بحث

حول

التطوّر التاريخي للقانون المدني في الأردن وصِلّته بأحكام الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة مع بعض التقنينات المدنية العربية)

المحامي

أيمن يحيى عودة

آب ٢٠٢٤

المحتويات

مقدمة ٤

المبحث (الأول): ٥
أحكام المعاملات المالية في العهد العثماني..... ٥
المطلب (الاول): تقنين أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات المالية ٥
المطلب (الثاني): تعديل أحكام المعاملات المالية..... ٧
الفرع (الأول): قانون الإجراءات المدنية العثماني ٧
الفرع (الثاني): نظام المرابحة العثماني..... ٨

المبحث (الثاني):..... ٩
احكام المعاملات المالية في الأردن خلال الاعوام ١٩٢٨-١٩٧٦ ..... ٩
المطلب (الأول): سريان القوانين العثمانية في الدولة الأردنية ٩
المطلب (الثاني): أحكام المعاملات المالية الواجبة التطبيق خلال الاعوام ١٩٢٨-١٩٧٦ ..... ١١

المبحث (الثالث): ١٤
التقنينات المدنية في دول عربية أخرى..... ١٤
المطلب (الأول): ظهور الحاجة لسنّ قانون مدني ١٤
المطلب (الثاني): القانون المدني المصري..... ١٦
الفرع (الأول): اعداد القانون المدني المصري واصداره ١٦
الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني المصري..... ٢٠
المطلب (الثالث): القانون المدني السوري ٢١
الفرع (الأول): إعداد القانون المدني السوري واصداره ٢١
الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني السوري ٢٣
المطلب (الرابع): القانون المدني العراقي..... ٢٤
الفرع (الأول): اعداد القانون المدني العراقي واصداره..... ٢٤
الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني العراقي..... ٢٥
المطلب (الخامس): القانون المدني الكويتي..... ٢٧
المطلب (السادس): نظام المعاملات المدنية السعودي..... ٢٨

المبحث (الرابع): ٣٠
القانون المدني الأردني ٣٠
المطلب (الأول): اعداد مشروع القانون المدني الأردني واصداره ٣٠
الفرع (الأول): اعداد مشروع القانون المدني الاردني ٣٠
الفرع (الثاني): اصدار القانون المدني الأردني ٣٥
المطلب (الثاني): مصادر القانون المدني الأردني..... ٣٦
الفرع (الأول): ترتيب مصادر القانون المدني الأردني..... ٣٦
الفرع (الثاني): تقديم أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية على العرف..... ٣٦
الفرع (الثالث): التفريق ما بين (أحكام الفقه الإسلامي) و(مبادئ الشريعة الإسلامية)..... ٣٨
المطلب (الثالث): تفسير القانون المدني الأردني..... ٣٩
الفرع (الأول): تفسير نصوص القانون وفق أحكام المادة (٣) من القانون المدني الأردني .. ٣٩
الفرع (الثاني): دور المذكرات الايضاحية في تفسير نصوص القانون المدني الأردني ٤٠
المطلب (الرابع): الصلّة الوثيقة بين أحكام القانون المدني الأردني وأحكام الفقه الإسلامي ٤٣
الفرع (الأول): تبني نظرية العقد من أحكام الفقه الإسلامي ٤٤
لمحة عن نظرية العقد ٤٤
النظام العام والآداب ٤٥
الفرع (الثاني): تبني نظرية الفعل الضار من أحكام الفقه الاسلامي ٤٦
الفرع (الثالث): استمرار العمل بأحكام مجلة الأحكام العدلية في الأردن..... ٤٧
المطلب (الخامس): تطبيق القانون المدني الأردني خلال الأعوام (١٩٧٧-١٩٨٨) والاعوام التالية لها..... ٤٨
المطلب (السادس): اعتماد القانون المدني الاردني في اعداد مشروع القانون العربي الموحد وفي قوانين بعض الدول العربية..... ٥٠
الفرع (الأول): اعتماد القانون المدني الاردني منطلقاً للعمل في اعداد مشروع القانون المدني الموحد للدول العربية..... ٥٠
الفرع (الثاني): اعتماد احكام القانون المدني في قوانين بعض الدول العربية.....
..... ٥١

الخاتمة..... ٥٢

مقدمة

- كما هو معلوم، فإنّ الدستور هو أعلى وأسمى تشريع في الدولة، وهو ينظم العلاقات فيما بين رأس الدولة والسلطات الثلاث فيها (التنفيذية والتشريعية والقضائية)، كما يبين أحكام المؤسسات الدستورية التي تخرج عن نطاق السلطات الثلاثة كالمحكمة الدستورية وديوان المحاسبة والهيئة المستقلة للانتخابات، ولذلك يصح القول بأن الدستور هو أبو القوانين.

- واما على نطاق المجتمع وتعاملات الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين فيما بين بعضهم البعض وفيما بينهم وبين الدولة، فإن القانون الأساسي الحاكم لهذه العلاقات والتعاملات هو القانون المدني، ويحدد هذا القانون التوجه العام للدولة في تشريعاتها المختلفة، وليس من المبالغة القول بأنه إذا كان الدستور هو أبو القوانين في الدولة، فإن القانون المدني هو أم القوانين فيها.

- ومن هذا المنطق، تظهر الحاجة الى بيان مراحل تطور القانون المدني في الدولة الأردنية منذ تاريخ نشوء الامارة في سنة ١٩٢١ ولغاية اليوم ومع بيان صلّته بأحكام الفقه الإسلامي وذلك بالمقارنة مع التقنينات المدنية في بعض الدول العربية، وسوف ينقسم هذا البحث إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث (الأول): أحكام المعاملات المالية في العهد العثماني

المبحث (الثاني): احكام المعاملات المالية في الأردن خلال الاعوام ١٩٢٨-١٩٧٦

المبحث (الثالث): التقنينات المدنية في دول عربية أخرى

المبحث (الرابع): القانون المدني الأردني، حيث سيتم تناول اعداد مشروع القانون المدني الأردني واصداره ومصادر هذا القانون وأحكام تفسيره والصله الوثيقة بينه وبين أحكام الفقه الإسلامي وتطبيق القانون المدني الأردني خلال الأعوام (١٩٧٧-١٩٨٨) والأعوام التالية لها واعتماد القانون المدني الأردني في اعداد مشروع القانون العربي الموحد وإعداد تقنينات مدنية في دول عربية أخرى.

المبحث (الأول):
أحكام المعاملات المالية في العهد العثماني

المطلب (الاول): تقنين أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات المالية

لغاية القرن الحادي عشر الهجري (السادس عشر الميلادي) لم يتبنَ الخلفاء المسلمون أحكام مذهب دون اخر ولم يجز الفقهاء للخليفة او للوالي تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين حيث قال بعضهم عن ذلك ان التولية باطلة وقال البعض الاخر انها صحيحة ولكن الشرط فاسد، ومن الناحية العملية كان يحدث أن يتشيع أحد الخلفاء او الولاة لمذهب دون اخر، فيتولى الخليفة او الوالي تعيين القاضي من ذلك المذهب مما يؤدي بالضرورة الى تسهيل انتشاره في تلك المنطقة، كما هو الحال عند الولاة العثمانيين الذين كانوا من اتباع المذهب الحنفي وكانوا يعينون شيخ الإسلام من الاحناف.

ولمّا جاء السلطان العثماني سليم الأول (١٥١٢-١٥٢٠م) فقد أصدر قراراً سلطانياً (فرماناً) أعلن فيه أن المذهب الحنفي هو مذهب الدولة الرسمي الإلزامي في أمور القضاء والفتيا، وترك الناس على مذاهبهم في أمور العبادات عملاً بحرية العقيدة التي أقرّتها الدولة حتى لأتباع الأديان الأخرى.

ثم نشأت الحاجة لتجميع الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية في مدونة واحدة، فتم تشكيل لجنة من فقهاء عرب وأتراك لوضع الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية بالطريقة التقنينية، وكان نتاج عملها ما تم تسميته لاحقاً باسم "مجلة الأحكام العدلية"، وتم شرح طريقة تشكيل هذه اللجنة ونتائج أعمالها في كتاب شرح القانون المدني السوري/ نظرية الإلتزام العامة للشيخ الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا[١] حيث ورد فيه ما يلي:

[١] للشيخ الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، كتاب شرح القانون المدني السوري – نظرية الإلتزام العامة، مطبعة الحياة، ١٩٦٤ (الصفحات ٦-٩).

((ولما بُدئ بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية، أصبح يعود اليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوى كانت قبل ذلك ترجع الى المحاكم الشرعية، ودعت الحاجة الى تيسير مراجعة النصوص الفقهية التي كانت هي المستند القضائي للحكام غير الشرعيين، وذلك بوضع "كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً عارياً من الاختلافات حاوياً للأقوال المختارة، سهل المأخذ والمطالعة على كل أحد وعلى أعضاء المحاكم النظامية وموظفي الإدارة، ويكون بمثابة قانون مدني لدعاوى الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية".

فصدرت ارادة سنية سلطانية بتأليف لجنة من فقهاء عرب وأتراك لوضع مجموعة من النصوص بالطريقة التقنينية تتضمن الاحكام الفقهية التي تتعلق بالحوادث الاكثر وقوعاً ودوراناً في القضاء، بغية إصدارها رسمياً كقانون مدني عام تلزم المحاكم بالعمل بما تناولته نصوصه، أما ما لا تتناوله نصوصه بصراحتها او دلالتها فيبقى مرجعه نصوص الفقهاء الراجحة في المذهب الحنفي.

وقد قامت هذه اللجنة بمهمتها فوضعت في سنة /١٢٨٦هـ [١٨٦٩ و١٨٧٠م] تلك المجموعة المطلوبة، منتقاة من المذهب الحنفي، جامعة بين مسائل الاحكام ومسائل المرافعات (اصول المحاكمات) التي جرت أساليب التأليف القانوني الحديث على فصلهما بقانونين متمايزين.

وقد اقتصرت المجلة في قسم الاحكام على مسائل المعاملات فقط دون الأحوال الشخصية، تاركة هذه الى مراجعها في كتب الفقهاء لأسباب عديدة، وتاركة أيضاً القضايا التجارية لقانون التجارة.

وقد رتبت اللجنة مباحث المجلة على ترتيب الكتب والابواب الفقهية المعهودة، ولكنها فصلت الاحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كما في القوانين الحديثة ليسهل الرجوع اليها والاحالة عليها فبلغت كلها (١٨٥١) مادة في ستة عشر كتاباً منقسمة الى أبواب، والأبواب الى فصول: أولها كتاب البيوع، وآخرها كتاب القضاء، وسّمتها اللجنة "مجلة الاحكام العدلية".

وقد صدّرتها بتقرير علمي هام ضمنته ملاحظاتها (لائحة الأسباب الموجبة، او المذكرة الايضاحية)، ثم قدمتها بمقدمة تشتمل على مقالتين:

(الاولى)– في تعريف الفقه وتقسيمه.

(والثانية)– ذكرت فيها طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلاً فقهياً تدور عليه وتتفرع عنه أحكام فرعية تطبيقية من أبواب وموضوعات شتى، فأوردت من هذه القواعد تسعاً وتسعين، كل قاعدة في مادة، أولها قاعدة: (الامور بمقاصدها) وآخرها قاعدة: (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه).

وقد صدرت الارادة السنية السلطانية في شعبان سنة ١٢٩٣هـ [١٨٧٦م] بلزوم العمل بها وتطبيق احكامها في محاكم الدولة العثمانية، فأصبحت بمثابة قانون مدني مصوغ من فقه المذهب الحنفي، واصبح كل ما ليس عليه نص في قانون خاص فانه يرجع الى أحكام المجلة باعتبار انها هي القانون المدني العام.))

وبعد ذلك بزمن، أخذت الدولة العثمانية تقتبس من المذاهب الإسلامية الأخرى، فأصدرت قانون حقوق العائلة العثماني لعام ١٩١٧، الذي – وان كان في الأصل على المذهب الحنفي بخصوص المسلمين – إلا أنه أخذ في مسائل متعددة عن باقي المذاهب الإسلامية الأخرى فيما وجد أنه أوفق لمصالح الناس.

المطلب (الثاني): تعديل أحكام المعاملات المالية

عندما ظهرت الحاجة لتعديل بعض الاحكام الواردة في المجلة بصورة متناقضة مع قواعد الفقه الاسلامي فقد تم تعديلها خلال العهد العثماني من خلال قوانين خاصة بدون تعديل نصوص المجلة لإبقائها في انسجام تام مع الفقه الإسلامي، ومن الأمثلة على ذلك قانون الاجراءات المدنية العثماني ونظام المرابحة العثماني.

