القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

في ضوء الأسس التي قام عليها

(دراسة مقارنة)

Iraqi Civil Code No. (40) of 1951

In light of the foundations on which it is based

(a comparative study)

الأستاذ المساعد الدكتور: محمد حنون جعفر

كلية القانون/ جامعة السليمانية

Researcher: Assistant Professor Dr. Mohammed Hanoun Jafar

Faculty of Law / University of Sulaimaniy

الملخص

كان العراق جزء من الأمبراطورية العثمانية، وقد خضع لما وضعته هذه الأمبروطورية من قوانين، لذلك طبق العراق مجلة الأحكام العدلية التي وضعتها لجنة من علماء الدين في أسطنبول، والتي مثلت أرجح الأراء في المذهب الحنفي، بأعتبارها تمثل القانون المدني له.

وبعد أستقلال العراق وتشكيل حكومته الوطنية بعد عام ١٩٢١، توجهت الجهود الحكومية الى وضع قانون مدني عراقي وطني، لذلك شكلت لهذا الغرض ثلاث لجان، الأولى عام ١٩٣٣، والثانية عام ١٩٣٦، والثالثة والأخيرة عام ١٩٤٣، وقد تمكنت اللجنة الأخيرة التي كانت برئاسة الأستاذ الدكتور المصري عبد الرزاق احمد السنهوري وعضوية أساتذ قانون وقضاء وحكومين عراقين من وضع مشروع القانون المدني الجديد. أطلق عليه التسمية الأتية (القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١).

أن البحث في الأسس التي قام عليها هذا القانون هو موضوع بحثنا هذا، حيث قسمناه الى مبحثين، خصصنا الأول، لتحديد ما هية القانون المدني العراقي، وخصصنا الثاني، لبحث الأسس التي قام عليها هذا القانون.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني العراقي، أسس القانون المدني العراقي، القانون المدني، مجلة الأحكام العدلية، القانون المدني المصري، لجان وضع القانون المدني العراقي، الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

Summary

raq was part of the Ottoman Empire، and it was subject to the provisions of this amputation of laws، so Iraq applied the Code of Justice sentences developed by a committee of religious scholars in Istanbul، which represented the most likely views in the Hannifin School، as it represents the civil law for him.

After the independence of Iraq and the formation of its national government after 1921، the government's efforts aimed at establishing a national Iraqi civil law. Therefore، three committees were set up for this purpose، one in 1933، the second in 1936، and the third in 1943. The last committee was made up of Abdul Razzaq Ahmad Al-Senhoury and the membership of Iraqi law professors and judges and government of the draft of the new civil law. And it's called (Iraqi Civil Code No. 40 of 1951.

That the research on the foundations of this law is the subject of this research، where we divided it into two sections، we devoted the first، to determine what is the Iraqi civil law، and our second specialist، to discuss the foundations on which this law was based.

Keywords: Iraqi civil law، foundations of Iraqi civil law، civil law، code of judicial rulings، Egyptian civil law، Iraqi civil law committees، Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhoury.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث: تمثل القوانين عموماً دليلاً ومظهراً من مظاهر التقدم والتطور الحضاري والفكري لأي بلد، فهي تعكس مستوى الوعي والأزدهار الحاصل في المجتمع، كما أنها من عناصر الأعتزاز والأفتخار أمام البلدان الأخرى. ولهذا فقد أولت دول العالم، خصوصاً الدول المتقدمة الحديثة، أهتماماً بالغاً وكبيراً جداً بتشريعاتها وقوانينها، سيما ما يتعلق بقيام هذه التشريعات على أسس سليمة وقوية تحقق فيها مصالح الدولة العليا، ومصالح مواطنيها.

ويقف القانون المدني في طليعة القوانين التي أولت دول العالم المختلفة له أهمية قصوى، سواء فيما تعلق بأعداده أو تشريعه أو فيما تعلق بالأحكام والقواعد القانونية التي يشتمل عليها. أذ يمثل القانون المدني معياراً أساسياً لبيان مدى تطور الدولة ومقياساً لدرجة التقدم الحضاري الذي وصلت اليه، مما جعل مكانته في داخل النظام القانوني تضاهي مكان الدستور نفسه. فأذا كان الدستور هو الذي ينظم الدولة وسلطاتها العامة، والقانون المدني هو الذي ينظم المعاملات والعلاقات بين مواطني الدولة، لذلك فأن القانون المدني هو دستور المعاملات. عليه فأن موضوع بحثنا يتعلق بالقانون المدني العراقي من حيث الأسس التي قام عليها.

ثانياً: أهمية موضوع البحث: لقد شكل القانون المدني العراقي الحالي والذي يعد أول قانون مدني لدولة العراق الحديثة، أنتقالة مهمة في التنظيم القانوني فيه، أذ أن العراق لم يكن له قانون مدني وطني، بل كانت تطبيق عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية التي وضعته الدولة العثمانية، بأعتبار العراق من الدول التابعة لها. ومن ثم كان البحث عن الأسس التي قام عليها هذا القانون أهمية كبرى في معرفة الأصول التاريخية للقواعد والأحكام التي تضمنها.

ثالثاً: أشكالية موضوع البحث: قد أثار موضوع وضع القانون المدني العراقي الحالي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التساؤل لدينا عن الأسس التي قام عليها هذا القانون، فهل أتخذ لنفسه أسس خاصة لم تكن معروفة من قبل؟ أم أنه سار على ما سارت عليه أغلبية القوانين المدنية العربية بأتخاذ القوانين الغربية، وتحديداً القانون المدني الفرنسي أساساً لها؟ أم أنه حافظ على تركته الموروثة عن الدولة العثمانية، وأبقى على مجلة الأحكام العدلية الأخرى كأساس له ؟

رابعاً: منهجية البحث: يستلزم موضوع بحثنا والأشكالات التي يثيرها، ضرورة تبني المناهج البحثية التالية:

١.المنهج التاريخي: بتتبع موضوع البحث في المراحل الأولى لتشريع القانون المدني العراقي النافذ.

٢.المنهج المقارن: ببيان الأسس التي قام عليه القانون المدني العراقي بالمقارنة مع القوانين المدنية العربية الأخرى، وتحديداً القانون المدني المصري النافذ. كذلك بيان الأسس التي قامت عليها مجلة الأحكام العدلية.

خامساً: هيكلية البحث: سنقسم بحثنا هذا الى مبحثين: نبحث في الأول: ماهية القانون المدني العراقي، والذي سنقسمه الى مطلبين: نبحث في المطلب الأول، تعريف القانون المدني عموماً، أما في الثاني نبحث تعريف القانون المدني العراقي النافذ. في حين سنخصص المبحث الثاني لبيان الأسس التي قام عليها القانون المدني العراقي النافذ، والذي سنقسمه الى مطالب ثلاثة، الأول: نبحث فيه مجلة الأحكام العدلية، والثاني: نبحث فيه القانون المدني المصري. أما الثالث: فسنبحث فيه المزج بين الأساسين. وسننهي بحثنا هذا بخاتمة نورد فيها أهم ما سنتوصل اليه من أستنتاجات، وأبرز ما نقدمه من توصيات أو أقتراحات.

