

الكتاب السادس والعشرون

سلسلة إحياء تراث فكر الشيخ
محمد تقي الدين بن إبراهيم النبهاني

نقض القانون المدني

عن الطبعة الأولى

القدس

١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م

بسم الله الرحمن الرحيم

نقض القانون المدني

للشيخ

محمد تقي الدين بن إبراهيم النبهاني

هذه الكلمة أللقاها النائب أحمد الداعور نائب منطقة طولكرم في مجلس النواب الأردني وناقش فيها القانون المدني، وذلك بتاريخ ٣٠ من جادي الأولى ١٣٧٤ هـ، الموافق ٢٤ من كانون الثاني (يناير) ١٩٥٥ م. وقد نشرت هذه الكلمة في محضر مجلس النواب الأردني في الجريدة الرسمية، العدد ٥٥ المؤرخ في ٢ من شهر جادي الآخرة ١٣٧٤ هـ، الموافق ١٥ شباط ١٩٥٥ م. وهذه الكلمة هي مناقشة للقانون المدني من حيث هو، ولذلك تشمل القانون المدني المصري والسورى والفرنسى والألمانى، ونوقشت نظرية الالتزام من حيث هي والقانون المدني من حيث هو، فهي نقض للقانون المدني.

(ثم وُرِّعَت على الشعب الأردني نشرة. والكلمة من إعداد الشيخ تقي الدين النبهاني).

بسم الله الرحمن الرحيم

معالي رئيس مجلس النواب :

حضرات النواب

قدمت الحكومة لهذا المجلس الموقر مشروع القانون المدني، وإنني أتقدم إليكم بالدراسة التالية لهذا المشروع.

تعلمون- يا حضرات النواب- أننا في حالة من قانون ولسنا في حالة قراءة قانون، أي نحن في حالة تشريع لا في حالة قضاء، وإذا كان القاضي لا يستغى عن الرجوع إلى الفقه، الذي هو مصدر القانون، ليفهم به القانون، فإنه يتحتم على المشرع للقانون أن يرجع إلى الفقه الذي استمد القانون منه، حتى يكون سنه للقانون عن هدى وبيته. فإذا وجد هذا الفقه- وهو أصل القانون- فاسدا، تتحتم عليه رد القانون لفساد أصله، ولذلك أجد لزاماً علينا، ونحن في حالة تشريعية، أي في حالة سن القانون- أن نرجع إلى المصادر التي استمد القانون أحکامه منها، وأن نرجع إلى الفقه بشكل عام، ولهذا سأتحدث عن هذا القانون، حديثاً تشريعياً، وهذا يتحتم الرجوع إلى الفقه الذي استمد منه القانون ليتبين الوجه الحقيقى للقانون، وأود أن أشير إلى أن حديثي عن الناحية الفقهية للقانون، ليس حديثاً تعليمياً، ولا حديثاً مدرسيأ، وإنما هو حديث قانوني، حديث يتعلق بأغراض النصوص

التشريعية التي انتقلت إلى مشروع قانون، حتى تنتهي من دور التشريع، وتتسن قانوناً. ولذلك أجذني مضطراً لأن أتكلم في عدة نقاط، منها ما يتعلق بالمشروع نفسه، ومنها ما يتعلق بعاصداته، ومنها ما يتعلق بالنظرة التي يقوم عليها، ومنها ما يتعلق بالأصل الفقهي للقوانين المدنية، ومنها ما يتعلق بالشريعة الإسلامية.