الفرع (الأول): قانون الإجراءات المدنية العثماني

تم ادخال مادة في هذا القانون جرى بموجبها تعديل القواعد القانونية التي تنطبق على العقود، وان هذه التعديلات التي سرى مفعولها خلال العهد العثماني في مختلف أرجاء الدولة العثمانية تم شرحها من قبل الأستاذ مصطفى الزرقا على النحو التالي:

((أهم التعديلات التي طرأت على المجلة في العهد العثماني:

- فمن تلك التعديلات ما يتعلق بقواعد العقد، ومنها ما يتعلق بالحقوق العقارية، ومنها ما يتعلق بأصول المحاكمات (المرافعات).
- وأبرز واهم تعديل اساسي لأحكام المجلة في قواعد العقد مادة واحدة أدخلت في قانون اصول المحاكمات (اجتناباً للتعديل الصريح في احكام المجلة الشرعية بنظريات اجنبية المصدر) هي المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية، فقد اشتملت هذه المادة على ثلاثة مبادئ اساسية في العقد لم تكن تساعد عليها نصوص المجلة، وهي:

(١) ان جميع الاموال والحقوق والمنافع المتقومة[٢] في عرف الناس قابلة للتعاقد ولو لم تكن متقومة في نظر المجلة. وبذلك دخل ما يسمى في اصطلاح القانون اموالاً معنوية، كالملكية الادبية والعناوين التجارية وحقوق الامتيازات الخ... كما دخلت الاموال غير المتقومة في نظر فقهاء الشريعة، كالخمر.

(٢) حرية الشروط التعاقدية بوجه عام ما لم تكن ممنوعة بنص قانوني خاص، او تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة، او لأحكام الاحوال الشخصية، او لأحكام الوقف، او لنصوص القوانين العقارية الآمرة.

(٣) ان اتفاق المتعاقدين على النواحي الجوهرية الاساسية فقط مع ارجاء الاتفاق على النواحي الفرعية في العقد كاف لصحته، وعند الاختلاف في النواحي الفرعية تتولى المحكمة حل الخلاف وتحديد الالتزامات الفرعية بمعونة الخبراء على الوجه العادل.

وقد استلزمت هذه المادة الغاء معظم اسباب فساد العقد بمعناه المعروف في المجلة والفقه الحنفي، كما اقتضت تصحيح بعض حالات بطلانه ايضاً.))[٣]

الفرع (الثاني): نظام المرابحة العثماني

- صدر في عام ١٢٨٠هـ **(الموافق ١٨٦٣/١٨٦٤ ميلادي)** نظام المرابحة العثماني، والذي تمت الاستعاضة عنه بنظام مرابحة حلّ محله في عام ١٣٠٤هـ (الموافق ١٨٨٦/١٨٨٧ ميلادي)، وقد أجاز هذا النظام استيفاء الفوائد على المداينات العادية والتجارية وفرض الحد الاقصى للفوائد في جميع المداينات العادية والتجارية بنسبة تسعة في المائة سنوياً.

---

٢) ان عبارة "المال المتقوم" ابتكرها الفقه الإسلامي، وتعني أنه من الجائز التعامل به وفق قواعد الفقه الإسلامي وأنه قابل للحيازة.
٣) الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا، كتاب شرح القانون المدني السوري ، المبحث (٦)، المؤرخ ١٩٦٤، الصفحتان (١٣ و١٤).

المبحث (الثاني):
احكام المعاملات المالية في الأردن خلال الاعوام ١٩٢٨-١٩٧٦

المطلب (الأول): سريان القوانين العثمانية في الدولة الأردنية

بعد أن أصبح الأردن جزءاً من الدولة العثمانية منذ بداية القرن السادس عشر طبّقت فيه القوانين السارية في الدولة العثمانية، ولما صدر النظام الاساسي لإمارة شرق الاردن لسنة ١٩٢٨ فقد نصت المادة ٥٨ منه على استمرار سريان القوانين العثمانية في الاراضي الاردنية الى أن تلغى او تعدّل بتشريع يسن بمقتضى ذلك القانون، حيث نصت تلك المادة على ما يلي:

((مع استثناء ما حصل من تعديل والغاء بموجب المنشورات والانظمة والقوانين المذكورة في المواد التالية فالقوانين العثمانية المنشورة في اول من تشرين الثاني سنة (١٩١٤) او قبل ذلك والقوانين العثمانية التي نشرت بعد ذلك التاريخ او قد يذاع بإعلان عام انها معمول بها تبقى نافذة المفعول بقدر ما تسمح بذلك الاحوال الى ان تلغى او تعدل بتشريع يسن بمقتضى هذا القانون غير انه لا يصدر اعلان عام من هذا النوع بعد انقضاء اثنتي عشرة سنة من تاريخ العمل بهذا القانون.))

وتجدر الاشارة الى ان عبارة "القوانين العثمانية" الواردة في هذه المادة تنصرف الى جميع التشريعات العثمانية المتضمنة لأحكام قانونية بغض النظر عن تسميتها بقانون أو نظام أو تعليمات أو فرمان أو إرادة سنية، وتعتبر جميع هذه التشريعات بغض النظر عن تسميتها بمثابة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

- ثم صدر الدستور الاردني لسنة ١٩٤٧ (الذي حل محل النظام الاساسي لسنة ١٩٢٨)، والذي نصت المادة ٧١ منه على ما يلي:

((ان القوانين المعمول بها هي:

أ- القوانين العثمانية المنشورة في اول تشرين الثاني سنة ١٩١٤ او قبل ذلك، والقوانين العثمانية التي قبل نفاذ هذا الدستور أذيع بإعلان أنها معمول بها بقدر ما تسمح الأحوال بتطبيقها في المملكة الأردنية الهاشمية وبقدر ما لم تلغى او تعدل هذه القوانين بتشريع في المملكة المذكورة.))

وبذلك شملت القوانين الأردنية أي قانون عثماني تم نشره بتاريخ ١ تشرين الثاني ١٩١٤ أو قبل ذلك، وبقيت هذه القوانين نافذة المفعول إلى المدى الذي لم يتم الغاؤها أو تعديلها بموجب تشريع صدر في المملكة، وبعد ذلك صدر الدستور الاردني لسنة ١٩٥٢ الذي نصت المادة ١٢٨ على ما يلي:

((إن جميع القوانين والانظمة وسائر الاعمال التشريعية المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية عند نفاذ هذا الدستور تبقى نافذة المفعول الى ان تلغى او تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه.))[٤]

وبذلك فإن جميع التشريعات العثمانية والتشريعات الاردنية التي كان قد أقر سريانها بمقتضى المادة ٧١ من الدستور الاردني لعام ١٩٤٧ وكافة التشريعات الاردنية الصادرة بمقتضى احكام الدستور الاردني لعام ١٩٤٧ بقيت سارية ونافذة المفعول ما لم تلغى او تعدل بتشريع يصدر بمقتضى الدستور لسنة ١٩٥٢.

---

[٤]) بموجب التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١١، تم تعديل المادة (١٢٨) ليصبح نصها كما يلي:

((١-لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها.

٢- إن جميع القوانين والأنظمة وسائر الأعمال التشريعية المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية عند نفاذ هذا الدستور تبقى نافذة إلى أن تلغى أو تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه وذلك خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات.))

وبموجب تعديل الدستور الأردني لسنة ٢٠٢٢ تم الغاء العبارة التالية الواردة في آخر هذه المادة (وذلك خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات).

المطلب (الثاني): أحكام المعاملات المالية الواجبة التطبيق خلال الاعوام ١٩٢٨-١٩٧٦

سبق أن رأينا أنّ احكام مجلة الاحكام العدلية كانت واجبة التطبيق في الدولة الأردنية عملاً بأحكام النصوص الدستورية لعدم صدور قانون مدني يحلّ محلها أو يعدّلها خلال الاعوام السابقة لنفاذ مفعول القانون المدني، ونظراً لوجود أحكام قانونية موضوعية في قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني تتناقض مع احكام الفقه الاسلامي الواردة في المجلة فقد كانت أولى بالتطبيق عما ورد في المجلة لكونها أحكام قانون خاص، وانتقلت تلك الأحكام الموضوعية الخاصة إلى المواد ١٧٤-١٧٩ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢، ومنها احكام خاصة متعلقة بالعقود عموماً وعقود المقاولات وتقدير العطل والضرر والشرط الجزائي والفوائد على المبالغ النقدية، ونصّت تلك المواد على ما يلي:

((المادة (١٧٤)

الفصل الثاني والعشرون

في العقود

١- تنفذ احكام جميع العقود والتعهدات بحق عاقديها، وتكون ملزمة لهم ما لم تكن ممنوعة بقانون او نظام خاص او مخلة بالاداب او النظام العام او مخالفة للقواعد والاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية، مثل اهلية المتعاقدين والقواعد والاحكام المتعلقة بالارث والانتقال والتصرف بالاموال غير المنقولة وبالنقود الموقوفة والعقارات الموقوفة على ان الادعاء ببطلان العقد او التعهد يكون مسموعاً اذا كان المعقود عليه غير ممكن الحصول عليه.

٢- كل شيء يعد مالاً متقوماً يمكن ان يكون معقوداً عليه وكل ما كان تداوله متعارفاً من الاعيان والمنافع والحقوق هو في حكم المال المتقوم والعقود التي تعقد على ما سيوجد في المستقبل هي معتبرة ايضاً.

٣- متى اتفق العاقدان على نقاط العقد الاساسية يعتبر العقد تاماً ولو بقيت النقاط الفرعية مسكوتاً عنها واذا لم يتفق الطرفان على النقاط الفرعية تعينها المحكمة بحسب ماهية القضية وغاية العاقدين والعرف والعدالة.

المادة (١٧٥)

الفصل الثالث والعشرون

العطل والضرر

ان التضمينات التي يدعى بها على متعهد ما لعدم اجرائه احكام عقد اتفق عليه لاجل عمل او شيء او تسليم اشياء معينة في محل معين او بسبب تاخره عن اجراء احكام ذلك العقد لا تلزم ذلك المتعهد ما لم يكن العاقد الاخر قد نبهه وابلغه بواسطة الكاتب العدل اخطاراً (بروتستو) يدعوه فيه لان يقوم باجراء ما تعهد به.

المادة (١٧٦)

اذا كان العقد يحتوي على شرط مقتضاه انه لا حاجة الى الاخطار اذا انقضت المدة ولم يقم المتعهد بالشيء الذي تعهد به يعمل بهذا الشرط ويعتبر انقضاء المدة بمثابة الاخطار ولا يكون هناك ضرورة للاخطار في الزام المتعهد بضرر العاقد الاخر.

المادة (١٧٧)

اذا لم يقم المتعهد باجراء ما تعهد به ينظر:

١- ان كان عدم قيامه ناشئاً عن سبب اضطراري لا يمكن ان يعزى اليه وليس في وسعه دفعه فلا يلزم بشيء من العطل والضرر.

٢- ان كان ناشئاً عن حيلة ودسيسة منه فالتضمينات التي تلزمه هي الاضرار والخسارة اللاحقة بالعاقد الاخر والربح الذي اضحى محروماً منه.

٣- اذا لم يكن ناشئاً عن احتيال منه فالتضمينات هي المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلاً بالعاقد الاخر.

المادة (١٧٨)

اذا كان من شروط العقد ان كلاً من العاقدين اذا لم يجر ما تعهد به يدفع للعاقد الاخر مبلغاً على سبيل العطل والضرر يحكم بدفع ذلك المبلغ الا اذا ادعى المتعهد المدعى عليه ان المبلغ المتفق عليه فاحش بالنسبة للاضرار التي لحقت بالفريق الاخر وعجز هذا الفريق عن اثبات تضرره بنسبة المبلغ المذكور يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تخفض ذلك المبلغ الى المقدار الذي تعتبره كافياً

بصورة معقولة للتعويض على الاخر الا اذا كان المتعهد اليه احدى الدوائر الحكومية فان العطل والضرر المذكور في العقد لا يخضع للتخفيض المنصوص عليه في هذه المادة.

المادة (١٧٩)

اذا كان المتعهد به تأدية نقود في وقت معين وامتنع المدين عن ادائها عند حلول الاجل بحكم عليه بالفائدة دون ان يكلف الدائن اثبات تضرره من عدم الدفع.

فاذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط وان لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الاخطار والا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى او بالادعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة.

ويشترط في ذلك ان لا تتجاوز الفائدة التي يحكم بها في كل حال الحد القانوني.))

كما استمر مفعول نظام المرابحة العثماني الذي تم إعادة نشره (مترجماً عن اللغة التركية) في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم ١٣٢، الصفحة ١٦، الصادر بتاريخ ١٩٢٦/٧/١، علماً أنه وفق اجتهادات محكمة التمييز فإن هذا النظام له مرتبة القانون، حيث ورد في حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٩/٤٣٩١ تاريخ ٢٠١٩/٩/٢٢ "نجد أن نظام المرابحة العثماني لعام ١٩٢٦ النافذ المفعول في المملكة الأردنية الهاشمية حسب أحكام الدستور هو في حقيقته قانون وليس نظام" وقد استند هذا الحكم لحكم سابق للمحكمة ذاتها[٥].

[٥] قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ١٩٨١/٢٨٨ تاريخ ١٩٨١/٦/١٣.

المبحث (الثالث):
التقنينات المدنية في دول عربية أخرى

المطلب (الأول): ظهور الحاجة لسنّ قانون مدني

– لقد ورد في كتاب شرح القانون المدني السوري للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا [٦] ما يلي:

((الشعور بضرورة تغيير المجلة:

٧–ظهرت في المجلة مع الزمن تلك النواقص التي تستكمل فيما بعد، وتجلت تلك العيوب التي لم تصلح، وقام حولها تعديلات قانونية كثيرة، ولا سيما في عهد الانتداب الفرنسي، وخاصة في قسم الحقوق العينية العقارية التي صدر فيها "قانون الملكية العقارية" ذو الرقم ٣٣٣٩، وهو قانون حديث قائم على أساس سجل عقاري عيني، ومختلف عما تضمنته المجلة وعما جاءت به القوانين العثمانية، كما ان قسم الاصول (المرافعات) من المجلة قد صدر فيه ايضاً منذ العهد العثماني "قانون أصول المحاكمات الحقوقية" فأصبح كل ما تضمنته المجلة مما يخالفه منسوخاً.

فلذلك كله ساد الشعور في الاوساط القضائية والقانونية بأن المجلة أصبحت غير صالحة للبقاء على صورتها وحالتها الأولى، ولا سيما بعد أن انفصلت سورية والعراق وفلسطين وشرق الأردن عن الدولة العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى.

وقد دبّ هذا الشعور بضرورة وضع قانون مدني جديد يحل محل المجلة منذ أكثر من ربع قرن، ثم قوي جداً في الاعوام الخمسة عشر الاخيرة في سورية، وكذا في العراق.

[٦] الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، المجلد الأول، طبعة ١٩٦٤، (الصفحات ١٤–١٦).

نهضة قدري باشا المصري وتجديداته:

٨- ومما هو جدير بالذكر أنه بعد صدور المجلة بنحو خمسة عشر عاماً قام في مصر الفقيه الحنفي المجدد قدري باشا بوضع كتابه "**مرشد الحيران**" في صورة قانون مدني مأخوذ من المذهب الحنفي في الفقه الاسلامي. وقد استوحى طريقة المجلة نفسها في تقنين الفقه، ولكنه خطا خطوة جديدة الى الامام تلك الخطوة التي مهدت لها المجلة بالقواعد الفقهية الكلية الموضوعة في مقدمتها، فصاغ قدري باشا هيكلا بسيطاً أولياً لنظرية عامة في الالتزامات والأموال استهل بها كتابه المذكور، وأحلها منه محل تلك القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة.

وقد اندفع قدري باشا المصري رحمه الله تعالى الى وضع كتابه هذا (ثم الى وضع كتابيه الآخرين في الاحوال الشخصية وأحكام الاوقاف على غراره) على أثر التيارين المتعاكسين اللذين قاما في مصر حول أخذ قانون مدني اجنبي، أو البقاء في حظيرة الفقه الاسلامي ووضع قانون مستمد منه، ثم تغلبت فكرة أخذ القانون الفرنسي التي كانت تدعمها ارادات دول أجنبية.

وكان قدري باشا بعمله النبيل الجليل يريد أن يسابق الزمن والحوادث، ويبرهن عملياً على امكان انشاء قانون مدني صالح من الفقه الحنفي، ولكن قدري باشا رحمه الله وقع في الخطأ أو النقص نفسه الذي وقعت فيه جمعية المجلة قبله حيث قصر عمله على المذهب الحنفي، ولم يستفد من المذاهب الفقهية الاخرى، فان في مجموع تلك المذاهب، لا في أحدها فقط، ما يصلح لسد الحاجة التشريعية العصرية من الغنى والغناء[٧].

ولعل تلك المسابقة التي اضطر اليها قدري باشا خوفاً من فوات الفرصة الضيقة هي التفسير العاذر لهذا التقصير الذي وقع فيه هو أيضاً.))

وسنبحث بداية إعداد القوانين المدنية ومصادرها في عدد من الدول العربية، وتحديداً في مصر وسوريا والعراق والكويت وذلك قبل دراسة اعداد القانون المدني الأردني ومصادره.

٧) الغناء (بفتح الغين المعجمة) معناه النفع، وأما الصوت الموقع بالتلحين والترقيم على الانغام المطربة فهو الغناء (بكسر الغين).

المطلب الثاني: القانون المدني المصري

الفرع (الأول): اعداد القانون المدني المصري واصداره

لا يوجد ما يشير الى نفاذ مفعول مجلة الأحكام العدلية في مصر، وفي عقد السبعينات من القرن التاسع عشر بدأت النهضة التشريعية الأولى في مصر، ومما وضعته:

- القانون المدني الذي كان معمولاً به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ حزيران ١٨٧٥، وهو ما كان يعرف باسم التقنين المدني المختلط.
- والقانون المدني الذي كان معمولاً به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ تشرين الأول سنة ١٨٨٣، وهو ما يعرف باسم التقنين المدني القديم.

- وحسبما جاء في مقدمة الجزء الأول من كتاب (الوسيط في شرح القانون المدني) للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري،،، فقد تم اقتباس التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي الذي صدر في عهد نابليون بونابرت في عام ١٨٠٤، وبعدما صدر التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥، فقد تألفت لجنة في أواخر سنة ١٨٨٠ لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية، وتبع ذلك أن تم وضع التقنين المدني في سنة ١٨٨٣.

وبعد ذلك بدأت نهضة تشريعية ثانية في مصر منذ سنة ١٩٣٦ حيث قام علي ماهر باشا (رئيس وزراء مصر آنذاك) بتأليف لجان لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية، ولما بدأت أحداث الحرب العالمية الثانية بالاقتراب "ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب، وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦، توقعت الوزارة التي كانت قائمة في الحكم آنذاك – وزارة علي ماهر باشا – أن هذه المعاهدة لا بد أن تعرض للامتيازات الأجنبية، وان تقضي بإلغائها، فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضي تعديل التقنينات المصرية التي وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها، فأخذت للأمر أهُبته، وشكلت لجنتين،

إحداهما لتعديل التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين المرافعات، والأخرى لتعديل التقنين الجنائي وتقنين الإجراءات الجنائية[٨].

وفي واقع الحال، فقد بدأت نهضة تشريعية ثانية في مصر منذ سنة ١٩٣٦ على أثر قيام علي ماهر باشا بتشكيل تلك اللجان، وقد ورد أيضاً في كتاب (الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد)، للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، ما يلي:

((ولكن اللجنة الأولى لم تكد تقضى في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات، وكان ذلك على اثر تغير الوزارة.))

((اللجنة الثالثة والأخيرة:
وفى ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨، تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا– وكانت الوزارة قد تغيرت– بمذكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع تكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحية نظام اللجان للبدء بأعمال التقنين، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلى أحد رجال القانون، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدي طرح هذا المشروع على الرأي العام، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولي مناقشته وتقويم عوجه، واقترح وزير العدل أن يعهد في وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني إلى اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب، على أن يتفرغا لعملهما ويُتمّاه في مدى ستة شهور.

وفي ٢١ من يونيه سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ما جاء بمذكرة وزير العدل، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار، وفي ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير العدل، تنفيذا لقرار مجلس الوزراء، قراراً بإسناد مهمة وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني لإثنين من رجال القانون أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه في فرنسا، والثاني مؤلف هذا الكتاب.

[٨] الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، الجزء الأول، الصفحة (١٣).

وإلى هذا الإجراء الحكيم الذي اتخذه وزير العدل –لجنة قليلة العدد لا تجاوز اثنين تتفرغ لعملها تفرغاً تاما– يرجع الفضل في إنجاز المشروع التمهيدي في قرابة عامين، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة، وتم طبعه في سنة ١٩٤٢، وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات.))

((وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برياسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون، تعاونها هيئة فنية، [ومن بينهم الدكتور سليمان مرقص والدكتور شفيق شحاتة] لمراجعة المشروع في ضوء ما تم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات، وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها، وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولي جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدي في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥.

وأرسل المشروع النهائي إلي مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥.

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان في ..... ديسبمر سنة ١٩٤٥.

وعرض المشروع على مجلس النواب بعد ان احيل على "لجنة الشؤون التشريعية".

وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية زهاء ستة شهور من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦.

وأحيل المشروع بعد ذاك الى مجلس الشيوخ، فقرر في ٣ من شهر يونيه سنة ١٩٤٦ احالته الى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني، ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين، استمعت من خلالهما الى كثير من الآراء تقدمت اليها من جهات مختلفة، وأحالت المشروع بعد ان أقرّته الى مجلس الشيوخ فأقرّه المجلس في ٢٨ من شهر يونيه سنة ١٩٤٨، وأحيل ثانية الى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها فأقرّها مجلس النواب في ٥ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨.

وفي ١٦ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه واصداره، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ على ان يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، أي من اليوم الذي توحّد فيه القضاء المصري بزوال النظام المختلط، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة.

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون لجمع الاعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون.

وقد أنجزت اللجنة مهمتها، بعد ان جمعت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي والمحاضر والتقارير المختلفة ووزعت ما ورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين.

ووقعت مجموعة الاعمال التحضيرية في أجزاء سبعة هي التي ننقل عنها في هذا الكتاب ما نرى ضرورة الإشارة اليه في هذه الاعمال.))

- وقد ورد في مقدمة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني[٩] بشأن القانون المدني المصري ما يلي:

((كان في مصر تقنينان للقضاء مختلط صدر عام ١٨٧٦ وأهلي صدر عام ١٨٨٣ وقد فكر بتوحيد التقنينين بقانون واحد.

فتشكلت أول لجنة برئاسة المرحوم مراد سيد احمد باشا بتاريخ ٢٧ شباط سنة ١٩٣٦ وعضوية ثمانية أعضاء من رجال القانون.

وفي نفس العام تشكلت لجنة ثانية برئاسة المرحوم كامل صدقي باشا وعشرة أعضاء.

وفي عام ١٩٣٨ تولّى المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري والمسيو لامبير من كبار رجال الفقه في فرنسا وضع مشروع كامل للقانون المدني وقد أنجزا ذلك وتم طبع المشروع عام ١٩٤٢ وعرض المشروع للاستفتاء مدة ثلاث سنوات حتى عام ١٩٤٥.

[٩] المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، صفحة ١٩.

وبعد هذا التاريخ، وعلى ضوء الملاحظات التي ابديت، احيل المشروع من الحكومة لمجلس النواب في ١٧ كانون اول سنة ١٩٤٥ وبقي في مجلس النواب ومجلس الشيوخ حتى ٥ تموز ١٩٤٨ وعمل بالقانون في ١٥ تشرين اول سنة ١٩٤٩، ويعني هذا ان القانون المدني المصري استغرق اثني عشر عاما حتى عمل به مع ملاحظة ان القانون المدني المصري ومثله القانون المدني السوري والقانون المدني العراقي، وان استمدت من الفقه الاسلامي بعض نظرياته واحكامه، الا انها كانت في مجموعها واكثريتها اجنبية عن تراثنا، ويقتضي من رجال القضاء والقانون والعلماء الرجوع الى تلك المصادر الغريبة عن بيئتنا في تفسيرها واهدافها مع أن مشروعنا المشار اليه كان في مجموعه وأكثره يعتمد على تراثنا ومصدر امجادنا من الفقه الاسلامي، على اختلاف مذاهبه مما يربط حاضرنا بماضينا على وجه يقتضي منا الفخر والاعتزاز.))

الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني المصري

- تنص المادة (١) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ أن مصادره على النحو التالي:

"مادة ١- (١) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

(٢) فإذا 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."

- بناءً على هذه المادة، فإن "مبادئ الشريعة الإسلامية" هي المصدر الثالث للقانون المدني بعد كل من نصوص القانون المدني المصري كمصدر أول والعرف كمصدر ثانٍ، أي جرى تأخير مبادئ الشريعة الإسلامية إلى ما بعد العرف في ترتيب مصادر القانون المدني، كما جرى الاكتفاء بذكر مبادئ الشريعة الإسلامية وبدون الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، وبهذا الشأن فقد ورد في كتاب (أصول القانون) للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدّة بشأن "مبادئ الشريعة الإسلامية" فيما يتعلق بالقانون المدني المصري ما يلي:

(ويتبين لنا من هذا أن الرجوع إلى الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي في نطاق المعاملات المالية في القانون المصري يقصد به الرجوع الى المبادئ العامة في هذه الشريعة، وهي عبارة عن الأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب فلا يرجع الى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف في المذاهب بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد.)

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري قصد الاكتفاء بالرجوع إلى الأصول الكلية للشريعة الإسلامية التي لا تختلف باختلاف المذاهب وبدون الرجوع إلى الحلول التفصيلية الواردة في الفقه الإسلامي، ولم ترد ضمن مواد القانون المدني المصري أي إشارة أخرى إلى الشريعة الإسلامية سوى في المادة ٣٢ بشأن الشخص المفقود والغائب والمادة ٨٧٥(١) بشأن الإرث والمادة ٩١٥ بشأن الوصية[١٠]، ولا توجد أي إشارة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن الفصل الخاص بالعقد، كما لا توجد أي إشارة في القانون المدني المصري إلى أحكام الفقه الإسلامي.

المطلب (الثالث): القانون المدني السوري

الفرع (الأول): إعداد القانون المدني السوري واصداره

- لقد ورد في كتاب شرح القانون المدني السوري، للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا، ما يلي:

((لقد وجد في سورية تياران متضادان حول المصدر الذي يجب أن يستمد منه القانون المدني المطلوب، والمبنى الذي يجب ان يبني عليه.

أ) ففريق هم من ذوي الفكرة الشعوبية التي لا قيمة عندها للتراث العربي أو الاسلامي يريدون أن يكون مصدر القانون المنتظر أجنبياً لا يصله بالتشريع القائم –الذي أساسه المجلة والفقه الاسلامي– صلة ما، وحجتهم في ذلك ما فعلت تركيا في

١٠) تنص المادة ٣٢ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ على أنه "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية"، وتنصّ المادة ٨٧٥(١) من القانون المدني المصري على أنه: "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، كذلك تنص المادة ٩١٥ من القانون المدني المصري على أنه: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها".

أخذ القانون المدني السويسري، وما جرى في لبنان من وضع قانون الموجبات والعقود على أسس القانون الفرنسي، وما فعلت مصر قبل ذلك من أخذ القانون الفرنسي.

ب) والفريق الثاني هم دعاة الوحدة العربية الذين يريدون أن يكون لنهضة العرب المأمولة كيان عربي مستقل بخصائصه، لا يذوب في غيره، ولا يتنكر لحضارته التي ملأت سمع التاريخ وبصره، وكان لها من الماضي الفقهي الحقوقي ما ليس له نظير في تاريخ أمة أخرى.

وهؤلاء يرون أن القانون المدني السوري يجب أن يستمد من الفقه الاسلامي في شتى مذاهبه ومصادره الواسعة، ففي تلك المذاهب والمصادر من القابليات المختلفة، والنظريات القانونية، والأصول والفروع، ما قد وفي بحاجات العصور والحضارات والاطوار المتلونة المتنوعة التي واجهتها الحياة العربية والاسلامية، وصلح لأن يبنى منه صرح فقه مدني من اضخم ما عرف التاريخ.

فهذا الفقه اذا خرجنا به من نطاق المذهب الفردي الضيق، وحرثنا مذاهبه المتنوعة الكثيرة حراثة فنية حديثة، ونفذنا الى منابعه الاولى الغزيرة الفياضة بعناصر الحياة القانونية، استطعنا أن نصوغ منه قانوناً يضاهي بل يباهي أحدث القوانين المدنية اليوم، وتكون مكتبتنا الفقهية العربية هي منبعه في الامداد، ومرجعه في الشرح والتفسير والاجتهاد، واذا كنا لا نجد في فقهنا العربي هذا بعض الاوضاع القانونية التي لم تكن في عصر فقهائنا الإسلاميين، ما يعد في اوروبا نفسها وليد الاساليب الاقتصادية الحديثة، كمقر التأمين والشركات الحديثة، فإننا نستطيع أن نستمد من التقنينات الاجنبية ما تدعو اليه الحاجة، ونقوم بتخريجه على أصول فقهنا و قواعده العامة، كقاعدة الاستحسان، والاستصلاح، وسدّ الذرائع، والقياس، فيصطبغ بصبغة الفقه الاسلامي ولغته، ويندغم فيه، كما كان يفعل فقهاؤنا الاولون في استنباط الأحكام للشؤون والحاجات الجديدة التي يواجهونها، وفيها استحدثوا من عقود كبيع الوفاء في العقارات المملوكة، وكعقد التحكير في أراضي الوقف، وعقد الاجارتين في مبانيه المتوهنة.

تنفيذ الفكرة ومفاجآتها:

١٠- وفي شهر شباط ١٩٤٩، تغلبت فكرة هذا الفريق الثاني انصار بناء القانون المدني من الفقه الاسلامي، فأوفدت وزارة العدل السورية بعض كبار القضاة فيها الى القاهرة للاشتراك مع الاستاذ العلامة عبد الرزاق احمد السنهوري في وضع قانون

مدني يكون أساسه الفقه الاسلامي مع اقتباس ما تدعو الحاجة الزمنية اليه من المبادىء القانونية الحديثة.

ولكن لم تمض أيام على وصول موفد وزارة العدل السورية لهذه الغاية الى القاهرة حتى وقع الانقلاب العسكري الاول في سورية، قام به القائد العام في الجيش السوري اذ ذاك السيد حسني الزعيم الذي تولى السلطتين التشريعية والتنفيذية. وكان شخصاً مهوساً مختل التوازن، فالتف حوله بعض اولئك الشعوبيين والانتهازيين من الفريق الأول، وركن اليهم وسلمهم وزارة العدل، فاهتبلوا الفرصة وأقنعوه بأن أعظم عمل يرفع شأنه في نظر الاجانب هو أخذ قانون مدني أجنبي بدلاً من التشريع الاسلامي وفقهه، وقد أفهموه – بخبث واستغلال– ان هذا العمل يجعله في التاريخ نظير نابليون الذي خلّده قانونه لا فتوحاته!!

وقد وجدوا ان القانون المدني المصري الجديد يحقق هذا الغرض لأنه أجنبي المصادر، فأخذوه بجملته (سوى بعض أقسام سنشير اليها)، وقرروا وضعه موضع العمل بعد نحو عشرين يوماً من تاريخ إقراره!! وقد حل تاريخ العمل به قبل أن تصل الجريدة الرسمية التي نشر فيها نصه الى دوائر القضاء.))[11]

وبمعنى آخر، فقد نفذ مفعول القانون المدني السوري بتاريخ ١٩٤٩/٦/١٥، وذلك قبل نفاذ مفعول القانون المدني المصري الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥، وعند صدور القانون المدني السوري فقد نصّ صراحة على إلغاء مجلة الأحكام العدلية.

الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني السوري

- يختلف ترتيب مصادر القانون المدني السوري عن مصادر القانون المدني المصري فقد تضمنت الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني السوري ما يلي:

((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.))

[11] الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، المجلد الأول، طبعة ١٩٦٤، (الصفحات ١٧-٢٠).

وبناءً على هذا النص، فإن المصدر الثاني من مصادر القانون المدني السوري هو مبادئ الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين وبدون الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ، ويليه العرف كمصدر ثالث، وكما هو حال القانون المدني المصري فإن القانون المدني السوري يستخدم ترتيبًا مختلفًا للأولوية عن القانون المدني الأردني عند تحديد مصادر قواعد القانون المدني وبدون إشارة صريحة إلى أحكام الفقه الإسلامي، وقد أشار القانون المدني السوري إلى الشريعة الإسلامية في المادة (٣٤) منه المتعلقة بالغائب والمفقود[١٢]والمادة (١٨٣٦) المتعلقة بالارث والانتقال[١٣] والمادة (١٨٧٦) المتعلقة بالوصية[١٤]، ولا توجد في القانون المدني السوري أي إشارة صريحة إلى أحكام الفقه الإسلامي.

المطلب (الرابع): القانون المدني العراقي

الفرع (الأول): اعداد القانون المدني العراقي واصداره

لقد جاء في كتاب (الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني) للأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم ما يلي:

((إنّ أول محاولة جدية لوضع قانون مدني في العراق كانت سنة ١٩٣٣، أعقبتها لجنة أخرى في سنة ١٩٣٦، وقد اقتصر عمل هذه الأخيرة على وضع مشروع تمهيدي للأحكام المتعلقة بعقد البيع، ثم وقفت بعد ذلك حركة العمل، ولكن دون ان تفتر حركة الفكرة، ولهذا لم ينقطع التفكير في استئناف هذا العمل وتهيئة أداته، وفي سنة ١٩٤٣ ألفت لجنة لوضع مشروع لقانون مدني عراقي برئاسة العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله، فسلخت في عملها زهاء ثلاثة أعوام وأتمت وضع المشروع.

---

[١٢] تنص المادة (٣٤) من القانون المدني السوري على أنه: (يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة. فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية).

[١٣] تنص المادة (١٨٣٦) من القانون المدني السوري على أنه (تعيين الورثة، وتحديد أنصبائهم في الإرث، وانتقال أموال التركة إليهم، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال).

[١٤] تنص المادة (١٨٧٦) من القانون المدني السوري على أنه (تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها).

وقد توخت اللجنة في هذا المشروع ان تتدارك بوجه خاص تشتت القواعد المعمول بها في ذلك الوقت، وانتفاء التنسيق بين المصادر التي استقيت منها هذه القواعد.))

((ان قواعد القانون في العراق لم يكن ينتظمها عقد جامع، وانما كانت مبعثرة في مواطن متفرقة، فبعض الأحكام الكلية وقواعد العقود قد وضع في المجلة وقانون الأراضي، وقواعد التأمينات انفرطت بين المجلة وعدد من القوانين الخاصة، وأبلغ من ذلك أن قواعد تعتبر من صميم القانون المدني، كالقواعد الخاصة، بالفوائد والتعويضات ودعاوى وضع اليد وحقوق الامتياز، أُقحمت اقحاما على قواعد الاجراءات، فانتشرت بين قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية.
وغنيّ عن البيان ان تفرّق قواعد القانون المدني على هذا الوجه يخلّ بما يجب أن يتوفر لهذه القواعد من أسباب الوحدة وينال مما ينبغي لها من تناسق وتواصل، ولا يقف أثر كل ذلك عند حد تحميل الباحث مشقة بالغة في تقصي القواعد القانونية في مظانها، ولكنه يجاوز ذلك الى تعقيد فقه هذه القواعد ذاتها واغلاق الكثير من نواحيها على نحو يضر باستقرار الحقوق والمعاملات.))[١٥]

- وظل مشروع القانون الذي وضعه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري محل تردد لبضع سنوات إلى حين صدوره بموجب القانون رقم (٤٠) سنة ١٩٥١.

الفرع (الثاني): مصادر القانون المدني العراقي

- لقد تضمنت الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ نصاً مشابهاً لنص الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني المصري، حيث جاء فيها ما يلي:

((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.))

[١٥] الدكتور عبد المجيد الحكيم الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، المجلد الأول، ص. ١٠، ١٩٩٣.

