تقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦

الباحثة
بلقيس عبدالله سلمان
Wrdalraqy29@gmail.com
الأستاذ المساعد الدكتور
قاسم هيال رسن
جامعة الكوفة ـ كلية القانون
Kasimh.resan@uokufa. edu. iq

Evaluation of the draft civil law of the year 1986

Researcher
Balqis Abdulla Selman
Assist. Prof. Dr.
Qasim Hayal Resen
Kufa University - Faculty of Law

الملخص:-

يعد مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ أول محاولة لإلغاء القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، الامر الذي إقتضى البحث في تقييم هذا المشروع لدراسة جوانبه الإيجابية والسلبية من أجل معرفة صلاحية المشروع ليكون بديلاً للقانون المدني النافذ، فبحثنا في ايجابياته وسلبياته، وتوصلنا في نتيجة التقييم بأنه لا يصلح بديلاً عن القانون المدني النافذ، لكثرة سلبياته وخاصة لمخالفته الفقه الإسلامي في بعض نصوصه، واقتباسه من القانون المدني العراقي، حيث بلغت نسبة الاقتباس (٥٩،٩٥) من عدد مواده الكلي.

الكلمات المفتاحية: تقييم، مشروع، القانون المدني

Abstract:-

Many defects appeared in the Iraqi civil law No.40 of the year 1986, which necessitated the search for an alternative to this law. So chose the draft Civil Law of the year 1986, where, we studied the positive and negative aspects of the draft civil law, in order to know the validity of the draft to be an alternative or not.

Keywords: Evaluation، project, civil law.

المقدمة:ـ

إن مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، يعد أول محاولة لإلغاء القانون المدني،حيث تناولنا تقييم مشروع ١٩٨٦ لقلة البحوث التي تناولت مشاريع القوانين، والتي يمكن أن نستفيد منها لتطوير القوانين الحالية، ولأجل معرفة صلاحية المشروع، ليكون بديلاً للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، تطرقنا للجوانب الإيجابية للمشروع والجوانب السلبية، وإن البحث في تقيم مشروع القانون لسنة ١٩٨٦، يقتضي تقسيمه إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، ومن ثم نتناول نتيجة هذا التقييم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦:

لأجل معرفة صلاحية مشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦، ليكون بديلاً عن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، لا بد لنا من دراسة إيجابيات هذا المشروع في الفرع الأول، ثم نتناول سلبياته في الفرع الثاني، ثم نصل إلى نتيجة التقييم النهائي في الفرع الثالث، وكما يلي:-

الفرع الأول: إيجابيات مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦

يعد مشروع القانون المدني أول محاولة لإلغاء القانون المدني العراقي الحالي، وتميز على القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بعدة موارد، سنعرضها بحسب ترتيب المواد الموجودة في متن المشروع، ما أمكن ذلك، وكما يلي :-

أولاً: مراحل اعداد المشروع

من مميزات مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، الاهتمام البالغ من قبل القائمين على المشروع، متمثلاً بكفاءة اللجنة التي قامت بأعداده، وتوسيع نطاق مناقشة مشروعه الابتدائي، وهذا بخلاف القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ الذي كان يفتقر لمثل هذا التنظيم والاهتمام البالغ [١].

ثانياً: المذكرة المقارنة

تعدُ المذكرة المقارنة لسنة ١٩٨٥ من أهم ما يتميز به مشروع سنة ١٩٨٦، وذلك

للإستفادة منها في تأصيل مواد مشروع القانون المدني الجديد، من خلال مقابلتها بمواد القوانين المدنية الأخرى، وبيان وجيز لمضامين نصوص القانون الجديد وسبب الاخذ بها، فتتوسط المذكرة بين كونها مجرد جدول مقارن يقابل بين نص وآخر، وبين كونها مذكرة تفسيرية توضح المبادئ وتفسر الاحكام، وقد إعتمدت هذه المذكرة كأساس للمقابلة، القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري على اعتبار أن هذا القانون يمثل أغلب القوانين المدنية العربية الأخرى، وهو مصدر أساس للقانون المدني العراقي النافذ، بالإضافة للمقارنة مع القوانين المدنية العربية والأجنبية، فوضحت المذكرة الأساس الذي إعتمدت عليه، وذلك لتيسر على المتتبع الرجوع إلى أصول القانون المدني الجديد والتعرف على مضامين وتعليل الأحكام(٢).

بينما القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، على الرغم من وجود مذكرته الايضاحية لسنة ١٩٤٨ التي كانت مجرد تلخيص لمحتوى القانون المدني، إلا أنه كان يفتقر لوجود مذكرة مقارنة مثل مذكرة مشروع ١٩٨٦، والتي كانت بمستوى عالٍ من التنسيق والترتيب، حيث كانت تقارن مادة تلو اخرى مع القوانين المدنية المختلفة، وإرجاع كل مادة إلى أصلها، فتميز المشروع بهذه المذكرة المقارنة.

ثالثاً: تحديد أهلية الجنين

جعل مشروع ١٩٨٦ في المادة (٤٠) للجنين أهلية وجوب ناقصة، حيث جاء في هذه المادة: " للجنين أهلية وجوب ناقصة، فلا يثبت له الحق إلا في الإرث والوصية والهبة والوقف، بشرط ولادته حياً "، بينما لا نجد في القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ هذه الاهلية للجنين.

رابعاً: تغير تعريف المال

يعرف مشروع ١٩٨٦ المال بالمادة (١١٥) على إنه " الشيء الذي يدخل في التعامل قانوناً "،وادرج للمال فصل كامل في المواد (١١٥- ١٢٣)، بينما عرف القانون المدني العراقي المال في مادة واحدة وهي المادة (٦٥) والتي نصت على: " كل حق له قيمة مادية ".

فنجد أن تعريف المشروع ١٩٨٦ للمال أوضح من تعريف القانون المدني العراقي،

وأقرب إلى كنه وحقيقة المال.

وعلى أثر إعتبار الأشياء أموالاً، فمشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ لم ينظم الأشياء، على عكس المشرع في القانون المدني العراقي الذي أدرج تنظيم الأشياء في المواد (٦١- ٦٤).

خامساً: تقديم تنظيم الملكية على الالتزام

من خلال مقارنة تبويب القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ مع مشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦، نجد أن القانون المدني العراقي الحالي تناول الملكية في الكتاب الثالث من قسم الحقوق العينية، وقدم عليها تنظيم الالتزام ومصادره وأثاره في الكتاب الأول من قسم الحقوق الشخصية، بينما مشروع القانون المدني قدم الملكية على الالتزام، فقد تناولها في القسم الثاني في الباب الأول، وبين في هذا القسم الملكية ونطاقها وأنواعها وأشكالها وأسباب اكتسابها، وهذه تعتبر ميزة إيجابية لمشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦، لان الملك في القانون هو أساس لكل التصرفات، بمعنى أدق ان الشخص أولاً يجب أن يعرف ما تحت يده، لكي يتسنى له الحفاظ على هذا الملك، من خلال الالتزامات التي تأتي بعد الملكية .

سادساً: تنظيم الملكية الفكرية

أضاف مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ الملكية الفكرية في المادة (٢٥٨) حيث نصت على: " الملكية الفكرية حق يمنحه القانون للمؤلف والمخترع والمكتشف يخول صاحبه نسبة نتاج ذهنه له والانتفاع به ماليا ودفع أي اعتداء عنه، وذلك دون اخلال بحق المجتمع في الإفادة منه "، فخصص بابا كاملاً لهذه الحقوق وأعطاها من الحماية ما يتناسب مع دور نتاج الفكر وابداعاته في تطوير المجتمع وتقدمه وأولاها من التنظيم ما يتفق والمصلحة الاجتماعية، وحرص عند معالجته لحقوق المؤلف في المواد (٢٥٩- ٢٨٥)، أن يكون حق للدولة في نشر المصنف الذي لا يقوم مؤلفه أو خلفه بنشره، وخصص مقابل ذلك تعويضاً عادلاً، وأيضاً عالج حقوق المخترعين في المواد (٢٨٦- ٢٩٦)، وحقوق المكتشفين بما يضمن تعويضهم ومكافأتهم عن جهودهم مادياً ومعنوياً في المواد (٢٩٧ - ٣٠٠). فتميز المشروع بهذا التنظيم والترتيب للملكية الفكرية، حيث افتقد ذلك القانون المدني العراقي النافذ.

