https://doi.org/10.61353/ma.0200155

الأصول الفكرية للقانون المدني العراقي ومقتضيات المنطق القانوني

م. د. طارق عبد الرزاق شهيد
جامعة الكوفة – كلية القانون
tariqa.alhammami@uokufa.edu.iq

تاريخ استلام البحث 2025/ 1/17 تاريخ ارجاع البحث 2025/2/1 تاريخ قبول البحث 2025/2/23

اذا تتبعنا الجذور التاريخية للتقنين المدني العراقي وكيف تم وضعه ومن الذين اسهموا في وضعه نجد في غالب مضمون مواده ترجع أما إلى الفكر الحنفي من خلال اعتبار مجلة الأحكام العدلية أحد مصادره وقد أخذت هذه المجلةُ القواعدَ الفقهية من كتاب (الأشباه والنظائر) لابن نجيم المصري ، وما في المجلة بوجه عام مأخوذ من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، ومن ثم فقد اثر فيه حملة هذا الفكر أمثال الشيباني ، وأبي يوسف . . ومباني هذا الفكر وفقهه ترجع إلى الراي والقياس. وأما إلى الفكر الفرنسي عن طريق تأثره في القانون المدني المصري المتأثر بالقانون المدني الفرنسي، ومن ثم فقد أثر فيه وفي مضمونه حملة هذا الفكر أمثال السنهوري، ولامبير، ومباني هذا الفكر القانوني ترجع إلى العادات الفرنسية، والقانون الروماني . . . والمنطق القانوني يأبى ذلك على مستوى المضمون والصياغة، فأما على المستوى الأول فيما يخص الفكر الحنفي، إن المنطق القانوني يقتضي أن يكون القانون وليد البيئة الاجتماعية ومن ثم يجب أن يكون على وفق النسيج الاجتماعي الغالب، والفقه الحنفي ليس هو مما يألفه غالب المجتمع العراقي، والمنطق القانوني يقتضي الدراسة المقارنة بين مختلف المذاهب وانتقاء المذهب الأصلح الذي يتناسب والنسيج الاجتماعي الغالب، وأما الفكر الفرنسي فلم يألفه المجتمع العراقي جملة وتفصيلا. ومما لا ريب فيه أن الفكر القانوني الإسلامي أعمق وأسمى وأصلح مما في الفكر المذكور الذي يرجع إلى ثقافة الشعوب الغربية لاسيما الفرنسي . وأما على مستوى الصياغة ، فالمشرع استوردها من القوانين الغربية كالمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين السويسري . . والمنطق القانوني يقتضي أن يكون المضمون والصياغة كلاهما من البيئة نفسها وفي إطار ثقافة النسيج الاجتماعي الذي يراد تنظيمه ، لا ان يكون مشوها مرقعا في مادته وصياغته من هنا وهناك . هذا وقد قُسم البحث في هيكله وخطته العلمية إلى مبحثين: الأول في الأصول الفكرية للقانون المدني العراقي (الحنفي والفرنسي)، والثاني في مقتضيات المنطق القانوني (المضمون والصياغة) واستخدم الباحث من اجل ذلك 38 مصدرا علميا في بحثه.

الكلمات المفتاحية: الحنفي، المنطق القانوني، المضمون، الصياغة.

If we trace the historical roots of the Iraqi Civil Code and how it was drafted and who contributed to its drafting, we find that most of the content of its articles goes back either to Hanafi thought through considering the Majallat al-Ahkam al-Adliya as one of its sources. This Majalla took the jurisprudential rules from the book (al-Ashbah wa al-Naza'ir) by Ibn Nujaym al-Misri, and what is in the Majalla in general is taken from the books of Zahir al-Riwayah in the Hanafi school of thought. Consequently, it was influenced by the bearers of this thought, such as al-Shaibani, Abu Yusuf..., and the foundations and jurisprudence of this thought go back to opinion and analogy., or to French thought through its influence on Egyptian civil law, which was influenced by French civil law. Consequently, it was influenced and its content by the bearers of this thought, such as al-Sanhuri and Lambert. The foundations of this legal thought go back to French customs and Roman law egal logic rejects this at the level of content and formulation. As for the first level, with regard to Hanafi thought, legal logic requires that the law be a product of the social environment and therefore must be in accordance with the prevailing social fabric. Hanafi jurisprudence is not familiar to most Iraqi society, and legal logic requires a comparative study between the various schools of thought and the selection of the most appropriate school of thought that is compatible with the prevailing social fabric. As for French thought, Iraqi society is not familiar with it in its entirety or in detail. There is no doubt that Islamic legal thought is deeper, loftier and more appropriate than what is mentioned in the thought that goes back to the culture of Western peoples, especially the French.As for the level of formulation, the legislator imported it from Western laws such as the French-Italian project and the Swiss legislation... and legal logic requires that both the content and the formulation be from the same environment and within the framework of the culture of the social fabric that is to be regulated, and not be distorted and patched up in its substance and formulation from here and there.The research was divided in its structure and scientific plan into two sections: the first on the intellectual origins of Iraqi civil law (Hanafi and French), and the second on the requirements of legal logic (content and formulation). For this purpose, the researcher used 38 scientific sources in his research.

Keywords: Hanafi, legal logic, content, formulation.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0200155

المقدّمة

أولاً: أهمية البحث

تؤدي القوانين دورًا جوهريًا في تنظيم الحياة اليومية للمجتمعات ، إذ توفر الإطار القانوني الذي يحمي الحقوق ويوجه السلوكيات ، ومن بين هذه القوانين ، يبرز القانون المدني كواحد من الأسس المهمة التي تقوم عليها النظم القانونية. والقانون المدني العراقي ،كجزء من هذا السياق، يمثل مزيجًا من التأثيرات المذهبية والثقافية والتشريعية . التي شكلت أصوله الفكرية وكانت مصدرا لمادة مضمونه و صياغة نصوصه، والتدقيق والبحث في هذه الأصول وعرضها على المنطق القانوني يكون كاشفا عن أسس تشريعية ومدى صلاحيته للمجتمع الذي يحكمه ، ومن هنا تتجسد أهمية البحث في هذا القانون الذي يعد الشريعة الأم ، فإنه يؤدي دوراً حاسماً في تحقيق العدالة الاجتماعية وتنظيم التعاملات اليومية .

عن طريق هذا البحث ، نسعى إلى تقديم فهم أعمق للقانون المدني العراقي ودوره في بناء نظام قانوني عادل ومستقر، مما يسهم في تعزيز الثقة لدى الأفراد والمؤسسات في النظام القضائي العراقي.

ثانياً: أشكالية البحث

تكمن اشكالية البحث في محاولة الإجابة على مدى انسجام القانون المدني العراقي مع ما يقتضيه المنطق القانوني بناءً على الأصول الفكرية التي أثرت في تقنينه من حيث المضمون والصياغة ؟

فهل هو نتاج البيئة الاجتماعية العراقية أم أن هناك إرادات كانت تعتقد بايدلوجية معينة وبمنظومة فكرية تدين بها قننتها في هذا القانون ؟ بتعبير آخر ما هو وزن هذا القانون في ضوء مقتضيات المنطق القانوني؟

والمنطق القانوني يسعى إلى تحقيق العدل في تشريع القوانين ، فينبغي أن تؤدي الأحكام القانونية إلى نتائج عادلة لجميع المكلفين بامتثال القانون .

