وأهم ما ينبغي أن يقف عنده المقنن إذا أراد أن يكون تقنينه مرآه صادقة للقانون في عصره، وأن يستجمع في هذا التقنين مزايا كل التقنيات التي سبقته. فيجب إذن أن يكون القانون المقارن هو المصدر الأول بين المصادر التي يستمد منها التنقيح. وينبغي أن نقف من القانون المقارن عند التشريع المقارن، فإننا بصدد عمل تشريعي. ونستخلص حالة التشريع المقارن من حركة التقنينات العالمية..)[15].

سادساً: مراعاة الواقع الاجتماعي واقتباس ما يتفق معه:

يجب المشرع عند اللجوء إلى الاستقبال القوانين الأجنبية، والأخذ منها لتطوير القانون الوطني، إن يراعي خصوصية الواقع الاجتماعي وأن ينقل منها من النظم القانونية، التي تتناقض مع ظروف المجتمع، حتى يبدو التشريع الجديد غير موافق لظروف المجتمع. ومن أمثلة النقل دون وعي عن قوانين أجنبية، حالة القانون المدني الأهلي في مصر 1883 والذي تضمن تنظيماً مستفيضاً لحق الانتفاع نقلاً عن القانون الفرنسي، ونظم باقتضاب حق الملكية. مع إنه في مصر تطبيقات حق الانتفاع ضئيلة جداً وهو اقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً[16].ويؤكد ما سبق، إن المشرع لم يطلع جيداً على ظروف المجتمع وغير مدرك بها، فنقل نظم أجنبية لا يحتاج إليها المجتمع، وأهمل تنظيم نظم قانونية موجودة فى المجتمع، فأحدث فجوة بين نصوص القانون والواقع الإجتماعي.

وبناء على ما سبق، فمن الأهمية بمكان الاسترشاد بظروف المجتمع عند الاقتباس من نصوص القوانين الأجنبية، من خلال جعل هذه الظروف المعيار الحاكم، في المفاضلة فيما بين النصوص الأجنبية، بحيث يتم اقتباس أفضل النصوص، التى تتوافق مع ظروف المجتمع. ولكن يجب لا نغفل عن ضرورة المحافظة على تماسك وانسجام نصوص القانون كلها مع بعضها، بحيث تبدو نصوص التشريع الجديد، كبنيان واحد لا انحراف فيه ولا شذوذ[17].

---

(15) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني.... مقالة سابق الإشارة إليها، ص 173.
(16) السنهوري، الوسيط، ص 5.
(17) وتجدر الإشارة إلى ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني المصري بمجلس الشيوخ، عندما تحدثت عن ما اقتبسه مشروع القانون المدني من القوانين الأجنبية إذ

ومن الأمثلة الواضحة على إن التقنين المدني القديم لم يراع الكثير من متطلبات الواقع الاجتماعي، وبيئة المجتمع المصري، حيث إنه مجتمع إسلامي، ويتمثل عدم المراعاة فى إنه هذا القانون قد نقل بعض النصوص التى لا تتوافق مع ظروف المجتمع المصري وإنما هى موافقه للبئية الفرنسية، ومن أمثلة هذه النصوص ما هو متعلق بتظيم النفقات وحقوق الإنتفاع.ومرجع تناقض هذه النصوص مع الواقع يتمثل فى إنه من جهة إن تنظيم النفقة في مصر من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. ومن جهة أخرى، إن التقنين المدني القديم، هو تقنين لمسائل الأحوال العينية فقط، والنفقة من مسائل الأحوال الشخصية، ولذا فقد جاء النقل، تقليد ونقلاً حرفياً أعمى غير دقيق من القانون الفرنسي الذي تنظم فيه مسائل النفقة بصورة تتفق مع تقاليد المجتمع الفرنسي، ونظراً لأن القانون الفرنسي يتضمن تنظيماً لمسائل الأحوال الشخصية كالزواج وغيرها.

سابعاً: دمج النصوص المنقولة من تشريعات أجنبية في جسم النصوص الوطنية:

من أهم ضوابط استقبال القوانين والنظم الأجنبية واستزراعها في القانون الوطني، هو ضابط ضرورة العمل على اتحاد وذوبان النصوص المأخوذة من تشريعات أجنبية مع مجمل نصوص القانون الوطني، بحيث تنفصل عن أصلها الأجنبي وتنعزل عنه ولا تظل مرتبطة به حتى لا يظل القاضي مرتهنا بالمصدر الأجنبي للنصوص الوطنية التي يلتزم بتطبيقها.

ولقد حرص القانون المدني المصري، وهو ينقل من تشريعات أجنبية إن

قالت في هذا الصدد ما يلي: (.. أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنيات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع، وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأي أو أخر في أي تقنين من التقنينات، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائدة، بين غيره مما في تقنينات أخرى وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام وتعديلات جوهرية نزولاً على ما تقضي تلك الظروف...انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 1، ص 133.

يجعل هذه النصوص عندما انتقلت إلى التشريع الوطني لها كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن مصادرها الأصلية حتى لا يكون القاضي ولا النصوص تظل مرتبطة بأصلها الأجنبي، بل تكون مستقلة تمام الاستقلال عنه، وتذوب في مجمل نصوص التشريع الوطني. وبقول أخر ضرورة دمج وصهر مبادئ ونصوص القانون الأجنبي في القانون الداخلي، بحيث تنفصل عن أهلها، الأمر الذي عدم الحاجة إلى الرجوع إلى التقنيات الأجنبية التي نقلت منها حتى يمكن تفسيرها وتطبيقها[18].

ويقول السنهوري في هذا الصدد وبمناسبة كيفية تتفسير النصوص، التي استقيت من التقنيات الحديثة ما يلي (أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن النصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها وتفسيرها. هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها. وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدي ومن نصوص تشريعية قديمة...) [19].

ومرجع ما سبق كما تقول المذكرة الإيضاحية إنه من المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات، وما يخضع له من مقتضيات، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه، أياً كان هذا المصدر [20].

ثامناً: المحافظة على التراث القانوني الوطني:

يشترط ضرورة المحافظة على التراث القانوني الوطني بحيث إن التقنين الجديد امتدادا له، ليس منبتا الصلة بهذا التراث. ويعتبر مبدأ المحافظة على التراث القانوني الوطني، وأن يكون القانون الجديد امتداداً له في آن واحد من

---

(18) السنهوري: الوسيط، ج 1 ص 52.
(19) السنهوري: الوسيط، ج 1 ص 52.
(20) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب في 1945/12/17 منشور في الأعمال التحضيرية، ج 1، ص ، ك1لك منشور في السنهوري، الوسيط، ص 20.

المبادئ الواجب مراعاتها عند الاقتباس من القوانين الأجنبية، لأنه يمثل قيداً أساسياً على الرغبة في النقل منها باستفاضة. وفي نفس الوقت يعتبر من جهة ثانية، من الموجهات الأساسية للضوابط المنهجية في علم التشريع طبقاً لتعاليم المدرسة التاريخية.

ولقد كان السنهوري مؤمن بتعاليم المدرسة التاريخية، وخير ما يؤكد ذلك إنه قال ما يلي: (... فكل من يعرض للتشريع ومسائله يجب أن يعرف أن القانون ليس هو كلمة المشرع يقول له كن فيكون. وقد مضي ذلك الزمن الذي كان تسود فيه هذه النظريات السطحية. والقانون كائن حي، ينشأ ويترعرع وينمو، حتى يبلغ أشده، وليس هو خلق الساعة ولا هي الإرادة وإذا كانت المدرسة التاريخية قد بالغت في هذا المعنى، فإن هذا لا يمنع من أن المذهب في جوهره صحيح. فإذا أريد وضع قانون مدني للعراق وجب أن يراعي فيه أن يكون متصل الحلقات بالماضي بالقدر الذي ينبغي أن يتطلع فيه للمستقبل)[21].

ولقد روعي المحافظة على التراث القانوني الوطني، وضع القانون المدني المصري، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي: (... وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المعروض قام على دعامتين رئيسيتين: الأول: الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأبعد الحدود، فما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب.... تقنين ما استقر من المبادئ في أحكام القضاء المصري مع ترجيح ما كان منها خليقاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم. وعلى هذين الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه، فانتفع بتراث الماضي وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أي إصلاح يستبدل الخير بالذي هو أدنى في غير تطرف أو عنف. وعلى هذا لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضي، وإنما هو ييسر الانتفاع بما استقر من صالح الأحكام في التقنين الحالي وفي أحكام القضاء، ويصقلها صقلاً يجعلها اقرب مثالاً وأوضح نهجاً. وقد عمد المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاءم بين

(21) السنهوري: من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة، مجلة القضاء العراقية، س 2، ع 1، 2، مايو، 1936.

القدر الذي استحدثه من القواعد وبين المبادئ العامة التي ألفها الناس في التعامل من قبل. وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح) [22].

وترتيباً على ما سبق، فقد كان من المنطقي، أن نجد الناس فى مصر- كما يقول السنهوري - وقد قبلت القانون المدني الجديد 1948 وامتثلت لأحكامه، دون أن تشعر بقلق أو بشئ غريب، إذ هو يمثل مرحلة تطور طبيعي للتنظيم الشريعي في مسائل القانون المدني؛ ولذا قيل (.. ومن ثم نرى أن هذا القانون – أي القانون المدني الجديد – لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية، فلا تزال القواعد المدنية القديمة، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء، هي السائرة في التقنين الجديد) [23].

تاسعا: تعدد المصادر الأجنبية وعدم الاكتفاء بمصدر واحد:

من ضوابط الاستعانة بالنظم والقوانين الأجنبية حتى لا يكون التشريع الوطني معتمداً اعتماداً كلياً على قانون أجنبي واحد فقط وهو العيب الذي كان يشوب التقنين المدني المختلط حيث كان منقولاً حرفياً من القانون المدني الفرنسي 1804. وعلى خلاف ذلك فقد عمد واضعو القانون المدني الجديد 1948 إلى تجنب هذا العيب الكبير، فقد استعانوا بالكثير من التشريعات الأجنبية والتي تنتمي إلى شرائع قانونية مختلفة، حيث أخذوا منها معا[24].

---

(22) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرية، ج 1، ص 141 وما بعدها.

(23) السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 34.

(24) السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 51، (ويقول في هذا الصدد ما يلي..... إذ قال عندما تكلم عن التقنيات الحديثة والتقنين المدني المصري ما يلي: (ولكل من هذه= =التقنيات مزايا وعيوب، وقد توحي التقنين الجديد أن ينتفع بمزاياها وأن يتوخى عيوبها. وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤها وفقهنا وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد من هذه التقنيات خمسة: المشروع الفرنسي الإيطالي، التقنين الإيطالي الجديد، التقنين السويسري والتقنين الألماني، والتقنين البولوني. فالتقنين الجديد، وإن كان قد اتخذ التقنيات اللاتينية أساساً له، إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضاً إلى التقنيات الجرمانية وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنيات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية، ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب).

ترتيباً على ما سبق فقد كان يرى إنه من الأهمية بمكان الإستفادة من حركة التقنين الحديثة التي تمت في القرن التاسع عشر والقرن العشرين، وتأثر التقيينات ببعضها، الأمر الذى يؤدى إلى وضع قانون حديث متطور، ليس مستندا على قانون واحد، بل قوانين متعددة، مواكب لحركة التقنين الحديثة وفى نفس الوقت لا يهمل التراث والتقاليد القانونية الوطنية.