سابعاً: جعل التشريع أول مصادر الالتزام

إن القانون المدني العراقي جعل العقد أول مصدر من مصادر الالتزام، بينما بالمقابل جعل مشروع القانون المدني ١٩٨٦ التشريع أول مصدر للالتزام وعرفه بالمادة (٣٠٢) بأنه: " مجموعة قواعد قانونية صادرة عن هيئة مختصة، تنظم العلاقات بين الأشخاص " وهذه أيضاً من إيجابيات المشروع، لان التشريع هو الأساس في مصادر الالتزام.

ثامناً: إلغاء مصطلح الحقوق العينية الاصلية والتبعية

ألغى مشروع القانون المدني مصطلح الحقوق العينية الاصلية والتبعية، وهذه المصطلحات غربية كما يذكر الدكتور السنهوري، حيث بين أن الفقه الإسلامي لا يستخدم هذه المصطلحات، فالحقوق العينية في الفقه الإسلامي يعبرون عنها بلفظ الحق وهذا اللفظ يشمل جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العبد [٣]، فمشروع القانون المدني بإلغائه هذه المصطلحات يكون قد اقترب من الفقه الإسلامي.

ونظم مشروع ١٩٨٦ الرهن مع الكفالة وجعلها من عقود الضمان، واكتفى بتعريف الرهن وانشائه وخصائصه، فقد جعل الرهن عقد يخصص به الراهن مالاً ضماناً للوفاء بحق الدائن المرتهن، أي جعل الرهن كوسيلة لضمان دين الدائن المرتهن، كما إنه لم يقسم الرهن إلى تأميني وحيازي.

ولم ينظم حقوق الامتياز كحقوق عينية تبعية، بل جعل الامتياز أيضاً كضمانة من ضمانات التنفيذ العيني، مع الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات والدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس وغيرها من ضمانات التنفيذ.

تاسعاً: معالجة عيوب القانون المدني النافذ

تم تشخيص العديد من العيوب الموضوعية والشكلية، التي كانت ولا زالت في متن القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١، فتجاوز مشروع ١٩٨٦ بعض هذه العيوب، وكما يلي:-

تاسعاً / ١- الزرع التشريعي

عالج مشروع ١٩٨٦ موارد الزرع التشريعي، ومن ذلك

أ- حذف نظام المؤسسات لم ينظم مشروع القانون ١٩٨٦ المؤسسات كما فعل القانون المدني العراقي النافذ، فقد حدد مشروع القانون المدني في المادة (٧٩) الأشخاص المعنوية، وهي

" اولاً – الدولة.

ثانياً – هيئات الدولة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة، كالوزارات والمحافظات وأمانة العاصمة والبلديات.

ثالثا – الأوقاف.

رابعاً – كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون الشخصية المعنوية، كمؤسسات القطاع الاشتراكي والنقابات والتعاونيات والاتحادات والجامعات والشركات والجمعيات ".

والمشروع بهذا التحديد للأشخاص المعنوية ناصر الفقه الإسلامي حيث ألغى المواد التي كانت تعتبر المؤسسة شخص معنوي، وأرجع العمل بنظام الأوقاف الذي كان سائدا، فالمؤسسة التي جاء بها القانون المدني العراقي نظام غربي أُستورد من قبل الدكتور أحمد السنهوري، فجعله بديلاً عن نظام الوقف الإسلامي(٤)، حيث قال الدكتور السنهوري " لكن نظام الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات... أن الوقف يخضع لنظام لا مرونة فيه، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجئ ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما أنطوى عليه من مرونة "(٥)، بل جاء في لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي: " المؤسسات نظام جديد أُدخل في المشروع وهو يغني عن الوقف في كثير من الأحوال ويفضله في خدمة الأغراض التي أُنشئ لتحقيقها "

تاسعا / ٢- التعارض التشريعي

تجاوز مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ الملاحظة التي سجلت على تأخير الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني في حالة عدم وجود نص تشريعي، حيث نص في المادة (٣) على: " إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه اجتهد رأيه مستهدياً بمبادئ الشريعة الإسلامية والمبادئ العامة للقانون "، فلم يقدم العرف على الشريعة الإسلامية.

تاسعاً / ٣- القصور التشريعي

عالج مشروع ١٩٨٦ موارد من القصور التشريعي في القانون المدني النافذ، ومنها:-

أ- توسيع نطاق الإكراه

حيث أضاف مشروع ١٩٨٦، التهديد الواقع على عزيز، فقد نصت المادة (٣٤٥) نص على:

أولاً - الإكراه ضغط غير مشروع يبعث في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد.

ثانياً - الرهبة هي أن تصور ظروف الحال للطرف الذي يدعيها ان خطرا يهدده في شخصه أو في ماله أو يهدد شخصاً عزيزا عليه "، فقد المشروع اذا هدد الشخص بعزيز عليه تعبر رهبة تدفع الشخص للتعاقد وتجاوز حالة القصور التي كانت في القانون المدني العراقي.

ب- بيان حكم تعاقد الوكيل مع نفسه

أورد مشروع ١٩٨٦ حكماً للنائب، عندما يتعاقد مع نفسه فقد نصت المادة (٣٣٥) على: "

أولاً - ليس للنائب دون أذن خاص أو نص في القانون أن يتعاقد مع نفسه ولحسابه باسم من ينوب عنه. ومع هذا يعتبر العقد الذي أبرمه النائب مع نفسه صحيحاً إذا أجازه من له الحق في اجازته "، فسمح له بأن يتعاقد مع نفسه ولحسابه باسم من ينوب عنه، ويعتبر العقد صحيحاً أذا أجاز له من له حق الاجازة.

تاسعاً / ٤- التضخم التشريعي

عالج مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ بعض مواد التضخم التشريعي، الذي كان يعاني منه القانون المدني العراقي النافذ، مثلاً في تنظيم المسؤولية عن الحيوان، نظمه المشروع في مادة واحدة، وهي المادة (٤١٣) والتي نصت على: " حائز الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير، ولو كان الحيوان قد ضل أو تسرب "، فحذف بذلك (٦) مواد في القانون المدني العراقي، وهي المواد (٢٢١- ٢٢٦).

تاسعاً / ٥- الحذف التشريعي

حذف مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ بعض المواضيع التي كانت في متن القانون

المدني العراقي، والتي تم تنظيمها بقوانين خاصة، وبذلك تم تفادي الخلل في ترتيب المواد، فحذف قانون العمل وقانون الاثبات وقانون الشركات.

بالإضافة إلى إن مشروع القانون المدني لم يتطرق إلى الغرامة التهديدية وقد أحسن فعلاً، لانهال اتنفذ واقعاً، وقد يعلم المدين بذلك، فتكون بدون فائدة تذكر.

ولم ينضم كذلك عقد التأمين، وذلك لكونه أقرب إلى العقد التجاري، وعقد المرتب مدى الحياة وأكتفى بالدخل الدائم، لتشابه العقدين، ولم ينظم كذلك عقود المقامرة والرهان، ربما لمخالفتها الفقه الإسلامي.

عاشراً: تقليل العدد الكلي للمواد القانونية

أن من العيوب التي وجهت للقانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ كثرة نصوصه البالغ عددها (١٣٨٣) مادة، وهو عدد كبير نسبياً، بينما عدد مواد مشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦ (٩٧٦) مادة، فالمتتبع لنصوص مشروع القانون المدني، يجد أن المشروع تناول تقريبا ذات المواضيع التي تناولها القانون المدني لعام ١٩٥١، ورغم المواضيع الجديدة التي جاء بها مثل عقد الفندقة وعقد التوريد وغيرها، إلا أننا نجد أن عدد مواده أقل من عدد مواد القانون المدني العراقي النافذ .

الفرع الثاني: سلبيات مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

على الرغم من إيجابيات مشروع ١٩٨٦، إلا أن كل شيء من وضع الانسان له جانب إيجابي وسلبي، فلذا مشروع القانون المدني العراقي له عدة جوانب سلبية، ومنها :-

أولاً: عدم وجود عناوين ثانوية

عندما قارنا مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦مع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١، وجدنا أن ترتيب مواضيع مشروع ١٩٨٦، يفتقر للعناوين الثانوية، ومن نماذج ذلك:-

١- المبادئ الأساسية

نظم مشروع ١٩٨٦ المبادئ الأساسية في القسم الأول في ثلاثة أبواب: تناول في الباب الأول تطبيق القانون حيث استعرض سريان وتفسير ومصادر وتنازع القوانين، ولم يفصل هذه المواضيع بعناوين ثانوية في المواد (١- ٣٧)، بحيث تُبين لنا أي المواد تناولت تفسير

القانون، وأي مواد تناولت سريانه ومصادره، وتناول في الباب الثاني أشخاص القانون في المواد (٣٨ - ٨٦)، وبَين أحكام الاهلية والاسم والجنسية واحكام المفقود، ولم يضع لكل هذه المواضيع عناوين ثانوية، فدمج كل هذه الاحكام في (٤٩) مادة، ونظم في الباب الثالث موضوع القانون من الحق والواجب والمال في المواد (٨٧- ١٢٣)، ولم يفرد عناوين ثانوية لمفاصله أيضاً.