ثالثًا- اهداف البحث

يسعى البحث أن يبين ويلفت نظر المشرعين وأصحاب الاختصاص أن تقنين القانون المدني العراقي حين وُضع لم يكن بارادة نظرت إلى ما تقتضيه الأسس التي ينبغي أن يشرع في ضوءها القانون لكي يحقق المصلحة العامة للمجتمع العراقي. وأن هناك أُطروحات فكرية في تراثنا الحقوقي كان ينبغي أن تؤخذ بالحسبان حين تشريعه وهي يتطلبها القانون والفقه الموازن وتنسجم مع توجهات الأغلبية للشعب العراقي .

رابعًا: مناهج البحث

لقد اتبعنا المنهج التاريخي والوصفي والموازن في معالجة اشكالية البحث من أجل بيان مدى صلاحية هذا القانون – في ضوء المنطق– للمجتمع العراقي .

خامسًا: هيكلة البحث

أما هيكل وخطة البحث ، فقد قسمنا هذا البحث على مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول : الأصول الفكرية للقانون المدني العراقي ، وذلك في مطلبين عرضنا في الأول : الفكر الحنفي ، وفي الثاني : الفكر

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الفرنسي ، وتناولنا في المبحث الثاني مقتضيات المنطق القانوني ، وذلك في مطلبين ، تطرقنا إلى ما يقتضيه هذا المنطق في المطلب الأول : على مستوى المضمون ، و في المطلب الثاني : على مستوى الصياغة . وانتهى البحث بخاتمة ثبتنا فيها عدد من النتائج والمقترحات .

وفي نهاية هذه المقدمة أقول : لقد بذلت قصارى جهدي لإنجاز هذا الموضوع ولتقديم ما هو أفضل في مجال البحث العلمي ، ولكن الكمال لله وحده ، وما التوفيق إلا من عنده سبحانه وتعالى .

المبحث الأول
الأصول الفكرية للقانون المدني العراقي

عندما ينظر الباحث في الأحكام الموضوعية التي تضمنتها القواعد القانونية للتشريع المدني يجد بعضها هي انعكاس لأحكام الفقه الحنفي، ويجد في قسم آخر منها إنما هي انعكاس للأحكام القانونية الفرنسية ، على ما هو الغالب في هذا التشريع .

وهذان الفكران– اعني الحنفي والفرنسي– إنما غلبا على هذا التشريع لان مصادره الأساسية التي استمد منها هي مجلة الأحكام العدلية التي تعدّ تقنين للفقه الحنفي، والقانون المدني المصري، عن طريق تأثره بقانون نابليون الفرنسي .

وعليه فالأصول الفكرية لهذا التشريع ترجع بشكل مباشر، أو غير مباشر إلى الفكريين أعلاه، ولأجل أن نتتبع هذه الأصول وجذورها ومبانيها ، ونلفت النظر إلى كيفية تسربها إلى القانون المدني العراقي عبر حلقات زمنية وتاريخية . سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول : الفكر الحنفي ، وفي المطلب الثاني : الفكر الفرنسي .

المطلب الأول: الفكر الحنفي

يعدّ الفقه الحنفي من الأصول الفكرية الأساسية للقانون المدني العراقي الذي تجسد من خلال اتخاذ مجلة الأحكام العدلية مصدرا أساسيا لأخذ المواد القانونية منها. وهذه المجلة وضعتها الدولة العثمانية – عندما كان العراق تابعًا لها– التي تتبنى المذهب الحنفي رسميا ، فلما أرادت هذه الدولة أن تضع قانونا يحكم المعاملات المدنية عمدت إلى تقنين الفقه الحنفي في هذه المجلة ، فهي تعدّ بمثابة قانونا مدنيا لكل الدول التابعة لها ، ولما بدأت الدولة العثمانية بتأسيس المحاكم النظامية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر أصدرت أمرا بتأليف لجنة سميت(بجمعية المجلة) مؤلفة من سبعة أعضاء وكان من بينهم الفقيه الحنفي المعروف محمد علاء الدين بن عابدين[1] .

وقد أخذت المجلةُ القواعدَ الفقهية من كتاب (الأشباه والنظائر) لابن نُجيم المصري الذي يعدّ الفقه الحنفي أعظم اهتماماته درسا وافتاءً وتأليفا ، وهو من أشهر مؤلفات علماء الحنفية الفقهية وضعه المؤلف على غرار الإشباه والنظائر للعلامة تاج الدين السبكي ، وقد نال هذا الكتاب لدى الحنفية من الشهرة والقبول

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

ما لم ينله كتاب آخر، وأيضا أخذت المجلة من الحاشية على كتاب الدرر في شرح الغرر لابي محمد الخادمي في خاتمة كتاب مجامع الحقائق[2] .

وما في المجلة بوجه عام مأخوذ من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، وقد تأخذ برأي أبي يوسف أو براي محمد بن الحسن الشيباني ، ومن أقوال زفر والفقهاء المتأخرين في بعض المسائل . وكتب ظاهر الرواية هي الكتب الستة لمحمد بن الحسن الشيباني: المبسوط، الزيادات ، الجامع الصغير ، الجامع الكبير ، والسير الصغير، والسير الكبير ، وفي هذه الكتب قام الشيباني برواية فقه أبي حنيفة وأبي يوسف وأضاف إليها فروعًا أخرى ، وتعدّ هذه الكتب الستة عمدة المذهب الحنفي ويدور في فلكها ما جاء بعدها من مؤلفات المذهب . واختصر الحاكم الشهيد محمد بن محمد بن احمد المروزي كتب ظاهر الرواية المتقدمة في كتاب واحد اسماه الكافي ، قام بشرحه شمس الائمة السرخسي بكتاب أسماه المبسوط الذي يعدّ من أهم كتب الفقه الحنفي[3]

وبعد الفراغ من ترتيب المجلة تأسس المعهد الحقوقي في الأستانة وعُيّن بعض أعضاء الجمعية التي وضعت المجلة أساتذة في هذا المعهد، وبهذه الطريقة بث أعضاء الجمعية الفكر الذي تضمنته المجلة في المعهد المذكور[4]

وهذه المجلة بقيت معمولًا بها في العراق حتى بعد انهيار الدولة العثمانية وبقي الفكر الحنفي مهيمنا على المنظومة القانونية العراقية وإلى يومنا هذا، فعند إرادة وضع قانون مدني للعراق عام 1948على غرار ما في مصر قررت لجنة وضع لائحة هذا القانون أن تكون المجلة أساسا له وكلفت اللجنة الدكتور السنهوري إعداد لائحة له فوضع نموذجًا من أحكام عقد البيع مستمد من التقنينات الغربية ثم وضع وثيقة ثانية تشمل النصوص النهائية التي اقترح الأخذ بها وقد استخلصها من مقابلة النموذج بأحكام المجلة ونصوص كتاب مرشد الحيران[5] .

وكتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان هو الوثيقة الثانية التي غذت القانون المدني العراقي بالفكر الحنفي ، الذي ألفه محمد قدري باشا في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة يضم 941 مادة في المعاملات المالية ، وهذا هو التقنين الثاني للفقه الحنفي بعد المجلة[6] ، وقد قال الدكتور السنهوري : (. . . أستبقينا كمصدر أول من مصادر القانون العراقي الجديد نصوص المجلة بعد تهذيب أسعتنا فيه بنصوص مرشد الحيران . . .)[7] .

وهذا الفكر – أعني الحنفي– يعتمد في مبانيه الفقهية على الرأي والقياس، إذ من خصائص المذهب الحنفي انه يتوسع في القياس والاستحسان ، والحيل الفقهية ، وقد تلقى أبو حنيفة ذلك من ابن مسعود[8] .

المطلب الثاني: الفكر الفرنسي

تجسدت بصمات الفكر الفرنسي في القانون المدني العراقي عندما حاول واضعوا مشروع هذا القانون لاسيما الدكتور السنهوري الجمع فيه بين أحكام القانون المصري وأحكام المجلة فجاء هذا القانون ملفقا في معظمه من هذين الفكرين الحنفي والفرنسي ، وقد انتقل هذا الأخير إليه بتوسط القانون المدني المصري فضلا عن

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

التأثير المباشر لما يحمله السنهوري من ثقافة وفكر قانوني مشبع بالفكر الفرنسي فقد ترك بصماته الفرنسية على القانون المدني العراقي عندما قام بإعداد مشروعه[9] .

والقانون الفرنسي الذي تأثر به القانون العراقي ومن قبلُ المصري هو في الأصل يرجع إلى تلك العادات الفرنسية التي كانت تطبق في شمال فرنسا ، وإلى القانون الروماني الذي كان يطبق في جنوبها ، وما كان يصدر عن ملوكها من قوانين ، وما كان يصدر عن محاكمها من تنظيمات ، وما تلقته فرنسا كسائر الدول المسيحية من قوانين كنسية . وأرادت المجالس التشريعية– بعد ان نشبت الثورة الفرنسية ودعما للقومية الفرنسية – أن توحد هذا التشتت في القوانين فقدمت عدة مشاريع في ذلك ولكن لم تنجح إلى جاء القنصل الأول نابليون فكوّن مجموعة من أربعة أعضاء ليضعوا مشروعًا للتقنين المدني الفرنسي ، وبعد مخاض صدرت قوانين مستقلة بلغ عددها 36 قانونا ، ثم جمعت هذه القوانين بقانون واحد حمل اسم نابليون وصدر في 21 مارس 1804م[10] .

وبما أن القانون الروماني من المصادر الرئيسة للتقنين المدني الفرنسي ، فقانون نابليون اعتمد في جزء كبير على فقه الكاتب الفرنسي (بوتييه) الذي بحث وفسر قواعد القانون الروماني[11] .

وقد انتقل هذا الفكر الفرنسي الذي تضمنته نصوص تقنينه إلى مصر عن طريق المحامي الفرنسي ميسو مانوري الذي وضع قوانين المحاكم المختلطة التي أنشئت عام 1875م نقلًا من التقنينات الفرنسية ومن بينها القانون المدني ومن ثم جاء هذا القانون الصادرفي 28 يوليو 1875الذي كان معمولًا به أمام المحاكم المختلطة اقتباسًا من القانون المدني الفرنسي1804[12] .

وفي سنة 1880 عند إرادة تشكيل المحاكم الوطنية تألفت لجنة لوضع قوانين لها وكان من بين أعضاءها المحامي (موريوندو) الذي كان سابقًا قاضيًا في المحاكم المختلطة فهو الذي وضع القانون المدني لهذه المحاكم وقد قيدت هذه اللجنة بنقل قوانين المحاكم المختلطة نفسها ، وفي28 أكتوبر سنة 1883 صدر القانون المدني للعمل به أمام هذه المحاكم فهذا القانون لا يختلف عن سابقه فهو مقتبس من التقنين الفرنسي[13] ، وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ حول هذا القانون (. . . لولا التقنين الفرنسي اتخذناه أصلا يعتمد عليه وملاذا يرجع إليه لما استطاع تقنينا ان يعيش منفردا . . .)[14] .

إذن القانون المدني المصري الذي طبقته المحاكم المختلطة والوطنية أخذت كلها من التقنينات الفرنسية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ، فما تضمنه نصوص هذا القانون من فكر هو مادة القانونين المذكورين، وفي ضوء هذا الفكر نظم المصريون سلوكهم ومعاملاتهم .

وفي سنة 1938 بعد أن شعرت مصر بحاجة إلى تقنين مدني جديد ، صار الرأي على إسناد هذه المهمة إلى الدكتور السنهوري الذي كان قاضيا في المحاكم المختلطة والمسيو لامبير من رجال الفقه في فرنسا ، وقد

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

أنجزت هذه اللجنة مهمتها فوضعت مشروعا تمهيدا كاملا للقانون المدني الجديد تم طبعه عام 1942، وبعد مروره بعدة مناقشات وتعديلات، صدر القانون المدني الجديد في 16 يوليو1948[15] .

ولم يختلف الأمر في هذ القانون الجديد – في معظم مواده – عما كانت عليه القوانين السابقة، فالفكر الفرنسي متأصل فيه أيضا إذ من بين مصادره التي أخذت الصدارة القانون المدني الفرنسي 1804 وأيضا القانون المدني المصري المختلط والوطني اللذان يمثلان القانون المدني الفرنسي اصدق تمثيل ، وقد جاء في أعماله التحضيرية (ان الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي_ أي الوطني1883_)[16] .

فظل هذا القانون وفيا للتقنية الفرنسية إذ لم يتجرد عن الأصول الفكرية لما كانت عليه القوانين المدنية التي سبقته، ومفاهيم السنهوري الفرنسية وأستاذه لامبير انعكست على مصطلحاته ومضامينه وتبويبه . . ومن ثم كان من الملائم اللجوء إلى القانون المدني الفرنسي للاستلهام من أفكاره لدرجةأن النسخة الأصلية له حُررت باللغة الفرنسية[17] .

ويقول الدكتور السنهوري في شرحه لهذا القانون (. . نحن مدينون . . للفقه الأجنبي وبخاصة الفقه الفرنسي، فقد كان هذا الفقه التكئة التي عليها نرتكز والنور الذي به نهتدي ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم)[18] .