ولقد قال في هذا الصدد العبارات الآتية (ولا تنسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد، وإن كل تقنين حديث يظهر عمل أثر التقنيات التي سبقته، فالتقنين السويسري أخذ عن التقنين الألماني، والمشروع الفرنسي الإيطالي أخذ عن كل من التقنين وعن هذه التقنيات أخذ غيرها من التقنيات الأخرى. فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنيات الحديثة بعضها بالبعض الآخر. ولا يسع أمة أن تنعزل في تقنينها عن تقنيات غيرها من الأمم، وإلا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئاً. وإنما يطلب من الأمة الرشيدة ألا تقلد غيرها تقليداً أعمى، فلا تنقل عن تشريع أجنبي إلا ما يتلائم مع حالتها) [25].

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ السنهوري، نبه كثيرا على ضرورة ملاحظة ما جرى عليه التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، عند تشريع الأحكام، وخصوصاً في المسائل، التي نجد فيها إن الظروف العملية، بمقتضى ما جرى عليه التعامل فيما بين الأفراد، تمثل حاجة عملية تغلبت على الأحكام القانونية،كما هي مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية. فالنصوص المقتبسة من قوانين أجنبية، فيجب أن يأخذ منها ما هو متوافق مع ظروف المجتمع المصري.

ونفس الأمر بالنسبة لما هو مأخوذ من الفقه الإسلامي، نظرا لأنه من المعروف إنه في مسائل نظرية الالتزامات يفقد التشريع الإسلامي صبغته الدينية إذ إنها أحكام مدنية بحتة، لا أثر للدين الإسلامي فيها [26].

---

(25) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 140.

(26) يقول الإستاذ الدكتور شفيق شحاتة فى هذا الصدد ما يلي (.... يتضح من ذلك أن التشريع افسلامي فى موضوع الالتزمات يفقد صبغته الدينية.. ونذكر هنا أن هذا التشريع لا يمنع مصدره الدينى من اعتباره تشريعا بالمعنى الصحيح. ذلك إنا إذا نظرا إلى ماهية القاعدة القانونية فى هذا التشريع ألفيناها تتضمن جميع العناصر التى تلاحظ فى القاعدة القانونية).ز د. شفيق شحاتة: النظرية العامة للتزمات فى

خلاصة القول، فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية فى علم التقنين وفلسفة التشريع عند السنهوري، هو إنه من خلال دعائم فلسفة التشريع وتطور النظم القانونية ومتغيرات الواقع الاجتماعي، خلص إلى أمرين اولهما: التركيز على ضرورة أن يكون المشرع محيطاً بكافة ظروف المجتمع ومعطياته حتى يضع تشريعاً موافقاً لهذا المجتمع. وثانيهما: الا يتجاهل المشرع التراث القانوني في المجتمع، من أحكام قضائية وفقه، وتشريعات تم استقرار العمل بها، وتثبت صلاحيتها، وذلك لا يحدث التشريع الجديد هزه في المجتمع، وهو الأمر الذى يؤثر على تحقيق العدل والنظام والأستقرار القانوني وهى الغايات الأولى للقانون.

الشريعة الإسلامية، جذ طرفا الالتزام، ص 65 فقرة 15.

المطلب الثاني

القواعد الشكلية للتقنين

يقصد بالقواعد الشكلية للتقنين، مجموعة المسائل المتعلقة بالمصطلحات المستخدمة واللغة وتقسيم وتبويب التقنين وكافة المسائل التي لها علاقة بالفن التشريعي والصياغة التشريعية. ومجموعة القواعد الشكلية للتقنين – لو استعرنا - تقسيم الأستاذ الفرنسي فرانسو جينى هي التي تتعلق بالفن القانوني.ومن المسلم به إنه،لا تقل أهمية مراعاة القواعد الشكلية للتقنين عن مراعاة القواعد الموضوعية، فالشكل والمضمون كلاهما يكمل الآخر، ويؤثر فيه، ويؤثران معاً في دقة وقيمة النصوص القانونية في المنظومة القانونية في المجتمع.

ولقد عالج السنهوري - أهم القواعد الشكلية الواجب مراعاتها عند وضع التقنيات وهى ما يلي:

أولاً: ضرورة وضوح نصوص التقنين:

يشترط في التقنين أن تكون أحكامه واضحة وجلية يسهل فهمها وتطبيقها والاستدلال منها على حكم الوقائع التي تخضع لها بمنطوقها أو بفحواها. فالمشرع الدقيق،هو من يبين بوضوح الفرض والحكم فى كل قاعدة قانونية، تتضمنها النصوص التشريعية. ومن المسلم به إن وضوح النصوص يؤثر على تطبيق وإعمال النصوص على الوقائع، حيث يؤثر على طرق الأستدلال القضائي وتدرجها.

ثانياً: سلامة تبويب التقنين:

يشترط أن يكون تبويب القانون منطقياً ومتماسكاً، لأن هذا يساعد على حسن فهم التقنين وبالتالي تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. والتبويب الدقيق للتقنين هو أن نقسمه إلى أبواب وفصول تبين الأهمية العملية للأحكام القانونية، وبشرط أن ترتبط الأبواب بالفصول برباط منطقي متماسك متدرج ومنطقي محكم، ويفضل أن يكون هناك باب تمهيدي للأحكام العامة للتقنين يضم المسائل التي تتمشى على جميع نواحي القانون وليس خاصة بباب أو فصل منه[27].

(27) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني.. ص 18 وما بعدها.

ثالثاً: عدم الإفراط في التعريفات:

بالرغم من أهمية التعريفات التشريعية، وخصوصاً في التقنيات الحديثة، إلا إنه من الناحية الشكلية يجب أن يبتعد المشرع بقدر الإمكان عن وضع تعريفات في التقنين، إذ أن التعريفات التشريعية، مع مرور الوقت تجمد جموداً لا يتفق مع تطور النظم القانونية ويعاني الفقه عناء كبيراً من جمودها ويتحايل في التخفيف من هذا الجمود[28].

ولكن بالرغم مما سبق قوله، فإنه من الأهمية بمكان، أن يضع المشرع تعريفات للمصطلحات التي استقر العمل بها اصطلاحاً مثل مصطلح عقد البيع، عقد الإيجار، عقد العمل، الوكالة... الخ، فضلاً عن ضرورة تعريف المصلحات الجديدة التي ظهرت مع تطور حركة التقنين، والاحتكاكات الحضارية الحديثة، والاتجاه نحو وضع تقنينات لتنظيم مسائل دقيقة وفنية، مثل التوقيع الالكتروني، نقل الأعضاء، الاتجار بالبشر.

ونجد هذا في التقنينات الحديثة حيث إنها دائماً تبدأ بفصل تمهيدي عن تعريف بعض المصطلحات الواردة في القانون[29]. وفضلاً عما سبق، من الناحية الشكلية يجب أن يتجنب المشرع إدراج النظريات الفقهية ولا أن يعلن انضمامه للمذهب المادي أو المذهب الشخصي في الالتزام؛ لأن هذه المسائل يجب أن تترك للفقه[30]. وبوجه عام، فإيراد المشرع للتعريفات فى صلب التشريع، هى مسألة ضرورة، والضرورة يجب أن تقدر بقدرها.

---

(28) انظر قانون 64 لسنة 2010 بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، قانون 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، قانون الاتصالات رقم ، قانون التوقيع الالكتروني رقم ، قانون الطفل

(29) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 103.

(30) السنهوري: المرجع السابق، ص 45.

رابعاً: عدم الاستغراق في الأمور التفصيلية:

يجب على المشرع أن يتجنب الرغبة في وضع تنظيم قانوني لكل شئ، في القانون الذي يقوم بوضعه، إذ من المنطقي عدم القدرة على الإحاطة مستقبلاً، بكل ما قد يطرأ في المستقبل مهما كان المشرع بصيراً، ولذلك فيجب الاقتصار على وضع تنظيم قانوني للكليات والأساسيات تاركاً التفصيلات للاجتهاد الفقهي والقضائي.

وقد قال الأستاذ السنهوري في ذلك ما يلي: (... الذي يمتاز به التقنين الصالح هو ألا يحاول الإحاطة بكل شئ. فإن هذه المحاولة عقيمة: ولا يستطيع المقنن، مهما كان بصيراً بالأمور، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذي يقتضيه، فهو عاجز عن ذلك لا محالة. بل هو عاجز في الأمور التي يعرفها، أن يضع لها أحكاماً صالحة لكل زمان ومكان. والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالاً فسيحاً لتطور القانون، فلا يحكم عليه بالجهود بحبسه في ألفاظ محدودة وأحكام معينة. وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء).

خامسا: مرونة عبارات التقنين:

يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد ما يلي (والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون أن يذهب في ذلك إلى حد الغموض وعدم الدقة. وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن يعدل المشرع في المسائل التي تكون سريعة التطور، عن القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة، معايير يسترشد بها القاضي دون أن يتقيد، ويطبقها على الاقضية التي تعرض له، فيصل من ذلك إلى حلول تختلف باختلاف كل قضية، وما يحيطها من ملابسات) [31].

ولقد طبق الأستاذ السنهوري ما سبق عند وضعه للقانون المدني المصري، إن جمع بين المعيار والقاعدة والمعايير المرنة والمعايير الجامدة [32].

سادساً: ترشيد الإحالة التشريعية

---

(31) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104.

(32) السنهوري: الوسيط، ج1، ص 78 وما بعدها.

الإحالة التشريعية وسيلة منهجية فى الصياغة التشريعية، وهى على نوعين الإحالة الداخلية، والإحالة الخارجية، وتعتبر الإحالة التشريعية بنوعيها، من المتطلبات الأساسية التى يجب مراعاتها عند وضع التقنينيات، إذ أنها تؤدي إلى تجنب التكرار، فضلا عن تقوم بدور هام فى تحقيق التكامل التشريعي فيما بين التشريعات النافذة فى الدولة [33]. ولكن الأكثار من الإحالة التشريعية، تؤثر فى تطبيق التشريع، إذ تجعله معقدا؛ ولذا ينبغي الإقلال منها قدر الإمكان. ومن أخطر أنواع الإحالة، هو الإحالة المركبة، والإحالة الناقصة. والإحالة المركبة هي – كما فعل القانون المدني الألماني – الإحالة إلى نص من نص ثاني ومن النص الأخير إلى نص ثالث وهكذا[34]. ولقد تجنب السنهوري عند وضعه للتقينات المدنية العربية، من الأكثار من اللجوء إلى الإحالة التشريعية، وبوجه خاص الإحالة التشريعية المركبة.

سابعاً: سلامة اللغة القانونية:

يشترط أن تكون لغة القانون واضحة دقيقة: إذ إنه من المسلم به أن اللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يجب إلا يتغير معنى اللفظ المستخدم من نص إلى أخر. فإذا عبر عن معنى بلفظ معين. وجب ألا يتغير هذا اللفظ، إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى[35].

اللغة القانونية هي فرع من فروع اللغة العامة، وهي مجموعة المصطلحات والمفاهيم المستخدمة في مجال علم القانون، وتتميز اللغة التشريعية وهي أحد صور اللغة القانونية، بأن النصوص التشريعية لا تتضمن أمثلة أو شروح لتعريفات، إذ أن مهمة المشرع أن يضع قواعد عامة عملية، لأن مهمة المشرع غير مهمة الفقه الذي يقوم بتعليم القانون، بينما مهمة المشرع هي وضع القواعد القانونية التي تأمر الأفراد والتي يجب أن يطابق الأفراد سلوكهم طبقاً لها،

---

(33) انظر مؤلفنا: التدريبات القانون العملية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2012.

(34) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104.

(35) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 104 - 105.

القانون يأمر ولا يشرح، ولا يعلم[36].