١- المشروع المقدم :

يتبيّن من هذا المشروع، أن فيه عدة عيوب شكلية و موضوعية، و تبرز فيه على الأخص العيوب الآتية:

أ- إن إطلاق اسم (القانون المدني) على هذا القانون إطلاق خاطئ، لأنه قانون ينظم علاقات الناس، وهو قانون معاملات، وليس هناك أي صلة بين لفظ المدني والمعاملات، فوصف القانون بأنه مدني، وصف غير منطبق على حقيقته، لأن حقيقته أنه ينظم علاقات الناس، وهذه معاملات، ولا صلة للقانون بالمدنية مهما أريد بها من معانٍ. فإن أريد بالمدنية الرقي (ضد التأخر)، فالقانون يوصف بأنه ينظم العلاقات، وبأنه قانون معاملات، وقد يكون راقياً وقد يكون غير راق، فالقانون الفرنسي الذي وضع في أيام نابليون قد ظهر للفرنسيين فساده وتأخره، ووضع بدله قانون مدني جديد، ومع ذلك لا يزال يسمى القانون المدني، والقانون الروماني ظهر فساد نظرياته، ومع ذلك لا يزال يقال عنه القانون المدني، وليس المراد من وصف القانون بالمدني، بيان كونه راقياً أو غير راق، بل المراد بيان حقيقته بأنه وضع

لينظم المعاملات، ولذلك لا علاقة مطلقاً بين المدنية وبين المعاملات. وإن أريد بالمدنية النسبة إلى المدينة، فالقانون لم يوضع للمدينة فقط، وإنما وضع للمدينة والقرية ومضارب البدو، فتخصيصه بالمدينة لا وجه له مطلقاً. وإن أريد بالمدنية الأشكال المادية المحسوسة، فهي عالمية، وهي ليست المُنظمة للعلاقات، فلا علاقة للقانون بالأشكال والصناعات، وعليه فلا وجه لتسمية القانون بالقانون المدني، ولا لوصفه بأنه مدني، بل هو قانون المعاملات.

ب- إن هذا القانون لم يشمل قانون الأسرة، كالزواج والطلاق، وتركه لقانون آخر، أطلق عليه قانون الأحوال الشخصية، مع أن علاقات الناس يدخل في صميمها الزواج والطلاق ولذلك لا وجه لعدم ذكره لها، ولا وجه لفصلها عنه، لأنها علاقات وليس أحوال شخصية، ومع ذلك فإن هذا القانون ذكر بعض أحكام الأسرة باعتبارها معاملات، مع أنها من أحكام الأسرة، فذكر أحكام الصغير. وتعرض لأحكام الوصية، وفصل تصفية التراثات، وبذلك يكون قد جزاً لأحكام الأسرة، فجعل قسماً منها في قانون منفرد، أطلق عليه اسم الأحوال الشخصية، وترك لمحاكم طائفية، وجعل قسماً منها جزءاً آخر أطلق عليه اسم القانون المدني، وترك لمحاكم نظامية، وترك أحكام الأسرة مجزأة، يجعل المعاملات مجزأة والمعاملات كلها واحدة، من أحكام الزواج، إلى أحكام البيع، ومن أحكام الطلاق، إلى أحكام الإجارة، ويجب أن تدرج تحت قانون واحد.

ج- خلط هذا القانون بين المواد التي تكون في المعاملات وبين المواد

التي تكون في أصول المحاكمات، وبين المواد التي تكون في قانون البيانات، فمثلاً نجد في هذا القانون - المادة ٣٢ - ثيّبُن ما تثبت به الولادة، و محل هذه المادة هو قانون البيانات، وذكر في بحث الشخص الطبيعي - المادة ٣٤ - عن الشخص الغائب، و محلها البحث في الغائب، ويجب أن يكون له في القانون بحث خاص، في فصل خاص يُبيّنُ أحکامه. و ذكر المادة ٣٥ عن الجنسية الأردنية، و محل هذه المادة الدستور وليس القانون. وذكر المواد ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥ في الشخص الطبيعي، وهي تتعلق في محل الإقامة، و محل أصول المحاكمات لا قانون المعاملات، وذكرت المواد ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠ في الباب الأول، و محلها هو بحث أهلية التصرف وهو بحث خاص. وهكذا ذكرت في هذا القانون مواد في غير موضعها، بالنسبة للقانون نفسه، كما ذكرت مواد في هذا القانون و محلها الدستور، وذكرت مواد في هذا القانون، و محلها قانون آخر، ولذلك كان الخلط في التبويب، وفي المواد، ظاهراً في هذا القانون.