وهذا الفكر الفرنسي _ الذي كان الدكتور السنهوري مغمورًا بفيضه _ قد نقله إلى القانون المدني العراقي عندما جعل القانون المصري مصدرًا تاريخيًا له فضلًا عن مجلة الأحكام العدلية، فالسنهوري تعمق في دراسة القانون الغربي وأصوله الرومانية ونهل من منبع الثقافة الفرنسية ، وقد غذاه أستاذه لامبير فقه القانون الفرنسي في جامعة ليون ، وكان متعلقًا به بعلاقة وطيدة حتى أن اجتهادات السنهوري كانت تنشر في مجموعة لامبير القانونية الشهيرة في فرنسا ، فانعكس كل ذلك على القوانين التي كان السنهوري عضوًا، أو رئيسًا لمشروعها ومنها القانون المدني العراقي، ففي سنة 1935 لما أصبح السنهوري عميدًا لكلية الحقوق العراقية قام بإصلاح المناهج فيها وأصدر مجلة القضاء العراقي على أسس جديدة وأسهم في تحريرها وقام بإعداد مشروع القانون المدني العراقي، وكان يرى ضرورة اتخاذ قانون غربي أساسا لهذا المشروع كي ينسجم مع القوانين العراقية المأخوذة من القوانين الغربية كالقانون التجاري وقانون المرافعات ، ومن ثم فقد تابع القانونُ المدني العراقي القانونَ المدني المصري في الترتيب والتبويب متابعة تامة فضلًا عن مضمون نصوصه التي هي في النصف منه – على الأقل– واحدة في القانونين[19] . فالفكر الفرنسي اذن بتوسط القانون المدني المصري انتقل إلى القانون المدني العراقي فضلًا عن بصمات السنهوري الفكرية المباشرة لما يحمل من ثقافة وإعجاب بالفكر الفرنسي وقوانينه .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المبحث الثاني
مقتضيات المنطق القانوني

بعد أن عرفنا الأصول الفكرية للقانون المدني العراقي في المبحث الأول نأتي في هذا المبحث لبيان ما يقتضيه المنطق القانوني إزاء ذلك الفكر وما ينبغي أن يكون عليه القانون المدني العراقي في مادته ومضمونه اعني لأي فكر قانوني وثروة فقهية لها الأولوية بالرجوع إليها عند إرادة وضع، أو تقنين المعاملات المالية وما مسوغات ذلك لاسيما في المجتمع العراقي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ونظرًا للملازمة بين تقنين المضمون وصياغته التشريعية ، لابد أن نبين ما يقتضيه المنطق القانوني إزاء هذه الصياغة وبيان مدى صحة دعوى التفكيك بين المضمون والصياغة أي هل بالإمكان أن تكون الصياغة مقتبسة من تشريع والمضمون مأخوذ من مصدر آخر ، وهل ذلك مقبول في المنطق القانوني ومعايير الجودة التشريعية ؟

وعليه سنتناول في هذا المبحث مقتضيات المنطق القانوني ، ويكون بيان ذلك في مطلبين ، الأول : على مستوى المضمون ، والثاني : على مستوى الصياغة .

المطلب الأول: على مستوى المضمون

إنّ القانون – قبل أن تُعبر عنه السلطة بصورته الإلزامية – له مادة وفكر يكوّن مضمونه، ويستمد ذلك من حقائق الحياة الاجتماعية للمجتمع الذي سيحكمه ، وبهذا يرتفع أن يكون مجرد تحكم من السلطات التي تملك التعبير عنه ، ولو جاء مجافيًا لتلك الحقائق فلم يتحقق العدل المنشود منه ، وما يحمل المجتمع من عقيدة وأخلاق تعدّ في مقدمة حقائق الحياة الاجتماعية التي لها الأثر الكبير في تكوين القانون [20] .

فجوهر القانون أصوله الفكرية والواقعية التي تكوّن منها ، وتعدّ العوامل الدينية من تلك الأصول المؤثرة فيه وبموجبها تتحدد ملامح النظام القانوني ، فالدين وما يعتقدهُ المجتمع يحدد مضمون القانون لأن لذلك أكبر الأثر في تنظيم روابط المجتمع ، إذن فالمنطق القانوني يقضي أن يأخذ المشرع كل ذلك بالحسبان عند وضعه للقانون[21] .

والقانون إذا جاء في ضوء الايدلوجية التي يعتقد بها المجتمع سيؤدي ذلك إلى تكوين العقيدة القانونية التي تستلزم احترام وسيادة القانون ، وعلى هذ الأساس ليس من المنطق أن يحكم قانون في بلد ما وهو مستمد من إيحاءات ايدلوجية أخرى يعتقد بها مجتمع آخر[22] .

فمما لا خلاف فيه – وهو مقتضى المنطق القانوني– أن القانون وليد البيئة الاجتماعية، وينبغي أن يأتي على وفق النسيج الاجتماعي الغالب للمجتمع الذي يحكمه، فالفكر الحنفي الذي بموجبه صاغ، أو اقتبس المشرع العراقي القانون المدني الذي يعدّ أكثر القوانين التصاقا بحياة المجتمع ، هو مما لم يألفه غالب أفراد المجتمع العراقي ، ومن ثم لم يلبِ طموحاته لتمسكه بمذهب واحد ، و ليس بالضرورة هو الأصلح للمجتمع إذ في غيره من المذاهب لاسيما ما ينسجم واعتقاد الأغلبية فيه بناءً على أن القانون وليد البيئة التي شرع من أجلها كما تقدم ، وينبغي تكوين القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له[23] ، فالمنطق القانوني يقتضي الدراسة

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المقارنة بين مختلف المذاهب[24] وانتقاء المذهب الأصلح الذي يتناسب والنسيج الاجتماعي الغالب ، ويقتضي المنطق أن فقه من أحاط بمختلف الاتجاهات وبمختلف الناس أولى من الفقه الذي لا يعرف إلا اتجاها واحدا[25] وهذا يعني أن منهج هذا الاتجاه ومنهج هذه المدرسة التشريعية هو المنهج العلمي المقارن فمنهج القانون المقارن الذي يسعى الوصول إلى النظريات والأحكام الأصلح للحياة يجد تأصليه في هذا الاتجاه ومن ثم لابد من الرجوع إلى الأعلم حتى ولو في إطار الاختصاص الواحد .

ومما يؤيد ما تقدم فيما يخص نسيج المجتمع العراقي ، أنه لما صدرت مجلة الأحكام العدلية وكانت بمثابة القانون المدني للعراق ، وهي الكتاب المقرر تدريسه في معاهد الحقوق آنذاك ، اقبل طلاب الحقوق على المرجع الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء أن يكتب لهم بيانًا في تقنين الفقه الجعفري فقد املى الشيخ كتابا وبيّن ذلك على حسب مواد مجلة الأحكام العدلية اسماهُ تحرير المجلة وكان من غرضه في ذلك – على حد تعبيره– ان يستبين الوزن بين سائر فقه المذاهب الإسلامية وفقه المذهب الجعفري ، وما فيه من غزارة المادة ، وسعة الينبوع ، وكثرة الفروع ، وقوة المدارك ، ورصانة المباني ، وسمو المعاني ، ومطابقة العقل والعُرف في الأكثر، ومع بُعد النظر[26] .

ورغم أن العلامة السنهوري من الدعاة إلى الفقه المقارن ولكن لم نجد في كتبه التي قارن فيها بين التشريع الإسلامي والتشريع المدني ان يقارن أو يذكر ما تذهب إليه مدرسة الفقه الجعفري وخاصة في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي . ونعتقد أن المشرعين القانونين الأعلام لو بحثوا ودرسوا هذا الفقه لوجدوا ما يؤكد لهم ان التشريع الذي تذهب إليه هذه المدرسة قد سبق الفقه المدني في كثير من نظرياته الحديثة التي انتهت إليها التقنينات المدنية[27] .