ولقد لعب السنهوري دوراً كبيراً في ميدان اللغة القانونية وتقدمها ويتلخص أهم إسهاماته، فى إنه من جهة أولى، أول من بدأ فى مشروع التقريب الدقيق بين مصطلحات الفقه الإسلامي ومصطلحات الفقه القانوني الغربي، ومن جهة ثانية، وضع الترجمة الدقيقة للمصطلحات القانونية الأجنبية عند ترجمتها إلى اللغة العربية وخير الأمثلة مصطلح "عقد الإذعان"، ومن جهة ثالثة، أدى إلى وحدة اللغة القانونية في البلاد العربية. وهى التى ساعدت على توحيد المصطلحات القانونية فى التشريعات المدنية العربية.

ولقد استفاد السنهوري من تقدم علم اللغة القانونية والصياغة التشريعية فى التقنينيات الأوربية، حيث إنه – كما قال - (نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية) [37].

ثامناً: مراعاة التطور في الصياغة التشريعية والفن التشريعي:

يجب على المشرع وهم يهم بالنقل من قوانين أجنبية، إن يراعي أن يلجأ إلى أحدث القوانين الأجنبية وأكثر تطوراً وتنظيماً، ويأخذ منها ما يوافق الواقع الاجتماعي، وأن يسند قيد في التقدم في الصياغة ورقى الأسلوب التشريعي، حتى يكون التشريع الجديد متميزاً وحديثاً ومواكباً للتقدم التشريعي العالمي.

ومن الأهمية بمكان مراعاة التطور في اللغة القانونية الاصطلاحية وأساليب الصياغة التشريعية عند وضع التشريعات، إذ يرجع الفضل إلى الأستاذ السنهوري في علم التشريع إلى نقل الأساليب الحديثة في الصياغة التشريعية والاستخدام الدقيق للمصطلحات القانونية الحديثة – عند وضع القانون المدني المصري - التي لا يوجد بصددها قضاء أو فقه مستقر في القضائيين المختلط والأهلي.

ويرجع السر في تميز ودقة القانون المدني المصري الذي وضعه

---

(36) السنهوري: عن مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي، سابق الإشارة إليها، ص 315.

(37) السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي...، مرجع سابق، ص 310.

السنهوري إلى إنه لجأ إلى القوانين المدنية الحديثة، إذ إنه من جهة أخذ منها الموضوعات الحديثة، ومن جهة ثانية استئناس بها في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنيات من تقدم في الصياغة ورقي في الأسلوب التشريعي، فانتفع بها إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث[38].

تاسعا: التجانس والوحدة:

من أهم فلسفة التقنين تحقيق التجانس في التنظيم القانوني للمسائل، ويتحقق ذلك من خلال التنسيق الجامع بين نصوص التشريع، بحيث تتماسك بفضله الأصول العامة، ويتم تهذيب الأحكام التفصيلية تهذيباً يحكم ارتباطها فيما بينها ويحلها المحل المناسب في كنف هذه الأصول وجميعها في تقنين واحد جامع لها[39].

(38) السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 34.

(39) ولقد أشار إلى هذه الخاصية الأستاذ السنهوري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي الذي قام بوضعه، حيث إن التنظيم القانوني لأحكام المعاملات المدنية في العراق قبل صدور القانون المدني العراقي كانت متناثرة بين عدة قوانين، كمجلة الأحكام العدلية، وقوانين الشهر العقاري والتسجيل (نظام الطابو) وقانون الإجراءات، وقانتون الأراضي، قانون الرهن التأميني، ولكنه قام بتجميع هذه الأمور في تقنين واحد بعد التنسيق بينها، فألف بين ما استمد من الفقه الإسلامي، وبين ما اشتق من غيره من المصادر... السنهوري، القانون المدني العراقي...، ص 499.

المطلب الثالث

إدراج الشريعة الإسلامية فى القوانين المدنية العربية

أولاً: معهد الفقه الإسلامي المقارن والنهوض بدراسة الفقه الإسلامي

نادي الأستاذ السنهوري بضرورة النهوض بدراسة الفقه الإسلامي، ومن اقتراحاته بشأن ذلك هو إنشاء معهد للفقه الإسلامي المقارن، يتولى تطوير الفقه الإسلامي فى إطار الدراسات المقارنة بالفقه القانوني الغربي.

ويقوم معهد الفقه الإسلامي المقارن بهدف إيجاد بيئة علمية عالية لدراسات في الفقه الإسلامي وقواعده العامة على اختلاف المذاهب مقارنة بالقواعد القانونية الحديثة وتعريف عالم القانون الغربي بالفقه الإسلامي وما ينطوي عليه من حسن الصياغة ودقة التحليل، وأن يكون معهداً لتكوين الباحثين في الفقه الإسلامي المقارن والبحوث الفقهية الإسلامية المقارنة هذا من جهة[40]. ومن جهة ثانية، نظراً للمكانة السامية للفقه الإسلامي بين النظم القانونية العالمية، كالفقه الروماني والانجليزي، فضلا عن إنه من التراث القانوني للشرق العربي[41].

وسوف يساعد هذا المعهد في الخروج من أزمة الفقه الإسلامي التي حدثت منذ أواخر القرن الثامن عشر واشتدت مع أوائل القرن التاسع عشر، وهو عصر التقنين في أوربا، وعصر الجهود والتوقف في دراسة وتجديد وتحديث الفقه الإسلامي، ولهذا فإن دراسة الفقه الإسلامي في ضوء القانون المقارن، يستطيع الفقه الإسلامي أن يعالج مشاكل الحياة المتطورة وأن يساير الحاجات العملية[42].

ومن جهة ثانية، سوف تؤدى دراسات هذا المعهد إلى نتيجة هامة فيما

---

(40) ذكر الأستاذ السنهوري في مذكراته الشخصية – المذكرة رقم 306، ص 226، دمشق 1944/3/12 خطته في إنشاء معهد للفقه الإسلامي المقارن، نقلاً عن د. محمد زكي عبد البر، المقالة المشار إليها، ص 137.

(41) انظر نص المادة الأولى والثالثة من النصوص المقترحة من الأستاذ السنهوري بشأن التنظيم القانوني لإنشاء معهد الفقه الإسلامي المقارن، نقلاً عن د. محمد زكي عبد البر، المقالة المشار إليها، ص 144، وما بعدها.

(42) مشروع إنشاء المعهد، د. محمد زكي عبد البر، ص 144، وما بعدها.

يتعلق بوضع القانون المدنى العربي على أساس الفقه الإسلامي، ويكون ذلك من خلال توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي، بحيث يتم وضع تقنينات مدنية من خلال الاتجاه نحو الأخذ من كافة مذاهب الفقه الإسلامي.

ثانياً: الجوانب القانونية فى الشريعة الإسلامية

أكد السنهوري على إن الإسلام يمتاز بأنه دين ودولة معاً، ولكنه أشار إلى ضرورة التمييز بين الدين الإسلامي والدولة الإسلامية، لأن هذا التمييز له أثر كبير من الناحية العلمية؛ إذ مسائل الدولة، فالنظر فيها نظر مصلحة وتدبير ولذا فإنها تتميز بأمرين هامين هما: الأمر الأول: إنه خاضعة لحكم العقل؛ فالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل، وتبنى على المصلحة وإن العقل هو الذي يهدينا إلى المصلحة. فالعلوم لا تدرك إلا بالعقل(43). والأمر الثاني: أن الأحكام في مسائل الدولة تتطور على الزمان والمكان، فهي تابعة للتطور الاجتماعي الذي نصل إليه عن طريق العلم المبني على العقل(44).

وتتمثل أهمية وجهة نظر السنهوري فيما سبق من أمور في إنها تؤدي إلى نتائج هامة، فمن جهة، الأخذ فى الأعتبار إن الأحكام الدنيوية قابلة للتطور بتطور الواقع الاجتماعي، فالأحكام – كما يقول – تطورت تبعاً للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية. ومن جهة ثانية، إن الفقيه السنهوري قد أعطى للعقل دوراً كبيراً في مجال استنباط الأحكام، حيث إن النوازل متغيرة بتغير الظروف، ويتفق ذلك مع خاصة من خصائص الشريعة الإسلامية وهي إنها صالحة لكل زمان ومكان. ومن جهة ثالثة، أبراز دور المصلحة كأساس للتشريع، ويتم الاستدلال على هذه المصلحة بالعقل، ومن جهة ثالثة، العمل بقاعدة لا ينكر تغير الأحكام الأجتهادية بتغير الزمان.

وبالأضافة إلى ما سبق، فمن المسلم به صلاحية الشرعية الإسلامية لكل

---

(43) السنهوري: الدين والدولة في الإسلام، مقال، المحاماة الشرعية العدد الأول، س 1، 1929 معاد نشره في مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، 1992، ص 10 وما بعدها.

(44) د. السنهوري، المقالة السابقة، ص 11 وما بعدها.

مكان وكل زمان، وأحكامها مرنة ودقيقة يمكن استخدامها لوضع قانون مدني دقيق ومحكم، ولهذا فمن الناحية العلمية، فمن الأهمية بمكان الاستناد إلى الشريعة الإسلامية في الكثير من الموضوعات إذا أنها تتضمن مبادئ ونظريات قانونية تفوق المبادئ والنظريات القانونية التي عرفها الفقه القانوني العالمي [45]؛ وليس ما سبق عرضه هي كلام مبنى على العواطف إنما مؤسس على حقائق، شهد بها كبار الفقهاء الغربيين مثل ويجمور، دليفيشو، أنساباتو، وغيرهم[46]. فلا ينكر أحد: (إن الشريعة الإسلامية تعد في نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية في العالم – وهي تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن. ولا نعرف في تاريخ القانون نظاماً قانونياً قائماً على دعائم ثابتة من المنطق القانوني الدقيق، يضاهي منطق القانون الروماني، إلا الشريعة الإسلامية) [47].

ثالثاً: دور الفقه الإسلامي في توحيد التشريعات العربية تحقيق الوحدة التشريعية لتدعيم الوحدة السياسية:

لقد حلم السنهوري كثيراً بالوحدة العربية، وتمنى وجودها على المستويين السياسي والقانوني. فمنذ إعداد رسالته الثانية للدكتوراه عن الخلافة، ويدرك مدى اهتمام السنهوري ورغبته في رؤية الدول العربية موحدة سياسياً وقانونياً.

ففي المجال القانوني، كان ينادي دائماً ضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره الأساس المشترك فيما بين الدول العربية. ولقد سعى من جانبه في طريق تحقيق الوحدة التشريعية بين البلاد العربية من خلال توحيد التشريعات المدنية فيما بينها. وبدأ خطوات تنفيذ مشروعه في وضع القانون المدني المصري ثم ما تلاه من قوانين – ولقد قال في هذا الصدد ما يلي: (... وأحب أن أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص فللبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الإسلامي

---

(45) د. السنهوري: القانون المدني العربي،مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962؛ د. محمد يوسف موسي: الفقه الإسلامي مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه، ط2، 1956؛ ص 62 وما بعدها؛ د. عبد الرحمن الصابوني؛ د. خليفة بابكر؛ د. محمود محمد طنطاوي: المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة، مكتبة وهبة، 1982، ص 17-18؛؛.

(46) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

(47) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

وعندي أن الشريعة الإسلامية مصدر خصب يمدنا بالكثير من الأحكام القانونية التي تتمشى مع أحدث المبادئ وأرقى النظريات وقد جربت ذلك بنفس عند وضع مشروع القانون المدني في العراق، وأني عظيم الإيمان بإمكان توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على أساس مشترك من الفقه الإسلامي) [48].

قال السنهوري – أيضا فى هذا الصدد ما يلي: (... والقانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية أنما هو القانون المدني العربي الذي نشتقه من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتي القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون في طريقها إلى التوحيد، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة) [49].

ومن جهة ثانية، فمن الناحية السياسية، من المسلم به إن تحقيق الوحدة القانونية، فى مجال التنقينيات المدنية، يؤدى إلى تدعيم الوحدة السياسية، نظرا لأن الشريعة الإسلامية هي التراث القانوني المشترك فيما بين الدول العربية، فإنها الأساس الوحدة الذي يمكن توحيد القوانين المدنية العربية استناداً إليها، ودون شك إن توحيد القوانين وخصوصاً المدنية، يدعم الوحدة السياسية.