المبحث الأول

ماهية القانون المدني العراقي

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نبحث في الأول تعريف القانون المدني عموماً، وفي الثاني تعريف القانون المدني العراقي، وكما يأتي:

المطلب الأول

تعريف القانون المدني عموماً

سنبحث في هذا المطلب موضوعين هما، تعريف القانون المدني، في فرع أول. وموضوعات القانون المدني في فرع ثاني، وبالشكل التالي:

الفرع الأول

تعريف القانون المدني

القانون المدني أصطلاح وصل الينا من القانون الروماني، وقد أطلق عليه في الأصل نسبة الى المدينة أو الدولة، فهو قانون المدينة الرومانية أو قانون الرومان الذي لا يتمتع بحمايته ونظمه وتقاليده الا الرومان. أما الأجانب المقيمون في روما فكان يحكم علاقاتهم قانون أخر يسمى قانون الشعوب أستمدت قواعده من المبادئ المشتركة لدى جميع الأمم، وكلا النوعين روماني تنشوءه وتنظمه سلطات رومانية. فأذا قيل القانون المدني في عهد الرومان، فأنما يقصد به قانون المدينة الساري على الذين من جنس روماني تميزاً له عن قانون الشعوب الساري في الدولة الرومانية على غيرهم[١].

وفي القرون الوسطى، كان يقصد بالقانون المدني، قواعد القانون الخاص الصادرة عن السلطة الزمنية، تمييزاً لها عن قواعد القانون الكنسي المستمدة من السلطة الدينية المسيحية، والتي كان لها نفوذ كبير في هذا العهد، ولكن هذا الأصطلاح كان ينصرف كذلك أذا أطلق الى القانون الروماني، لأنه أهم قانون زمني في تلك القرون. واذا قيل القانون المدني في القرون الوسطى، فأنما يقصد به القانون الروماني، تمييزاً له عن القانون الكنسي[٢].

ويعد القانون المدني في الوقت الحالي، عماد القانون الخاص وأصل فروعه[٣]، وما قانون المرافعات المدنية والقانون التجاري الأ فرعان أنفصلا عنه[٤]. وقد وصف فقيه [٥]القانون المدني بأنه أكبر القوانين خطراً، وأكثرها تعقداً، وأشدها التصاقاً بحياة الأفراد.

(١)عبد العزيز محمد، أصول القانون المدني، محاضرات ألقيت على طلبة الصف الثاني بكلية الحقوق العراقية في سنة ١٩٣٧-١٩٣٨، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٣٨، ص ٣.

(٢) عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص ٤.

(٣) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، بلا سنة طبع، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، بلا مكان وسنة طبع، ص ١٦٦؛ عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، ٢٠١١، ص ١٩٨.

(٥) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية الى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الثانية، العددان الأول والثاني، صفر سنة ١٣٥٥ه- مايس سنة ١٩٣٦، ص ٥.

وبالتالي فأن القانون المدني عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الخاصة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على أعتبارها شخصاً معنوياً عادياً، سواء كانت روابط أسرة أو معاملات مالية [١]. فالقانون المدني هو القانون الخاص، ثم أقتطفت جوانب منه بتأثير من تطور المجتمع وتعقد العلاقات القانونية، لتحكمها قواعد أخرى أطلقت عليها تسميات تختلف بأختلاف طبيعة الروابط التي تنظمها[٢]. ويترتب على كون القانون المدني هو الأصل العام لفروع القانون الخاص نتائج عدة، أهمها: (١. يتضمن القانون المدني المبادئ الأساسية التي تسري على جميع فروع القانون الخاص [٣]. ٢. يتضمن القانون المدني بأعتباره الأصل العام للقانون الخاص أحياناً القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون. كما في قواعد تنازع القوانين من حيث المكان والزمان، وهي قواعد القانون الدولي الخاص[٤].٣. أذا لم يوجد في فرع من فروع القانون الخاص حكم واجب التطبيق على الموضوع المعروض أمام القاضي. فيجب الرجوع الى الأصل العام، وهو القانون المدني وتطبيق الحكم الوارد فيه، مالم يظهر أن هذا الحكم الوارد فيه يتعارض مع طبيعة القواعد التي يتضمنها هذا الفرع [٥].

الفرع الثاني

موضوعات القانون المدني

تنظم القوانين المدنية في الأصل نوعين من الروابط هما: الروابط الأسرية أو الأحوال الشخصية، والروابط المالية أو الأحوال العينية. كما في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني السويسري والقانون المدني التركي[٦]. وتتميز الروابط المالية عن الأحوال الشخصية في أن الأولى ذات صبغة مالية، أما الثانية فأنها ذات صبغة شخصية بحتة أو ذات صبغة شخصية ومالية في بعض الحالات كمسائل توزيع التركة.

والتمييز بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية أهمية بالغة من الناحية القانونية تتمثل على الأخص في أن الأولى تعتبر من النظام العام لأتصالها بالأسرة وهي أساس المجتمع[٧]، في حين أن الثانية لا تعتبر في الأصل متعلقة بالنظام العام، ولذلك كانت الأحكام الخاصة بها من القواعد المفسرة أو المكملة[٨].

الأ أن القانون المدني العراقي النافذ لا يتناول في الأصل الأ ما يتعلق بالمعاملات أو الروابط المالية[٩]. أما الأحوال أو الروابط الشخصية فقد بقيت تحكم من قبل الشريعة الأسلامية كمصدر رئيسي لها بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩. ولقواعده مصدران أولهما: التشريع (وتعتبر مبادئ الشريعة الأسلامية المصدر

(١) عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص ١٩٨.
(٢) ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، ميسان، السنة الرابعة عشر، ١٩٥٦، ص ١٨٢.
(٣) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٦٦؛ د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢، ص ٢١٩.
(٤) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٦٧؛ وأنظر المواد (١٠-٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنو ١٩٥١.
(٥) د. سعيد مبارك، مرجع سابق، ص ٢٢٠ ؛ أنظر أيضاً نص المادة (٤/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
(٦) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٩؛ د. سعيد مبارك، مرجع سابق، ص ٢٢٠.
(٧) أنظر نص المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي.
(٨) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٦٨-١٦٩.
(٩) د. سليمان مرقس، مذكرات بشأن القانون المدني العربي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة الواحدة والثلاثون، تشرين الأول والثاني وكانون الأول، ١٩٧٦، ص ٢٥-٢٦.

التاريخي الأساس له). وثانيهما:مبادئ الشريعة الأسلامية التي تعتبر المصدر الرسمي الثاني(الأحتياطي) لأحكامه[١].

المطلب الثاني

تعريف القانون المدني العراقي النافذ

أصدرت الدولة العثمانية (التي كان العراق تابعاً لها) في سنة ١٨٦٩ مجلة الأحكام العدلية التي أقتبست أحكامها من الفقه الحنفي، وبقيت سارية المفعول في العراق حتى بعد أنسلاخه من الدولة العثمانية، وذلك بعد الحرب العالمية الأولى[٢].

وبعد تأسس الدولة العراقية الحديثة علم ١٩٢٤ فكرت الحكومة العراقية حينذاك، متمثلة بوزارة العدل، بوضع مشروع للقانون المدني. وقد كانت القوانين المدنية العراقية قبل صدور القانون المدني الجديد (أي النافذ حالياً) مشتتاً منتشراً في مصادر مفرقة، فالمجلة وهي أهم هذه المصادر كانت تضم الأحكام الكلية والعقود المعينة وبعض قواعد الملكية والحقوق العينية والكثرة الغالبة من نصوصها كانت تتعلق بالعقود المعينة. وقانون الأراضي وهو قانون عثماني قديم ورثه العراق عن الدولة العثمانية، كان يضم نوعاً خاص من الملكية هو حق التصرف في الأراضي الأميرية وكانت هنالك تشريعات عراقية خاصة، موروثة هي أيضاً من الدولة العثمانية، تضم الرهن التأميني، أما الرهن الحيازة فكان مكانه المجلة بأعتباره عقد من العقود المعينة. وأما التسجيل وشهر الحقوق العينية في (الطابو) فقد أشتملت تشريعات خاصة على قواعدها. وأنتشرت قواعد مدنية هامة في ثنايا قوانيين الأجراءات، في قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الأجراء وقانون المحاكم الصلحية.