ومما يقتضيه المنطق القانوني ان المدرسة الفقهية التي لم تغلق باب الاجتهاد إنها مدرسة متطورة لأنها تجد حلا لكل ما يُستحدث من مسائل ومشاكل في حين أن المدرسة التي انطوت على نفسها وغلقت باب الاجتهاد مدرسة جامدة ، ومن الطبيعي أن تلك المدرسة الأولى التي مضى على انفتاح باب الاجتهاد فيها أكثر من الف سنة تختزن تجارب وخبرات واسعة في الفقه والأصول[28]. ويشهد لها حتى الغربيون بان بقاء الاجتهاد مفتوحًا أمد الفقه بالحياة والنمو وصانه من التحجر والجمود[29] .

ومع ذ لك يأتي العلامة السنهوري ويقول :– وهو في مقام التكلُم عن تطور الشروط المقترنة بالعقد – (أن الفقه الإسلامي خطا خطوات واسعة في طرائق التطور وتطور في المذهب الحنفي نفسه وفي المذهب الشافعي ، وتطور أسرع في المذهبين المالكي والحنبلي)[30] .

فمن الغريب جدًا ! عقلية مثل عقلية السنهوري التي أطلعت على ما في القوانين الغربية من أحكام وتشريعات لاسيما الفرنسية وأطلع على المذاهب الأربعة وتطورها ، أنه يجهل أو لم يطلع على فقه الإمام جعفر بن محمد وتطوره ، واعتقد لو اطلع عليه وعلى مراحل تطوره لوجد فيه اعظم النظريات القانونية والفقهية التي

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

حررها ونظّرها أمثال الشيخ الأنصاري صاحب المكاسب وغيره من الفقهاء ، ومع التزام الموضوعية العلمية ، لآثر عقل السنهوري ذلك على ما في المذاهب الفقهية الأخرى .

ومن ثم إن من خصائص المدرسة التي استمد منها القانون المدني أحكامه أنها تعتمد في التوصل لتلك الأحكام على القياس ، وهو يندرج تحت الرأي ، في حين أن من خصائص مدرسة الفقه الجعفري تعتمد على النص ، فلا قياس ولا استحسان يُعتمد عليه ، ولا استصلاح ولا إجماع ، لان مرد هذه جميعا إلى الاجتهاد المبني على الحدس والظن ، ومدركه استنباط العلل والمصالح في حين علل التشريع لا تدرك إلا عن طريق المشرع .(31)

وفي ضوء ما تقدم فإذا كان المنطق القانوني يقتضي الاعتماد على غير هذا الأصل الفكري الأول أو أن الأولوية ينبغي أن تكون للمدرسة الفكرية التي يألفها النسيج الاجتماعي الغالب الذي شُرع فيه القانون المدني العراقي ، وأن المنهج العلمي والموضوعي يقتضي الموازنة بين كل ما تذهب إليه المدراس الفقهية لانتخاب ما هو الأصلح قانونا للمجتمع ، فاذا كانت كل هذه الإشكالات المنطقية في نطاق الفكر الحنفي – وهو قد يألفه جزء من المجتمع العراقي– فمن باب أولى يأتي كل ذلك على الفكر الفرنسي الذي لم يألفه المجتمع جملة وتفصيلا . وانه لاشك ولا ريبَ ما في التراث القانوني للفقه الإسلامي ما هو أعمق واسمى وأصلح مما في الفكر المذكور الذي يرجع إلى القانون الروماني وإلى عادات وثقافة الشعوب الغربية لاسيما الفرنسية .

المطلب الثاني: على مستوى الصياغة

يقتضي المنطق القانوني– لكي يكون القانون صالحًا للتطبيق– لابد من إخراج المضمون الفكري إلى حيز العمل وذلك عن طريق الصياغة التي تكشف لنا محتوى وحدود ذلك المضمون ، فالصياغة القانونية هي اللسان الناطق بجوهر النص القانوني ، فلكي يكون لمادة ومضمون القانون الأثر الفعال لابد من تمتد إليه يد الصياغة ، التي تعدّ الوسيلة اللازمة لتحويل القيم التي تمثل جواهر أو مضامين مكونة لمواد القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل ، وحتى يتحقق ما يسعى إليه القانون من امتثال المكلفين له والنظام في المجتمع لابد أن يأتي التعبير عن مضمونه بصياغة دقيقة واضحة ، فالألفاظ المستعملة في الصياغة لابد أن تكون واضحة مع دقتها ودلالتها الوافية في المقصود منها ، فالمشرع يفرغ إرادته وقصده في ألفاظ النص القانوني فينبغي أن تكون على درجة عالية من الوضوح دفعًا للتأويل المخالف للقصد، أو الخارج عن مقتضاه ، وهذا سيؤدي إلى سهولة فهم القانون لدى المخاطبين ومن ثم سهولة تطبيقه ومعرفة ما لهم وما عليهم من حقوق وواجبات واستقرار مراكزهم القانونية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يُجنب القضاء من اللجوء إلى التفسيرات والتأويلات المختلفة لنصوص القانون التي قد تؤدي إلى اختلاف أحكام القضاء في القضايا المتشابهة ، وكل ذلك من شأنه أن يُحقق الأمن القانوني في المجتمع ، لذا فالصياغة تحتاج إلى صائغ لديه خبرات علمية وعملية واسعة حتى يحسن القيام بهذه المهمة ، فالصياغة ليست مجرد عناية بالشكل والبناء اللفظي للعبارة أو الجملة ـ

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

مع التسليم بأهمية ذلك ـ إنما يتجاوز في الحقيقة ذلك المعنى الظاهر لتغوص في أغوار الفكرة أو أعماق الرؤية المراد التعبير عنها لمعرفة مضمونها وحدودها حتى يتسنى للصائغ الكشف عنها في ألفاظ معبرة بكل دقة ووضوح ، فلابد للصائغ أن يكون ملمًا عارفًا بطرائق التعبير عن القيم القانونية التي يصبها المشرع في النصوص القانونية وكلما كان ملمًا بلغة القانون وألفاظها كان أكثر قدرة على إيصال المعنى الذي يريد الوصول إليه وإيصاله إلى المخاطبين به[32] .

هذا واذا رجعنا إلى صياغة القانون المدني العراقي نجد أن هذه الصياغة مستوردة من القوانين الغربية لأن المشرع العراقي اقتبس المضمون والصياغة من المشرع المصري إذ جاء في الأعمال التحضيرية (أن المشروع – يعني مشروع القانون المدني المصري النافذ– استمد من التقنينات الأجنبية الصياغة التشريعية)[33] ، فكلا القانونين المصري والعراقي ترجع صياغة تشريعهما المدني إلى التقنينات الغربية كالمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين السويسري والتقنين الألماني والبولوني[34] .

وكان السنهوري يرى أن التقنين العراقي يستفيد فائدة جليلة في الصياغة التشريعية إذا سار في طريق التقنين السويسري والبولوني وجارها في حسن الصياغة ودقة تعبيرها[35] .