رابعاً: أهمية إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية

قام الجزء الأكبر من مشروع السنهوري خصوصاً في مرحلته الأولى هو الوصول إلى إدراج الشريعة الإسلامية – في التقنيات المدنية العربية وقد وصل فعلاً إلى تحقيق هذا الجزء من مشروعه، إذ إدراج الكثير من النظريات والأحوال الفقهية الشكلية والكثير من مبادئ الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية في العالم العربي.

---

(48) السنهوري: الإمبراطورية العربية التي نبشر بها، بيان الدكتور السنهوري، نشر في مجلة الرابطة العربية، العدد 1، س 1، 1936/8/15.

(49) د. السنهوري: القانون المدني العربي،مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962.

ولقد كان هذا الجزء من مشروع السنهوري مبني على أسس تاريخية وأسس علمية، وليس فقط على مجرد العاطفة نحو الشريعة الإسلامية. ولقد أستند الأستاذ السنهوري إلى ضرورة إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية لمجموعة اسباب أساسية أهما أن الشريعة الإسلامية من التقاليد القانونية لمصر والتراث القانوني المشترك للدول العربية؛ ولذا نادى السنهوري كثيراً بضرورة أن تندرج الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية، كمرحلة أولى، على أن نصل فيما بعد إلى وضع قوانين مدنية استناداً إليها بعدما يتم تطوير دراسة الفقه الإسلامي في ضوء علم القانون المقارن.

فمن جهة نجد أن الشريعة الإسلامية هي القانون الذي كان مطبقاً في مصر والعالم العربي قبل اقتباس القوانين الأجنبية في القرن التاسع عشر. وما زالت تطبق في مسائل الأحوال الشخصية. وبناء على ما سبق، كما يقلة السنهوري - فإن استمداد القانون المدني بقدر الإمكان من الشريعة الإسلامية، عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة، ويستقيم مع النظر الصحيح من إن القانون لا يخلق خلقاً، بل ينمو يتطور ويتصل حاضره بماضيه(50).

ومن الجدير بالذكر، نرى من المقولة السابقة للسنهوري إنه استند على وجهة نظر المدرسة التاريخية في القانون والتي ترى إن القانون وليد المجتمع، وأنه نتاج تطور تاريخي لا تستطيع أمه أن تنفصل عن ماضيها المتضمن تراثها القانوني، وذلك من أجل التأكيد والاستدلال على ضرورة قيام القوانين في مصر والعالم العربي على الشريعة الإسلامية، لأنها تمثل التقاليد القانونية والتراث القانوني المشترك في العالم العربي.

ولتحقيق ما سبق فقد أدرج السنهوري الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية من خلال إدراجها أولاً في القانون المدني المصري، ثم انتقلت فيما بعد إلى القوانين المدنية العربية الأخرى بداية من القانون المجني العراقي وبناء عليه، فالقانون المدني المصري هو القنطرة التي من خلالها دخلت الشريعة الإسلامية إلى القوانين المدنية العربية.

---

(50) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،...، ص 141.

المطلب الرابع

أسس إدراج الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية

أشار الأستاذ السنهوري إلى مجموعة من الأسس التى تعتبر من متطلبات كيفية إدراج الفقه الإسلامي فى القوانين المدنية العربية، وهى مجموعة من المتطلبات الأساسية العلمية التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند دراسة الفقه الإسلامي، بهدف تطويره ليكون أساساً للقوانين المدنية العربية هذا من جهة. ومن جهة ثانية أشار السنهوري إلى إنه من الأهمية بمكان، وفي إطار دراسة الفقه الإسلامي ضرورة دراسة تجربة القانون المدني المصري حيث كانت الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكامه، فضلا عن القانون المدني العراقي، بوصفه القانون الذي تلاقى فيه القوانين الغربية (كما اقتبسها القانون المدني المصري) والفقه الإسلامي (كما أخذ من مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الأخرى، وتقنين مرشد الحيان لقدري باشا.

وتتلخص هذه الأسس فيما يلي:

أولاً: يجب دراسة الشريعة الإسلامية دراسة علمية دقيقة وفقاً لأصول صناعتها، ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصوال، بدعوى أن التطور يقتضى 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 استجد من حاجات المدنية[51]. والهدف من ذلك هو تطوير الفقه الإسلامي وفقاً لأصول صناعته، حتى نشتق منه قانوناً حديثاً.

ثانياً: الاهتمام بدراسة "الإجماع" كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي: نظراً لأنه مفتاح تطور الشريعة إذ عن طريقه يمكن للفقهاء الاجتهاد في استنباط الكثير من الأحكام التي تلاءم العصر وتلبي حاجات المجتمع المتجددة وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية، وبذلك يصبح الإجماع مصدراً لقابلية الشريعة للتجديد وشمول أحكامها لوقائع متجددة، دون أدنى إخلال بأصول الشريعة[52].

---

(51) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية، ع 1، 2، س 1962، ص 506.

(52) د. السنهوري: القانون المدني العربي، مجلة القضاء العراقية، ع 1، 2، س 1962، ص 507.

وتتجلى أهمية الأجماع كمصدر من مصادر تشريع الأحكام فى أن الأحكام الدنيوية تتطور تبعاً لتطور المدنية، ولما كان الوحي قد انقطع بوفاة الرسول "ص" فقد أصبح محتماً أن يكون لدى المسلمين مصدر ثالث للتشريع (أي يعد القرآن والسنة)، هو الذي يضمن للأحكام الدنيوية حريتها وتمشيها مع روح الزمن وهذا المصدر هو الإجماع، والذي يقصد به اتفاق المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي.

ومعنى إن الإجماع قانون – فى نظر السنهوري - هو أن طائفة من المسلمين ينوبون عن الأمة الإسلامية، ونيابتهم آتية لا بطريق التصويت، بل بطريق العلم وهذه الطائفة تملك قوة التشريع في حدود الكتاب والسنة؛ ولذا فحكومة المسلمين حكومة علماء. فالأمة الإسلامية صاحبة السلطان في شئونها ما دامت تستعمل في حدود الكتاب والسنة.

خلاصة القول، فقد نادى الأستاذ السنهوري، بوجوب الأهتمام بالإجماع كمصدر من مصادر الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي اهتماماً كبيراً استناداً إلى انه عامل من عوامل التطور في الشريعة الإسلامية، إذ يمكن الانتفاع به إلى مدى بعيد في تطوير الفقه الإسلامي، فالقائمون بدراسة هذا الفقه عليهم الاجتهاد في استنباط الأحكام التي تلائم العصر وفقاً لأصول الصناعة الفقهية الإسلامية.

ثالثاً: ملاحظة التاريخ الإجتماعي للفقه الإسلامي والمتغيرات الإجتماعية

أهتم السنهوري بمسألة أساسية فيما يتعلق بالنظر إلى الإستناد إلى الشريعة الإسلامية فى وضع وتطوير التقنينيات المدنية العربية، وهى مسألة ملاحظة ما جرى عليه التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، فى ضوء المتغيرات الإجتماعية.

فقد أشار من حين لآخر السنهوري بضرورة ملاحظة ما جرى عليه التعامل فيما بين الناس في الواقع الاجتماعي، عند تشريع الأحكام، وخصوصاً في المسائل التي نجد فيها إن الظروف العملية، بمقتضى ما جرى عليه التعامل فيما بين الأفراد تمثل حاجة عملية تغلبت على الأحكام القانونية كما هي مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية [53].

(53) ومن المسلم به أن الفقه الإسلامي لم يتكون دفعة واحدة، بل إنه سار متدرجا في

ولقد ضرب السنهوري لذلك أمثلة كثيرة، منها نشير إلى مثالين فقط، المثال الأول: تنظيم القوانين فقي التقنيات العربية، والمثال الثاني: إخفاء الوصية لوارث في صورة عقد بيع.

المثال الأول: أشار السنهوري إن الربا محرم دون شك في ذلك بمقتضى القرآن والسنة. ولكن الحاجة الفردية والعامة هي التي على أساسها تم وضع تنظيم قانوني للقواعد في التقنيات المدنية العربية، نظراً لوجود النظام الرأسمالي، الذي جعل رؤوس الأموال بين الأفراد، وليس الدولة، أوجد حاجة إلى لجوء الأفراد إلى التعاملات التي تتضمن فوائد. ولكن هذه الحاجة كما إنها أساس تشريع الفوائد فإنها أيضاً إذا انتفت أو تغيرت ضيقاً واتساعاً وإلغاء(54).

المثال الثاني: إخفاء الوصية في صورة عقد بيع: أشار السنهوري إلى مثال واقعي يحدث كثيراً في الواقع العملي، حيث إن الحاجات العملية تدفع البعض إلى إخفاء الوصية للورثة في صورة عقد بيع، وذلك بالتحايل على منع الوصية للوارث.

فقد رأى السنهوري إن القضاء قام بالتوفيق بين أحكام القانون التي يمنع الوصية للوارث، وبين المقتضيات العملية التي تدفع بعض الناس إلى إبرام عقود بيع للورثة لإخفاء الوصية، وخصوصاً إذا كان البيع لا تشوبه شائبه. وتتمثل المشكلة التي رصد وجودها السنوري في أن المحاكم تواجه كل يوم عقود تبرع تفرغ عادة في شكل عقود البيع، وتصدر من الأب لأولاًده، أو من الزوج لزوجته ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم إنها وصايا لا بيوع، فالقرائن تؤكد إننا بصدد وصية وليس بيع؛ والسبب في ذلك إن الشخص لجأ إلى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية، فهي لا تجيز الوصية لوارث، ولكن قد تكون هناك أسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشئ من مآله، فيضطر إلى استعمال عقد البيع والذى يخفى وصية.

الحياة متسعا بإتساعها، شاملا لشمولها، وكلما تعاقبت العصور اتسعت آفاق الإجتهاد الفقهي، وكثرت فروع المسائل، وتنوعت من غير أن تخرج عن أصلها من هذين الينوبعين الصافين... أنظر: موسوعة الفقه الإسلامي، ج1، 1387ه، ص 7.

(54) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، ص 242 وما بعدها.

ولقد خلص السنهوري إلى أمرين هامين هما: الأمر الأول: إن اضطراد القضاء على صحة عقود البيع التي تخفي وصايا، يؤكد إن الحاجة العملية هنا تغلبت على الأحكام القانونية، فتكسرت هذه الأحكام، وأخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة. الأمر الثاني: ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهروب من أحكام تضيق بهم، فيعيد النظر فيها حتي يوفق بينها وبين الواقع(55).

وقد اقترح السنهوري في هذا الصدد، إنه عند تقنين أحكام الوصية يجب التفكير عند بحث الموضوع في الشريعة الإسلامية، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية، فتباح الوصية لوارث، ولو في حدود ضيقة(56).

ويستخلص مما سبق إن السنهوري كان مؤمناً إيماناً كبيراً بضرورة مراعاة العلاقة بين القانون والواقع الاجتماعي والاستفادة مما جرى عليه العمل في هذا الواقع بالنسبة لبعض النظم القانونية، إذ إن الاعتبارات العملية التي يقرها الواقع الاجتماعي قد تظهر عدم ملائمة الحكم القانوني وبالتالي تلجأ إلى التحايل على أحكامه، ولذا فمن الأهمية بمكان وصول المشرع إلى وسيلة للتوفيق بين حكم القانون والاعتبارات العملية، حتى يكون سلوك الأفراد مطابقاً لما يقضي به حكم القانون.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن السنهوري قد نادي بضورة ملاحظة تطور الفقه الإسلامي؛ نظرا لأن الفقه الإسلامي – كما قال - لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطأ خطوات واسعة في طرق التطور. وتطور في المذهب الحنفي نفسه وفي المذهب الشافعي، وتطور أسرع في المذهبين المالكي والحنبلي (57). وهو بهذا يفتح الطريق نحو وجوب الأهتمام بما يطلق عليه (دراسة التاريخي الإجتماعي للفقه الإسلامي).