٢- العقد

نظم مشروع ١٩٨٦ العقد في المواد (٣٠٦- ٤٠٢) في القسم الثالث ضمن مصادر الالتزام، فتناول أركان العقد ووجود الايجاب والقبول وتناول النيابة وصحة التراضي وبطلان وانتقاص العقد وفسخه، وهذا كله ضمن عنوان العقد (٩٧) مادة.

٣- ضمانات التنفيذ

في المواد (٤٨٦- ٥٤٥) تناول مشروع ١٩٨٦ ضمانات التنفيذ، واستعرض الدعوى غير مباشرة وعدم نفاذ التصرف والدعوى الصورية والعربون وحبس المال والرهن والكفالة والامتياز وحجز أموال المدين، فدمجها في فصل وضمن مواد متسلسلة من دون أن يضع ولو عنوان ثانوي واحد يميز بين تلك العناوين المتباينة .

٤- عقد البيع

في المواد (٦٢٨- ٦٧٦) تناول مشروع ١٩٨٦ عقد البيع، فنجد أن كل ما يتعلق بعقد البيع مندمجة مع بعضها، فالتعريف مع الاركان مع الالتزامات، جميعها في مواد متسلسلة، من دون ادنى عنوان ثانوي.

ثانياً: المبالغة في إيراد التعاريف

ومن الملاحظات التي سُجلت على مشروع القانون المدني، إنه غالى كثيراً في إيراد التعاريف، حين يقتضي حسن صياغة التشريع الابتعاد عن التعاريف، قدر الإمكان، لأن التعريف لا يمكن أن يكون جامعاً مانعاً، ثم إنه من عمل الفقهاء والشراح وليس من عمل المشرع [٦]، ويذكر احد الفقهاء ايضاً إن القانون لا يعرض إلى تعريف شيء في فصوله إلا إذا رأى تعريفه ضرورياً [٧].

ونرى أن هذا الانتقاد في محله، ونذكر بعض النماذج لاثبات ذلك، وكما يلي:-

١- في القسم الأول الذي تناول المبادئ الأساسية، نصت المادة (٢/٣٩)على: " أهلية الوجوب هي قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات "، ونصت المادة (٧٨) على: " الشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال ينشأ بمقتضى القانون لتحقيق غرض معين".

٢- اما في القسم الثاني من المشروع والذي تناول فيه الملكية، فنص في المادة (١٤٩) على: " الملكية المختلطة هي الملكية التي تشترك في تكوينها كل من ملكية الدولة والملكية الخاصة "، وجاء في المادة (٢٣١) " حق الانتفاع هو حق تملك منفعة مال مملوك للغير بحيث يجوز للمنتفع استعمال ذلك المال وأستغلاله ".

٣-وفي القسم الثالث تناول الالتزامات، فنص في المادة (٣٠٢) على: " التشريع مجموعة قواعد قانونية صادرة من هيئة مختصة، تنظم العلاقات بين الأشخاص "، وبعدها تناول في المادة (٣٠٥) تعريف التصرف القانوني فنص على: " التصرف القانوني أتجاه الإرادة لإحداث أثر يعتد به القانون ".

٤- وفي القسم الرابع تناول العقود المسماة، فنصت المادة (٦٢٨) على: " البيع عقد ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري لقاء مبلغ من النقود "، وبعدها تناول عقد المقايضة فعرفه في المادة (٦٧٧) فنص على " المقايضة عقد به تنتقل على سبيل التبادل من كل متعاقد إلى آخر ملكية مال ليس من النقود "، وأستمر على هذا المنوال إلى نهاية المشروع فكل عقد يتناوله يبدأ بتعريفه.

ثالثاً: الابتعاد عن الفقه الإسلامي

ذكر أحد فقهاء القانون المدني ومن المشاركين في ندوات مناقشة مشروع ١٩٨٦، ان المشروع هو مزيج من القانون المدني العراقي والمصري والالتزامات السويسري، ولم يأخذ من الفقه الإسلامي ولم يكن هنالك تأصيل لأحكام الفقه الإسلامي[٨].

وسجل الدكتور عبد المجيد الحكيم ملاحظاته[٩]، على مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، حيث تمت دعوته لمناقشة المشروع بكتاب رسمي صادر من قسم البحوث وإصلاح

التشريع في دائرة إصلاح النظام القانوني[١٠]. ومعظم هذه الملاحظات، تناولت نقد مشروع ١٩٨٦، لإبتعاده عن الفقه الإسلامي، ومن نماذج ذلك، ما يلي:-

ذكر الدكتور عبد المجيد الحكيم في الملاحظة رقم (٣): " والذي لاحظناه على القانون أن واضعيه لم يكن لديهم الإلمام الكافي بالفقه الإسلامي لذلك جاءت فيه مصطلحات الفقه الغربي (وخاصة الفرنسي) إلى جانب نصوص مأخوذة من الفقه الإسلامي.وقد أدى ذلك إلى أن لا يكون مشروع القانون إسلامياً ولا غربياً. وقد كان من اللازم ان يعهد بهذا الأمر إلى فريقين: فريق له إلمام تام بالفقه الإسلامي بكل مذاهبه، وفريق له إلمام تام بالفقه الغربي في اهم نظمه القانونية، فتؤخذ الاحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة بدون التقيد بمذهب معين، ويؤخذ التبويب عن الفقه الغربي "[١١].

وأشار في الملاحظة رقم (٤) إلى: " وأول ما نلاحظه بعد هذه الملاحظات العامة، أن القسم الأول من القانون والذي عنوانه: مبادئ أساسية، لم ينص على قواعد كلية تهدي القاضي وتأخذ بيده في التعرف على اهداف المشروع والغرض الاجتماعي الذي قصد إليه. ونذكر فيما يلي بعض هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر:-

١. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.
٢. ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
٣. إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع.
٤ . إذا زال المانع عاد الممنوع.
٥ . إعمال الكلام أولى من إهماله، ولكن أذا تعذر إعمال الكلام فيهمل.
٦ . الأصل براءة الذمة.
٧. اليقين لا يزول بالشك.
٨. ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.
٩. لا ضرر ولا ضرار.
١٠. يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام.
١١. العادة محكمة.

١٢. لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان.

هذه القواعد وغيرها الكثير، إنما هي من جوامع الكلم، وهي درر يحق لنا أن نفتخر بها لأنها تعبر تعبيراً دقيقاً عن معان يقول بها القانون الحديث، وهي من صنع فقهائنا ومن تراثنا وبلغتنا"(١٢).

وأشار الدكتور عبد المجيد الحكيم في ملاحظاته، أن مشروع القانون المدني مخالف أيضاً للفقه الإسلامي من ناحية الصياغة، فجاء بصياغة مختلفة، وأعرض عن لغة الفقه الإسلامي، فذكر في الملاحظة رقم (٢): " أن مصطلح (قانون مدني) صار محل تساؤل في الوقت الحاضر في دلالته على المعنى. فتعبير مدني يفيد أنه خاص بالمدينة، ومعنى ذلك، وبمفهوم المخالفة، أنه لا ينطبق على أهل الريف، لأنهم ليسوا من أهل المدينة... ولكن بعض الشراح المحدثين صاروا يشكون في صدق التسمية وإنطباقها على مضمون المسمى، وهم على حق في ذلك. لذلك فمن الدقة العلمية، ومن حيث الواقع، أن يسمى القانون (قانون المعاملات المالية)"(١٣).

وأكمل الدكتور ملاحظاته، فذكر بالملاحظة رقم (٧): " عنوان القسم الأول من القانون ب " مبادئ أساسية " في حين نصت المادة الثالثة منه على " المبادئ العامة " وكان الأولى هو أن توحد المصطلحات، وكان الأولى أن يقال (قواعد فقهية) - ووضع الدكتور عبد المجيد الحكيم إشارة ثم في ظهر الورقة أضاف: لأن هذا المصطلح بالإضافة إلى كونه أدق في المعنى وأوجز في التعبير، هو تعبير فقهي إسلامي وتوجد فيه مؤلفات فقهية كثيرة"(١٤).