والسبب الرئيسي لهذا التشتت موروث عن الدولة العثمانية، فقد كانت الدولة تلتزم بوجه عام الفقه الأسلامي في تشريعها المدني، وقد قننت هذا الفقه في المجلة كما سبق القول. ولكن الحاجة كانت تلجئها الى وضع تشريعات مدنية تقتضيها الضرورة، فلم تكن تستطيع أن تدخل هذه التشريعات في صلب المجلة حتى لا يقال أنها أدخلت على الفقه الأسلامي شيئاً غريباً عنه. فلجئت الى هذه التشريعات الخاصة التي سبقت الأشارة اليها، وورثها العراق عنها، ثم عمدت الى قوانين الأجراءات وهي مأخوذة من القانون الفرنسي، فحشرت بين نصوصها ما رأت أقتباسها من الأحكام المدنية الفرنسية [٣].

وكانت أول محاولة جدية لتحقيق فكرة وضع مشروع قانون مدني عراقي، هي تأليف لجنة من رجال القانون سنة ١٩٣٣، غير أن هذه اللجنة لم توفق في القيام بأعمالها[٤]. مع ذلك ظلت فكرة التقنين قائمة، حيث ألفت لجنة أخرى سنة ١٩٣٦، بعد أن وفد على العراق نخبة من أساتذة القانون على رأسهم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق

(١) أنظر نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩. أنظر بنفس المعنى: خليل إبراهيم حسب وحسن علوان، موقف الشريعة الإسلامية من الإتجار بالبشر، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد١،العدد الرابع، ٢٠٢١، ص ٢٤٨.

(٢) د. سعيد مبارك، مرجع سابق، ص ٢٢٢؛ أنظر أيضاً: عبد الرحمن البزاز، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨، ص ٨٧-٨٩. د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى من كلية الحقوق بدمشق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥٧، ص ١٤. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، القانون المدني العربي، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، أيلول، ١٩٦٢، السنة العشرون، ص٩-١٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٢.

السنهوري[١]، الذي أنتدبته الحكومة العراقية لوضع مشروع القانون المدني. وقد وضع الأسس اللأزمة والخطة التي يسار عليها، وهي ترمي الى أتخاذ المجلة نفسها أساساً للقانون المدني، على أن تدمج فيها كلاً في محله المناسب، أحكام القوانين المتممة أو المعدلة، وعلى أن يراعى في التبويب والتصنيف النهج العلمي الحديث، وتقتبس من الشرائع الغربية والنظريات القانونية الحديثة كل ما تدعوا الحاجة اليه، وتتطلبه حياة العصر. وقد أشار أيضاً الى لزوم أدماج أحكام الأحوال الشخصية بالقانون المدني[٢].

وفي هذا الصدد فقد فصل الدكتور السنهوري في مقاله له نشرها في مجلة القضاء سنة ١٩٣٦ الأسس التي ينبغي أن يقوم عليها القانون المدني العراقي الجديد بقوله: " نرى أن يقوم التقنين العراقي الجديد على أسس من حيث الشكل والصياغة، وعلى أسس أخرى من حيث المادة والموضوع. أما من حيث الشكل والصياغة، فالواجب أن نتعقب أحدث تطورات التقنين المدني، وأن نجاري ما وصل اليه فن التقنين من رقي. فأن التقنينات المدنية قد تقدمت تقدماً كبيراً في صياغتها وفي ترتيبها وتنسيقها" [٣].

بعد ذلك ذكر الدكتور السنهوري ما يجب أقتباسه من التقنينات الحديثة من حيث الشكل والصياغة، وكما يأتي:

أ- التبويب: حيث أصبح للتقنين المدني تبويب منطقي، يمكن تعقبه في التقنينات الحديثة، وخير تبويب يمكن أستخلاصه من هذه التقنينات هو ذلك الذي يمهد بمقدمة تبسط فيها أحكام عامة، ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى أقسام ثلاثة، قسم لقانون الأسرة، وأخر لقانون المعاملات، وثالث لطرق أثبات الوقائع القانونية وشهر التصرفات.

ب- صياغة نظرية عامة للألتزامات: إذ يجب صياغة نظرية عامة للألتزامات، وهذه النظرية غير موجودة في مجلة الأحكام العدلية، أذ لم يعن واضعوا المجلة بصياغتها، مع أهميتها الكبيرة وضرورة وجودها في كل تقنين.

ج- أساليب الصياغة التشريعية الحديثة: فالتقنين العراقي الجديد يجب أن يستفيد من أساليب الصياغة الحديثة، وأستفادته تكون أكبر خطراً بقدر ما في الصياغة التشريعية في القوانين المدنية الحالية (أي المجلة والقوانين الخاصة) من عيوب[٤].

أما ما يجب أن يكون عليه التقنين المدني العراقي الجديد من حيث المادة والموضوع، فأن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون أساساً للتقنين المدني العراقي الجديد، فالعراق هو أول بلد عربي أعتز بتراث أجداده، وحرص عليه من الضياع، ولم يشأ وهو يراجع قوانينه المدنية أن يفرط في هذا الذخر العظيم. ولا شك في أن موقف العراق من الشريعة الأسلامية ستكون له درجة كبيرة في سائر الأقطار الأسلامية، وبخاصة الأقطار العربية. فالعراق يرفع صوته عالياً بأن الشريعة الأسلامية لا تزال نظاماً قانونياً حياً صالحاً للتطبيق، وأنه لا يعدل عن هذا النظام الى سواه. ولكن على أن تكون هناك أسباب أتصال ما بين الشريعة الأسلامية وأحدث القوانين الغربية. والخطة المثلى هي أن يعمد واضع التقنين الجديد الى التقنينات الغربية، فيختار أحدثها وأكثرها أتقاناً، ويصوغ من كل ذلك نموذجاً لخير

(١) للمزيد من التفاصيل عن السيرة الذاتية للأستاذ الدكتور عبد الرزراق السنهوري، أنظر: ضياء شيت خطاب، المرحوم العلامة عبد الرزاق السنهوري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث، تموز- أب- أيلول، ١٩٧١، السنة السادسة والعشرون، ص ٧-٨، وأيضاً ص ٣٧.

(٢) عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص ٨٦؛ عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٤٣. وكان الدكتور السنهوري قد دعى في مقالة له نشرها في مجلة القانون والأقتصاد المصرية قبل تشريع القانون المدني المصري الحالي الى دمج أحكام الأحوال الشخصية في القانون المدني المصري الجديد (أي الحالي)، مع المحافظة على خصوصية تلك الأحكام بحيث يبقى مصدرها الأساس الشريعة الأسلامية. أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول، شوال ١٣٥٤- يناير ١٩٣٦، ص ٥٩-٦٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٣-٥٤.

تشريع يراه، دون نظر الى بلد معين أو الى تقاليد معينة. ثم يقرب هذا النموذج من أحكام الشريعية الأسلامية في مذاهبه المختلفة، وفي مختلف الأقول من كل مذهب. وهو لا بد يستطيع أن يخرج أكثر أحكام نموذجة على قول أو أخر في مذهب من مذاهب الفقه الأسلامي. وبذلك يظفر لأكثر الأحكام التي أختارها بمستند في الشريعة الأسلامية يجعله هو الأصل للحكم الذي أختاره. أما بقية الأحكام التي تعدم مستنداً صريحاً في نصوص الشريعة الأسلامية، وهي ولا شك قليلة، فأذا لم تتفق مع حالة العراق وظروفها وتقاليدها القضائية، عدل عنها الى أحكام أخرى مناسبة للبيئة، والأ فعليه أن يتأول لها وينظر في تخريجها حتى توافق قولاً في مذهب(١).