---

(55) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 119.
(56) السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، ص 119.
(57) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 150.

رابعـاً: الاسـتدلال مـن كافـة مـذاهب الفقـه الإسـلامي: رأى السـنهوري بضرورة التأكيد على أخذ أحكام التقينينات من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، ومنح القاضي السلطة التقديرية الكاملة في الاستدلال من كافة مذاهب الفقه الإسلامي [58]. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يجب أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته بمعنى إنه لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، ولذا فللقاضي الرجوع إلى كافة مذاهب الفقه الإسلامي دون تمييز للوصول إلى ما يتفق مع المبادئ العامة للتشريع المدني [59].

ولقد اعتقد الأستاذ السنهوري اعتقادا جازما بإن المدخل الرئيسي؛ لتكون الشريعة هى أساس التقنين فى البلاد العربية، يقوم على دراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن. ولقد اشار إلى ما سبق الأستاذ السنهوري بالعبارات الأتية: (... أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن. ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون ما يعاون على قيام هذه النهضة) [60].

وهو الحلم الذى راود السنهوري مبكرا، إذ كتب السنهوري في أوراقه الشخصية عام 1923 ما يلي (يخطر لي لأول وهله أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام في التشريع المصري الحاضر. فكل ما لم يتعرض له المشرع بنص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية. أدون هذه الفكرة على أمل أن أرجع إليها في بحث قانوني مفصل)[61].

---

(58) الوسيط: المرجع السابق، ص 49 - 50

(59) الوسيط، المرجع السابق، ص 50.

(60) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48. هامش "1".

(61) المذكرة رقم 120 ص 119 – ليون في 1923/10/19 مذكرات السنهوري، نقلاً عن د. محمد زكي عبد البر أستاذنا السنهوري والشريعة الإسلامية.

لقد وضع السنهوري بالفعل الفكرة التي تحملها سطوره السالف الإشارة إليها عند وضع القانون المدني المصري وما تلاه من قوانين غربية، إذ جعل الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد حكماً في الشريعة والعرف.

وبلا شك إن عدم تخصيص رجوع القاضي إلى مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، يعتبر من أهم أساسيات حركة تقنين الفقه الإسلامي، إذ أنه كما يقول الفقهاء ينبغي عند التقنين عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى اتساع الفقه بمذهبه المختلفة، إذ الفقه وحده متكاملة في ضوء منهجية التقنين، خاصة وأن المذهب الإسلامية هي اجتهادات لأصحابها لا تقيد غيرهم، إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحتها، على تحقيقها للمصلحة المعتبرة شرعاً[62].

(62) د. محمد كمال الدين إمام: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي، ونظرياته العامة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2011، ص 294.

المبحث الثاني

الشريعة الإسلامية فى القوانين المدنية العربية

أكد السنهوري على ضرورة أن يتأسس القوانين المدنية العربية على الشريعة الإسلامي، ولقد جاهد كثيرا على تحقيق ذلك، بداية من إدراج الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثالث للقانون فى نص المادة 2/1 من القانون المدني المصري عام 1948، ثم توالى بعد ذلك الأهتمام بالشريعة فى القوانين المدنية العربية بمجهودات السنهوري، وبتأثير القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي.

كتب السنهوري في أوراقه الشخصية عام 1923 ما يلي (يخطر لي لأول وهله أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام في التشريع المصري الحاضر. فكل ما لم يتعرض له المشرع بنص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، أدون هذه الفكرة على أمل أن أرجع إليها في بحث قانوني مفصل)[63].

لقد وضع السنهوري بالفعل الفكرة التي تتضمنها سطوره السالف الإشارة إليها عند وضع القانون المدني المصري وما تلاه من قوانين غربية، إذ جعل الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد حكماً في الشريعة والعرف.

ويتضح من خلال استقراء نصوص القوانين المدنية العربية بخصوص مركز الشريعة الإسلامية فيها من بين مصادر القانون الرسمية نجد إنها كلها اتفقت على إن الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقانون التي للقاضي اللجوء إليها، إذا لم يجد حكماً لما يعرض عليه من منازعات، بشرط مراعاة التدرج التشريعي المنصوص عليه في النص المنظم لمصادر القانون هذا من حقه.

ولكن من جهة ثانية، فبخصوص ترتيب مصادر القانون ومركز الشريعة الإسلامية، وكيفية استنباط الحكم منها نجد تفاوت كبير ومؤثر في القوانين المدنية العربية.

---

(63) المذكرة رقم 120 ص 119 – ليون في 1923/10/19 مذكرات السنهوري، نقلاً عن د. محمد زكي عبد البر أستاذنا السنهوري والشريعة الإسلامية.

وتقوم الشريعة الإسلامية بادوار متعددة ومتنوعة في القوانين العربية المدنية تتمثل في: 1- أن الشريعة الإسلامية من ناحية هي المصدر الموضوعي (أو التاريخي) للكثير من المبادئ العامة والمسائل التفصيلية والنظم القانونية في القوانين المدنية العربية. 2- ويتمثل الدور الثاني للشريعة الإسلامية في إنها المصدر الرسمي للقانون المدني إذا لم يجد القاضي حكماً للمسألة المطروحة أمامه في نصوص القانون المدني، مع اختلاف فيما بين القوانين المدنية العربية حول ترتيب مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون الأخرى وبوجه خاص العرف، إذ قدمت بعض القوانين العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية (كالقانون المدني المصري)، وبعض لقوانين قدمت الشريعة على العرف (كالقانون المدني اليمين، الأردن، الإمارات،..). 3- الدور الثالث: الدور التفسيري، ويتمثل في إن بعض القوانين المدنية العربية، نصت على إعمال قواعد التفسير وأصول الفقه، فضلاً عن إدراج نصوص تتضمن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي. ومن أمثلة هذه القوانين القانون المدني الإماراتي، القانون المدني اليمنى والقانون المدنى العماني 4- الدور الرابع: الدور الرقابي لتطبيق التشريعات الأجنبية، إذ خالفت النصوص القانونية الاجنبية،مكونات النظام العام في الدولة، والتى تعتبر الشريعة جزءا منه، وبالتالي فلا يجوز تطبيق قانون أجنبي يخالفها.

وبناء على ما سبق نلاحظ ما يلي: من ناحية، زيادة واتساع حجم الدور الذي تقوم به الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية، مع مرور الوقت. ومن ناحية ثانية، إن الإدراج التشريعي لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني في كل دولة اتخذ طابعاً خاصاً، إذ يتأرجح بين المذهبية والعمومية والخصوصية الاجتماعية.

وبناء على ما سبق، فالشريعة الإسلامية فى القوانين المدنية العربية تتلخص، فى إنه من جهة نجد الشريعة الإسلامية من المصادر الموضوعية للقانون، ومن جهة ثانية، من المصادر الرسمية للقانون في القوانين المدنية العربية، ومن جهة ثالثة، تلعب الشريعة الإسلامية دورا كبيرا فى قواعد التفسير والاستدلال القضائي على الأحكام، ومن جهة رابعة، تقوم بدور كبير فى تطبيق القانون المدني واستبعاد القوانين الأجنبية.

المطلب الأول

الشريعة الإسلامية في القانونين المدني المصري والعراقي

أولاً: الشريعة الإسلامية فى القانون المدني المصري:

قال السنهوري عن أهمية الشريعة الإسلامية فى القانون المدني المصري ما يلي: (... يجب أن تنال الشريعة الإسلامية نصيباً كبيراً من عناية المشرع المصري عند تنقيح التقنين، فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية ولا تزال شريعة البلد في قسم كبير من القانون المدني. هو قسم الأحوال الشخصية، وفي موضوعات من قانون المعاملات. واستقاء تشريعنا بقدر الإمكان من مصدر الشريعة الإسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة، ويستقيم مع النظر الصحيح من إن القانون لا يخلق خلقاً، بل ينمو ويتطور، ويتصل حاضره بما فيه) (64).

وقال السنهوري: (... والقانون النهائي الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية أنما هو القانون المدني العربي الذي نشتقه من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتي القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون في طريقها إلى التوحيد، فيكون القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة) (65).

ولقد استعمل السنهوري بدقة كبيرة دقة الأستاذ والعالم الفقيه منهج التلفيق التشريعي من القوانين المدنية المقارنة والفقه الإسلامي، والقضاء المصري القديم في وضع القانون المدني المصري. ويتضح منهج التلفيق التشريعي في التقريب بين مبادئ ونظريات وقواعد ذات الأصول اللاتينية والجرمانية والإسلامية معاً. ولكن من الجدير بالذكر الإشارة إلى أن منهج التلفيق التشريعي لم يؤثر على وحدة وتماسك وانسجام نصوص القانون المدني المصري.

---

(64) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني،.... مرجع سابق، ص 141.
(65) د. السنهوري: القانون المدني العربي،مجلة القضاء العراقي، ع 1، 2، 1962.

ولقد قدم السنهوري مثالا عمليا لكيفية الأقتباس من الشريعة الإسلامية وإدراجها فى القوانين المدنية من خلال تجربة القانون المدني المصري حيث كانت الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكامه، فضلا عن القانون المدني العراقي، بوصفه القانون الذي تلاقى فيه القوانين الغربية (كما اقتبسها القانون المدني المصري) والفقه الإسلامي (كما أخذ من مجلة الأحكام العدلية والمذاهب الأخرى) وتقنين مرشد الحيران لقدري باشا.

نصت المادة الأولى من القانون المدني المصري على (... إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). وطبقاً لهذا النص فالشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني في مصر التشريع والعرف.ولكن الآن تثور مجموعة أسئلة هي: ما المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية؟ والسؤال الثاني: كيف نستخلص الأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً.

فمن جهة أوجب المشرع على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يجد ما يستدل منه على حكم القانون فيما هو معروض عليه من مناعات في الشريعة والعرف. ونظراً لأن اصطلاح مبادئ الشريعة الإسلامية اصطلاح عام، وخصوصاً إن الشريعة الإسلامية كنظام قانوني، له طبيعة خاصة، حيث تتحدد مذاهب الفقه الإسلامي، وتتعدد الآراء في داخل كل مذهب، فمهمة القاضي أمامها كثير من العوائق في حالة رجوعه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري.

وترتيباً على ما سبق، فقد خلص شراح القانون المدني إلى أن قواعد الاستدلال القضائي على الأحكام المدنية من مبادئ الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري هي:القاعدة الأولى: الاستدلال القضائي من جميع مذاهب الفقه الإسلامي دون قيود.اتفق الشراح في مصر على إن القاضي في حالة تطبيقه لمبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً رسمياً للقانون المدني بعد التشريع والعرف عليه يتمتع بالتقديرية الكاملة في الاستدلال من كافة مذاهب الفقه الإسلامي، فهو غير مقيد بالاستدلال من المذهب الحنفى أو

غيره، بل له الرجوع إلى كل مذاهب الفقه الإسلامي بحسب اختياره[66].

القاعدة الثانية: أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته بمعنى إنه لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، ولذا فللقاضي الرجوع إلى كافة مذاهب الفقه الإسلامي دون تمييز للوصول إلى ما يتفق مع المبادئ العامة للتشريع المدني) [67].