وأيضا في الملاحظة رقم (٨) أشار إلى أعراض المشروع عن لغة الفقه الإسلامي فذكر: " يلاحظ على القانون بصورة عامة، الإعراض عن الفقه الإسلامي. من ذلك ما نصت عليه المادة (٣٧٠) من أنه (يفترض أن الباعث الدافع إلى التعاقد مشروع) وخير من ذلك ما يعبر عنه الفقهاء المسلمون بقولهم (الأصل) بدلاً من (يفترض أن...). ذلك أننا عندما نقول (الأصل) في الفقه الإسلامي فإنما نعني به قاعدة كلية، أي مبدأً عاماً ينطبق على جزئيات لا حصر لها. فقولنا مثلاً (الأصل براءة الذمة) معناة أن كل أنسان يعتبر غير مشغول الذمة حتى يثبت إنشغال ذمته. وهو خير من قولنا (يفترض أن كل إنسان بريء الذمة) وهو أيضاً يعفي من عبء الإثبات . ومن مظاهر الإعراض عن لغة الفقه الإسلامي ما نصت عليه

المادة (٣٢٨) من أنه (لا يعتبر السكوت المجرد قبولاً)، في حين أن القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي تقول (لا ينسب إلى ساكت قول). وتعبير هذه خير من النص الوارد في القانون. ومن مظاهر الإعراض عن لغة الفقه الإسلامي ما نصت عليه المادة (١٢٧) من أنه (في ممارسة حق الملكية تغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما). وخير من ذلك القاعدة الكلية (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)، والقاعدة الكلية (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بإرتكاب أخفهما) - ووضع الدكتور عبد المجيد الحكيم إشارة، وفي ظهر الورقة، أضاف: ومن مظاهر الإبتعاد عن الفقه الإسلامي أيضاً ما نصت عليه المادة (١١٨) من أن (الأموال المعينة بالذات هي التي تعين بذكر الأوصاف المميزة لها...) والفقهاء المسلمون يستعملون بدلا من كل ذلك، لفظاً واحدا وهو: العين، وجمعها أعيان، ويميزون في هذه المناسبة بين العين والدين. فالعين هي الشيء المعين بالذات، وهي التي تتعين بالتعيين ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، والدين هو وصف في الذمة. والأشياء التي هي من قبيل الدين لا تتعين بالتعيين ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء "[١٥].

نجد من كل ما تقدم، ان الدكتور عبد المجيد الحكيم وهو علم من أعلام القانون المدني، يعتز بالفقه الإسلامي ويدافع عنه بشده، ويفتخر بما للفقه الإسلامي من لغة عريقة وسهلة الفهم، ونؤيد ملاحظاته السديدة، ومن مواد مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ المخالفة للفقه الإسلامي، المادة (٤٤١) التي تنص على: " أذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وتأخر المدين عن الوفاء به، جاز للدائن أن يطالب على سبيل التعويض عن التأخير بفائدة سنوية قدرها خمسة بالمائة. ولا تسري الفائدة إلا من تاريخ صدور الحكم، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك "، حيث إجازت الربا، وكذلك المادة (٤٤٢).

رابعاً: الاقتباس من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١

من الانتقادات الموجهة للمشروع، أن الأسباب الموجبة للمشروع لم تبين المصادر التي استقى منها المشروع مواده، وبالرجوع إلى المذكرة المقارنة وجد أن مواد المشروع مستمدة من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١، ومن مجلة الاحكام العدلية، ومن القانون المدني المصري المقتبس من القانون المدني الفرنسي [١٦].

فعند مراجعة ودراسة مواد المذكرة المقارنة لمشروع القانون المدني لعام ١٩٨٥، مع

مراعاة التقديم والتأخير بين النصوص، ومقارنتها مع مواد مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، ومن ثم مقارنتها مع مواد القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١، وجدنا نسبة الاقتباس عالية جداً، وقد يكون الاقتباس على نحو التطابق الكلي أو التطابق الجزئي، ومن نماذج ذلك، ما يلي:-

١- المبادئ الأساسية

المادة الأولى من مواد المشروع وهي خاصة بسريان النصوص التشريعية حيث جاء فيها "تسري النصوص التشريعية، بلفظها أو بفحواها على جميع العلاقات التي تتناولها "، وهذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني العراقي حيث نصت " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها"[١٧].

وتنص المادة (٥) من المشروع على: " يسري القانون من تاريخ نفاذه. ولا يسري على الوقائع السابقة على نفاذه إلا أذا ورد فيه نص يقضي بسريانه عليها، أو تعلق بتفسير قانون سابق " وتقابل هذه المادة، المادة (١٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على " لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً، فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا أذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب"[١٨].

٢- الملكية

ننتقل إلى مواد الملكية التي أخذت القسم الثاني من مشروع القانون المدني، فنجد من خلال دراسة المذكرة المقارنة أن أغلبها مقتبسة من القانون المدني العراقي، فمثلاً عرف مشروع ١٩٨٦ الملكية الشائعة في المادة (١٥٣) والتي تنص على: " أذا ملك شخصان أو أكثر مالاً لم تفرز حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، ويفترض في حصصهم التساوي ما لم يقم الدليل على غير ذلك "، فهي ذاتها المادة (١/١٠٦١) من مواد القانون المدني، والتي تنص على: " إذا ملك أثنان أو أكثر شيئاً، فهم شركاء فيه على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية، إذا لم يقم الدليل على غير ذلك ".

والمادة (١٥٤) الخاصة بالحصة الشائعة والتي تنص عل " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، فله أن يستغلها أو أن يستعملها بحيث لا يضر بشركائه، وله حق التصرف

فيها ولو بغير أذنهم " من المشروع مقتبسة من المادة (٢/١٠٦١) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على: " وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه، والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم "[١٩].

٣- الالتزامات

أما القسم الثالث من مشروع القانون المدني والذي يشمل الالتزامات، فوجدنا من خلال المذكرة المقارنة أن أغلب المواد هي تكرار لمواد القانون المدني العراقي، فالمادة (٣٠٣) من المشروع والتي تنص على: " يجوز ان ينشأ الالتزام مباشرة من نصوص هذا القانون، أو من خطة التنمية أو من أي تشريع آخر، وتسري عليه النصوص التي أنشأته "، والتي أقتبست من المادة (٢٤٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: " الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها " .

وأيضاً المواد التي تنظم سقوط حق الدين في الاجل، فالمادة (٥٦٠) والتي تنص على:

" أولاً- إذا أصدر الحكم بأعساره.

ثانياً - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من ضمانات.

ثالثاً - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من ضمان، ولوكان هذا الضمان قد أعطي بمقتضى القانون أو بعقد لاحق هذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة الضمان. أما أذا كان أضعاف الضمان يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فأن الأجل لا يسقط أذا قدم المدين للدائن ما يكمل الضمان "، فهذه المادة مقتبسة من المادة (٢٩٥/) من مواد القانون المدني العراقي، والتي تناولت سقوط حق المدين في الأجل فنصت على:

" أ- إذا حكم بإفلاسه.

ب - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا مالم يختر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما أذا كان أضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه

فإن الاجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين.

ج - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات " [٢٠].

٤- العقود المسماة

أما في القسم الرابع تناول مشروع ١٩٨٦ العقود المسماة، ففي عقد البيع، نصت المادة (٦٣٩) على: " أذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، جاز الاتفاق على ان لا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بالثمن كله ولو تم تسليم المبيع "، وهذه المادة مقتبسة من المادة (١/٥٣٤) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على: " إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع" [٢١].

وفي عقد الإيجار، نصت المادة (٧٧٣) الخاصة بانقضاء عقد الإيجار على: " ينتهي عقد الإيجار بإنقضاء المدة المحددة له في العقد دون حاجة إلى تنبيه "، وهذا النص مقتبس من المادة (١/٧٧٩) من مواد القانون المدني العراقي، والتي تنص على: " ١- ينتهي عقد الايجار بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالاخلاء..." [٢٢].