وبناءً على هذا النص، فإن المصدر الثاني من مصادر القانون المدني العراقي هو العرف، ويليه كمصدر ثالث مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص ذلك القانون دون التقيد بمذهب معين وبدون الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، وكما هو حال القانون المدني المصري فإن القانون المدني العراقي يستخدم ترتيبًا مختلفًا للأولوية عن القانون المدني الأردني عند تحديد مصادر قواعد القانون المدني مع إعطاء العرف الأسبقية على مبادئ الشريعة الإسلامية وبدون إشارة صريحة إلى أحكام الفقه الإسلامي، ولم ترد ضمن مواد القانون المدني العراقي أي إشارة صريحة أخرى إلى الشريعة الإسلامية سوى في المادة١١٠٦(٢) منه المتعلقة بالإرث[١٦]، كما لا توجد في القانون المدني العراقي أي إشارة صريحة إلى أحكام الفقه الإسلامي سوى الإشارة في المادة (١٣٨١) إلى عدم العمل بالمجلة فيما عدا ما ورد في كتابين منها وذلك بالقدر الذي لا تتعارض نصوصهما صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون.

ويقتضي التنويه أن القانون المدني العراقي قد استمد مفهوم العقد الموقوف من الفقه الإسلامي كبديل عن مفهوم العقد القابل للإبطال الوارد في القانون المدني المصري، وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي ما يلي:

((رؤي أن يكون المشروع مثالاً لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجعل مزاجاً متآلفاً يجمع قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية))[١٧]

كما أن الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري (الفقيه المصري) الذي شارك في اعداد مشروع هذا القانون قد قال بشأنه:

((أما العراق فهو أول بلد عربي أعتزّ بتراث أجداده وحرص عليه من الضياع، ولم يشأ، وهو يراجع قوانينه المدنية، أن يفرّط في هذا الذخر العظيم، ولا شك في أن موقف العراق من الشريعة الإسلامية ستكون له رجّة كبيرة في سائر الأقطار الإسلامية، وبخاصة الأقطار العربية.))

[١٦]) تنص المادة ١١٠٦(٢) من القانون المدني العراقي على أنه: "تعيين الورثة وتحديد انصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها".

[١٧]) الدكتور عبد المجيد الحكيم الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، المجلد الأول، ص. ١٤، ١٩٩٣.

المطلب (الخامس): القانون المدني الكويتي

لقد قام الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بمراجعة قوانين دولة الكويت في نهاية الخمسينات، وكان التوجه آنذاك ضد اصدار قانون مدني على غرار القانون المدني المصري لابتعاده عن مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي، وبديلاً لذلك شارك الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في صياغة قانون التجارة الكويتي لعام ١٩٦١، ولكن ليس القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠، وتم ادخال أحكام القانون المدني ضمن نصوص قانون التجارة الكويتي لعام ١٩٦١، كما تم توسيع نطاق تطبيق قانون التجارة، وذلك كله خشية الغاء تشريعي صريح لمجلة الأحكام العدلية.

وفي نهاية السبعينيات "سنحت الفرصة لوضع أول قانون مدني حديث لدولة الكويت، فقد بات محتماً أن يتغير هذا الوضع وأن تعود الأحكام العامة لنظرية الإلتزام لتأخذ مكانها الطبيعي بين دفتي الشريعة الأم، كما أضحى من الملائم بعد مضي أكثر من ثمانية عشر عاماً على تطبيق قانون سنة ١٩٦١، أن يتم في الوقت ذاته تطوير هذا القانون لمواجهة ما جدّ من ألوان النشاط التجاري، وما صحبها من مشكلات التطبيق"[١٨]، وتبعاً لذلك صدر خلال عام ١٩٨٠ كل من القانون المدني الذي حلّ محل مجلة الأحكام العدلية وقانون التجارة الجديد الذي حل محل قانون التجارة السابق لعام ١٩٦١، وقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني الكويتي لعام ١٩٨٠، كما صدر، على ما يلي:

((فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستشهداً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.))

[١٨]) كتاب (قانون التجارة) من منشورات إدارة الفتوى والتشريع، مجلس الوزراء، دولة الكويت ، الصفحة (١١)، ١٩٨٠ .

يعني ذلك أن القانون المدني الكويتي، عند صدوره، قد اتبع نهج القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي من حيث اعتبار العرف كمصدر ثاني للقانون المدني في حال عدم وجود نص في متن القانون ذاته، إلا أنه حدد المصدر الثالث بأنه أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، ويجدر التنويه أيضاً إلى أنه قد تم تعديل المادة ١(٢) من القانون المدني الكويتي في عام ١٩٩٦ بحيث أصبحت أحكام الفقه الإسلامي هي المصدر الثاني للقانون المدني الكويتي وأصبح العرف هو مصدره الثالث، وان ذلك أكثر توافقاً مع ترتيب المصادر في القانون المدني الأردني.

ومن حيث سريان أحكام المجلة طبقاً للقانون المدني الكويتي، فقد نصت المادة (الأولى) من المرسوم الصادر بشأن القانون المدني الكويتي على الغاء العمل بالمجلة وبدون استثناء أي مما ورد فيها، وتم الاستعاضة عنها بالقانون المدني، ويعكس ما تقدم مدى اختلاف كل دولة عربية عن الأخرى في مدى تخلّيها عن أحكام المجلة وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، كما يعكس ذلك أن القانون المدني العراقي أكثر ارتباطاً بأحكام الفقه الإسلامي من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي، والقانون المدني الأردني مرتبط بالفقه الإسلامي، وبما في ذلك المجلة، وبالشريعة الإسلامية أكثر من جميع القوانين المدنية المذكورة وفق ما سنرى لاحقاً.

المطلب (السادس): نظام المعاملات المدنية السعودي

بتاريخ ٥ ذو الحجة ١٤٤٤ هـ (الموافق لتاريخ ٢٠٢٣/٦/٢٣م)، تم نشر نظام المعاملات المدني السعودي في الجريدة الرسمية وعلى أساس العمل به بعد مضي (١٨٠) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

وهو أحدث قانون مدني عربي، ولم تتاح الفرصة لدراسته ومراجعة أحكامه التفصيلية، ويكتفى بالإشارة إلى نص الفقرة (١) من المادة (الأولى) منه التي ورد فيها ما يلي:

((تطبّق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبّقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبّقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام.))

وقد ورد في آخر هذا النظام (٤١) قاعدة مستقاة من أحكام الفقه الإسلامي، ومن المتوقع أن يكون لهذا النظام (القانون) أثره على أحكام قوانين مدنية عربية أخرى.

المبحث (الرابع):
القانون المدني الأردني

ان بحث تطور مصادر القانون المدني الاردني يتطلب بداية اعطاء لمحة تاريخية عن مرحلة اعداد مشروع القانون المدني الاردني واصداره ومن ثم دراسة مدى صلته بأحكام الفقه الاسلامي ومن ثم بيان مصادره و تفسير نصوصه وأحكامه مع اعطاء نبذة عن أهم ملامحه ومميزاته. وسيتم تخصيص مطلب لدراسة تلك الجوانب وذلك على النحو الآتي:

المطلب (الأول): اعداد مشروع القانون المدني الأردني واصداره

الفرع الأول: اعداد مشروع القانون المدني الاردني

- سبق أن تم اعداد مشروع قانون مدني أردني في بداية الخمسينيات على نهج القانون المدني المصري، ولم أستطع التحقق من مشاركة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في اعداده، وبشأن مشروع القانون وما استجد بعده، سأكتفي باقتباس بعض ما ورد في البيان الذي القاه دولة السيد بهجت التلهوني/ رئيس اللجنة العليا بوضع واعداد مشروع القانون المدني الأردني/ رئيس مجلس الأعيان في مبنى مجلس الأمة بتاريخ ١٩٧٦/١/٥:

.....((بداية الاقتباس)).....

((قدّمت الحكومة مشروع القانون بكتابها رقم ١٣٠٨ تاريخ ١٩٥٤/٢/٤ الى مجلس النواب.
وبتاريخ١٩٥٤/١٢/١٠ أقرّه مجلس النواب.
وبتاريخ ١٩٥٥/١/٢٥ رفع الى مجلس الاعيان.
وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/٩ ردّه مجلس الاعيان وأعاده لمجلس النواب بأسباب موضحة في المحاضر وتوصية هذا نصها:

(وضع مشروع قانون مدني يقتبس من المجلة، ومن كنز شريعتنا، ويضاف اليه من الاحكام ما يتطلبه تعامل عصرنا ويعدل ما يحتاج التعديل على ان تسبك مواده بلغة عربية بليغة لا ركاكة فيها ولا تعقيد.)

وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/١٧ اعاد مجلس النواب النظر في المشروع المعاد، فأيّد مجلس الاعيان وقرر رفض المشروع واخطر رئيس مجلس النواب رئيس مجلس الاعيان بهذا القرار بكتابه رقم ٦٢٣ تاريخ ١٩٥٧/١٢/١٨.

وبعد مرور ست سنوات، وبدلاً من وضع مشروع قانون وفقا لقرار المجلسين الاعيان والنواب، طلبت الحكومة من رئيس مجلس النواب اعادة النظر في مشروع القانون فاستعرضه مجلس النواب وأقرّه بتاريخ ١٩٦٤/٣/١٠، ورفع الى مجلس الاعيان وأحيل الى اللجنة القانونية في مجلس الاعيان لدراسته وإعطاء القرار اللازم بشأنه، فأوصت الأكثرية بالموافقة عليه وعارض القرار احد أعضائها بمخالفة ضمنها توصية المجلس الكريم برفض مشروع القانون المدني المعروض على المجلس وطالب بوضع مشروع قانون مدني مأخوذ من الفقه الإسلامي ومستمد من احكام الشريعة الإسلامية الغرّاء لا ان يكون مأخوذاً من تشاريع اجنبية كالقانون الفرنسي أو الإيطالي وغيرهما.

وأمام مجلس الاعيان دارت مناقشات قانونية حامية وحوار فقهي حول المشروع، فريق يناصره وآخر يعارضه مستنداً في معارضته **الى اقوال واضعه المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا** الذي يصف بوضوح مثالب القانون المدني المصري لأنه مأخوذ عن القانون والفقه الفرنسي.

فقد جاء قوله في كتابي الوسيط ونظرية العقد ما يلي:

"انني جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما من بين سائر النظم القانونية والأجنبية التي رجعت اليها لم أفعل ذلك دراية للقضاء الفرنسي، فهو القضاء الذي نزلنا ضيوفاً في ساحته الواسعة، ولكن آن للضيف أن يعود الى بيته."

ويقول رحمة الله "علينا ان نمصّر الفقه فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً نرى فيه طابع قوميتنا ونحسّ اثر عقيدتنا، ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي والاحتلال هنا فرنسي، وهو احتلال ليس بأخفّ وطأة ولا بأقل عنتاً من أي احتلال اخر."

ويقول رحمة الله " لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي والمرشد لا يكاد يتزحزح عن أفقه او ينحرف عن مسراه، فهو ظلّه اللاصق وتابعه الأمين، فاذا قدّر لنا ان نستقل بفقهنا وان نفرّغه في جو مصري يشبّ فيه على قدم مصرية وينمو بمقومات ذاتية بقي علينا ان نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية."

وقد جاء في الصفحة ١٣ من مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما نصّه:

"يمكن القول ان تقنيننا المدني فيه نقص ثم فيه فضول وهو غامض، حيث يجب البيان مقتضب حيث تجب الافاضة، ثم هو يسترسل في التافه من الامر فيعنى به عناية لا تتفق مع اهميته المحدودة، يقلّد التقنين الفرنسي تقليدا أعمى فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض في نواح مختلفة، ويضم الى هذا التناقض اخطاء معيبة."

انني لم استشهد بما سبق الا لأنّ ما ذكرته قد ورد عن المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا واضع القانون المدني المصري وهي انتقاداته له ومآخذه عليه لبعده عن الفقه والشريعة الاسلامية.

أفبعد ما ذكر: يحق لنا ان نترك مصادرنا الفقهية الاسلامية ومراجعنا القانونية ونأخذ بمجموع مشروع القانون المدني الموجود في مجلس الاعيان وهو المنقول نقلاً والمترجم ترجمة عن القانون المدني الفرنسي.

وبعد هذه الاستشهادات والايضاحات والمبررات، اعتقد انكم تشاركوننا الرأي بمناصرة الرأي القائل بايجاد البديل الذي يحلّ محله وذلك بوضع مشروع قانون مدني مستمد من تراثنا وعقيدتنا وفقهنا وشريعتنا.