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى ما قاله السنهوري دور الشريعة الإسلامية فى القانون المدني المصري.. قال ما يلي (... هذا الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، عدا المسائل الأخرى التي أخذها بالذات من الفقه الإسلامي... أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني، فلا يزال أمنية من أعز الأماني التي تختلج بها الصدور، وتنطوي عليها الجوانح، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن. ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون ما يعاون على قيام هذه النهضة) [68].

ثانياً: القانون المدني المصري وانتقال الشريعة الإسلامية إلى القوانين المدنية في البلاد العربية

أدرج السنهوري الشريعة الإسلامية في القوانين المدنية العربية من خلال إدراجها أولاً في القانون المدني المصري، ثم انتقلت فيما بعد إلى القوانين المدنية العربية الأخرى بداية من القانون المدني العراقي وبناء عليه، فالقانون المدني المصري هو القنطرة التي من خلالها انتقلت الشريعة الإسلامية إلى القوانين المدنية العربية.

---

(66) الوسيط: المرجع السابق، ص 49 - 50

(67) الوسيط، المرجع السابق، ص 50.

(68) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48. هامش "1".

وقد ساعد الاقتباس من الشريعة الإسلامية وإدراجها في القانون المدني المصري إلى من جهة ترقية مبادئ القانون المصري[69]. هذا من جهة. ومن جهة ثانية: سد النقص في القانون المدني القديم[70].ومن جهة ثالثة: تطوير القانون المدني في مصر ليكون النموذج الذي احتذى به لقوانين المدنية العربية التي وضعت بعده مثل القانون المدني العراقي والليبي.. الخ.

ومن المسلم به لقد استقى القانون المدني الجديد من الشريعة الإسلامية بطرق ثلاث: تنقيح وتوضيح واستكمال ما اشتمل عليه التقنين المدني القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي، والطريقة الثانية إنه استمدت أحكاماً جديدة من الفقه الإسلامي، ومن ناحية ثالثة من خلال جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون بعد التشريع والعرف، ويقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، حسبما نصت المادة 2/1 من القانون المدني المصري الجديد 1948.

وقد كان القانون المدني القديم بالرغم من إنه كان منقولاً من التقنين المدني الفرنسي، إلا إنه مع ذلك فقد حاول، المشرع إضافة بعض أحكام الفقه الإسلامي فيه، ولذا فقد تضمن بعض النظم والمبادئ المأخوذة من الفقه الإسلامي ولكنها نقلت على عجل ودون دراسة كافية ولذلك شابها الكثير من العيوب كالخطأ العلمي والاقتضاب [71].

ولكن في القانون المدني الجديد 1948، قام السنهوري بالاحتفاظ بما أخذه القانون المدني القديم من الفقه الإسلامي ولكن بعد تهذيبه وإصلاحه وإزالة ما به من اقتضاب وعيوب وعدم دقه في النقل والتنظيم هذا من جهة ومن جهة ثانية قام باستحداث أحكام أخرى أخذها من الفقه الإسلامي، وهذه الأحكام الجديدة كان بعضها مبادئ عامة والبعض الآخر مسائل تفصيلية.

وبناء على ما سبق، فمقدار الأحكام والمبادئ العامة والمسائل التفصيلية التي أخذها القانون المدني الجديد الذي 1948 الذي قام بوصفه السنهوري جعل من الفقه الإسلامي أساساً من أسس القانون المدني مع القضاء والتقنيات المقارنة.

---

(69) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 157.
(70) د. السنهوري: وجوب تنقيح القانون المدني، مقالة سابقة، ص 157.
(71)السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48.

وإجمـالاً – ودون تفصـيلات – فالأحكـام والمبـادئ العامـة والمسـائل التفصـيلية التـي فـي القـانون المـدني الجديـد، والمستمدة مـن الشـريعة الإسـلامية - هـي[72]: النزعـة الموضـوعية، نظريـة التعسـف فـي اسـتعمال الحـق – المعـايير الموضـوعية، حوالـة الـدين، نظريـة الظـروف الطارئـة، الأحكـام الخاصـة بمجلـس العقد، إيجار الوقف، الحكر، إيجـار الأراضـي الزراعيـة، هلاك الـزرع فـي العين المؤجرة، انقضاء الإيجار بموت المستأجر، فسخ الإيجار للعذر، وقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده، بعض أحكام عقد الهبة، التنظيم الدقيق لمبدأ لا تركـة إلا بعد سداد الديون، تصرفات المريض مرض الموت، سداد الدين قبل أيلولـة التركـة للورثة، الأهليـة، الشـفعة، الغبن فـي بيـع القاصـر، خيـار الرؤيـة، تبعـة الهـلاك فـي البيع، عرس الأشجار في العين المؤجرة، الأحكـام المتعلقـة بـالعلو والسفل، أحكـام الحائط المشترك مرة بالتقادم.

ثالثـاً: القـانون المـدني العراقـي – خطـوة نحـو توحيـد القـوانين المدنيـة فـى الـبلاد العربية:

نصت المادة الأولى/ 2 من القانون المدني العراقي علـى مـا يلـي (فـإذا لـم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمـة بمقتضـى العرف فـإذا لـم يوجـد فبمقتضـى مبـادئ الشـريعة الإسـلامية الأكثـر ملائمـة لنصـوص هـذا القـانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العربية).

وبالنظر إلى الفقرتين السابق الإشارة إليهما نجد ما يلي:

1- إن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث بعد التشريع والعرف، وفي هذا يتفق القانون المدني العراقي القانون المدني المصري.

2- إن النص يتضمن تفسيراً معينـاً لمبـادئ الشـريعة الإسـلامية التـي يلجـأ إليهـا القاضـي، إذ يقصـد بمبـادئ الشـريعة الإسـلامية، المبـادئ الأكثـر ملائمـة لنصوص القانون المدني العراقي هذا من ناحية وذلك حتـى ينسـجم كليـات القـانون

(72)السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص 48 وما بعدها.

مع جزئياته وإلا يتم تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية إلا الملاءمة للاتجاه العام وروح وفلسفة النصوص القانونية. ومن ناحية ثانية، لم يقصر دور القاضي على استنباط مبادئ الشريعة الإسلامية من مذهب فقهي واحد دون الآخر، بل منهج القاضي سلطة تقديرية كبيرة في هذا الصدد – إذ للقاضي استنباط لمبادئ الشريعة الإسلامية من جميع مذاهب الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، بشرط إن يكون ما يستخلصه ملائماً لنصوص القانون.

ودون شك إن هذا تجديد كبير – بالنسبة للعراق منشأ المذهب الحنفي، والتي طبقت فيها مجلة الأحكام العدلية فترة طويلة، وهي تقنين للفقه الحنفي في مجال المعاملات المدنية.

3- إذا لم يذكر النص مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي للقانون يلجأ إليه القاضي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، على النحو الذي عليه الحال في القانون المدني المصري في المادة 2/1 والتي جاء فيها ذكر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإنما اكتفى المشرع العراقي على النص فقط على قواعد العدالة.

4- إن الفقرة الثالثة من المادة الأولى لا يوجد لها مثيل في التقنيات المدنية في البلاد العربية من نواح عدة على النحو الآتي: فمن ناحية أنها منحت القاضي الاسترشاد بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق، فإذا لم يجد، فله سلطة الاسترشاد بالأحكام التي استقر عليها القضاء والفقه في البلاد الأخرى طالما إنها تتقارب قوانينها مع القوانين العربية. ومن جهة ثانية، فإن النص أعطى للقاضي دوراً كبيراً لمجابهة حالات النقص التشريعي، إذ وضع أمامه طرق كثيرة، يمكن من خلالها مجابهة كل ما سيعرض عليه من منازعات تتضمن وقائع قد لا يجد لها حكماً صريحاً في نصوص القانون المدني العراقي. ومن جهة ثالثة، أشار إلى التقارب القانوني في عجز الفقرة الثالثة ومن المسلم به، لم تدرج هذه العبارة إلا بمقصد التوحيد التشريعي في البلاد العربية، وفي نفس الوقت فتح الباب جلياً أمام التوحيد في الأحكام القضائية في البلاد العربية، بعد تحقيق الوحدة التشريعية.

المطلب الثاني

الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية فى دول مجلس التعاون الخليجي

أولاً: في القانون المدني الكويتي:

فقد نصت المادة الأولى منه على ما يلي: (تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف).

وبلا شك إن عدم تخصيص رجوع القاضي إلى مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، يعتبر من أهم أساسيات حركة تقنين الفقه الإسلامي، إذ أنه كما يقول الفقهاء ينبغي عند التقنين عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى اتساع الفقه بمذهبه المختلفة، إذ الفقه وحده متكاملة في ضوء منهجية التقنين، خاصة وأن المذهب الإسلامية هي اجتهادات لأصحابها لا تقيد غيرهم، إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحتها، على تحقيقها للمصلحة المعتبرة شرعاً[73].

ثانياً: القانون المدني العماني - المرسوم السلطاني 29 لسنة 2013 بإصدار قانون المعاملات المدنية:

نصت المادة الأولي من القانون المدني العماني على (تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التى تتناولها نصوصه فى لفظها ومعناها ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه افسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف). ويستخلص من هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون هى:التشريع – أحكام الفقه الإسلامي – المبادئ العامة للشريعة الإسلامية – العرف. هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، فطبقا للمادة الثانية، يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله.، ودون شك إن نص المادة

(73) د. محمد كمال الدين إمام: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي، ونظرياته العامة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2011، ص 294.

الثانيـة، يمثـل علامـة مميـزة فـى اسـتعانة المشـرع بالفقـه الإسـلامي واصـوله فـى مسألة تطبيق نصوص القانون إذ إنه جعل قواعد الفقه الإسلامي وأصوله المرجع في الفهم وتفسير النصوص التشريعية الواردة في القانون.

ومـن جهـة ثالثـة، لا يجـوز تطبيـق أحكـام القـانون الأجنبـي إذ كانـت هـذه الأحكـام تخـالف الشـريعة الإسـلامية أو النظـام أو الآداب فـي سـلطنة عمـان، وهـذا طبقـا لـنص المـادة 28 والتـى تـنص علـى (لا يجـوز تطبيـق أحكـام قـانون أجنبيـى عينتـه النصـوص السـابقة؛ إذا كانـت هـذه الأحكـام تخـالف الشـريعة الإسـلامية أو النظام العام أو الآداب فى سلطنة عمان).

ثالثاً: القانون المدني البحريني (رقم 19 لسنة 2001)

نصـت المـادة الأولـى علـى (أ) تسـرى النصـوص التشـريعية علـى جميـع المسائل التي تحكمها هذه النصـوص بلفظهـا أو بمفهومهـا. ب) فـإذا لـم يوجـد نـص تشـريعي يحكـم بـه القاضـي، حكـم بمقتضـى العـرف، فـإذا لـم يوجـد حكـم بمقتضـى الشريعة الإسلامية مستهدياً بأصلح الأراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لـم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وطبقا لهذا النص، فالرجوع إلـى الشريعة الإسـلامية يقصـد بـه الرجـوع إلى المبادئ العامة المسلم بها فى فقه الشريعة الإسلامية، وهى القواعد والأصـول الكلية التى لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهيه. ولكن فـى حالـة الأسـتعانة بـالحلول التفصيلية أو الاحكام الجزئية التى تختلف فيها المذاهب الإسلامية فيجب الأستهداء بأنسب الآراء فيها فى ضوء ظروف البلاد، بمعنى الأستهداء – كما يقول النص – بأصلح الأراء، وذلك فى ضوء ظروف البلاد.