د- الأسلوب الذي اتبع في صياغة مواد هذا القانون أسلوب مفكك، لأنه اعتمد في صياغته على قوانين متعددة، والاستعانة في صياغة أحکام القانون، بأكثر من تقنيّ، تفضي إلى التفكك، وإلى الجمع بين متناقضات ومتناقضات، ولذلك نجد هذا القانون من ناحية الصياغة القانونية، لم تلاحظ فيه النزعة المادية ولا النزعة النفسية، ولم يُرّاع فيه المنطوق ولا المفهوم، ولم يتصور واضعوه أي نزعة، ولا أي معقول للنص حين يوضع، وكل همهم جمع ألفاظ من قوانين متعددة. ولذلك سيجد القاضي نفسه متخيّراً بين أن

يُحَكُّمُ المألوف المعروف، فيفسر القانون بحسبه، ويبحث عن النية والإرادة الباطنة فيراعيها، وبين أن يتقييد بحرفية النص فلا يخرج عنها، وبين أن يطبق المعاني التي دلَّ عليها لفظ النص في مفهوم الموافقة والمخالفة، وذلك لأن القانون نقل طائفة من النصوص من تقنيات متعددة، وجعلها مع تناقضها جزءاً من قانون واحد، فظهر الاضطراب في مفهوم النصوص، وذلك لما بين التقنيات المتعددة، التي نقل منها النصوص من تباعد واختلاف في الأصل والاعتبار، وأسس الصياغة الفقهية، وغير ذلك. وهذا يجد القاضي نفسه أمام قانون يتعرّض عليه تطبيقه، إن لم يتذرّع كلياً.

هـ- ويلاحظ في هذا المشروع من ناحية سياسته التشريعية، أنه لا يترك للقاضي مجال الاجتهاد في الفهم والاستنباط، ولا مجال الرجوع إلى نصوص تشريعية، أو إلى المصادر الأصلية، ليفهم بها النص القانوني، وإنما يجعل القاضي أمام نصوص جامدة وضعت في مواد، وصيغت هذه المواد بشكل جعلها نصوصاً ضيقة، وسيكون من جراء ذلك أن تغلب هذه النصوص يد القاضي، فلا يستطيع أن يطبق القانون بحسب يضمن العدل وهذا نجد كثيراً من القضاة في القوانين المماثلة لهذا القانون يحكمون بقضايا، ويررون هم أنفسهم أن الحكم غير عادل، ولكن القانون يقضي بهذا الحكم. ولذلك يتحير القاضي بين تحقيق العدل، وبين تطبيق القانون، والذي جعل نصوص هذا القانون ضيقة، لا تترك للقاضي مجالاً للاجتهاد، كونه احتوى على قواعد تشريعية، ومسائل تفصيلية، فقيَّد بذلك اجتهاد القضاة، لأن القاعدة التشريعية هي التي تشتمل على بيان ناحية من نواحي التشريع،