وقد قررت اللجنة في أجتماعها الأول أعتبار الشريعة الأسلامية (أي مجلة الأحكام العدلية) أساساً للقانون الجديد، بحيث لا يصار الى القوانين الأجنبية الأ فيما لم يوجد له حكم في الشريعة الأسلامية أو فيما وجد له حكم لا يتماشى مع التطور الحديث (٢).وبعد قيامها بتحديد الأساس الذي سيقام عليه مشروع القانون المدني العراقي، بدأت اللجنة عملها في اليوم التالي لهذا الأجتماع، ولكنها لم تنجز غير مشروع في عقد البيع لتوقف أعمالها(٣).

غير أن توقف أعمال اللجنة الثانية لم يقض على الفكرة ذاتها، فقد تألفت لجنة ثالثة في سنة ١٩٤٣ برئاسة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري وعضوية الأساتذة نوري القاضي ومحمد حسن كبة وحسن سامي تاتار وأنطوان شماس وعبد الجبار التكرلي ومنير القاضي ونشأت السنوي(٤). وبد عمل دام ثلاث سنوات، جاء مشروع القانون المدني العراقي الى الوجود، وتم عرضه على رجال القانون لأبداء أرائهم فيه، كما تم تأليف لجنة مشتركة برئاسة وزير العدلية في ذلك الوقت لتعديل المشروع على ضوء الأقتراحات التي أبداها رجال القانون(٥).

وفي الجلسة الأولى للجنة المشتركة الدكتور السنهوري مسألتين: الأولى: تحديد نطاق مشروع القانون المدني. والثانية: الأساس الذي ينبغي أن يقام عليه المشروع (٦).

وفيما يتعلق بنطاق مشروع القانون المدني الجديد أستعرض السنهوري نماذج القوانين المدنية للدول، وقسمها الى قوانين من الصنف الكامل تشمل الألتزامات والعقود والحقوق العينية الأصلية والتبعية والأحوال الشخصية، كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الالماني. وقوانين تقتصر على الألتزام والعقود كقانون الألتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الأيطالي والقانون البولوني. وقوانين من الصنف الوسط حيث تشتمل على الألتزامات والعقود والحقوق العينية الأصلية والتبعية ولكنه يغفل الأحوال الشخصية، مثل القانون المدني المصري(٧). وقد أيد أن يكون القانون المدني العراقي من الصنف الكامل، فيشتمل مع الألتزامات والعقود والحقوق العينية الأصلية والتبعية والأحوال الشخصية (٨).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٦٤.
(٢) د. سعيد مبارك، مرجع سابق، ص ٢٢٢؛ وللمزيد من التفاصيل راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٧؛ منير القاضي، لجنة القانون المدني العراقي، مقالة منشورة في مجلة القضاء، السنة الثانية، العددان الأول والثاني، مايس ١٩٣٦، ص ٢٢١٢-٢٢٢.
(٣) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٤. وللمزيد من التفاصيل عن مشروع عقد البيع راجع: عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٤٤.
(٤) أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ٤؛ عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص٨٦.
(٥) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٤.
(٦) أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ٥.
(٧) الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص ٥-٦.
(٨) الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص٦.

أما بخصوص الأساس الذي يقام عليه القانون المدني الجديد، فذكر السنهوري ما سبق تثبيته في اللجنتين السابقتين[١] حيث قررتا أن يكون الأساس الذي يقام عليه القانون المدني الجديد هو مجلة الأحكام العدلية، وأن هذا الأساس الذي أجمع عليه هو الأساس الذي يجب أن يتم أتخاذه [٢].

لكن الدكتور السنهوري أشار في نفس كلمته على ضرورة أتخاذ أساس أخر للمشروع، وهي أتخاذ قانون غربي كأساس ثاني للقانون العراقي، للمزايا المتحققة من ذلك، وأهمها أن يكسب العراق طفرة واحدة ودون عناء التقدم القانوني الذي كسبته أوربا في قرون وأن ينسجم القانون المدني مع القوانين الأخرى العراقية المأخوذة من القوانين الغربية كالقانون التجاري وقانون المرافعات[٣].

وبعد أنجاز اللجنة المشتركة مشروع القانون المدني العراقي، تم عرضه على مجلس الأمة الذي قام بالمصادقة عليه في ٨ أيلول سنة ١٩٥١. الأ أن القانون الجديد لم يدخل الى حيز التنفيذ من تاريخ المصادقة عليه، بل أُجل تنفيذه لمدة سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. ولما كان نشر في جريدة الوقائع العراقية بعدد ٣٠١٥ بتاريخ ٨ أيلول سنة ١٩٥١، فقد أصبح واجب التطبيق والعمل بموجبه في ٨ أيلول١٩٥٣[٤].

ولقد أقتصر القانون المدني العراقي الجديد الذي أصبح ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على تنظيم المسائل المتعلقة بالمعاملات أو الأحوال المالية، أما الأحوال أو الروابط الشخصية والتي تشمل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث، فقد ترك أمر تنظيمها الى قانون خاص هو قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩[٥].

المبحث الثاني

الأسس التي قام عليها القانون المدني العراقي

سنبحث الأسس التي قام عليها القانون المدني العراقي في ثلاثة مطالب، نبحث في الأول: مجلة الأحكام العدلية، وفي الثاني القانون المدني المصري. أما الثالث، فسنخصصه لبحث المزج بين الأساسيين. وكما يأتي:

المطلب الأول

مجلة الأحكام العدلية

سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نبحث في الفرع الأول: تعريف مجلة الأحكام العدلية، وفي الفرع الثاني نبحث عيوب المجلة ومدى تأثر القانون المدني العراقي بها. وكما يأتي:

---

(١) راجع ص ٧ من هذا البحث.
(٢) الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص ٧.
(٣) الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص ٧.
(٤) الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص ٤٤ د. سعيد مبارك، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣.
(٥) د. جعفر الفضلي و د. منذر عبد الحسن الفضل، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ١١٠. أنظر بنفس المعنى: أنظر بنفس المعنى: خليل إبراهيم حسب وحسن علون لفتة، الأقرار في المذاهب الإسلامية الخمسة وقانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد ٣، ٢٠٢١، ص ١٥٣.

الفرع الأول

تعريف مجلة الأحكام العدلية

أن الأضطراب في الأحكام وأنعدام الطمأنينة القانونية الذي كان سائداً في الدولة العثمانية قبل عام ١٨٦٩، مضافة الى الصعوبات الناتجة عن المذهب الحنفي نفسه، أي تشعب الأراء فيه وتعدد طبقات الفقهاء، مما جعل مأخذه عسيرة وسبله وعرة، هي التي دفعت المسؤولين الأتراك، الى التفكير جدياً في جمع الأراء الفقهية للمذهب الحنفي، وصوغها في صورة مواد وأبرازها بشكل تشريع موحد يحكم المعاملات في جميع البلدان الأسلامية التي كانت تابعة للدولة العثمانية ومنها العراق. حيث ألفت لجنة لجمع أحكام الشريعة الأسلامية في المعاملات في مجموعة رسمية، وزاولت هذه اللجنة أعمالها ردحاً من الزمن فكانت ثمارها في سنة ١٨٦٩م مجموعة رسمية سميت (مجلة الأحكام العدلية) أعتمدت أرجح الأراء الفقهية في المذهب الحنفي(١).