وهكذا فقد بقي الحوار والجدل والمناقشة والمعارضة للمشروع، حتى جاءت رسالة جلالة الملك المبلّغة لدولة رئيس مجلس الاعيان من سيادة رئيس مجلس الوزراء، ونصّها:

دولة رئيس مجلس الاعيان

تلقيت بيد الاجلال من صاحب الجلالة الهاشمية مولاي الملك المعظم رسالة ملكية سامية في موضوع مشروع القانون المدني المعروض على مجلسكم الكريم هذا نصها:

"تعلمون سيادتكم مدى اهتمام الرأي العام بمشروع القانون المدني المعروض على مجلس الامة لما لهذا القانون من صلة ومساس بمجتمعنا وعقيدته وتنظيم امور حياته ومعاملاته، ولما كان عدد كبير من رجال العلم والفقه والفكر والقانون قد توجهوا الينا ملتمسين أن تظلّ مملكتنا الاردنية الهاشمية متمسكة بقانون مدني منبثق عن شريعتنا الإسلامية، واننا لما لهذا القانون من أهمية وخطورة نرغب في ان يصار الى تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون لدراسة مشروع القانون المدني واعادة النظر فيه حتى يظل هذا القانون عند تطبيقه والتوسع في قومه والاجتهاد في معانيه ومراميه نابعاً في أصوله ومصادره من حياتنا وحاجاتنا واخلاقنا وتقاليدنا، مؤملين ان تولّوا سيادتكم هذا الامر ما يستحق من العناية وان تتخذوا من الخطوات ما يكفل تحقيق الغاية."

لذلك، وصدعاً بالأمر الملكي السامي، وبما انه ليس في العرف الدستوري ما يحول دون استئناس مجلس الامة برأي الخبراء من اهل الاختصاص في اي شأن من شؤون التشريع المعروضة عليه سواء أكانوا من الرسميين أو غير الرسميين (حسبما بينت في كتابي السابق رقم م/١٧٣٦٩/١٢ تاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٢ الموجه في حينه لمعالي القائم بأعمال قاضي القضاة والمرسلة نسخ عنه الى دولتكم والى معالي رئيس مجلس النواب وسماحة رئيس الهيئة العلمية الاسلامية وفضيلة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية)، ارجوا ان تعملوا دولتكم على تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون للاشتراك بالتعاون مع اللجنة القانونية لمجلسكم الكريم بدراسة مشروع القانون المذكور واعادة النظر فيه على ضوء التوجيهات التي تضمنتها الرسالة الملكية السامية قبل عرضه على المجلس.

والتكرم بإعلامي بالإجراءات التي يقرر مجلسكم الكريم اتخاذها في هذا السبيل.

واقبلوا فائق الاحترام،،

رئيس الوزراء

حسين بن ناصر

وعلى ضوء ذلك تألفت لجنة بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٨ مؤلفة من أصحاب السماحة الشيخ عبد الحميد السائح وعبد العزيز الخياط ومحمد فال الشنقيطي والدكتور ابراهيم زيد الكيلاني للاجتماع مع اللجنة القانونية لمجلس الاعيان.

وبعد عدة لقاءات كان التباين في وجهات النظر كبيرا فلم تتوصل الى نتيجة فأعلمت دولة رئيس المجلس باختلاف وجهة النظر فيما بينها.

ولما كانت الرسالة الملكية صريحة المعاني واضحة المباني ترسم صورة التشريع الواجب اعداده، ووضعه ليحلّ محل مجلة الاحكام العدلية والقوانين الاردنية النافذة والمتفرعة عنها.

وحيث ان المملكة الاردنية الهاشمية بمسيس الحاجة لقانون مدني يؤمن مصالح الناس وينظم معاملاتهم في حاضرهم ومستقبلهم، ويستمد تقنينه من مجموعة المذاهب والقواعد الفقهية المقررة ومن الرصيد الكبير والثروة التشريعية والقانونية العربية من فقه ومن شروح وقرارات محاكم وقضاء.

فانه بتاريخ ١٩٦٦/٢/٢١ قرر مجلس الاعيان دعوة المرحوم الدكتور السنهوري والاستاذ احمد مصطفى الزرقا[١٩] للاشتراك بوضع مشروع قانون مدني ولكنّ الدعوة لم تلبّ.

ووقعت حرب حزيران عام ١٩٦٧، ومرّت بعد ذلك بضع سنين حتى ١٩٧١/٦/٢ حيث تشكلت اللجنة الحالية والتي اتشرف برئاستها، وسارت بخطوات ايجابية في عملها وبينما كانت اللجنة جادة بعملها طرأ بتاريخ ١٩٧١/١١/١ تغيير على صفة رئيسها وبعض أعضائها، فتوقف العمل حتى جاء كتاب دولة رئيس مجلس الاعيان رقم ٢٦٦/١٧١/٢ تاريخ ١٩٧٣/٣/١٤ وازال الاشكال وطلب من رئيس واعضاء

[١٩]) يوجد خطأ مادي في هذا البيان حيث الإسم الصحيح: مصطفى أحمد الزرقا.

اللجنة الاستمرار في اداء مهمتهم فباشرت عملها في ١٩٧٣/٣/١٨ وفق الاصول الذي انتهجته وخطة العمل التي اتبعتها حتى أدّت الامانة وحققت ما جاء في الرسالة السامية.))

.....((**نهاية الاقتباس**)).....

- ويجدر التنويه هنا الى أن قائمة أسماء الخبراء الذين ساهموا في وضع واعداد مشروع القانون المدني، هم كل من:

١- سماحة الشيخ مصطفى احمد الزرقا، استاذ القانون المدني والشريعة في الجامعة الأردنية.
٢- عطوفة الاستاذ عبد القادر الأسود، الرئيس الاول في محكمة التمييز السورية سابقاً(الجمهورية العربية السورية).
٣- عطوفة الدكتور محمد زكي عبد البر، المستشار بمحكمة النقض المصرية (جمهورية مصر العربية).
٤- عطوفة الاستاذ محمد مصطفى المنفلوطي، المستشار بمحكمة الاستئناف في القاهرة (جمهورية مصر العربية).
٥- فضيلة الاستاذ الشيخ علي الخفيف، الخبير في الفقه والتشريع الإسلامي (جمهورية مصر العربية).[٢٠]

الفرع الثاني: اصدار القانون المدني الأردني

صدر القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ كقانون المؤقت، وبعد مناقشته من قبل مجلس الأمة وموافقته عليه ، فقد تم اعلانه قانوناً دائمياً (بدون اجراء أي تعديل عليه) بموجب الإعلان المنشور على الصفحة (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) تاريخ ١٩٩٦/٣/١٦.

[٢٠] المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، المقدمة صفحة (١٤).

المطلب (الثاني): مصادر القانون المدني الأردني

الفرع (الأول): ترتيب مصادر القانون المدني الأردني

لقد نصت المادة ٢ من القانون المدني على ما يلي:

((١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- فإن لم توجد بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف ان يكون عاماً قديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على ان لا يتعارض مع ما ذكر.))

الفرع (الثاني): تقديم أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية على العرف

في الوقت الذي نصت المادة (١) من القانون المدني المصري على اعتبار العرف هو المصدر الثاني لأحكام القانون المدني، وقامت بتأخير مبادئ الشريعة الإسلامية (وليس أحكام الفقه الإسلامي) لتكون هي المصدر الثالث للقانون المدني، ومثله فعل القانون المدني العراقي، يلاحظ بأنّ المادة (٢) من القانون المدني الأردني قد اتخذت منهجاً مختلفاً تماماً عن كل من القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، وبموجب المادة (٢) من القانون المدني الأردني فإن مصادر القانون المدني الأردني (بعد نصوص القانون المدني) هي على النحو التالي:

المصدر (الثاني): أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

المصدر (الثالث): مبادئ الشريعة الإسلامية.

المصدر (الرابع): العرف بشرط أن يكون عاماً قديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون والنظام العام أو الآداب.

المصدر (الخامس): قواعد العدالة.

- بذلك، فقد جرى تقديم أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية على العرف، ومما يمنع الرجوع إلى العرف إلا باعتباره المصدر الرابع وذلك إذا تعذّر العثور على حكم قانوني بشأن المسألة محل النزاع في الفقه الاسلامي أو في الشريعة الإسلامية، وهذا ما كرره الحكم التمييزي رقم ٢٠٢١/٦٠٨ الذي جاء فيه ما يلي:

(لا يجوز اللجوء للعرف إلا بعد استنفاذ النصوص القانونية وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً لما هو محدد ومنصوص عليه في المادة الثانية من القانون المدني الأردني)

تبعاً لما تقدم، استمر القضاء الأردني منذ عقود طويلة ولغاية اليوم في الاستناد إلى أحكام الفقه الإسلامي، ولمزيد من إيضاح العلاقة الوثيقة فيما بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي أشير إلى الحكمين التمييزين التاليين:

<u>حكم تمييزي رقم ٩٥/١٥٧٥:</u>

(وبالرجوع إلى أحكام حوالة الدين في القانون المدني الأردني نجد أنه قد عالجها في الباب الخامس الذي خصص لعقود التوثيقات الشخصية في المواد (٩٩٣-١٠١٧) عملاً بتقاليد الفقه الإسلامي وأحكامه.)

<u>وحكم تمييز حقوق رقم ٢٠٢١/٤٧٠٤:</u>

(ومن خلال النصوص السابقة، نجد أن الفقه الإسلامي أخذ بنظرية صدور أو اعلان القبول، فإذا حصل الإعلان تمّ العقد ولم يبتعد القانون المدني الأردني كثيراً عن موقف الفقه الإسلامي.)

الفرع (الثالث): التفريق ما بين (أحكام الفقه الإسلامي) و(مبادئ الشريعة الإسلامية)

- بشأن الفقرة (٢) من المادة (٢) من القانون المدني الأردني والتي أشارت إلى تطبيق **أحكام الفقه الاسلامي** الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون في حالة عدم وجود نص في القانون فإنّ لم توجد فبمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**، فقد ورد في المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني ما يلي:

(فرّق المشروع بين **أحكام الفقه الاسلامي** وبين **مبادئ الشريعة الاسلامية** **فالأولى مدونة في الكتب الفقهية والثانية تستخلص من نصوص الكتاب والسنة** كالأمر بالعدل والمساواة والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل وكقاعدة الخراج بالضمان، ولم يرد المشروع الاقتصار على أحكام المذهب الحنفي بل عمم العبارة حتى تشمل كل مذاهب وآراء الفقه الاسلامي ليتسع أمام القاضي معين الحكم فيتيسر له أن يختار ما هو أكثر موافقة للنصوص التشريعية محافظة على وحدة القانون وانسجامه وما هو أكثر موافقة لأحوال هذا الزمان، ولم يرد المشروع أن يجاري التقنينات المدنية العربية بالاحالة الى العرف ثم الى مبادئ الشريعة الاسلامية ثم الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة على خلاف بين هذه التقنينات في ترتيب هذه المصادر أو جمعها، ليس فقط نزولاً على الأسباب الموجبة لوضع هذا المشروع والأسس التي رسمت له وهي استمداده من الفقه الاسلامي أولاً بل أيضاً ايماناً بأن مبادئ الشريعة الاسلامية إذا احتيج الى اللجوء اليها تغني عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.))

- وجاء في كتاب "المدخل الفقهي العام" للشيخ مصطفى الزرقا، بشأن مصطلحي "الشريعة الإسلامية" و"الفقه الإسلامي" ما يلي:

(فالشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله والسنة النبوية، وهي أقوال الرسول وأفعاله التي هي شرح وتفصيل لما أجمله القرآن، وتطبيق عملي لأوامره ونواهيه وإباحاته ... أما الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة وما يستنبطونه من تلك النصوص، ويقررونه ويؤصلونه، وما يقعدونه من القواعد المستمدة من دلالات النصوص.)

- في ضوء ما تقدم، يتبين أن أحكام الفقه الإسلامي، كما بينها وحددها الفقهاء، هي مشتقة من مبادئ الشريعة الإسلامية وإن القرارات القضائية تستند غالباً إلى تلك الأحكام.