ومـن جهـة ثانيـة، فمـن المسـلم بـه إنـه فـى حالـة الرجـوع إلـى الشـريعة الإسلامية، فى إطار الضوابط المشار اليها فى النص، فيجب كما يقول الفقه أن يراعـي التنسـيق بينهـا وبـين المبـادئ العامـة الساسـية التـى يقـوم عليهـا القـانون الوضـعي البحرينـى فـى جملتـه، وبنـاء عليـه، فـلا يجـوز الأخـذ بحكـم مـن أحكـام الشريعة الإسلامية، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، وذلك حتى لا يفقد القانون

الوضعي تجانسه وإنسجامه [74].

ومن جهة رابعة، فطبقا للترتيب الذى وضعه النص للشريعة الإسلامية، حيث إنها تأتى فى الرمتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، فإنه من الناحية الواقعية، فالقاضى لا يلجأ اليها، إلا نادرا [75]. وهو نفس الأمر الذى يصدق على دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون فى القانون المدنى المصري، حيث إنها تأتى فى المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف.

رابعاً: القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004:

نصت المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على ما يلي: (1- تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة).

ومن النص نستخلص ما يلي: 1- بناء على ما جاء في النص فمصادر القانون هي التشريع – الشريعة الإسلامية – العرف – قواعد العدالة؛ 2- إن المشرع استعمل اصطلاح "بمقتضى الشريعة الإسلامية" وهنا فتح الطريق أمام القاضي لاستنباط الحكم من الشريعة الإسلامية دون قيود مذهبية. 3- لم يشر النص إلى مبادئ القانون الطبيعي.

خامساً: قانون المعاملات المدنية الإماراتي 1985:

نصت المادة الأولى على (تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام

---

(74) د. محمد حسين عبد العال: المدخل لدراسة القانون المدني البحريني، ط1، 2004، ص 194.

(75) د. محمد حسين عبد العال: المدخل لدراسة القانون المدني البحريني، ط1، 2004، ص 194.

أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة).

ونصت المادة الثانية على ما يلي (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي). وهذا النص ممثال لنص المادة الثالثة من القانون المدني الأردني.

نصت المادة الثالثة على ما يلي: (يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية).

نصت المادة 27 على (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة).

وتضمن الفصل الثاني بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية وذلك في المواد من 29 – 270 ومن القواعد التي نص عليها نذكر: الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً (المادة 29) الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره (المادة 3)، ما ثبت بنص آمر يقدم على ما وجب بالشرط (المادة 31)، المثليات لا تستهلك (المادة 34)، اليقين لا يزول بالشك، الأصل براءة الذمة، لا ضرر ولا ضرار، الضرر يزال، الضرر لا يزال بمثله، الضرورات تبيح المحظورات، درء المفاسد أولى من جلب المنافع، استعمال الناس حجة يجب العمل بها، التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، الخراج بالضمان، الغرم بالغنم.

المطلب الرابع

الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمنى والقانون المدني الليبي

أولاً: القانون المدني اليمنى قانون رقم 14 لسنة 2002:

تضمن الكتاب الأول – الأحكام العامة للمعاملات في الباب الأول منه والذي بعنوان (القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون).نصت المادة الأول على (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلاميـــة والنظام العام والآداب العامة).

ونصت المادة 18 على ما يلي: (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة)

وطبقاً لمجموعة النصوص التي جاءت في الباب الأول في المواد 1- 19 من القانون المدني اليمين نجد ما يلي: من جهة أولى، أن المشرع أثبت المصدر الموضوعي لأحكام الواردة في القانون، إذ نص صراحة في صدر المادة الأولى على يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على.... وهي عبارة غير دقيقة نظراً لأنه تضمن أحكاماً مأخوذة من الفقه القانوني الغربي نقلاً عن القانون المدني المصري. ونعتقد إن المشرع يقصد إن هذا القانون فى مجموعه يتضمن الأحكام التي تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن جهة ثانية، أن مصادر القانون هي: النصوص الواردة في القانون، ومبادئ الشريعة الإسلامية – العرف الجائز شرعا – مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة

الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون جائزاً شرعاً وأن يكون ثابتاً ولا تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب.

ومن جهة ثالثة، اشار القانون إلى أن مجموعة قواعد للإلغاء والتعديل التشريعي لا نظير لها مطلقاً في القوانين المدنية في البلاد العربية، حيث نصت المادة الثانية على ما يلي:(يجوز إلغاء أو تعديل القوانين الشرعية في الأحوال الآتية:1- إذا كان دليل الحكم نصاً صريحاً من الكتاب أو السنة النبوية الصحيحة لا يحتمل التأويل أو الترجيح.2- إذا كان دليل الحكم إجماعاً.3- إذا كان الهدف من الإلغاء أو التعديل العدول عن الحكم الشرعي إلى حكم يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وفيما عدا ذلك يجوز الإلغاء أو التعديل ابتغاء الوصول إلى حكم شرعي أخر أقوى دليلاً وأوفى بالمصلحة).

ومن جهة رابعة، لقد أدرج القانون في نصوص المواد 3 – 16 مجموعة من القواعد الكلية الفقهية، كما وردت في مجلة الأحكام العدلية ولكن يلاحظ إنه جمع بين قاعدتين أو أكثر معاً في نص واحد فمثلاً نصت المادة 15 على (تصرف الدولة منوط بالمصلحة، والولاية الخاصة أقوى من الولاة العامة).

ومن جهة خامسة، جعل المرجع في تفسير النصوص وتطبيقها ما يلي الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة. ومن جهة سادسة، نصت المادة 35 على لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية.

ثانياً: القانون المدني الليبي:

أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية في القانون المدني الليبي ودور السنهوري، فقد سافر السنهوري إلى ليبيا في عام 1953، وعاد في سبتمبر 1953 ولكن في هذه الفترة القصيرة أنجز انجازات ضخمة كما يذكرها المستشار عثمان حسين عبد الله في مقالته عن السنهوري، حيث ذكر ما يلي بشأن دور السنهوري في الحركة الشرعية في ليبيا، فمن ناحية، إن السنهوري وضع حجر الأساس لتعريب القانون في ليبيا وللتقريب بين العمل التشريعي فيها والعمل التشريعي في

مصر. لقد كانت التقنيات الرئيسية في ليبيا هي التقنيات الإيطالية وكانت سائر التشريعات كذلك. وكانت اللغة الإيطالية هي لغة القضاة ولغة الحاكم ولغة الأحكام وسائر الإجراءات القضائية. ومن جهة ثانية، وضع القانون المدني الليبي وهو يطابق القانون المدني المصري مع إضافة بعض النصوص وإدخال بعض التعديلات التي اقترحها القضاة الإيطاليون في ليبيا، واقتنع هو بأن ظروف البلاد تقتضيها وصور القانون المدني الليبي في نوفمبر سنة 1953[76].

وقد نصت المادة الأولى على (مادة (1) أصول القانون – 1 – تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). ومن الواضح أن الفقرة الأولى من هذا النص تماثل الفرة الأولة من المادة الأولي من القانون المدني المصري. ولكن على خلاف ترتيب مصادر القانون فى مصر، فالقانون المدني الليبي، جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية فى المرتبة الثانية بعد النصوص التشريعية، ثم يليها العرف، ومبادئ القانون الطبيعيى وقواعد العدالة.

ثالثاً: القانون المدني الاردني:

نصت المادة الثانية على (1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.3- فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد؛ 4- ويسترشد في ذلك كله بما أقره

(76) انظر حول جهود السنهوري في النهضة القانونية في ليبيا: م/ عثمان حسين عبد الله، الفقيه والرائد والمشرع العظيم السنهوري، مجلة هيئة قضايا الدولة، 1989، ص 99 وما بعدها.

القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر). ونصت المادة الثالثة على (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي).

ويتبين من النص ما يلي: من جهة انه يميز بين احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة الاسلامية؛ ومن جهة ثانية، لم يشر الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ومن ناحية ثالثة، لقد أشار إلى الأستعانة فى فهم النصوص وتفسيرها وتأويلها إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي، وهى اكثر انضباطا من قواعد التفسير الوضعية، فضلا عن إنها تمثل خطوة هامة للاستفادة من قواعد أصول الفقه الإسلامي، فى مجال تطبيق النصوص القانونية الوضعية، حيث إن علم اصول الفقه الإسلامي، من العلوم الإسلامية الخالصة، ولم لا يوجد لها نظير فى النظم القانونية الوضعية. ولقد أثر القانون المدني الأردني فى القانون المدنى اليمنى والقانون المدني الأماراتي.

المطلب الرابع

دور السنهوري في أستحداث منهج التزاوج فيما بين الشرائع القانونية

أولاً: أسس منهج التزواج بين النظم القانونية عند السنهوري:

قام الأستاذ الفقيه السنهوري باستبدال منهج استقبال القوانين الأجنبية واستزراعها في النظام القانوني الداخلي بمنهج أخر أكثر دقة وفعالية وهو منهج التزاوج فيما بين القوانين الأجنبية والقوانين الوطنية.

ونعتقد إن منهج التزاوج فيما بين التشريعات الوطنية والأجنبية، قد اقتبسه السنهوري من منهج التلفيق الفقهي في الفقه الإسلامي ومعطيات الفقه المقارن.

ففي الفترة الأولى في النصف الأخير من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، جاءت التشريعات الوطنية في مصر، تطبيقاً عملياً لظاهرة استقبال القوانين الأجنبية واستزراعها في مصر. فقد تم استقبال واستزراع تقنيات نابليون في مصر في بناء على حركة الإصلاح القضائي التي تمت في عهد الخديوي إسماعيل لتطوير وإصلاح النظام القانوني في مصر، ليكون نموذجاً للنظم القانونية الأجنبية، ولذا وضعت التقنيات المختلطة عام 1875 والتقنيات الأهلية 1883 فضلاً عن تقنيات نابليون.

ومرجع ما سبق، هو الرغبة فى تطوير وتحديث النظام القانوني فى مصر وعلى أثر حركة الأصلاح القضائي فضلا عن أثر الحملة الفرنسية وحركة البعثات والترجمة، وعموما فالتقاء الثقافات القانونية المصرية والأجنبية، أدى إلى حدوث استقبال قانوني للتقنيات الأجنبية في مصر(77).

ويتمثل دور السنهوري في التزواج بين الثقافات القانونية المختلفة في القانون المدني في البلاد العربية، من خلال إحداث تزواج بين الثقافة القانونية الإسلامية والثقافة القانونية الأوربية، والتقاليد والتراث القانوين الوطنى، وتم ذلك فى الأطر الأتية:

1- إجراء تزاوج بين الثقافات القانونية.
2- الاحتفاظ بخصوصيات الثقافة القانونية الإسلامية.

---

(77) د. حسن عبد الحميد: ظاهرة استقبال القوانين الأجنبية فى مصر (دراسة فى علم الإجتماع القانوني) القاهرة 1995، ص 35.

3- الاحتفاظ بالتقاليد والثوابت القانونية المستقرة في البلاد العربية.
4- بيان أوجه التقارب بين الفقه الإسلامي والنظام القانوني الغربي دون الإخلال أو الحط من قيمة ما يتضمنه الفقه الإسلامي من مبادئ ونظم أصيلة.
5- الاستفادة من الثقافات القانونية الأجنبية في دراسة الفقه الإسلامي طبقاً للمناهج العلمية التي يدرس بها النظام القانوني الغربي، وذلك لتقريب الفقه الإسلامي إلى الأذهان.
6- الاقتباس من الثقافات القانونية الأجنبية للغة والمصطلحات القانونية مع تعريبها بدقة.
7- التعريب الدقيق للمصطلحات القانونية، لتقريبها إلى الفكر العربي، دون الأخلال بمضمونها العلمي القانوني الدقيق. وتحديث نظم الصياغة التشريعية، من خلال الاسترشاد بالقوانين المقارنة، وأشار السنهوري إلى أن عند الاقتباس من القوانين الأجنبية ينبغي الأقتباس المسائل المتعلقة بالشكل، مثل التبويب والتنظيم والتقسيم والصياغة وأساليبها والمصطلحات، أن يكون الاقتباس من أحدث التقنيات، حتى تجاري ما وصل إليه مآل حركة التقنين من رقى في التنظيم والتبويب والصياغة واللغة القانونية. ويؤدي ما سبق إلى أن تبويب القانون يكون منطقياً[78].