فمجلة الأحكام العدلية هي عبارة عن نصوص قانونية وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية مستمدة من الفقه الاسلامي مقتصراً على المذهب الحنفي فقط، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبينات وجاء مجموع موادها ١٨٥١ مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة(٢). وقد وضعت المجلة أصلاً باللغة التركية ثم ترجمت الى اللغة العربية(٣).

الفرع الثاني

عيوب المجلة ومدى تأثر القانون المدني العراقي بها

يمكن تسجيل أهم الماخذ أو العيوب على مجلة الأحكام العدلية، ومدى تأثر القانون المدني العراقي بها، بالأتي:

أولاً: عيوب مجلة الأحكام العدلية: تتمثل أهم عيوب مجلة الأحكام العدلية، بما يلي:

١-أن مجلة الأحكام العدلية وأن أريد بها أن تقوم مقام القانون المدني، لكنها لم تحو جميع ما تشتمله القوانين المدنية عادة. فقد كانت أقرب أن تكون قانوناً للعقود المدنية، وليس العقود والألتزامات(٤)، فهي لم تتضمن نظرية عامة للألتزامات(٥). كما أنها لم تبحث في الأحكام المتعلقة بشخص الأنسان، والتي تعرف بالأحوال الشخصية، وأنما تركت ذلك على الحال القديم، وأبقيته من أختصاص المحاكم الشرعية(٦). كما كانت توجد قوانين مدنية مطبقة في الدولة العثمانية ومنها العراق لم تدمج في المجلة عند أصدارها(٧).

---

(١) د. مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص ١٧١؛ عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٣٧. وكانت قد جرت محاولة لأعداد قانون مدني عرف بأسم (المتن المتين) قبل أعداد المجلة الأ أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح. أنظر: د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٧٢-٧٣.

(٢) عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص ٧٩؛ أنظر أيضاً: عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٣) عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ٤٩-٥٠.

(٥) عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٤٠-٤١.

(٦) عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص ٨٠-٨١ ؛ عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٤١.

(٧) مثل قانون الأراضي ونظام الطابو وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة وقانون تصرف الأشخاص الحكمية (المعنوية) بالأموال غير المنقولة وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة ونظام أيجار العقار وقانون توسيع الأنتقال... الخ. أنظر: عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص ٤١.

٢-لم تميز المجلة بين الأحكام القانونية الموضوعية والمسائل الأصولية الأجراءات. ولذلك فأنها بحثت عن الدعوى والبينات والقضاء في الكتب الثلاثة الأخيرة.

٣- من ناحية التصنيف، فقد أتبعت المجلة الطريقة القديمة والمتعارفة في الفقه، أي ذكر الحلول الجزئية، وأحكام العقود بصورة منفردة، دون أن تستخلص النظرية العامة التي تربط العقود كافة [١].

٤- أن صياغتها التشريعية لا تتفق مع الأسلوب التشريعي الرصين، بحيث يقتصر على الأمر والنهي في صيغة أحكام مقررة. بل يكاد يكون أسلوباً تعليمياً فقهياً أولى بلغى الفقه منه بلغة التشريع[٢]. كما يكثر في المجلة التعاريف الفقهية، وهي متناثرة في كل نواحي المجلة، وكذلك السذاجة في الأسلوب وعدم تمشيها المنطق السليم في ترتيب أبوابها، والحشو والتكرار الملل[٣].

٥- ولعل أهم مأخذ يوجه لمجلة الأحكام العدلية هو تمسكها بالفقه الحنفي دون سواه من فروع الفقه الأسلامي ومذاهبه. والفقه الحنفي على سعته وكثرة مسائله وعظم قدره، ليس كل الفقه الأسلامي، وليست كل أحكامه أيسر الأحكام وأفضلها[٤].

ثانياً: مدى تأثر القانون المدني العراقي النافذ بعيوب المجلة: يمكن تحديد أهم معالم تأثر القانون المدني العراقي بعيوب المجلة بما يأتي:

١-من حيث اللغة التشريعية: حيث نقلت لجنة وضع القانون المدني العراقي في عدة مواضيع مواد المجلة المدرجة فيها نقلاً حرفياً أو بأجراء بعض التحوير البسيط عليها، وقد أثر هذا النقل الحرفي على الصيغة العامة لنصوص القانون المدني العراقي، ففي الوقت الذي تم صياغة النصوص القانونية المتعلقة بباب الألتزامات مثلاً بصياغات قانونية حديثة وواضحة، نجد صياغاته أقرب ما تكون الى صياغات الفقه فيما يتعلق بنصوص قانونية أخرى، كما هو الحال بالنسبة الى النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية عن الأعمال غير المشروعة[٥]. ٢-من حيث أيراد الأمثلة التطبيقية: لما كانت مجلة الأحكام العدلية تجميع لأراء فقهاء المذهب الحنفي، ولما كانت عادة الفقه الإسلامي في بيان المواضيع عرض الأمثلة التطبيقية للأحكام، فقد تضمت المجلة أيراد العديد من الأمثلة التطبيقية لأحكامها، وهو ما أتبعه واضعوا القانون المدني النافذ في الموضوعات أو الأحكام التي أستمدت من مواد المجلة[٦].

٣- من حيث أقتصار القانون المدني على أحكام الفقه الحنفي الواردة في مجلة الاحكام العدلية: أن مجلة الأحكام العدلية، كما سبق الذكر، تمثل أرجح الأراء الفقهية المستمدة من فتاوى علماء المذهب الحنفي، وهو ما يعني أن القانون المدني العراقي لم يتخذ الفقه الأسلامي في عمومه كمصدر تاريخي له، بل أقتصر على فتاوى المذهب الحنفي[٧].

(١) عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص ٨١.
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٤؛ د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني العراقي، الخطأ، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤، ص٢٢٢.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٦؛ د.عبد العزيز محمد، مرجع سابق، ص ٤٠
(٤) عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص ٨٢.
(٥) أنظر المواد (١٨٦-١٩١) من القانون المدني العراقي، حيث نقلها المشرع من مجلة الأحكام العدلية مع بعض التحوير
(٦) أنظر على سبيل المثال نص المادتين (١٨٧) و(١٨٨) من القانون المدني العراقي النافذ
(٧) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢٨.

المطلب الثاني

لقانون المدني المصري

سنقسم هذا المطلب الى فرعين: نبحث في الأول: كيفية وضع القانون المدني المصري، في حين سنبحث في الثاني: الأسس أو المصادر التي قام عليها القانون المدني المصري. وكما يأتي:

الفرع الأول

كيفية وضع القانون المدني المصري

كانت مصر مندمجة في الأمبروطورية العثمانية حتى القرن التاسع عشر وكان الفقه الأسلامي غير المقنن هو المعمول به فيها، فأستقلت مصر أستقلالاً ذاتياً تحت حكم محمد علي، ولما قننت الدولة العثمانية الفقه الأسلامي (أي مجلة الأحكام العدلية)، لم يمتد هذا التقنين الى مصر، وبقيت على ما كانت عليه من تطبيق الفقه الأسلامي غير المقنن مع بعض التشريعات الفرنسية وبخاصة القانون التجاري. ثم دخلت في عهد أصلاح قضائي تحت حكم أسماعيل وأمتد الأصلاح الى أوائل حكم توفيق، فأنشئت المحاكم المختلطة ثم المحاكم الوطنية على غرار المحاكم الفرنسية ووضعت تقنينات حديثة تطبقها هذه المحاكم في سنتي ١٨٧٥-١٨٨٣ أخذت كلها من التقنينات الفرنسية وعلى رأس هذه التقنينات القانون المدني، ومن ثم أصبحت مصر ذات قانون مدني مقنن من القانون الفرنسي[١].