ولتوضيح نسبة الاقتباس من القانون المدني العراقي النافذ، قمنا بأعداد إحصائية شاملة لجميع اقسام المشروع الأربعة، وكما مبينة في الجدول الآتي:

القسم	عدد المواد الكلي	عدد المواد المقتبسة من القانون المدني العراقي	النسبة المئوية للاقتباس
المبادئ الأساسية	١٢٣	٨٢	٦٦،٦٧
الملكية	١٧٧	٨٥	%٤٨،٠٢
الالتزامات	٣٢٧	٢٠٣	%٦٢،٠٨
العقود المسماة	٣٤٩	٢٢٠	%٦٣،٠٤
المجموع	٩٧٦	٥٩٠	%٥٩،٩٥

جدول يبين إحصائية: عدد مواد مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ المقتبسة من القانون المدني العراقي لسنة ١٩٥١ طبقاً للمذكرة المقارنة لمشروع ١٩٨٥.

ومن هذه الدراسة الإحصائية، تبين لنا أن مشروع ١٩٨٦، اقتبس مواده بنسبة(٥٩،٩٥٪)، من عدد مواده الكلي، وهي نسبة كبيرة جداً.

المطلب الثاني: نتيجة تقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

تم وصف مشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦ بالنجم الساطع في سماء الفكر القانوني، من قبل واضعيه حيث ذكروا بأنه: " وحدة متكاملة في الفكر والبناء، روعيت فيه الإعتبارات العملية وتمشى نصوصه مع المرحلة التي عالجها، بمنظور مستقبلي يؤهله لأن يكون صالحاً للتطبيق مع ما يطرأ على المجتمع من تطور على الزمن البعيد. وسيبقى مشروع القانون النجم الساطع في سماء الفكر القانوني، حيث تتألق معه العقول الاصيلة في العراق، وتستنير به للعقول المبدعة في الوطن العربي" [٢٣] .

مما دفعنا لدراسة هذا المشروع، على أمل أن يكون بديلاً عن القانون المدني العراقي النافذ، فتناولنا أسس ومراحل وأقسام وإيجابيات المشروع، فكان يعد خطوة من الخطوات المهمة لإصلاح النظام القانوني، وكان عمل لجان المشروع عمل نظامي منسق، وفق مراحل ودراسات عدة، وخاصة مناقشاته التي حضرها أساتذة القانون، والقضاة وممثلي الوزارات، وعلى الرغم من الإيجابيات التي تمتع بها، إلا أنه كأي مشروع قانون من وضع البشر فيه جوانب سلبية، من عدم وجود عناوين ثانوية يستهل بها المواضيع في الابواب والفصول، ومبالغته في أيراد التعاريف، وابتعاده عن الفقه الإسلامي، وإقتباسه من القانون المدني النافذ بنسبة (٥٩،٩٥٪)، ومع هذه النسبة الكبيرة من الاقتباس، لا نجد جدوى من اعتماد مشروع ١٩٨٦ كبديل عن القانون المدني النافذ، لأنه مقتبس منه.

ويمكننا القول أن هذا المشروع ليس بالمستوى الذي يحقق الطموح المترقب لكي يكون بديلاً عن القانون المدني العراقي، فنحن بحاجة لقانون مدني عراقي جديد، يربط حاضرنا بماضينا لكي ينير لنا طريق المستقبل، ولا يُكرر الأخطاء ذاتها، ولكوننا مسلمين، ونعيش في بلد إسلامي منذ قرون متمادية، لذا سنستلهم اصالتنا القانونية المغيبة المتمثلة في الفقه الإسلامي، فنحاول تقنينه في مشروع القانون المدني العراقي الجديد، وهذا ما سوف نعرضه في المبحث الثاني.

الخاتمة:ـ

بحثنا في تقييم مشروع القانون المدني ١٩٨٦، وتم التوصل إلى النتائج والتوصيات، وكما يلي :-

أولاً: النتائج

١- كان مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ عدة إيجابيات، ولعل ابرزها، معالجة بعض عيوب القانون المدني العراقي ومنها عيب التضخم التشريعي وعيب التعارض التشريعي، وتقليل العدد الكلي للمواد القانونية مقارنة بعدد مواد القانون المدني النافذ.

٢- في الوقت ذاته، لم يخل المشروع من السلبيات العديدة، وخاصة ابتعاده عن الفقه الإسلامي، واقتباسه من القانون المدني النافذ، حيث بلغت نسبة اقتباسه (٥٩،٩٥) من عدد مواده الكلي.

٣- نتيجة لرجحان كفة السلبيات، توصلنا إلى عدم كفاءة مشروع ١٩٨٦ ليكون بديلاً عن القانون المدني الحالي.

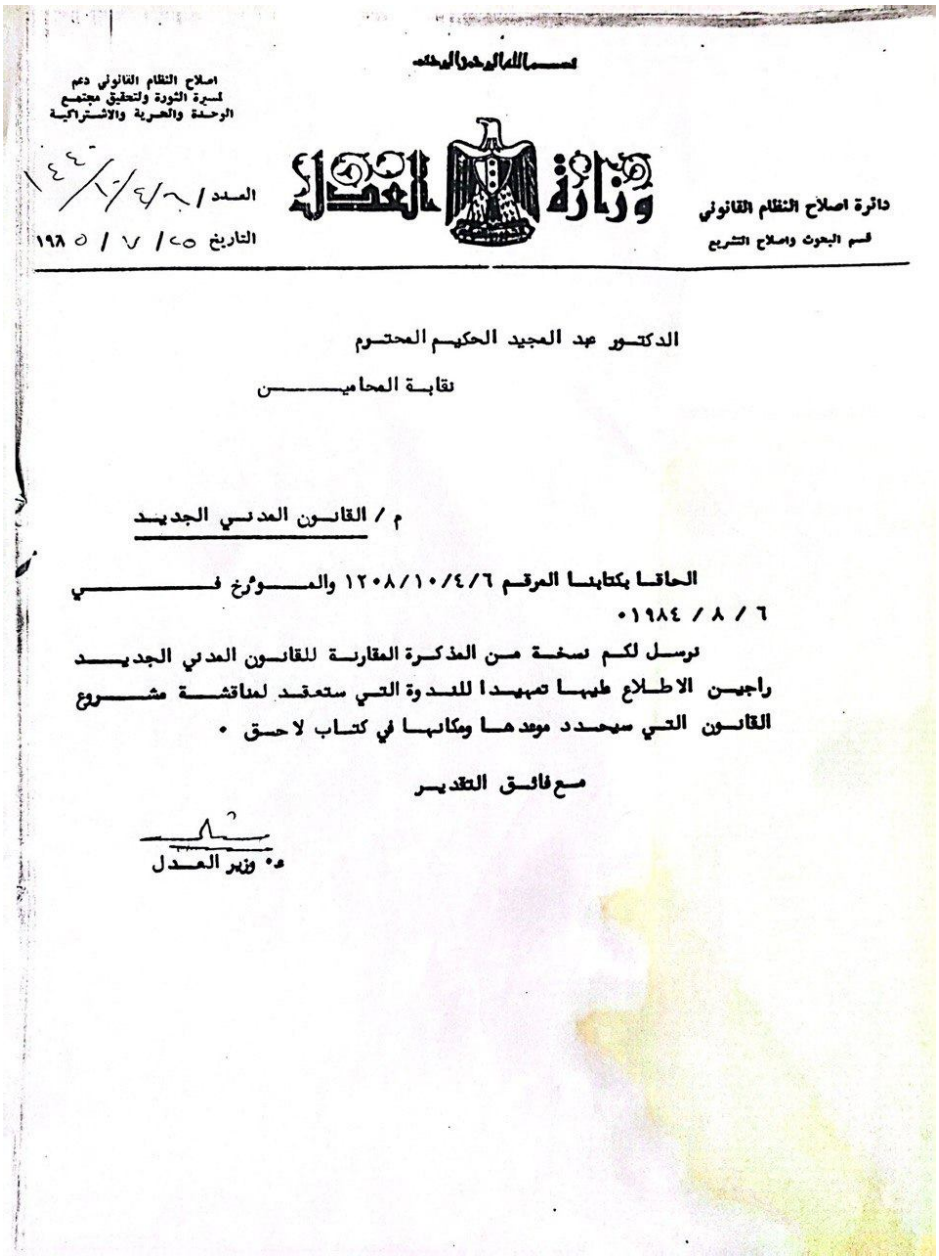
ثانياً: التوصيات

١- دراسة إيجابيات مشروع ١٩٨٦ بشكل مفصل، من أجل استثمارها بشكل أو آخر في تعديل أو إلغاء القانون المدني النافذ.