وبتطبيق ما سبق على القانون المدني المصري نجد إنه كما أشارت الأعمال التحضيرية – قد اقتبس من القوانين المدنية الأجنبية الكثير من القواعد المتعلقة بالشكل والصياغة كالتبويب والتقسيم واللغة الاصطلاحية. وبوجه عام قد استفاد السنهوري من حركة التقنين خصوصاً في مجال القانون المدني في أوربا وغيرها في إنها – كما قال (نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية) [79].

ثانياً: تزواج القوانين فى القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي:

قال السنهوري: (يتميز القانون المدني العراقي، باتجاه خاص ينفرد به

(78)السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي..،ص 311.
(79) السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي.، ص 310.

عن القانون المدني المصري وعن سائر القوانين الحديثة. فهو أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متساو في الحكم والكيف وهذه تجربة من أخطر التجارب في تاريخ التقنين المدني الحديث) [80].

وقال – أيضا السنهوري - (وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الإسلامي إلى جانب القوانين الغربية ممتلكة في القانون المصري الجديد، فلسنا مغالين إذا قلنا أن تجربة القانون المدني العراقي تعد من أخطر التجارب في تاريخ التقنين. فهذه أحكام الفقه الإسلامي قننت في نصوص واضحة وضعت إلى جانب نصوص القوانين الغربية، وبذلك تم جمع الفقه الإسلامي والقوانين الغربية على صعيد واحد، فمكن لعوامل المقارنة والتعريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة في نهضة الفقه الإسلامي) [81].

يمثل القانون المدنى المصري والقانون المدنى العراقي – وهما قد وضعا بيد السنهوري – أكثر النماذج القانونية، لدور السنهوري فى إحداث تزواج فيما بين القانون الوطنى والقوانين الأجنبية والفقه الإسلامي، فضلا عن إنهما يتضح مدى تأثر السنهوري بالمدرسة التاريخية للقانون وبتعاليم علم الأجتماع القانوني، فضلا عن علم القانون المقارن.

استقى السنهوري مصادر القانون المدنى العراقي أولاً:من نصوص مجلة الأحكام العدلية؛ بأعتبارها نموذجا للفقه الإسلامية وفى نفس الوقت نظرا لأنها كانت تطبق فى العراق، فالاحتفاظ ببعض احكامها يتوافر مع ضورة مراعاة المورث القانوني وما جري عليه العمل، وطبقا لمنطق التطور التدريجي فى فلسفة التشريع. وثانياً من نصوص التشريعات العراقية الخاصة، حيث إن البعض من أحكام القانون المدني كانت متناثرة في قوانين خاصة، وثالثاً: من نصوص القانون المدني المصري، نظرا لأنه أحدث التشريعات المدنية العربية، التى صدرت قبل إصدار القانون المدني العراقي هذا من جهة، ومن جهة ثانية نظرا لانه من التقنينيات المتخيرة التى جمعت بين أحدث ما وصل اليه علم التشريع فى

(80) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 500.
(81) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 500 - 501.

اوربا حينذاك، فضلا عن ما تضمنه من احكام مستمدة من الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: فلسفة القانون المدني العراقي وإرهاصات القانون المدني العربي

يتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري في الاتجاهات العامة، مثل طابع الاعتدال والتوسط بين الاستقرار والتطور بين حماية الفرد وحماية الجماعة. ومن جهة أخري، أخذ القانون المدني العراقي بنفس الترتيب والتبويب متابعة تامة، حتى يمكن القول إن الباب التمهيدي في القانون المدني العراقي يكاد أن يكون منقولاً نقلاً حرفياً من القانون المدني المصري، فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المجلة[1].

ولكن من ناحية ثانية، نجد إن القانون المدني العراقي ينفرد بخصائص لا يشترك فيها مع غيره في القوانين الحديثة العربية الأخرى، وهي إنه أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية معاً في تقني واحد، وبقدر متساو في الكم والكيف[2].

ومن ناحية ثالثة، أدى القانون المدني العراقي إلى تحقيق الوحدة التشريعية للقواعد المنظمة للمعاملات المدنية في تقنين واحد، حيث إنه جمع شتات المسائل المدنية التي كانت موجودة في قوانين خاصة، وهي المسائل التي لم تتناولها مجلة الأحكام العدلية، ولهذا فهو حق الانسجام والتكامل في التنظيم والتجانس القانوني للمعاملات المدنية في العراق[3].

ومن جهة رابعة، فإن من أهم خصائص القانون المدني العراقي هو إنه وضع ليكون – كما يقول الأستاذ السنهوري – تمهيداً للقانون المدني العربي[4]، إذ إذ إنه تضمن أحكام مأخوذة من الفقه الإسلامي مع أحكام مأخوذة من القوانين الغربية متمثلة في القانون المدني المصري، وبذلك فهو يجمع معاً بين الإحالة متمثلة في الفقه الإسلامي والمعاصرة متمثلة في النصوص المأخوذة من القانون المدني المصري والذي بدوره مأخوذ من قوانين أجنبية متخيرة، ولهذا فالقانون

---

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.
(2) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 501.
(3) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.
(4) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

المدني العراقي تطبيق عملي للجميع بين نظم قانونية متعددة معاً، ولذا فهو يؤكد وجود نظم قانونية مختلطة Mixed legal systems هذا من جهة.

ومن جهة خامسة، فقد فتح القانون المدني العراقي الباب نحو اختبار مصير تجربة المقارنة والتعريب بين الفقه الإسلامي، والفقه القانوني الغربي ومآلها[1]، فإذا نجحت، كانت الخطوات أخرى أفضل ومتقدمة وهي وضع قانون مدني عربي مؤسس على نهضة حقيقية مدنية لأحكام الفقه الإسلامي.

ومن جهة سادسة، نجد إنه بالنسبة للقانون المدني العراقي وبخصوص الاقتباس من مجلة الأحكام العدلية، فهي بالنسبة للقانون المدني العراقي لها علاقة وثيقة به من ناحيتين، الناحية الأولى باعتبارها مدونة معاملات مدنية مأخوذة من الشريعة الإسلامية وبوجه الخاص المذهب الحنفي والاعتبار الثاني فهي طبقت عليها في تنظيم معاملاتهم المدنية طبقاً للنصوص الواردة بها.

وبناء على ما سبق، فقد كان من المنطقي أن يتم الاحتفاظ بها أساساً مع استكمال ما لم تتضمنه من مصادر أخرى، بشرط ألا يتعارض معها سواء من القوانين الغربية نقلاً عن القانون المدني المصري أو من مذاهب الفقه الإسلامي الأخرى غير الفقه الحنفي.

وترتيباً على ما سبق، فقد كان من المنطقي أن تبرز لجنة وضع التقنين المدني العراقي والسنهوري فيها تقرر ضرورة الاستناد إلى مجلة الأحكام العدلية أساساً نظراً لأنها مألوفة، ولضرورة استقرار التعامل، فضلاً عن الاقتباس من الفقه الإسلامي لأنه يتضمن مبادئ وأحكام تداني وتفوق أحدث القوانين الأجنبية[2].

---

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 501.

(2) ولقد جاء ما يلي في تقرير بجنة التقنين المدني العراقي – كما أشار إليها السنهوري في مقالته من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون العراقي – مقالة سابق الإشارة إليها، ص 371، (... (أولاً) تكون مجلة الأحكام العدلية أساساً للقانون المدني الجديد،= =ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها من القوانين المدنية لسببين: 1- أن فيه قانون يوضع لبلد هو القانون الذي يألفه هذا البلد، ويتفق مع مزاجه وينشأ في تربيته، ويستقر عليه التعامل. وقد ترعرع الفقه الإسلامي في العراق، واستقر فيه دهوراً طويلة.

وبوجه عام يتضح من خلال السمات العامة للتقنين المدنى العراقي (وكذلك من باب أولى القانون المدني المصري) ما اشار اليه السنهوري بخصوص قواعد استقبال القوانين الأجنبية وتطوير القانون الوطني وعلم التشريع، ومنها بوجه خاص قاعدة في إن يراعي عند الاقتباس من القوانين الأجنبية، حتى ولو كانت تنتمي إلى جنس القانون الوطني (مثل القانون المدني المصري بالنسبة للقانون المدني العراقي مثلا)، أن يتم دمج مجموعة القواعد والمبادئ والنظريات التي تم استعارتها مع جسم التقنين على نحو لا يحدث تنافراً بين أجزاء التقنين وأن يتم تنسيق النصوص وتنجسم الأحكام معاً، بحيث لا تؤدي الاستعارة من القوانين الأجنبية مصدراً لوجود تعارض بين نواحي التقنين المراد وضعه[1].

ويعني ما سبق، بقول أخر، في حالة الاستعارة من قوانين أجنبية أو حتى وطنية أخرى عند وضع تقنين ما، يجب صهر هذه القواعد كلها مع بعضها، حتى يصدر التقنين متكامل متناسق وملتحم الأجزاء كلا واحداً لا تعارض بين قواعده، بل تتكامل كلها مع بعضها لتحقيق الهدف المتبقى منه، وذلك ما نلاحظة فى التقنيين المدنى المصري والعراقي.

الخاتمة

خلاصة القول: أن مشروع السنهوري قد أثر تأثيرا كبيرا فى القوانين المدنية العربية، ويتمثل هذا التأثير فيما يلي بإيجاز:

- تطوير حركة التقنين فى مجال القانون المدني فى البلاد العربية.
- تأثير القانون المدنى المصري 1948 فى القوانين المدنية العربية.
- توحيد اللغة القانونية والمصطلحات القانونية فى البلاد العربية.
- الإستفادة من القانون المقارن فى تطوير القوانين المدنية العربية.

2- لا يقل الفقه الإسلامي، من حيث رقى المبادئ وسمو المنطق القانوني، عن أعظم النظم القانونية مقدما، وهو قابل للتحوير بحيث يتمشى مع أحدث النظريات القانونية، وما داع لنا هذا التراث العظيم. فمن السفه أن نبدده، ثم نلتمس ما في أيدي الغير).

(1) السنهوري: القانون المدني العربي، ص 499.

- إدماج الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون فى القوانين المدنية العربية، حيث اقتباس الكثير من الأحكام والمبادئ والقواعد القانونية من الشريعة الإسلامية وإدرجها فى القوانين المدنية العربية.
- التركيز على الاقتباس من كافة التشريعات العالمية، دون الأعتماد على تشريع واحد؛ ولهذا فهو بحق من جعل النظم القانونية العربية نظم قانونية مختلطة Mixed legal systems وهو احد النظم القانونية العالمية المقارنة، طبقا لبعض علماء القانون المقارن الجدد.
- تأسيس علم التقنين الحديث وفلسفة التشريع الحديث فى البلاد العربية.
- فتح الطريق نحو التقريب بين الفقه الإسلامي والقانون الغربي، مع الإحتفاظ بخصوصية وصناعة الفقه الإسلامى، ودون شك إن مؤلفه القيم (مصادر الحق فى الفقه الإسلامي) خير مثال على هذا.
- الاستفادة من كافة مذاهب الفقه الإسلامى معا، دون التقييد بمذهب فقهى واحد.
- المحافظة على التقاليد والتراث القانوني الوطنى، وجعله أساس التقنين، فضلا عن الاستفادة من القوانين المقارنة، وذلك أنطلاقا من تأثر السنهوري بفلسفة المدرسة التاريخية للقانون.