وفي عام ١٩٣٦ أصدر مجلس الوزراء المصري قراراً بتشكيل لجنة لغرض التنقيح الشامل للقانون المدني المصري، وذلك برئاسة مراد سيد أحمد وعضوية سبعة أشخاص، لكن هذه اللجنة لم تكد تقضي في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في نفس السنة بحلها أقتصاداً في النفقات[٢].

وفي شهر تشرين الثاني من عام ١٩٣٦ صدر قرار من مجلس الوزراء بتشكيل لجنة ثانية برئاسة كامل صدقي وعضوية عشرة أشخاص لغرض تنقيح القانون المدني المصري، وقد أستمر عمل هذه اللجنة حوالي السنتين أي الى سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها، عقدت فيها اللجنة حوالي عشرين جلسة. وفي سنة ١٩٣٨ قدم وزير العدل المصري مذكرة الى مجلس الوزراء أقترح أن يعهد في وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد الى أثنين من المشتغلين بالقانون، يختار أحدهما من المصريين والأخر من الأجانب، وقد وافق مجلس الوزراء المصري على هذا الأقتراح. وفي ٢٨ يونيه عام ١٩٣٨، أصدر وزير العدل المصري قراراً بأسناد مهمة وضع المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لأثنين من رجال القانون، هما الأستاذ الفرنسي أدوار لأمبير والأستاذ عبد الرزاق السنهوري[٣].

وقد تم أنجاز المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في قرابة عامين، حيث بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة، وتم طبعه في سنة ١٩٤٢، وقامت وزارة العدل المصرية بعرض المشروع للأستفتاء

(١)د.عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي،بحث منشور في مجلة القضاءن العددان الأول والثاني،أيلول، ١٩٦٢،ص ٩.
(٢) القانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التحضيرية) الجزء الاول، الباب التمهيدي، مطبعة دار الكتاب العربي، الحكومة المصرية، وزارة العدل، ص٥.
(٣) أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ٦-٧؛ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٢.

على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية، وظل معروضاً للأستفتاء زهاء ثلاث سنوات[١].

وفي سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة الأستاذ السنهوري وعضوية أربعة من رجال القانون لمراجعة المشروع على ضوء ما تم من الأستفتاء وما قدم من الملاحظات، وأنتهت اللجنة من مراجعة المشروع التمهيدي في شهر تشرين الثاني من نفس السنة، وتم أرسال المشروع الى مجلس الوزراء المصري وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان المصري في ديسمبر من سنة ١٩٥٤[٢].

وقد بقي المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد في البرلمان زهاء عامين ونصف العام، تم خلال هذه المدة مناقشته ودراسته دراسة مستفيضة. وفي ١٦ من شهر يولية سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق على مشروع القانون المدني المصري الجديد وأصداره، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ يولية سمة ١٩٤٨ على أن يعمل به أبتداءً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وقد بلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة[٣].

الفرع الثاني
مصادر القانون المدني المصري

أستند القانون المدني المصري النافذ على مصادر ثلاثة، هي:

١.**القانون المقارن:** ويقصد به القوانين أو الحقوق الأجنبية ومقارنتها فيما بينها. لذلك تعد القوانين المدنية الأجنبية المصدر الأول للقانون المدني المصري النافذ[٤]. ولقد كان أمام لجنة وضع القانون المدني المصري النافذ ثلاثة مجموعات من القوانين المدنية الأجنبية، هي الأتي:

أ-مجموعة القوانين اللأتينية: وهي التي تمثل مجموعة القوانين الأجنبية التي يتصدرها القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، والقوانين المدنية التي أعقبته.

ب-مجموعة القوانين الجرمانية: ويقف في مقدمة هذه القوانين القانون المدني الألماني الذي يعد أفخم قانون مدني صدر في وقته، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن من الزمن[٥]. كذلك القانون السويسري، الذي أجتمعت فيه مزايا القانون المدني الألماني من حيث القيمة الفنية، ومزايا القانون المدني الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح[٦].

ت-مجموعة القوانين المتخيرة: وهي لا تنحاز الى أحدى المدرستين أنحيازاً مطلقاً، بل تتخير من كل مدرسة بالذي هو أحسن، وعلى رأس هذه القوانين، القانون المدني البولوني في الألتزامات والعقود[٧].

ومن هذه المجموعات الثلاثة من القوانين المدنية الأجنبية المختلفة النزعة المتباينة المناحي، أستمد القانون المدني المصري النافذ ما أشتمل عليه من النصوص[٨].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٨. أنظر: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٢.
(٢) أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص٨.
(٣) أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ٤٨؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤. د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٣. زينب ستار جبار كاظم اللامي، الحماية المدنية للبيانات عبر الأ
(٤) أنظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ص١٥.
(٥) د. عدنان القوتلي، مرجع سابق، ص ٣٤ هامش (٢)؛ أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ١٦.
(٦) الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ١٧.
(٧) د. عدنان القوتلي، مرجع سابق، ص ٢٤ هامش رقم (٢).
(٨) أنظر: الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ١٧؛ د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص ١٣.

٢.القضاء المصري والقانون المدني المصري السابق: أن أهم مصدر للقانون المدني المصري الحالي هو القانون المدني المصري القديم (المختلط والوطني)، وما أدخل عليه من تعديلات وأضيف اليه من أحكام لأجتهادات المحاكم المصرية طوال سبعين سنة.

وقد أتخذ القضاء المصري الى حد كبير كأساس فيما تم من عمل لأعداد القانون المدني المصري النافذ، حتى لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي، ويفيد من تجربة النصوص السابقة بعد ان صقلها العمل وأوضح مكنونات الفقه والقضاء[١].

٣. الفقه الأسلامي: بقي الفقه الأسلامي كمصدر من المصادر التي أستند عليها القانون المدني المصري النافذ، وقد أستمد منه كثيراً من نظرياته العامة ومن أحكامه التفصيلية[٢]. وقد أستبقى القانون المدني المصري ما أشتمل عليه القانون المدني القديم من أحكام أخذها من الفقه الأسلامي[٣]، وأستحدث أحكاماً جديدة أخذها من هذا الفقه.

وقد أعتبر فقيه مصري[٤] القانون المدني المصري الحالي نموذجاً من الشرائع الحديثة المتخيرة، لأنه حافظ على التراث المصري القريب، ممثلاً بنصوص القانون المصري السابق وقضائه. وأستزاد من الأخذ من التراث البعيد، متمثلاً بالفقه الأسلامي. وأنه قد أضاف الى هذا وذاك ما وجده في القوانين الغربية المتباينة الأحوال والنزعات ما هو ملائماً للبيئة المصرية وعاداتها.

في حين ذهب أخر[٥] الى أن المشرع المصري، لم يخطو خطوة حاسمة في جعل القانون المدني مشتقاً في مجموعه من الفقه الأسلامي. فلا يزال القانون المدني المصري يمثل الثقافة المدنية الغربية لا الثقافة القانونية الأسلامية.

المطلب الثالث

المزج بين الأساسيين

جاء في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي النافذ ما يأتي: " وقد رؤى أن يكون المشروع (أي القانون المدني النافذ) مثالاً لما ينبغي أن يكون عليها التقنين المدني في البلاد العربية فجعل مزاجاً متألفاً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الأسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات العربية. وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الأسلامي دراسة مقارنة ترده الى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع" [٦].

ومن خلال الرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي النافذ والى شروحات الفقه المدني العراقي، نجد أن القانون المدني العراقي النافذ قد قام على أساسين أثنين وأتخذهما مصدرين تاريخيين له، وهما كل من مجلة الأحكام العدلية التي كانت مطبقة في العراق قبل تشريع القانون، والقانون المدني المصري الذي تم تشريعه في عام ١٩٤٨[٧].