المطلب (الثالث): تفسير القانون المدني الأردني

الفرع (الأول): تفسير نصوص القانون وفق أحكام المادة (٣) من القانون المدني الأردني

- تنصّ المادة (٣) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

(يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

- وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني بشأن المادة (٣) ما يلي:

(رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الاسلامي واصوله خصوصا ان اصول الفقه الاسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه ائمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية، ويوجد كثير من الكتب الحديثة في هذا العلم للاساتذة شاكر الحنبلي والخضري وعبد الوهاب خلاف خصوصا ان حكومة الانتداب البريطاني، كان لها قانون، يسمى قانون تفسير القوانين يعتمد في نصوصه على قواعد اصول الفقه الاسلامي وقد صدر ذلك القانون قبل سنة ١٩٣٩م، ثم عدل تعديلات ابعدته عن ذلك المقصود وان المشروع بين المرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته على الاحكام فاحال على علم اصول الفقه اخذا بيد القضاة وجمعا لهم على مرجع واحد فيكون ذلك احرى بقدر الامكان بابعاد اسباب الخلاف فضلا عن التوجيه والارشاد . وقد سد المشروع بذلك نقصا موجودا في التقنينات العربية الحالية اذ لم يورد ايها نصا في ذلك تاركا الامر للسليقة او لما يرد في كتب اصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل بل تتلاشى امام مفخرة العقل الاسلامي وهو علم اصول الفقه بما تضمن من قواعد وضوابط.)

يعني ما تقدم أن أحكام الفقه الإسلامي هي الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق على المسائل المثارة أمام القاضي، وأما قواعد أصول الفقه الإسلامي فهي قواعد التفسير أو المنهجية التي يتم بموجبها تحديد الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق، وقد ذكر الدكتور عبد الوهاب خلاف بأنّ: "علم أصول الفقه في الاصطلاح الشرعي هو العلم بالقواعد والبحوث التي يتوصل بها إلى استفادة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية" و"علم الفقه في الاصطلاح الشرعي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية، أو هو مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية"[٢١]، كما ذكر الشيخ محمد الخضري بك أن "أصول الفقه هو القواعد التي يتوسل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة[٢٢].

الفرع (الثاني): دور المذكرات الايضاحية في تفسير نصوص القانون المدني الأردني

- عندما رُفع مشروع القانون المدني الأردني بصيغته النهائية أُرفقت معه "مذكرات إيضاحية" تشرح أحكامه وتبين مرجعها الفقهي والقانوني، وقد جاء في البيان الذي ألقاه رئيس اللجنة العامة لوضع وإعداد مشروع القانون المدني الأردني بتاريخ ١٩٧٦/١/٥ ما نصه:

((.. ويقع مشروع القانون في نحو ١٤٥٠ مادة، وتستند كل مادة من مواده إلى مآخذها ونظائرها في القوانين المعاصرة، ومرجعها الفقهي في مذكرات إيضاحية تقع في نحو ١٥٠٠ صفحة وهي شروح وافية لكل مادة وثروة قانونية لقضائنا ورجال القانون ... ونحن إذ نرفع المشروع إلى من عهد إلينا بوضعه وإعداده فإننا نثق بأنه قد يضاف إلى المكتبة القانونية مرجع قانوني هام مع مذكرات إيضاحية مسهبة تشير إلى المادة ومرجعها الفقهي ومأخذها القانوني ...))

- كما جاء في مقدمة المذكرات الايضاحية التي أعدّتها اللجنة العامة المكلفة بوضع وإعداد مشروع القانون المدني الأردني ما يلي:

[٢١] كتاب (علم أصول الفقه) للدكتور عبد الوهاب خلاف، صفحة(12) ،
[٢٢] كتاب (أصول الفقه) للشيخ محمد الخضري بك، الطبعة السادسة، ١٩٦٩، المكتبة التجارية الكبرى، صفحة.(14)

((... كما أسهب المشروع في أحكام نظرية العقد .... وأفرد لكل عقد من العقود المسماة أحكامه المتصلة به وراعى العقود التي لم تكن أمام نظر الفقهاء من قبل والتي وجدت بحكم تطور المعاملات كعقد المقاولة والعمل والتأمين ... واستنبط لها أحكاماً قياساً على نظائرها واستئناساً بما هو قريب إليها، كما هو مبين في المذكرة الإيضاحية ...)).

- كذلك بيّنت اللجنة العامة المكلفة بوضع وإعداد مشروع القانون المدني الأردني أن المذكرات الإيضاحية مقتبسة مما وضعه الخبراء الذين استعانت بهم اللجنة العامة لوضع وإعداد مشروع القانون المدني الأردني "وذلك كله مع التنقيح فيما أعده الخبراء، ومع إعادة الصياغة في بعض المواد وتعديل في أسبابها، أو إضافة مواد جديدة، مع بيان مصدر تلك المواد وأسبابها حسبما هو موضح في هذه المجموعة.

- وعليه، وكما يتضح من خلال النقاشات المعاصرة من قبل لجنة صياغة المشروع فإن المذكرات الإيضاحية ليست من قبيل الشروحات الفقهية المنفصلة عنه أو المعدّة لاحقاً لصدور القانون المدني الأردني، وإنما هي وثيقة رسمية أشرفت على إعدادها وصياغتها اللجنة العامة المكلفة بوضع وإعداد مشروع القانون المدني الأردني، وقد تم الإعلان عن المذكرات الإيضاحية في نفس الوقت مع مشروع القانون المدني الأردني باعتبارها شارحة ومؤصّلة لأحكام القانون ومتضمنة لمصادر أحكامه ونشرت في جزئين.

وقد قامت اللجنة العامة لإعداد مشروع القانون المدني الأردني بالتعريف بمصادر المذكرات الايضاحية على النحو التالي:

((تعريف بمصادر هذه المذكرات:

هذه المذكرات الايضاحية اقتبست مما وضعه الخبراء:

١- الدكتور محمد زكي عبد البر في الباب التمهيدي، بفصوله الاربعة والكتاب الأول، الحقوق الشخصية في البابين الأول والثاني.

٢- والاستاذ عبد القادر الاسود بالاشتراك مع لجنة الصياغة في الكتاب الثاني، العقود، في ابوابه، الأول، والثاني، والثالث، والرابع، والخامس، ما عدا الحوالة.

٣- والاستاذ مصطفى المنفلوطي، بالاضافة للحوالة في الكتاب الثالث في البابين الاول والثاني، والكتاب الرابع في أبوابه الاول والثاني والثالث مع الاستعانة بما أعدّه فضيلة الاستاذ الشيخ علي الخفيف في الأجل والشرط.

وذلك كله مع التنقيح فيما أعدّه الخبراء، ومع اعادة الصياغة في بعض المواد وتعديل في اسبابها، او اضافة مواد جديدة، مع بيان مصادر تلك المواد واسبابها حسبما هو موضح في هذه المجموعة.))

ويجدر التنويه إلى أن المذكرات الايضاحية تستخدم مصطلح (المشروع الأردني) ومصطلح (المشروع)، وإن كلاً منهما مختلف عن الآخر، حيث أن مصطلح (المشروع الأردني) يعني مشروع القانون الذي كان قيد المناقشة لدى مجلس الأمة خلال الأعوام ما بين (١٩٥٤-١٩٦٣)، وأما المشروع فهو مشروع القانون المدني الأردني الذي تمّ اقراره واصداره.

- كذلك أشارت محكمة التمييز الموقرة في كثير من قراراتها إلى المذكرات الإيضاحية، واعتمدت على الشروحات الواردة فيها للفصل في المسائل المعروضة عليها، ورجعت إلى المصادر التاريخية لنصوص مواد القانون المدني المشار إليها في المذكرات الايضاحية لتتبع تفسيرها من تلك المصادر. وفيما يلي عدد بسيط من الأمثلة على قرارات حديثة لمحكمة التمييز الموقرة أشارت فيها إلى المذكرات الإيضاحية:

- حكم تمييز حقوق رقم ٢٠٢١/٥٢٣٤ (هيئة عامة):

((... ومعنى أن التصرف موقوف أنه لا ينتج أثراً قبل الإجازة فإذا أجيز نفذ وإن لم يجز بطل (لطفاً أنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني – شرح المادة (١٧١) من القانون المدني ... وقد حددت المادة (١٧٤) من القانون المدني شروط صحة الإجازة .... (أنظر شرح المذكرة الإيضاحية للقانون المدني – شرح المادة (١٧٤) منها ....) ....))

- حكم تمييز حقوق رقم ٢٠١٩/٥٧٢٢:

((... وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني لهاتين المادتين رؤيا التفريق بين المال الذي يجب في الجناية وهو الدية أو الأرش وبين التعويض عن الضرر المعنوي ...))

- حكم تمييز حقوق رقم ٢٠١٢/٣١٨٤:

((... وفي ذلك نجد من رجوعنا إلى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني – الجزء الثاني: أن مصدر المادة (٨٣٤) من القانون المدني المتعلقة بشروط صحة الوكالة يعرف من الرجوع إلى المواد (١٤٥٧-١٤٥٩) من المجلة وشرحها لعلي حيدر ...))

ويجدر التنويه إلى أنه إذا لم يوجد نص في القانون المدني الأردني يصار إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني الأردني عملاً بنصّ المادة (٢/٢) من القانون المدني الأردني، وفي هذه الحالة يجوز الرجوع إلى المذكرات الإيضاحية الأكثر علاقة بالمسألة محل البحث لغايات تحديد أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة مع نصوص القانون المدني الأردني.

المطلب (الرابع): الصلّة الوثيقة بين أحكام القانون المدني الأردني وأحكام الفقه الإسلامي

رأينا في المطلب الاول من هذا المبحث بأنّ التوجيهات الرسمية للدولة كانت بإعداد قانون مدني منبثق عن الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، ولذلك لم يتم اتباع النهج الذي اتبعه المشرع المصري عند اعداد القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨، وإنّ العلاقة وثيقة بدرجة كبيرة فيما بين القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي وذلك خلافاً للقانون المدني المصري وقوانين مدنية عربية أخرى، علماً بأن القانون المدني الأردني قد اشتمل على مفاهيم قانونية مستقاة من القانون المدني المصري وغيره من القوانين المدنية العربية رغم أن تلك القوانين ليست مستمدة من الفقه الإسلامي، ويتضح ذلك في أحكام العقود المسماة الواردة في الكتاب (الثاني) من القانون المدني الأردني، ومع ذلك فإن النظريات العامة لمصادر الالتزامات في القانون المدني الأردني، كالعقد والفعل الضار، تقوم على أساس أحكام الفقه الإسلامي.

وسيتم بيان أهم مظاهر العلاقة الوثيقة فيما بين أحكام الفقه الاسلامي ونصوص القانون المدني الأردني على النحو الآتي:

الفرع (الأول): تبني نظرية العقد من أحكام الفقه الإسلامي

لمحة عن نظرية العقد

- باستعراض الأحكام العامة للعقود الواردة في الكتاب الأول من القانون المدني الأردني يتبين أنها مقتبسة من الفقه الإسلامي (وذلك خلافاً للقانون المدني المصري وقوانين مدنية عربية أخرى) وذلك ابتداءً من تعريف العقد الوارد في المادة (٨٧) منه، وقد تبنى القانون المدني الأردني موقف الفقه الإسلامي بشأن كفاية الرضا لإنشاء العقود وبأنّ العقد هو ثمرة التراضي المتبادل بين طرفيه حيث ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، لقد نصت المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني على أن ارتباط الإيجاب بالقبول كافٍ لإنشاء العقد وترتيب آثاره الملزمة، حيث تنص المادة المذكورة على ما يلي:

"العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

كما لم يتم اعتماد عيوب الرضا كما وردت في القانون المدني المصري، وبدلاً منها تم اعتماد أحكام الاكراه الواردة في الفقه الإسلامي، كما تم الاستناد إلى أحكام عديدة أخرى مستقاة من الفقه الإسلامي بشأن عيوب الرضا.

وحسب الفقرة (١) من المادة (١٥٨) "في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحلّ مالاً متقوماً"، وورد بشأن هذه الفقرة في المذكرات الإيضاحية أنه "لا يجوز التعامل في غير المال ولا في المال غير المتقوم".

كذلك لم يتم تقسيم مراتب العقود ضمن النظرية العامة للعقد إلى العقد الباطل والعقد القابل للابطال، وانما تم تقسيمها –حسبما اتبعته أحكام الفقه الإسلامي– إلى العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد غير اللازم.