٢- العناية بمشاريع القوانين وجهود المختصين المنسية، لإستثمارها في تطوير الحاضر والمستقبل.

ملحق البحث من وثائق مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦

١. كتاب دعوة الدكتور عبد المجيد الحكيم لحضور مناقشة مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦



بسم الله الرحمن الرحيم

اصلاح النظام القانوني دعم لمسيرة الثورة ولتحقيق مجتمع الوحدة والحرية والاشتراكية

وزارة العدل

دائرة اصلاح النظام القانوني
قسم البحوث واصلاح التشريع

العدد / ٤٣/١/٤/٦
التاريخ ٥٠/ ٧ / ٥ ١٩٨

الدكتور عبد المجيد الحكيم المحترم
نقابة المحامين

م / القانون المدني الجديد

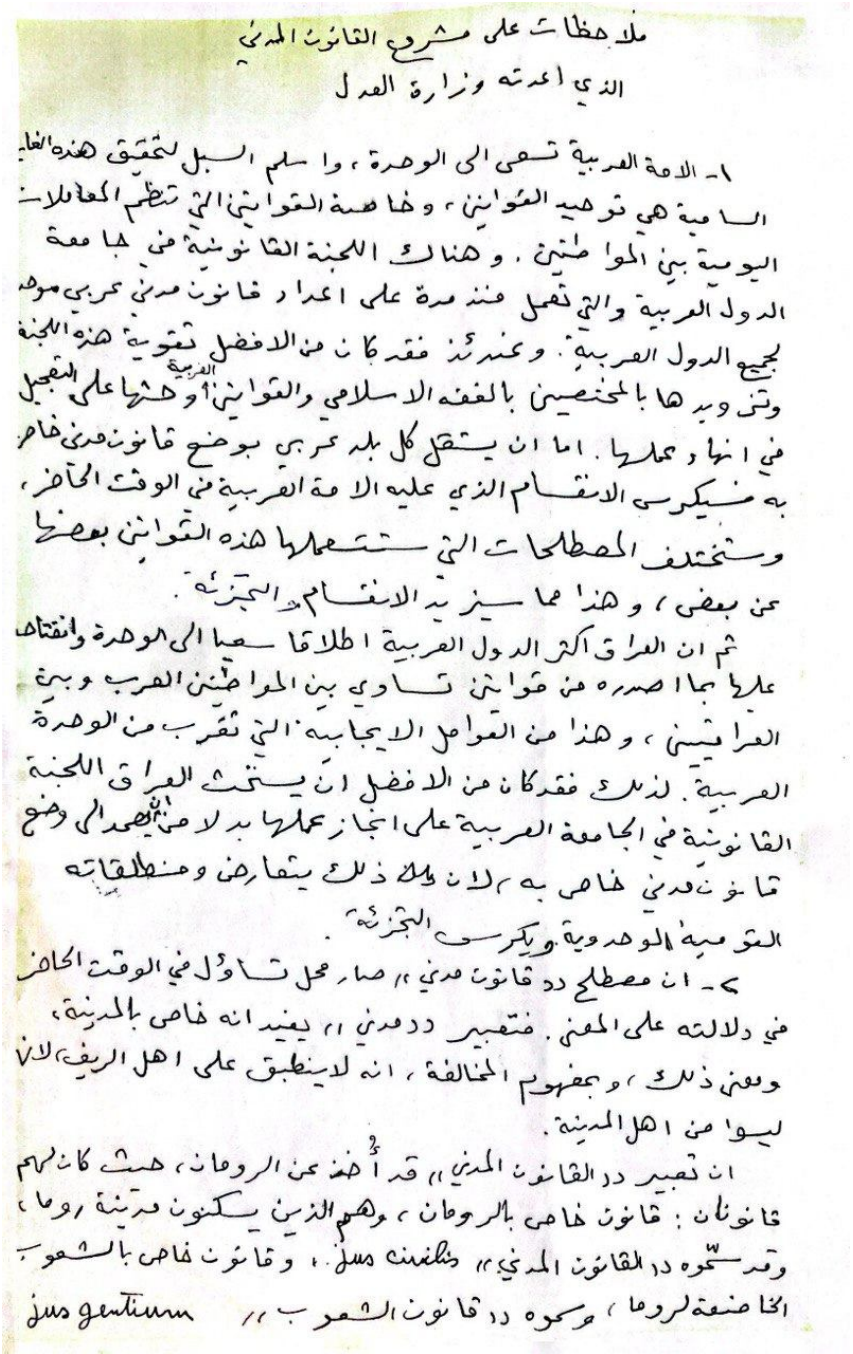
الحاقا بكتابنا المرقم ٦/٤/١٠/١٢٠٨ والمؤرخ في ٦ / ٨ / ١٩٨٤.

نرسل لكم نسخة من المذكرة المقارنة للقانون المدني الجديد راجين الاطلاع عليها تمهيدا للندوة التي ستعقد لمناقشة مشروع القانون التي سيحدد موعدها ومكانها في كتاب لاحق .

مع فائق التقدير

ع. وزير العدل

٢. تقييم نادر بخط الدكتور عبد المجيد الحكيم لمشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦



ملاحظات على مشروع القانون المدني
الذي اعدته وزارة العدل

١- الامة العربية تسعى الى الوحدة، واسلم السبل لتحقيق هذه الغاية السامية هي توحيد القوانين، وخاصة القوانين التي تنظم المعاملات اليومية بين المواطنين. وهناك اللجنة القانونية في جامعة الدول العربية والتي تعمل منذ مدة على اعداد قانون مدني عربي موحد لجميع الدول العربية. وعندئذ فقد كان من الافضل تقوية هذه اللجنة وتزويدها بالمختصين بالفقه الاسلامي والقوانين العربية وحثها على التعجيل في انجاز عملها. اما ان يستقل كل بلد عربي بوضع قانون مدني خاص به فسيكرس الانقسام الذي عليه الامة العربية في الوقت الحاضر، وستختلف المصطلحات التي ستستعملها هذه القوانين بعضها عن بعض، وهذا مما سيزيد الانقسام والتجزئة.

ثم ان العراق اكثر الدول العربية اطلاقا سعيا الى الوحدة وانفتاحا على ما اصدره من قوانين تساوي بين المواطنين العرب وبين العراقيين، وهذا من العوامل الايجابية التي تقرب من الوحدة العربية. لذلك فقد كان من الافضل ان يستمد العراق اللجنة القانونية في الجامعة العربية على انجاز عملها بدلا من ان يعمد الى وضع قانون مدني خاص به، لان ذلك يتعارض ومنطلقاته القومية الوحدوية ويكرس التجزئة.

٢- ان مصطلح «قانون مدني» صار محل تساؤل في الوقت الحاضر في دلالته على المعنى. فتعبير «مدني» يفيد انه خاص بالمدينة، وعن ذلك، وبمفهوم المخالفة، انه لا ينطبق على اهل الريف لانهم ليسوا من اهل المدينة.

ان تعبير «القانون المدني» قد أخذ من الرومان، حيث كان لهم قانونان: قانون خاص بالرومان، وهم الذين يسكنون مدينة روما، وقد سموه «القانون المدني» jus civile، وقانون خاص بالشعوب الخاضعة لروما، وسموه «قانون الشعوب» jus gentium

وبذلك فقد كان الرومان منطقيين مع انفسهم عندما اطلقوا على القانون الخاص بهم « القانون المدني ». وقد جاء القانون الفرنسي المدني صدر سنة ١٨٠٤ وقد اصدر نابليون قانونا ينظم علاقات الافراد فيما بينهم وسماه: « قانون نابليون » او « مجموعة نابليون » Code Napoléon ، وبعد سقوط نابليون غيرت التسمية وسمي القانون بـ « القانون المدني » ، قياسا على القانون الروماني. وقد كان لصدور قانون نابليون « او القانون المدني » في اوائل القرن التاسع عشر، صدى كبير لما تضمنه من تجميع للاحكام القانونية بحيث اصبح من السهل على المحاكم العثور على الاحكام القانونية التي تطبقها على الوقائع التي تعرض عليها يوميا. وقد ادى ذلك الى ان يُسبغ على القانون هالة من الاكبار والتمجيد طوال القرن التاسع عشر ولاكثر من نصف القرن العشرين. ولكن اكثر الشراح المحدثين بعض صاروا يستكونون في صدق التسمية وانطباقها على مضمون المسمى، وهم على حق في ذلك. لذلك من الدقة العلمية، ومن حيث الواقع، ان يسمى القانون: « قانون المعاملات المالية ». xx

ويقرب من ذلك ما جرى العمل على تسميته بـ « قانون الاحوال الشخصية » xxx ويقصد بـ الاحوال الشخصية الاحكام القانونية التي تنظم الاسرة من حين ولادتها الى انشائها وتصفية امورها. وقد انتهت جمهورية الجزائر الشقيقة الى هذه الناحية فاصدرت قانونا بعد سنوات من المناقشات، سمته: « قانون الاسرة » وهذا هو التعبير الصحيح الذي ينطبق فيه الاسم على المسمى.