---

(١) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٣؛ أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص١١.
(٢) الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ٢٠.
(٣) ومن هذه الاحكام بيع المريض في مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك في البيع والعلو والسفل والحائط المشترك والهبة والأهلية وغيرها. مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص ١٣١- ١٣٢.
(٤) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٤.
(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص ١٢.
(٦) أنظر: الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؛ أنظر أيضاً: منير القاضي، المذكر الأيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، وزارة العدل، بغداد، ١٩٤٨، ص أ.
(٧) أنظر: قانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، منشور في الوقائع العراقية عدد ٢٥٧٦ في ١٤/٣/ ١٩٧٧.

لذلك فقد تابع القانون المدني العراقي الجديد النافذ القانون المدني المصري في الترتيب والتبويب متابعة تامة. ففي باب تمهيدي بينت مصادر القانون العراقي، وقررت القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان وبالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وبتقسيم الأشياء والأموال على النحو المعروف في القوانين المدنية الغربية. ويمكن القول أن هذا الباب التمهيدي منقول كله نقلاً يكاد يكون حرفياً من القانون المدني المصري فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المجلة[١].

ثم ينقسم القانون المدني العراقي، كالقانون المصري الى قسمين رئيسين، أحدهما للحقوق الشخصية والأخر للحقوق العينية، ففي القسم الأول صيغت نظرية عامة للألتزام، جمعت أجزاؤها من نصوص المجلة حيث تعرض لبعض القواعد العامة في الألتزام في ثنايا النصوص الواردة في العقود المعينة، وأكملت بنصوص القانون المصري الجديد، وأعقبت نظرية الألتزام العقود المعينة فقسمت الى طوائف خمس على النحو الذي نراه في القانون المصري ولقيت في نصوص المجلة مادة خصبة أستقت منها في غير عناء وأستكملتها بنصوص القانون المصري [٢].

وقد تناول القسم الثاني الملكية والحقوق العينية والأصلية. ففصل أحكامها موفقاً بين أحكام الفقه الأسلامي ونصوص المجلة من جهة وبين مبادئ القوانين الغربية مقتبسة من نصوص القانون المصري من جهة أخرى. وادمج في هذا كله نصوص قانون الأراضي، بعد أن هذب صياغتها ووضح المبهم منها. ثم أشتمل على التأمينات العينية فوفق في الرهن الرسمي ما بين أحكام التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المصري والف ما بين هذه النصوص ونصوص المجلة في رهن الحيازة، وأحتذى في حقوق الأمتياز مثال القانون المصري [٣].

والمطلع على نصوص القانون المدني العراقي لا يلبث أن يلاحظ ان نصوص الفقه الأسلامي وقد تلاقت مع نصوص القانون المدني المصري لا تعدو وجوهاً خمسة: ١- فهي في بعض المواطن تشق طريقها مرسلة على سجيتها، فتبدع من الأحكام ما ترفع به الى مستوى لا يقل عن مستوى القانون فيحتفظ القانون العراقي بأحكام الشريعة الأسلامية كما هي دون تغير. (كنظرية بطلان العقد). ٢- وهي في مواطن أخرى تجاري نصوص القانون المدني المصري مجاراة تامة. فهنا أيضاً يحتفظ القانون العراقي بها كما هي (كما جاء في الأحكام العامة في الباب التمهيدي كالمادة الثانية من القانون). ٣- وهي في بعض الحالات لا تجاري هذه النصوص الأ مجاراة قاصرة، فيستكمل القانون العراقي بهذه ما تقصر تلك عن بلوغه (كما في المادة ٧٤ من القانون). ٤- وهي في حالات أخرى تسكت عن الحكم فيكمل هذا الفراغ بنصوص من القانون المدني المصري. (كالتعهد عن الغير والأشتراط لمصلحة الغير). ٥- وهي أخيراً تعارض نصوص القانون المدني المصري، فتفضل هذه عليها لانها أصلح للعصر الذي نعيش فيه. (كالتعامل في الشيء المعدوم والرهن التأميني وحقوق الأمتياز)[٤].

والخلاصة أن القانون المدني العراقي أعتمد على نصوص المجلة ونصوص التشريعات العراقية الخاصة (الموروثة عن الدولة العثمانية) ونصوص القانون المدني المصري [٥].

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٢١.
(٢) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢١.
(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢١-٢٢.
(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٣٠ – ٣٣.
(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٢.

الخاتمة

يمكننا بعد أن أنتهينا من كتابة بحثنا هذا، أن ندون أدناه أهم الأستنتاجات التي توصلنا اليها، وكذلك أهم التوصيات، وذلك على الشكل الآتي:

أولاً: الأستنتاجات

١. الأصل في نشأ القانون المدني كمصطلح ومفهوم قانوني يرجع في جذوره الى القانون الروماني، ومن هذا القانون أتخذت القوانين الغربية، خصوصاً اللأتينية منها، وبالتحديد القانون المدني الفرنسي القديم والحالي (قانون نابليون) لسنة ١٨٠٤، مبادئها وأسسها العامة وأحكامها.

٢. شهد القرن العشرين حركة واسعة النطاق في الدول العربية، فيما يتعلق بالقوانين التي تحكم المعاملات المالية لمواطنيها، فبعد ما كانت غالبية هذه الدول تستمد الأحكام المنظمة لمعاملات مواطنيها المالية والشخصية من الشريعة الأسلامية، تنبت أكثريتها القواعد والأحكام المستمدة من القوانين المدنية الغربية.

٣.تبنت الدولة العثمانية التي كانت تسيطر على الدول العربية الشريعة الأسلامية في نظام حكمها، أما بالنسبة الى المعاملات المالية وقضايا الأحوال الشخصية، فقد كانت تستمد من الفقه الأسلامي الحنفي، بأعتبار المذهب الحنفي هو مذهب الدولة الرسمي، وقد فرضت هذا المذهب على جميع الدول العربية التي كانت خاضعة لها.

٤. وضعت الدولة العثمانية في مراحلها الأخيرة، وتحت وطئة الضغوطات الغربية، مجموعة من القوانين التي أستمدت أحكامها من القوانين الغربية، كالقانون التجاري الذي أستمدت أحكامه من قانون التجارة الفرنسي، وغيره من القوانين. الأ أن الدولة العثمانية تداركت القضايا المتعلقة بالمعاملات المالية، وأبقت أحكامها مستمدة من الفقه الأسلامي مباشرة، من خلال تقنين مجلة الأحكام العدلية، التي أستمدت أحكامها من الفقه الأسلامي.

٥.بوضع مجلة الأحكام العدلية من قبل علماء الدين الأتراك في أسطنبول، أصبحت المجلة نافذة المفعول في العراق، لكونه كان خاضعاً للدولة العثمانية. وبعد أنهيار الدولة العثمانية في بدايات القرن العشرين، خضع العراق للأنتداب البريطاني، الأ أن المجلة بقيت نافذ المفعول في العراق. وبعد تأسيس الدولة العراقية في سنة ١٩٢١ وتشكيل أول حكومة عراقية، بقيت الدولة العراقية تطبيق أحكام المجلة، وبقيت أحكامها تدرس في كلية الحقوق في جامعة بغداد.