ويكن أن تدرج تحتها عدة أحكام، مثل قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة). والمسألة هي بيان الحكم الشرعي الجزئية واحدة، مثل منع إجارة الأرض ^{يُخْمِس} نمائها، فاشتمال القانون على القواعد التشريعية، تقييد القاضي بالاجتهاد في حدودها، وهي ليست من الأدلة الشرعية التي يستنبط المjtهد منها حكماً. ولذلك كان تقييده بالقواعد تقييداً لاجتهاده، واشتمال القانون على المسائل يقيد القاضي بحدودها، فإذا جاءت قضية لم ينص القانون عليها، وقف القاضي عند نص القانون، وهذا تقييد له، لأن المسائل الجزئية لا تنتهي، وهي تتجدد كل يوم، لذلك لا يجوز أن توضع في القانون قواعد تشريعية، وإنما توضع في الفقه، وتوضع في الدستور: أما وجودها في الفقه فلأنه مرجع لتشريع القوانين ^{وَسَنَّها}، وأما وجودها في الدستور، فلأجل بيان ^{نواحٍ} تشريعية هامة تتبناها الدولة، حتى لا تتناقض القوانين معها، وحتى يتضح للناس ما يحكمون به من قبل الدولة مباشرة، ولذلك يتضمن الدستور قواعد تشريعية لأنه القانون الأساسي للدولة. أما القوانين فهي معالجات المشاكل العملية، وأحكام للمسائل التفصيلية التي ستحدث، توضع لفصل الخصومات. وما في هذه القوانين أحكام قضائية، وليس قواعد تشريعية، وتختلف عن الأحكام الموجودة بالكتب الفقهية، بالصوغ القانوني، الذي يعطيها صفة العموم، لتندرج تحتها جميع المسائل الجارية. وعمل القاضي إنما هو فصل المنازعات، أو الإخبار على سبيل الإلزام بالحكم، في مسألة المتنازع عليها، وليس من عمل القاضي، أن يصدر قرار تضمن القواعد التشريعية، لأن عمل القاضي، ليس حجة يرجع إليها قاضٍ آخر. ولذلك لا يوجد ما يسمى بالقضايا المبدئية، إذ المرجع هو الأحكام

الشرعية المستنبطة، وليس قرارات القضاة. لذلك كان اشتغال القانون على قواعد تشريعية، وعلى مسائل تفصيلية، خطأ. ولا يجوز أن يشتمل إلا على أحكام تدرج تحتها جميع المسائل الجارية. إذ الحكم هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال العباد كالأباحة والحرمة، ويكون الحكم عاماً لعدة مسائل، مثل منع الربا، فإنه يشمل ربا الفضل وربا النسيئة.

و- استمد هذا المشروع أحكامه من مصادر متعددة، فقد استمد من التقنيات الأجنبية المختلفة، واستمد من الفقه الإسلامي، ولكل مصدر من هذه المصادر مذهب في فقه التقني، وتخريج أحكامه على طائق من النظر، مثل تصويراً فكرياً معيناً، ولا يمكن اعتبار هذه المذاهب جميعها أصلاً واحداً، جاماً للحلول العملية، التي يتضمنها التقني، علاوة على سبب كل حل من هذه الحلول، هو الحاجة التي اقتضت وضعه، وال الحاجة تختلف اعتباراً عند الناس بحسب وجهة نظرهم في الحياة، فقد ترى بلد الحاجة إلى وضع تشريع لمنع الربا- كما هي الحال في النظام الاشتراكي مثلاً- في حين أن الحاجة عند النظام الرأسمالي تقتضي إباحته، ولا تجيز منعه، وتعتبر منه يغسل الأعمال المالية، فكيف يمكن استمداد قانون على هذين الاعتبارين المتناقضين؟ لكن هذا المشروع استمد من هذه المتناقضات، فقد جعل هذا المشروع التقنيات الأجنبية المصدر الأساسي، واعتبرها عنصراً هاماً، واقتبس منها أحكاماً تفصيلية وقواعد عامة.

فمن أمثلة الأحكام التي استرشد بها المشروع بالتقنيات الأجنبية، مسائل تنازع القوانين، فإنها أخذت عن القانون الإيطالي القديم، وقد نظم

المشروع ملكية الأسرة، وهي صورة من صور الملكية الشائعة، وقد استهدى بذلك بالتقنين السويسري، والتقنين الإيطالي. واستمد المشروع من القانون الفرنسي أحكاماً خاصة بتنظيم ملاك الطلاق إذا أرادوا أن يكُنوا اتحاداً فيما بينهم.