٢- بعد هاتين الملاحظتين الاوليتين، نلقي نظرة تاريخية على تقنين احكام المعاملات في العراق فنقول: ان تقنين هذه الاحكام قد مر بمرحلتين: مرحلة المجلة، وقد اقتصرت احكامها على المذهب الحنفي، ثم مرحلة القانون المدني العراقي الذي ذهبت الكثرة الغالبة من احكامه على

-٣-

الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة بدون تقييد بمذهب معين». وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون انه يهدف للقانون المدني العربي «وهو تحقيق هذه الامنية خير الوسائل واهداها». وفي هذا يقول المرحوم السنهوري (القانون المدني العربي ص ٢٢): «والقانون النهائي الذي تم لجميع البلاد العربية انما هو قانون المدني العربي» الذي نشتقه من الشريعة الاسلامية بعد ان يتم تطورها. وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت. فيأتي القانون ليدعم من وحدتها، وقد تكون في طريقها الى التوحيد، فيكون القانون عاملا من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمز لهذه الوحدة». ويضيف المرحوم السنهوري الى ذلك بقوله ان القانون الحديث الذي يشتق من الفقه الاسلامي يجب ان يكون في منطقه وفي صياغته وفي اسلوبه فقها اسلاميا خالصا لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية» (المرجع السابق ص ٩٠).

والذي لا حظناه على القانون ان واضعيه لم يكن لديهم الالمام الكافي بالفقه الاسلامي، لذلك جاءت فيه مصطلحات الفقه الغربي (وخاصة الفرنسي) الى جانب نصوص مأخوذة من الفقه الاسلامي. وهذا دليل على ان لا يكون مشروع القانون اسلاميا ولا غربيا. وقد كان من اللازم ان يعهد بهذا الامر الى فريقين: فريق له الالمام التام بالفقه الاسلامي بكل مذاهبه، وفريق له الالمام التام بالفقه الغربي في اهم نظمه القانونية. فتؤخذ الاحكام الموضوعية من الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة بدون التقيد بمذهب معين؛ وتؤخذ الشكليات من الفقه الغربي. فالفقه الاسلامي (كما يقول المرحوم السنهوري) «فقه محض لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني. وهو لا يقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور. وهو مثله صالح ان يكون قانونا عالميا، بل كان بالفعل قانونا عالميا يوم امتدت دولة الاسلام من اقاصي البلاد الاسيوية الى ضفاف المحيط الاطلسي».

لأن هذا المصطلح بالاضافة الى كونه ادق في المعنى واوجز في التعبير، هو تعبير فقهي اسلامي وتوجد فيه سوابقات فقهية كثيرة.

٤- واول ما نلاحظه، بعد هذه الملاحظات العامة، ان القسم الاول من القانون، والذي عنوانه: مبادئ احكام الشريعة، لم ينص على قواعد كلية تهدي القاضي وتأخذ بيده في التعرف على اهداف المشرع والغرض الاجتماعي الذي قصد اليه. ونذكر فيما يلي بعض هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر:

١- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.
٢- ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
٣- اذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع.
٤- اذا زال المانع عاد الممنوع.
٥- اعمال الكلام اولى من اهماله، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل.
٦- الاصل براءة الذمة.
٧- اليقين لا يزول بالشك.
٨- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه.
٩- لا ضرر ولا ضرار.
١٠- يتحمل الضرر الخاص لدرء ضرر عام.
١١- العادة محكمة، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان.
١٢- لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان.

هذه القواعد، وغيرها كثير، انما هي من جوامع الكلم، وهي درر يحق لنا ان نفخر بها لانها تعبر تعبيرا دقيقا عن معان يقول بها القانون الحديث، وهي من صنع فقهائنا ومن تراثنا وبلغتنا.

٥- وما نلاحظه ايضا على القانون انه جعل الشريعة الاسلامية اخر مصدر يلجأ اليه القاضي اذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه فقد نصت المادة الثالثة على انه «اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه اجتهد برأيه مسترشدا بالمبادئ العامة للقانون والشريعة الاسلامية». وقد كان يجب ان يقدم المبادئ العامة للشريعة الاسلامية على المبادئ العامة للقانون. ذلك ان المبادئ العامة للقانون هي من اجتهاد البشر وهو معرض للخطأ والصواب

وقد نص القانون نفسه في المادة (٤) منه على هذه الحقيقة بقوله:
"... ينظم القانون المدني العلاقات المالية بين الأشخاص". فما دام القانون ينظم العلاقات المالية، فهو قانون للمعاملات المالية، لأن العلاقات إنما تنشأ من المعاملات بمعناها الواسع.

xxx

وهو ترجمة حرفية للمصطلح الفرنسي statuts personnels

والمصطلح الانكليزي personal status، وهو يقابل الأحوال العينية statuts réels، ويقصد به الأحكام التي تطبق على الحقوق العينية.

اما الشريعة الاسلامية فلا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها لانها من لدن حكيم حميد.

٦- و من الامور التي لاحظناها باستغراب شديد على القانون ان المادة الثالثة المتقدمة منه لم تنص على العرف كمصدر يلجأ اليه القاضي عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، بعد المبادئ العامة للشريعة الاسلامية والقانون. وهذا نقص يجب تلافيه. ذلك ان العرف من اخصب المصادر التي تعين القاضي عند عدم وجود نص يمكن تطبيقه. ~~وقد نصت~~ ~~كل القوانين الحديثة عليه كمصدر من مصادر القانون~~ فهو وليد الحياة الاجتماعية. وبالنظر لهذه الاهمية العظيمة التي للعرف فقد جاء ذكره في مواطن كثيرة في القرآن الكريم. من ذلك قوله تعالى في سورة الاعراف (اية ١٩٩): «وأمر بالعرف» اي احكم به.

٧- عنون القسم الاول من القانون بـ «مبادئ اساسية» في حين نصت المادة الثالثة منه على «المبادئ العامة» وكان الاولى ان يقال «قواعد كلية» XX وكان الاولى هو ان توحد المصطلحات.

٨- يلاحظ على القانون، بصورة عامة، الاعراض عن لغة الفقه الاسلامي. من ذلك ما نصت عليه المادة (٢٧٠) من انه: «يفترض ان الباعث الدافع الى التعاقد مشروع»، وخير من ذلك ما عبر عنه الفقهاء المسلمون من قولهم «الاصل» بدلا من «يفترض ان ...». ذلك اننا عندما نقول «الاصل» في الفقه الاسلامي فاننا نعني به قاعدة كلية، اي مبدأ عاما ينطبق على جزئيات لا حصر لها. فقولنا مثلا: «الاصل براءة الذمة» معناه ان كل انسان يعتبر غير مشغول الذمة حتى يثبت انشغال ذمته. وهو خير من قولنا: «يفترض ان كل انسان بريء الذمة» وهو ايضا يفي من عبء الاثبات.