٦.في بدايات عقد الثلاثينات من القرن العشرين، بدء توجه الحكومة العراقية حينذاك نحو أيقاف العمل بمجلة الأحكام العدلية، من خلال الشروع بوضع مشروع قانون مدني للعراق، هو الأول للدولة العراقية. وبالفعل أتخذ القرار الحكومي في سنة ١٩٣٣ بتشكيل لجنة لوضع المشروع. ثم أتخذ القرار في سنة ١٩٣٦ بتشكيل لجنة ثانية لنفس الموضوع. الأ ان عمل اللجنتين أقتصر على تحديد الأساس الذي يجب أن يقام عليه مشروع القانون المدني الجديد فقط.

٦.في سنة ١٩٤٣ شكلت لجنة ثالثة لوضع مشروع القانون المدني العراقي الجديد برئاسة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، والذي كان أيضاً عضواً في لجنة سنة ١٩٣٣. وقد كان توجهه أن يتم وضع قانون مدني عراقي على طراز القانون المدني المصري الذي تم وضعه سنة ١٩٤٨، والذي أستمد أحكامه من القانون المدني الفرنسي والقوانين الغربية عموماً، الأ أن التوجه الأخر الذي مثله غالبية أعضاء اللجنة كان معارض لتوجه الأستاذ السنهوري، فقد كان توجههم هو الأبقاء على مجلة الأحكام العدلية كأساس للقانون المدني الجديد، مع أجراء بعض التعديلات الضرورية عليها.

٦.تمثلت خلاصة التوجهين المتعارضين في لجنة سنة ١٩٣٦، كما ذكر الدكتور السنهوري، هو الأبقاء على مجلة الأحكام كأساس للقانون المدني الجديد مع أجراء بعض الحذف والتعديل والأضافة. بحيث يتم الأستعانة بجميع المذاهب الأسلامية، من دون حصر ذلك بمذهب واحد، وأن يتم الأخذ بالقوانين الغربية بما هو ضروري فقط، لكي يواكب العراق أحدث التطورات العالمية.

ثانياً: المقترحات

أن الخلاصة مما سبق في الأستنتاجات هو أن القانون المدني العراقي قام على أساسين غير منسجمين، وهما على العموم الفقه الأسلامي (الحنفي) والقوانين الغربية (القانون المصري). لذلك فأن لجنة أعداد القانون المدني العراقي برئاسة الدكتور السنهوري، لم تضع قانون مدني عراقي، بل قانون تم مزجم أحكامه من قبل أحكام المجلة وأحكام القانون المصري، مع أجراء بعض التحوير عليها. مما يعني أن هذه اللجنة لم تكن لجنة وضع أو أعداد لمشروع القانون المدني العراقي. بل كانت لجنة مزج وتحوير لا غير. عليه فأننا نقدم الأقتراحات التالية:

١. ندعوا الى وضع قانون مدني عراقي جديد يقام على أسس سلمية، معتمداً على تراثه الأسلامي، ومستفيداً من النظريات والأفكار العالمية الحديثة، بما يتلائم مع مبادئ أحكام الشريعة الأسلامية. مع الحرص فيما يتعلق بالفقه الأسلامي مراعاة المذاهب الأسلامية التي ينتمي اليها الشعب العراقي. خصوصاً تلك المذاهب التي لم يغلق فيها باب الأجتهاد والمواكبة لتطورات الحياة الاجتماعية والأقتصادية وغيرها. مع الأستفادة من التشريعات الحديثة لدول العالم وخصوصاً فيما يتعلق بالتطورات الأجتماعية والأقتصادية والتكنلوجية الحاصلة في العالم.

٢. ينبغي عند أعداد مشروع القانون المدني الجديد مراعاة أسس التشريع التي نص عليها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وبالتحديد نص المادة الثانية من الدستور، والتي جاء فيها ((أولاً:- الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدرٌ أساس للتشريع:أ- لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.ب- لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.ج- لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور)). وأيضاً مراعاة نص المادة الثالثة التي جاء فيها ((العراق بلدٌ متعدد القوميات والأديان والمذاهب...)).

٣. وندعوا عند الأستناد الى أحكام الشريعة الأسلامية، من ضرورة صياغة هذه الأحكام بلغة قانونية معاصرة، بحيث تعكس المعنى منها بشكل واضح وبما ينسجم مع المفردات القانونية الحديثة، مع الأحتفاظ بأصل الحكم ومضمونه. وكذلك الحال بالنسبة للأحكام التي يتم أستمادتها من القوانين والنظم القانونية الأجنبية، فيجب الحرص على أعادة صياغة تلك الأحكام بما يحفظ الوحدة والأنسجام في الصياغة القانونية للنصوص التي يشتمل عليها القانون المدني العراقي الجديد.

وختاماً نذكر كلمة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري رئيس لجنة أعداد القانون المدني الحالي بأن **" المستقبل يتمثل بدراسة الفقه الأسلامي"**

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

١. د. جعفر الفضلي و د. منذر عبد الحسن الفضل، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧.

٢. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني العراقي، الخطأ، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤.

٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المسؤولية عن الأشياء، داروائل للنشر، ٢٠٠٤.

٤. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المسؤولية عن فعل الغير، الوائل للنشر، ٢٠٠٤.

٥. د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الأسكندرية، بلا سنة طبع.

٦. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المجلد الاول، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية.

٧. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، ٢٠١١.

٨. عبد الرحمن البزاز، أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨.

٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الألتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١.

١٠. عبد العزيز محمد، أصول القانون المدني، محاضرات ألقيت على طلبة الصف الثاني بكلية الحقوق العراقية في سنة ١٩٣٧-١٩٣٨،مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٣٨.

١١.د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى من كلية الحقوق بدمشق،الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥٧.

١٢.د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣.

١٣.د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، بلا مكان وسنة طبع.

١٤.منير القاضي، المذكرة الأيضاحية لمشروع القانون المدني، وزارة العدلية، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٨

١٥.منير القاضي، ملتقى البحرين، المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥١-١٩٥٢.

١٦.مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، الجزء الأول، مطبعة الزمان، بغداد،١٩٩٨م.

١٧.القانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التحضيرية) الجزء الاول، الباب التمهيدي، مطبعة دار الكتاب العربي، الحكومة المصرية، وزارة العدل.

ثانياً: البحوث المنشورة والمقالات

١. خليل إبراهيم حسب وحسن علوان، موقف الشريعة الإسلامية من الإتجار بالبشر، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد١،العدد الرابع، ٢٠٢١.

٢. خليل إبراهيم حسب وحسن علون لفتة، الأقرار في المذاهب الإسلامية الخمسة وقانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد ٣، ٢٠٢١.

٣. د. سليمان مرقس، مذكر بشأن القانون المدني العربي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة الواحدة والثلاثون، تشرين الأول/تشرين الثاني/كانون الأول،١٩٧٦.

٤. ضياء شيت خطاب، المرحوم العلامة عبد الرزاق السنهوري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث، تموز- أب- أيلول، ١٩٧١، السنة السادسة والعشرون.

٥. ضياء شيت خطاب، مصادر القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، ميسان، السنة الرابعة عشر، ١٩٥٦.

٦. الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، القانون المدني العربي، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الأول والثاني، أيلول، السنة العشرون، ١٩٦٢.

٧. الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري (عميد كلية الحقوق ببغداد)، من مجلة الأحكام العدلية الى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الثانية، العددان الأول والثاني، صفر سنة ١٣٥٥ه- مايس سنة ١٩٣٦.

٨. د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول، شوال ١٣٥٤- يناير ١٩٣٦.

٩. منير القاضي، لجنة القانون المدني العراقي، مقالة منشورة في مجلة القضاء، السنة الثانية، العددان الأول والثاني، مايس ١٩٣٦.

١٠. **ثالثاً: القوانين**

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٣. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٤. قانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧.

٥. القانون المدني المصري رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٨.