في حين يرى الدكتور عبد المجيد الحكيم أنه عدم الضير بأخذ التبويب من الفقه الغربي[36] ، والتبويب غير الصياغة ، فالقواعد الموضوعية وصياغة مضمونها غير مسألة التبويب ، فهذا الأخير يراد به تحديد القسم أو الحيز الذي يشغل الاقتراح المتعلق بالمادة القانونية[37]

فمن الملفت للنظر أن نستجدي الصياغة القانونية لمضمون الفكر القانوني لدينا، وكيف تكون استيراد الصياغة من تشريع واختيار الأحكام القانونية من تشريع آخر فهناك ملازمة بين مصادر مادة ومضمون القواعد القانونية وبين اللغة والصياغة التي يراد التعبير بها عن ذلك ، فلابد ان تكون اللغة والمصطلحات قد نشأت في البيئة نفسها التي نشأ فيها المضمون .

فالقانون الفرنسي صياغته متصلة بمضمونه الروماني ومصادره الأخرى التي استمد منها الأحكام القانونية، في حين للفقه الإسلامي لغته ومصطلحاته التي تودي معنى الأحكام الشرعية والقانونية بحسب المصادر التي استمد منها ذلك، فالتفكيك بين الصياغة والمضمون تكاد تكون عسيرة .

ومادام القانون المدني العراقي ينبغي أن يكون وليد البيئة التي يطبق فيها –كما ذكرنا– اذن يجب عندما نريد ان نصوغ هذا القانون ان لا نستجدي صياغة له من قانون آخر وإنما علينا ان نعبر ونصوغ ذلك في إطار المضمون الفقهي والقانوني الذي نريد منه ان يحكم سلوك المجتمع .

فالمنطق القانوني يأبى التفكيك بين الصياغة والمضمون أي استيراد الصياغة من تشريع ووضع المضمون من تشريع آخر.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

واذا كان الحال كذلك لماذا لا نرجع إلى تراثنا بدلا من التمجيد بصياغة القانون المدني السويسري مثلا وفي تراثنا ما هو اسمى من تلك الصياغة لاسيما في اطار مدرسة الفقه الجعفري لخصوصية سبق فقهاء هذه المدرسة بكتابة الرسائل العملية التي هي في صياغتها اقرب إلى تقنين الفقه الإسلامي فهي مصاغة صياغة قانونية محكمة ومرتبة على شكل مسائل كترتيب التشريعات الوضعية على شكل مواد وانها قابلة للامتثال من المكلفين لان أريد بهذه الرسائل ان تكون منهج عمل للمكلف ، وقد امتازت بالدقة في تعبيرها والإيجاز في عبارتها[38] .

وان المصطلحات واللغة التي يصوغ بها الفقيه المسائل في هذه الرسائل هي نشأت في البيئة نفسها التي كان المضمون الفقهي فيها محل الدراسة والاجتهاد .

ومن الغريب لم اجد أحدا من رجال القانون أمثال العلامة السنهوري حين يتعرض إلى مسالة التقنين وصياغة النصوص ان يتعرض ـ ولو على نحو الإشارة ـ إلى هذه الرسائل العملية وصياغتها لدى فقهاء المدرسة الجعفرية وإنما يركزون فقط على ما لدى الثقافة الغربية كالقانون السويسري والمشروع الإيطالي الفرنسي ونحو ذلك .

ومما هو جدير بالذكر ، السبق الذي سجله الشيخ كاشف الغطاء في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية على ما دونه في الجزء الأخير من تحرير المجلة ـ وقد خلت منه هذه الأخيرة ـ فجعلها محبوكة ضمن اطار تشريع يمتاز بالصيغة الرسمية المكتِسبة قابلية الحسم في القضايا المطروحة , وكان ذلك أملا يتطلع إليه رواد التشريع والتقنين آنذاك ، وبهذا سد الفراغ التشريعي القانوني ووضع بين يدي العلماء عموما والقضاة خصوصا نصوصا شرعية مقننة واستوفي الغرض الذي توخاه المشرع الأعظم[39] .

ومن الضرورة بمكان عندما نريد أن نضع مشروعا للقانون المدني في البلاد العربية ينبغي ان تكون الصياغة له في الأصل بهذه اللغة العظيمة ـ اعني اللغة العربية ـ لا ان يوضع بلغة اجنبيه ثم نأتي ونترجم تلك اللغة إلى العربية ، ومهما أوتي المترجم من دقة لكن تبقى هذه الترجمة قاصرة في أداء المطلوب اذا ما قورنت باللفظ الأصلي الذي تضمن المعنى القانوني من دون ترجمة .

وقد راينا ما يجب ان يكون عليه الصائغ القانوني من الخبرة العلمية والعملية ، ولكن مهما قيل عن علومه ، لا نجد لديه ما لدى الفقيه الذي يتصدى لعملية استنباط الأحكام الشرعية وصياغتها على شكل فتوى قابلة للتطبيق من علوم يجب ان يلم بها .

ولهذا نجد لغة ومصطلحات صياغة الفتوى في الرسائل العملية محكمة ، فكل لفظة تودي المعنى المطلوب الذي يريد الفقيه إيصاله إلى المكلفين وهو حذر كل الحذر في ذلك لان أي خلل في الصياغة سيؤدي إلى خلل في مضمون الحكم الفقهي وهذه مسؤولية كبرى يشعر بها الفقيه في صياغة الأحكام الشرعية .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0200155

إذن المنطق القانوني يقتضي منا ونحن نريد أن نضع قانونا مدنيا لبلدنا يناسب النسيج الاجتماعي الغالب أن يكون هذا القانون مضمونا وصياغة من بيئة واحدة وفي إطار ثقافة واحدة لا ان يكون مشوها مرقعا في مادته وصياغته من هنا وهناك ، فالمنطق يفرض علينا لكي نصل إلى جودة التشريع ان تكون يد صياغته تتناسب ومصادر مادته ومضمونه .

الخاتمة

في ختام البحث نثبت عدد من النتائج والمقترحات :

أولا- النتائج

1- جاء القانون المدني العراقي مشوهًا مرقعًا من هنا وهناك في نصوصه ، فتارة تقرأ فيهأاثر ابن عابدين ، وابن نجيم المصري ، والخادمي ، وأبي يوسف ، والشيباني ، وزفر، والسرخسي ، ومحمد قدري باشا ، حاملي الفكر الحنفي ، وتارة تقرا فيه اثر السنهوري ، وبوتييه ، وميسو مانوري ، وموريوندو ، والمسيو لامبير ، حاملي الفكر الفرنسي ، ومن هذا الخليط من الأفكار فهو يرجع في مبناه إلى الرأي والقياس والاستحسان والحيل الفقهية ، والعادات الفرنسية والقانون الروماني والقوانين الملكية الفرنسية وتنظيمات المحاكم الفرنسية والقانون الكنسي . وعلى هذا الأساس ليس من المنطق أن يحكم قانون في مجتمع ما وهو مستمد من إيحاءات ايدلوجية أخرى يعتقد بها مجتمع آخر.