ومن مظاهر الاعراض عن لغة الفقه الاسلامي ما نصت عليه المادة (٢٠٨) من انه «لا يعتبر السكوت المجرد قبولا» في

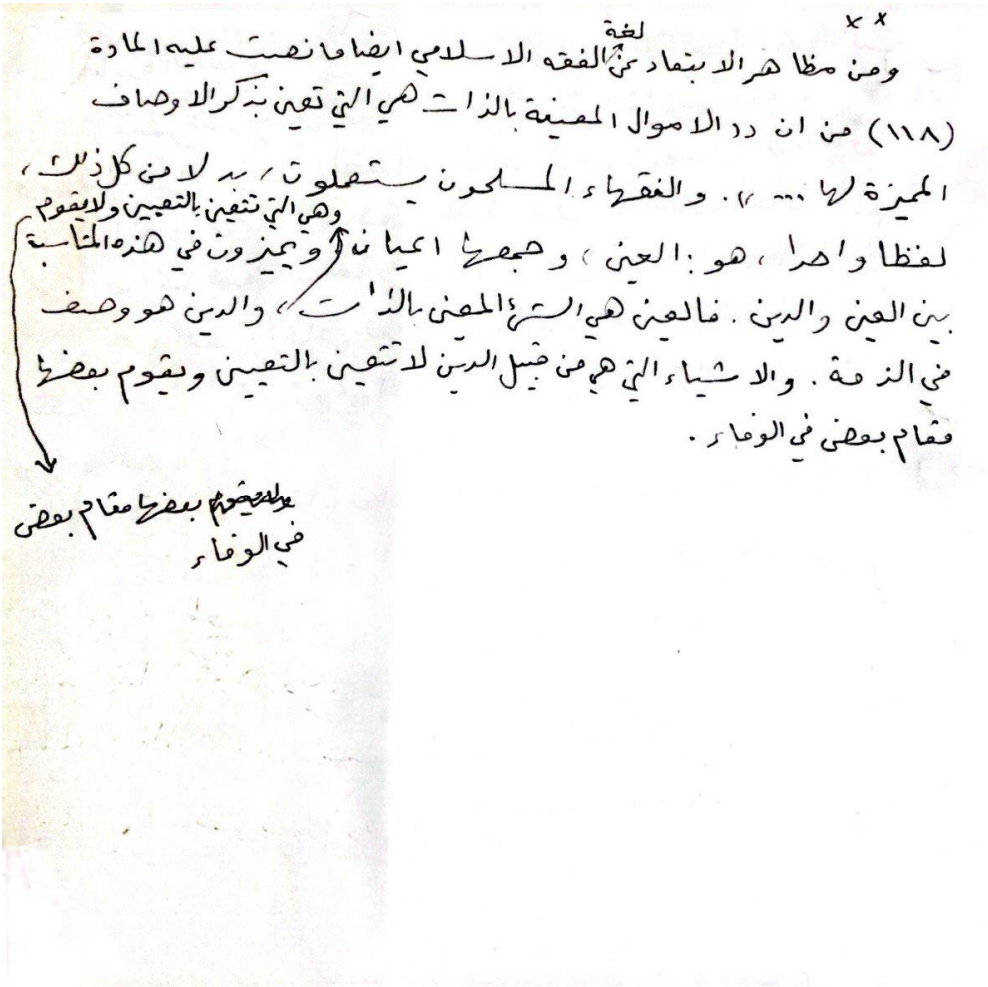
حين ان القاعدة الكلية في الفقه الاسلامي تقول: «لا ينسب الى ساكت قول». وتفسر هذه خير من النص الوارد في القانون.

ومن مظاهر الاعراض عن لغة الفقه الاسلامي ما نصت عليه المادة (١١٧) من انه «ليس لاحد في ممارسة حق الملكية تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تقارضهما». وخير من ذلك هو القاعدة الكلية: «اذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما».

ومن مظاهر الاعراض

لكل ما تقدم فان القانون المقترح لا يمهد للقانون المدني العربي، لانه ابتعد عن الفقه الاسلامي، وبالتالي فهو لا يرضي طموح الشعب العراقي ولا طموح قيادته السياسية التي هي ذات منطلقات واتجاهات ثورية. لذلك فلا ارى ثمة فائدة من ايراد الملاحظات التي تجمعت لدي، وهي كثيرة، على القانون من الناحية الموضوعية، ومن حيث الصياغة واللغة.

كما انه لا يمكن ان يمهد السبيل لوضع قانون عربي موحد للمعاملات.



ومن مظاهر الابتعاد عن لغة الفقه الاسلامي ايضا ما نصت عليه المادة (١١٨) من ان «الاموال المعينة بالذات هي التي تتعين بذكر الاوصاف المميزة لها ...». والفقهاء المسلمون يستعملون، بدلا من كل ذلك، لفظا واحدا، هو: العين، ويميزون في هذه المناسبة بين العين والدين. فالعين هي الشيء المعين بالذات، والدين هو وصف في الذمة. والاشياء التي هي من قبيل الدين لا تتعين بالتعيين وتقوم بعضها مقام بعض في الوفاء.

وهي التي تتعين بالتعيين ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء

هوامش البحث

(١)- منذر الشاوي، الإنسان والعدالة، بغداد، دار الكتب والوثائق، ط١، ٢٠١٦، ص ٣٧٥ و الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة المقارنة، إصلاح النظام القانوني، بغداد، ١٩٨٥، ص أ.

(٣)- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٩٥٤، ص ١٢- ١٣.

(٤)- قاسم هيال رسن، مدى إبتعاد مشروع القانون المدني سنة ١٩٨٦ عن الفقه الإسلامي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٥٢)، ٢٠٢٢، ص ١٠٥.

(٥)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مصر، دار مصر للنشر والتوزيع،ج١، ٢٠٢١، ص ٥٦.

(٦)- عصمت عبد المجيد بكر مستقبل القانون المدني، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، الذي أُعيد نشره في كتاب محاورات قانونية حول مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني، ص ١١٨.

(٧)- منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥١، ص ٩٦.

(٨)- عصمت عبد المجيد بكر وقاسم هيال رسن، محاورات قانونية حول مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني، بيروت، دار السنهوري، ٢٠١٩،ص ٤٩.

(٩)- ملحق البحث، ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقيم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦، تم العثور عليها مصادفة من قبل طالب الدكتوراه احمد حمزة مهدي، بين كتب مكتبته الشخصية المهداة بعد وفاته، إلى مكتبة كلية القانون في جامعة بغداد.

(١٠)- ملحق البحث، كتاب تكليف الدكتور عبد المجيد الحكيم لحضور مناقشة مشروع القانون المدني ١٩٨٦.

(١١)- ملحق البحث، الملاحظة رقم (٣)، من ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقييم مشروع القانون المدني ١٩٨٦.

(١٢)- ملحق البحث، الملاحظة رقم (٤)، من ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقيم مشروع القانون المدني ١٩٨٦.

(١٣)- ملحق البحث، الملاحظة رقم (٢) من ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

(١٤)- ملحق البحث، الملاحظة رقم (٧) من ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

(١٥)- ملحق البحث، الملاحظة رقم (٨) من ملاحظات الدكتور عبد المجيد الحكيم لتقييم مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦.

(١٦)- عصمت عبد المجيد بكر، مستقبل القانون المدني، ص ١١٦.
(١٧)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة المقارنة، اصلاح النظام القانوني ١٩٨٥، ص١.
(١٨)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة مقارنة، اصلاح النظام القانوني، ص ٢.
(١٩)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة المقارنة، اصلاح النظام القانوني، ص ٢١ - ٤٩.
(٢٠)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة مقارنة، اصلاح النظام القانوني، ص ٤٩ - ١١٢.
(٢١)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة مقارنة، إصلاح النظام القانوني، ص ١١٥.
(٢٢)- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة المقارنة، اصلاح النظام القانوني، ص ١٣٠.
(٢٣)- منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، بغداد، دار الشؤون الثقافية العامة، ط١، ١٩٩٦، ص٣٨٠.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب

١- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت دار إحياء التراث العربي،ج١، ط١، ١٩٥٤.
٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، دار مصر للنشر والتوزيع، ج١، ٢٠٢١.
٣- عصمت عبد المجيد بكر وقاسم هيال رسن، محاورات قانونية حول مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني،بيروت، دار السنهوري، ٢٠١٩.
٤- منذر الشاوي، الإنسان والعدالة، بغداد، دار الكتب والوثائق، ٢٠١٦.
٥- منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، بغداد، دار الشؤون الثقافية العامة، ط١، ١٩٩٦.
٦- منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥١.

ثانياً: البحوث

١- عصمت عبد المجيد بكر مستقبل القانون المدني، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، الذي أُعيد نشره في كتاب محاورات قانونية حول مشروع السنهوري لتقنين الفقه الإسلامي في القانون المدني، بيروت، دار السنهوري، ٢٠١٩.
٢- قاسم هيال رسن، مدى إبتعاد مشروع القانون المدني سنة ١٩٨٦ عن الفقه الإسلامي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٥٢)، ٢٠٢٢.

ثالثاً: مشاريع القانون المدني

١- وزارة العدل، القانون المدني - المذكرة المقارنة، إصلاح النظام القانوني، بغداد، ١٩٨٥.
٢- وزارة العدل، القانون المدني، اصلاح النظام القانوني، لم يذكر مكان طبع، ١٩٨٦.