النظام العام والآداب

إنّ النظام العام والآداب هو نوع من الشريطة السلبية لقيام العقد التي تستلزم ألا يخالف محل العقد وشروطه وسببه النظام العام أو الآداب، ومما يشكل قيداً يرد على الإرادة العقدية، وكمثال آخر على الاختلاف فيما بين القانونين المصري والأردني فقد اكتفى القانون المدني المصري بالإشارة في المادة (١٣٥) منه إلى أن مخالفة العقد للنظام العام أو الآداب تجعله عقداً باطلاً وبدون أن يضرب أي أمثلة على ما يعتبر من النظام العام، في حين أن القانون المدني الأردني قد توسع أكثر بهذا الشأن وضرب أمثلة على أحكام النظام العام في المادة ١٦٣(٣) منه التي نصت على أنه:

((يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية))

وتقابل المادة (١٦٣) من القانون المدني الأردني المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي، وقد نص القانون المدني الأردني على عدم جواز أن يتضمن العقد أحكاماً أو شروطاً مخالفة للنظام العام وإلا كان العقد باطلاً، حيث حظرت نصوص القانون المدني الأردني ابرام أي عقد مخالف للنظام العام أو الآداب واعتبرته باطلاً أو فاسداً، وهذا واضح من النصوص القانونية التالية على سبيل المثال:

المادة ٨٨(٤) بشأن محل العقد:

(يصح ان يرد العقد:

٤- على اي شيء آخر **ليس ممنوعا بنص في القانون او مخالفا للنظام العام او الآداب)**

المادة ١٦٣(٢) بشأن محل العقد أيضاً:

(فإن **منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب** كان العقد باطلاً)

المادة ١٦٤ بشأن الشرط التعاقدي:

((١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة.

٢-كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير **ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب** وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً))

المادة ١٦٥(٢) بشأن سبب العقد:

((يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً **ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب**))

- بذلك، فقد اتبع القانون المدني الأردني نهج الفقه الإسلامي بوضع ضوابط لتقييد الإرادة العقدية، وقد انعكست هذه الضوابط في القانون المدني الأردني من خلال توسيع نطاق النظام العام.

الفرع (الثاني): تبني نظرية الفعل الضار من أحكام الفقه الاسلامي

يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري وقوانين مدنية عربية أخرى بأن يتحقق ركن الخطأ باعتباره الركن الأول للمسؤولية التقصيرية، وأما في القانون المدني الأردني فتقوم النظرية العامة للفعل الضار بموجب المادة (٢٥٦) من القانون المدني على أساس التفريق ما بين الإضرار بالمباشرة (الذي لا يشترط الخطأ) أو الإضرار بالتسبب، "فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون

الفعل مفضيا إلى ضرر"[٢٣]، وأنه "إذا اجتمع المُباشر والمُتسبب يضاف الحكم إلى المُباشر"[٢٤]، وهذه كلها أحكام مستقاة من المجلة والفقه الإسلامي، ولم ترد بهذه الطريقة في القانون المدني المصري وقوانين مدنية عربية عديدة أخرى.

الفرع (الثالث): استمرار العمل بأحكام مجلة الأحكام العدلية في الأردن

- خلافاً للعديد من القوانين المدنية العربية الأخرى، ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني الكويتي والقانون المدني السوري، فإن القانون المدني الأردني لم يلغِ مجلة الأحكام العدلية وانما نصّ على استمرار سريان أحكامها بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون المدني، حيث نصت المادة ١٤٤٨(١) منه على ما يلي:

((يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام القانون من مجلة الاحكام العدلية.))

- وإنّ نهج المشرع الاردني بهذا الخصوص يختلف جذرياً عن نهج المشرع العراقي عند إصداره للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ وتنصّ الفقرتان (١) و(٢) من المادة ١٣٨١ منه على ما يلي:

((١-من وقت نفاذ هذا القانون، لا يعمل بالنصوص التي تشمل عليها مجلة الأحكام العدلية فيما عدا الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس عشر في القضاء إلا اذا....
٢- تلغى المواد (٦٤ المعدلة و ٨٠ و ٨١ و ٨٢ و ٨٣ و ٨٩ و ٩٠ و ٩٦ والمواد من ١٠٦ الى ١١٢) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية والمواد من (١٣ الى ٢٢) من قانون المحاكم الصلحية.))

[٢٣] المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني، الفقرة (٢)
[٢٤] المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني

- وبعد صـدور القانون المدني الأردني، اسـتمر القضـاء الأردني في الاسـتناد إلى أحكام المجلة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون المدني الأردني، ولهذه الغاية أشير إلى عدد بسـيط فقط من الأحكام التمييزية الحقوقية التي اعتمدت على أحكام المجلة في السـنوات الأخيرة، وهي: تمييز حقوق رقم (٢٠٢١/٢٤٤٣) ورقم (٢٠٢١/٤٤١٥) ورقم (٢٠٢١/٤٧٧٠) ورقم (٢٠٢١/٦٧٤٥) ورقم (٢٠٢٢/٧٤٩).

المطلب (الخامس): تطبيق القانون المدني الأردني خلال الأعوام (١٩٧٧-١٩٨٨) والاعوام التالية لها

- لم ينص القانون المدني على الغاء الأحكام الخاصة للقانون المدني الواردة في قانون أصول المحاكمات الحقوقية لعام ١٩٥٢ أو أي قانون آخر، بل نصت الفقرة (٢) من المادة ١٤٤٨ منه على ما يلي:

((عند تطبيق أحكام هذا القانون، تراعى أحكام القوانين الخاصة))

- وتبعاً لما تقدم، فقد بقيت أحكام المواد ١٧٤-١٧٩ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم ٤٢ لعام ١٩٥٢ (المتعلقة بالعقود وتقدير العطل والضـرر والشـرط الجزائي والفوائد على المبالغ النقدية) سـارية المفعول رغم صـدور القانون المدني وذلك إلى حين صـدور قانون أصـول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لعام ١٩٨٨ والذي نصّـت المادة ٢٢٤ منه على إلغاء قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٤٢) لعام ١٩٥٢، إلا أن قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لعام ١٩٨٨ لم يتضـمن أي أحكام موضـوعية متعلقة بقواعد القانون المدني سـوى المادة ١٦٧ منه حول الفائدة على المبالغ النقدية، وان سـبب ورود الحكم القانوني المتعلق بالفائدة على المبالغ النقدية في نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لعام ١٩٨٨ وليس ضمن نصوص القانون المدني هو أن الفائدة تتناقض

مع قواعد الفقه الإسلامي، وكان التوجه أن لا تتضمن نصوص القانون المدني أي نص قانوني متناقض مع قواعد الفقه الإسلامي.

ويستتبع صدور قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد لسنة ١٩٨٨ وعدم تضمينه لأحكام المواد (١٧٤-١٧٩) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغي (باستثناء ما يتعلق بالفائدة) عدة آثار قانونية مهمة، ومن ذلك ما يلي:

(أ) كانت الفقرة (٢) من المادة (١٧٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية تنص على أنه:

(كل شيء يُعدّ مالاً متقوماً يمكن أن يكون معقوداً عليه، وكل ما كان تداوله متعارفاً من الأعيان والمنافع والحقوق هو في حكم المال المتقوم)

وبناءً على هذا النص فقد كان من الجائز اعتبار الخمر مالاً متقوماً، في حين أن الفقرة (١) من المادة (١٥٨) من القانون المدني قد نصت على أنه:

(في التصرفات المالية، يشترط أنت يكون المحل مالاً متقوماً)

ويعني ذلك أنه قد سقطت عبارة (ما كان تداوله متعارفاً) من نطاق محل العقد (المعقود عليه).

(ب) كانت المادة (١٨٧) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغي تجيز للمحكمة تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلى المقدار الذي تعتبره كافياً بصورة معقولة للتعويض على الآخر إلا أنه إذا كان المتعهد إليه احدى الدوائر الحكومية، فلا يخضع العطل والضرر المذكورين في العقد للتخفيض، في حين أن الفقرة (٢) من المادة (٣٦٤) من القانون المدني قد أجازت للمحكمة بناءً على طلب أحد المتعاقدين تعديل الاتفاق ليكون التقدير مساوياً للضرر، وبدون استثناء الدوائر الحكومية من حكم تلك المادة.

المطلب (السادس): اعتماد القانون المدني الاردني في اعداد مشروع القانون العربي الموحد وفي قوانين بعض الدول العربية

الفرع (الأول): اعتماد القانون المدني الاردني منطلقاً للعمل في اعداد مشروع القانون المدني الموحد للدول العربية

في الثمانينات من القرن الماضي عمدت لجنة توحيد التشريعات العربية في الدائرة القانونية بجامعة الدول العربية إلى وضع مشروع لقانون مدني موحد لجميع البلاد العربية، وقد ورد في أول اجتماع لها في تونس حسبما جاء على الصفحة (٨) من كتاب "الفعل الضار" للشيخ مصطفى الزرقا ما يلي:

((اعتماد القانون المدني الأردني منطلقاً للعمل:

والمهم جداً في هذه المرحلة أن اللجنة العامة، في أول اجتماع لها بتونس، أول الثمانينيات، قررت بالإجماع أن تعود بالعمل من البداية، وأن تتخذ نصوص مواد القانون المدني الأردني منطلقاً لهذا العمل، فتناقش مواده مادة فمادة، لتقرّ كما هي، أو تعدّل أو تبدّل، أو يستغنى عنها، **وذلك لأن القانون الأردني هو أول قانون مدني وضع في البلاد العربية على أساس استمداده من الفقه الإسلامي وأصوله، وأرفق بمذكرة ايضاحية شاملة، وهذا هو الأساس نفسه الذي يراد إقامة المشروع الموحّد عليه.))**[٢٥]

ولذلك أبرزت لجنة توحيد التشريعات العربية في الدائرة القانونية بجامعة الدول العربية بوضوح أن أصول القانون المدني الأردني مستقاة من الفقه الإسلامي، وأبرزت أهمية المذكرات الإيضاحية المرفقة به وعلاقتها به خلافا للقوانين المدنية في عدة نظم قانونية عربية أخرى.

[٢٥]) الشيخ مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ١٩٨٨، ص. ٨.

الفرع (الثاني): اعتماد أحكام القانون المدني في قوانين بعض الدول العربية:

لقد تأثّرت القوانين المدنية في بعض الدول العربية بأحكام القانون المدني الأردني إما بإقتباسها نصوصاً منه وإما بتضمينها أحكاماً مشابهة لتلك الأحكام الواردة في القانون المدني الأردني، ويتضح ذلك مما يلي:

- **قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة:**

لما صدر قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن غالبية نصوص المواد الواردة فيها قد اقتبست نصوص المواد المقابلة لها في القانون المدني الأردني، كما أن المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي قد جاءَت مشابهة للمذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني.

- **قانون المعاملات المدنية في دولة السودان:**

لقد تضمنت النظرية العامة للعقد والنظرية العامة للفعل الصادر في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ أحكاماً مشابهة لأحكام القانون المدني الأردني، ومن ذلك أحكام العقد الموقوف واعتبار الضرر (بدلاً من الخطأ) الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية.

- **قانون المعاملات المدنية العماني لسنة ٢٠١٣:**

لقد تضمنت أيضاً النظرية العامة للعقد والنظرية العامة للفعل الضار في هذا القانون أحكاماً مشابهة لأحكام القانون المدني الأردني، ومن ذلك أحكام العقد الموقوف والعقد غير اللازم، واعتبار الضرر (بدلاً من الخطأ) الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية.

الخاتمة

يتضح من خلال هذا البحث أن القانون المدني الأردني قد اتخذ نهجاً مستقلاً ومختلفاً عن القانون المدني المصري، وأن بعض الدول العربية (مثل الإمارات العربية المتحدة والسودان وعُمان) قد اتبعت نهج القانون المدني الأردني أو استندت إليه في جزء من الأحكام الواردة فيها.

وفي الوقت نفسه، فقد ذكر المرحوم الشيخ مصطفى الزرقا أن القانون المدني الأردني:

((–ككل عمل رائد جديد– لا يخلو مما يمكن أن يؤخذ عليه وعلى مذكرته الإيضاحية (وهذا لا ينتقص من عظيم قيمته وأهميته)، مما يجعله في حاجة إلى إعادة نظر وتمحيص، ليصبح أكثر استقامة على الطريق الصحيح، خلواً من العيوب والنواقص بقدر الإمكان))[٢٦]

ولهذه الغاية، يمكن الاستفادة من أعمال اللجنة العامة لوضع المشروع العربي لقانون المعاملات المالية الموحد، "فالمشروع الموحد ومذكراته التأصيلية على الفقه الإسلامي يصبح كشرح موضِّح ومصحِّح للكثير من مواطن محتاجة إلى هذه الخدمة في القانون الأردني للوصول به إلى ما يمكن من الكمال المنشود فيه"[٢٧].

[٢٦] الشيخ مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ١٩٨٨، ص ٩.
[٢٧] المرجع السابق.