2- هيمنة الفكر الحنفي والفرنسي على المنظومة الفكرية للقانون المدني العراقي تتنافى ومتطلبات المنطق القانوني لانه جاء على خلاف طبيعة النسيج الاجتماعي الغالب للمجتمع العراقي ، فالمنطق يقضي ان القانون وليد البيئة الاجتماعية التي شُرع من أجلها .

3- المنهج العلمي الموازن الذي يهدف الوصول إلى النظريات والأحكام الأصلح للحياة يجد تأصليه لدى الإمام جعفر بن محمد .

4- حلول المسائل القانونية المستحدثة نجدها في مدرسة الفقه الجعفري لكون الاجتهاد العلمي الرصين لم يُغلق فيها .

5- دعوى التفكيك بين مصدر مضمون القانون ومصدر صياغته يأباها المنطق القانوني .

6- الرسائل العملية لدى فقهاء المدرسة الجعفرية أنموذجا للصياغة القانونية والفقهية الرصينة فضلا عن كونها اقرب إلى تقنين الفقه الإسلامي .

ثانيا- المقترحات

1- نقترح تشكيل لجنة من كبار فقهاء القانون وفقها الشريعة لوضع مشروع جديد للقانون المدني العراقي يأخذ النسيج الاجتماعي الغالب لهذا المجتمع بنظر الاعتبار مع احترام بقية التشكيلات الاجتماعية التي يتكون منها المجتمع العراقي وانتقاء الأحكام القانونية الأصلح للعراقيين في ضوء متطلبات المنطق القانوني .

2- قيام فقهاء القانون المدني العراقيين بطرح مشاريع ولو جزئية في اصلاح النظام القانوني للتشريع المدني .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

3- إدخال مادة الفقه الموازن في الدراسات القانونية .

4- عمل ورش بحثية يسلط فيها الضوء على تعليقات فقهاء الشريعة الإسلاميةعلى المتون القانونية والمقاربة بين المنهج الفقهي والمنهج القانوني .

5- تدريس مادة المنطق القانوني بشكل معمق في الدراسات العليا .

المصادر والمراجع:

(1) د. السنهوري ، القانون المدني العربي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، عدد خاص ، ج1 ، 1992 ، ص488 – محمد سعيد المحاسني ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، مطبعة الترقي ، دمشق ،1927م ، ص4– الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج1 ، ط2، تحقيق محمد الساعدي ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، 2011م ، ص 5 .

(2) ابن نُجيم المصري، الأشباه والنظائر ، تحقيق محمد مصنع حافظ ، دار الفكر ، دمشق ، 1983 ص5- احمد بن محمد نصر الدين النقيب ، المذهب الحنفي (مراحله وطبقاته ومصطلحاته ، خصائصه ، ومؤلفاته) ، ط1، مكتبة الرشيد ، الرياض ، 2001، ص679-681 - الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، المصدر نفسه ، ص27-28.

(3) محمد سعيد المحاسني ، المصدر السابق ، ص6 - احمد بن محمد نصر الدين النقيب ، المصدر السابق ، ص112-113 و ص 518-519 – الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، المصدر السابق ص27-28 .

(4) محمد حسن البغا ، التقنين في مجلة الأحكام العدلية ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 25، العدد 2 ، 2009 ، ص750 - محمد سعيد المحاسني ، المصدر نفسه ، ص6 .

(5) د. السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، عدد خاص ، ج1 ، 1992 ، هامش (1) ص317 - د. السنهوري ، كتاب مرفوع إلى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدني العراقي ، منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، عدد خاص ، ج1 ، 1992 ، ص266-267 .

(6) محمد قدري باشا ، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان ، ط1 ، المكتبة المصرية ، مصر ، 1338هـ ، ص2 وما بعدها - هدى جميل ثامر ، الزرع القانوني في القانون المقارن (التمويل الإسلامي في القانون المدني الفرنسي أنموذجا) رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الكوفة ، 2020 م ، ص59- احمد بن محمد نصر الدين النقيب ، مصدر سابق ، ص156 .

(7) د. السنهوري ، القانون المدني العربي ، مصدر سابق ، ص498 .

(8) احمد بن محمد نصر الدين النقيب ، مصدر سابق ، ص90 و ص400-414 .

(9) خدوجة علي موسى ، الطابع العالمي للتقنين الفرنسي واثره على القوانين العربية ، بحث منشور في حوليات جامعة الجزائر ، مجلد 35 العدد الخاص 2021 ص72-75- هدى جميل ثامر، مصدر سابق، ص59 .

(10) د. السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة ، مصدر سابق ، ص274-276 .

- يلاحظ ان التقنين المدني الفرنسي صدر بثلاث طبعات رسمية :الأولى 1804 تحمل اسم التقنين المدني ، والثانية 1812 تحمل اسم تقنين نابليون ، والثالثة 1816تحمل اسم التقنين المدني ، ثم صدر مرسوم في سنة 1852 أعيدت بموجبه تسميته بتقنين نابليون . المصدر نفسه ، ص277 .

(11) هدى جميل ثامر ، مصدر سابق ، ص69 .

- هناك راي يذهب إلى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي ، والقائلون به يستدلون على ذلك بان الحملة الفرنسية على مصر- حملة نابليون ترجمت أمهات مراجع الفقه المالكي وعلى رأسها مختصر الخليل بن يعقوب المالكي وشروحاته وقد وجد تشابه كبير بينه وبين القانون المدني الفرنسي لذا يعتقدون ان هذا الاخير اخذ بعض احكامه من مالك، انظر: سيد عبد الله علي حسين ،المقارنات التشريعية ، ط1، دار السلام ، القاهرة ، 2001 م ، ص50 وص60 – بن خدة حمزة ، اثر الفقه المالكي في القانون الفرنسي- العقد أنموذجا- أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2016-2017 ص10 و ص 17 .

(12) د. فايز محمد حسين ، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية ، بحث منشور في مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ، العدد الثاني 2014 ، ص17 - د. السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة ، مصدر سابق ، ص280- مجموعة الأعمال التحضيرية ، القانون المدني ،ج1، الحكومة المصرية ، وزارة العدل ، مطبعة دار الكتاب العربي ، مصر، بلا سنة نشر ، ص142 .

(13) د. السنهوري ، المصدر نفسه ،ص280-282- خدوجة علي موسى ، مصدر سابق ، ص70-71 . مجموعة الأعمال التحضيرية ، المصدر نفسه ، ص143.

(14) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المصدر نفسه ، ص150.

(15) المصدر نفسه ، ص7 .

(16) مجموعة الأعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، ص162 - د. محمد حنون جعفر ، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في ضوء الأسس التي قام عليها ، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ، العدد 7 مجلد1 ، 2022 ، ص39-40.

(17) خدوجة علي موسى ، مصدر سابق ، ص71-72 .

(18) د. السنهوري ، الوسيط ، ج1، دار أحياء التراث ، بيروت ، بلا سنة نشر، ص .

(19) د. نور سعدي عيسى ، عبد الرزاق السنهوري ودوره الفكري في مصر ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد 64 العدد 2 ك1 2023 ، ص240-245- د. السنهوري ، القانون المدني العربي ، مصدر سابق ص499-500 – د. محمد حنون جعفر ، المصدر السابق ، ص35 .

(20) د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط5 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974 ، ص 95 و ص157.

(21) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، 2005ص68- 69. د. حسن علي ذنون ، فلسفة القانون ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر ، ص235 .

(22) د. إسماعيل نامق حسين ، العقيدة القانونية ومدى مساهمتها في تحقيق سيادة القانون ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة الثامنة ، العدد (1) ، العدد التسلسلي 229 ، رجب- شعبان 1441هـ ، مارس 2020 ، ص 456- 457 .

(23) د. السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة ، مصدر سابق ، ص269 وهامش (1) ص317 . يقول العلامة السنهوري : (ان خير قانون يوضع لبلد هو القانون الذي يألفه هذا البلد ويتفق مع مزاجه) - خدوجة علي موسى ، مصدر سابق ، ص66 . بلقيس عبد الله سلمان ، القانون المدني العراقي ، الواقع والمستقبل ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الكوفة ، 2023 ص4 . أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص73 .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

(24) يقول أستاذنا د. آدم وهيب النداوي : (والحقيقة ان ما قيل عن اقتباس القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي حقيقة غير صحيحة علميا ، فالقانون المدني العراقي اقتبس بعض الأحكام من حواشي المذهب الحنفي ، القانون المدني اذن لم يأخذ من الفقه الإسلامي في مدارسه الفكرية الواسعة الرحبة) انظر : اشتراكه في الندوة القانونية بعنوان (طاولة مستديرة حول قانون إصلاح النظام القانوني المنشورة في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني، السنة الثالثة ، بغداد ، 1977، ص386 .

(25) وهذا ما شهد به إمام الفكر الحنفي عندما وجه جملة من الأسئلة إلى إمام الفكر الجعفري بمحضر المنصور العباسي فقال : (أعلم الناس اعلمهم باختلاف الناس) ؛ لان كان الإمام في معرض الإجابة قد بيّن مختلف الاتجاهات في المسالة الفقهية الواحدة. انظر : محمد أبو زهرة ، الإمام الصادق ، بلا ناشر ، ص3. يقول أبو زهرة : (درس الإمام الصادق كل ما ظهر في عصره من علوم وكان له في الفقه القدح المعلى والمكان المرموق وكان في علم الإسلام كله الإمام الذي يرجع إليه وقوله في المشاكل التي أثارها أعداء الإسلام حوله هو الفصل وهو الفارق بين الحق والباطل) .

(26) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، ص109-110 .

(27) د. السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص49 . يقول السنهوري ويدعو إلى: (عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها ، ولا محل للوقوف عند ارجح الأقوال من مذهب الحنفية بل ولا التقيد بالمذهب الحنفي في جملته ، ولعلنا نذهب إلى مدى ابعد فنقول انه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة فهناك مذاهب أخرى كمذهب الزيدية ومذهب الأمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد) . هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ،دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1996، ص37 .

(28) المصدر نفسه ، ص6.

(29) كالمستشرق المجري (جولد تسهير) انظر: هاشم معروف الحسني ، تاريخ الفقه الجعفري ، دار الكتاب الإسلامي ، ط1 ، 1411ه ، ص9-10.

(30) د. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج3 ، معهد الدراسات العربية العالية ، بلا مكان نشر، 1956، ص167-168.

(31) د. عبد الهادي الفضلي وآخرون ، المذاهب الإسلامية الخمسة (تاريخ وتوثيق) ، ط1 ، مركز الغدير للدراسات الإسلامية ، بيروت ، 1998 ص17. هاشم معروف الحسني ، المبادئ العامة للفقه الجعفري ، ط2، دار القلم ، بيروت ، 1978، ص67-68 .

(32) د. خالد جمال احمد ، مبادئ الصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة القانونية الصادرة عن هيئة التشريع والراي القانوني في البحرين بالاشتراك مع جامعة البحرين ، العدد4 لسنة 2015 ص19-21 . د. محمد مهدي لخضر بن ناصر ، آليات صياغة المادة القانونية الفقهية ، بحث منشور في مجلة الإحياء الصادرة عن كلية العلوم الإسلامية في جامعة باتنة1 – الجزائر، المجلد: 18 ، العدد: 21 ، جوان 2018 ، ص190 . احمد حسن كاظم ، مبدأ وضوح القانون ، بحث مقدم إلى مجلة مراس الصادرة عن جامعة وارث الأنبياء- العراق ، السنة الثانية ، العدد الثاني ، نيسان 2022 ، ص165-168. خنفر محمد و بن الشيخ إسماعيل ، جودة الصياغة التشريعية ودورها في تحقيق الأمن القانوني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة قاصدي مرباح ورقلة- الجزائر، عام 2021- 2022 ، ص8-11.سلام عبد الزهرة الفتلاوي و آمنة فارس حامد ، المعايير العامة للصياغة التشريعية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، الصادرة عن كلية القانون – جامعة بابل ، العدد الرابع ، السنة التاسعة ، 2017 ، ص93-95 .

GENY (François), Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Tome 2, Op.cit., n° 176, P.421-422

نقلا عن : نهير عادل عز الدين ،المدرسة العلمية في التفسير ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة المنوفية- مصر، المجلد 58، عدد3 ، أكتوبر 2023، ص49 .

(33) مجموعة الأعمال التحضيرية ، مصدر سابق ، هامش (1) ص18 .

(34) د. فايز محمد حسين ، مصدر سابق ، هامش (24) ص27 .

(35) د. السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي وحركة التقنين في العصور الحديثة ، مصدر سابق ، ص316-317 .

(36) بلقيس عبد الله سلمان ، مصدر سابق ، ص98 .

(37) محمد مهدي لخضر بن ناصر ، مصدر سابق ، ص188.

(38) السيد محمد باقر الصدر ، الفتاوى الواضحة ، ج1، ط1، مركز الأبحاث والدراسات التخصيصية للشهيد الصدر ، بلا مكان نشر ، 1422ه ، ص107

- لقد تطور الفقه الفتوائي - ككتاب الشرائع للمحقق الحلي وكتاب تبصرة المتعلمين للعلامة الحلي - إلى تصنيف الرسائل العملية حتى وصلت إلى ارقى المستويات – أنظر : صلاح مهدي عبدالرزاق ، منهج البحث في الكتب الفقهية عند الامامية (الرسائل العملية أنموذجا) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الفقه – جامعة الكوفة ، 2018 ص36-37 . وكتاب شرايع الإسلام يعتبراهم كتب المتون في الفقه الإمامي وأكثرها فروعا وأدقها منهجة وقد ترجم هذ الكتاب إلى الفرنسية والروسية كما جاء في دائرة المعارف الإسلامية وغيرها من اللغات - أنظر : مقدمة كتاب شرايع الإسلام ، للمحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (602 ه – 676 ه) ، ج1 ، ط1 ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1969م .

(39) الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، ص42-43 .

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0