واحتوى المشروع على أحكام أخذها من الفقه الإسلامي، باعتباره قانوناً، لا باعتباره شريعة إسلامية، ولذلك أزال عنها التعبير الفقهي، مع أن له دقته في التعبير عن الحكم، ووضعها بأسلوب ركيك سقيم. ومن هذه الأحكام بيع المريض مرض الموت، والشفعة، والهبة، وسداد الدين قبل أيلولة التركة إلى الورثة، وإيجار الوقف، والحرر، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر، وغير ذلك. أما حالة الدين، فإنه أخذها عن القوانين الحديثة، وليس عن الشريعة الإسلامية. وهكذا تجد الأحكام التي يحييها القانون. قد جمعت من كل واد عصا، ولذلك نجدها قلقة متنافرة.

٢- مصادر المشروع:

يلاحظ في هذا المشروع، أنه لم يقتصر في نقل الأحكام عن قوانين متعددة، بل جعل مصدر هذه القوانين - وهو الفقه المتعدد - أصلاً معتبراً، ولذلك نجده يحاول التوفيق بين هذه الأصول، ويلاحظ فيه أنه، مع كونه اعتمد القانون الفرنسي، قد استهدى بالقانون الألماني، واستعان بالأحكام الشرعية، ولكن لا باعتبارها ديناً، بل باعتبارها قانوناً، أو فقهاً على الأكثر، وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون أنه (يقوم على أساس القانون

المدني السوري، الذي كان قد سن على غرار القانون المدني المصري) ومن الرجوع إلى القانون المدني المصري والقانون المدني السوري اللذين نقل عنهما، يتبين أن لهذا المشروع ثلاثة مصادر هي:

أولاً: نصوص التقنين المدني المصري القديم مع أحكام القضاء المصري التي صدرت أثناء العمل به، وثانياً: التقنينات الحديثة، وثالثاً: الفقه الإسلامي.

أ- القانون المدني المصري القديم:

نقل عن القانون الفرنسي القديم، ووضع سنة ١٨٨٣ باللغة الفرنسية، ثم ترجم إلى اللغة العربية ترجمة، وكان نقله مخض تقليد للقانون الفرنسي القديم الذي ظهر فساده للناس، وأصبح غير صالح مطلقاً، فيكون التقنين الذي قلده غير صالح، وزاد عليه أن القانون المدني المصري، قد سلخ مسائل متفرقة عن أصلها من القانون الإيطالي ومن الأحكام الشرعية، وأخذها مبتورة، فصار القانون يحوي عيوب القانون الفرنسي القديم المترجم عنه، ويحوي عيوب المسائل المسلوحة المبتورة. ولذلك كان القضاء المصري، يتخطى في تطبيقه، ويتعسف في تفسير مواده. ومثل هذا القانون، لا يصلح أن يكون مصدراً من مصادر التقنين، ولا أن يوضع أساساً للتقنين، وكان مشروع القانون المدني المصري الجديد لاحظ ذلك، فضم إليه أحكام القضاء المصري التي صدرت أثناء تطبيقه، محاولاً إمكانية جعله مصدراً، ولكن هذا أيضاً قد زاد الطين بلة، فإن القضاء المصري كان سائراً حسب القانون المدني القديم، فهو يطبق مواده، وكان القضاة يعرفون أنه نقل عن قانون

الحاكم المختلطة، فكانوا يستعينون بأحكام المحاكم المختلطة على فهم القانون وتطبيقه، وكانت للقضاة دراسات فقهية من الفقه الإسلامي، وكانوا يعيشون في بيئه إسلامية، وقد اصطدموا بحاجات الناس في مصر، وهم مسلمون، وحكموا بالإسلام قضائياً مدة اثني عشر قرنا، فاضطروا لأن يوفقا الواقع مع القانون، أو القانون مع الواقع، واضطرب القضاء المصري، لأن يحكم بالقانون المدني المصري الذي هو القانون الفرنسي، ولكن على مسائل في بيئه إسلامية، ولذلك أخذ يفسر القانون تفسيراً واقعياً لواقع ينافسه، فكان هذا الخلاف بين القضاة وبين القانون الذي يطبقه القضاة، وصار التقنين المصري مزيجاً من التقنين المدني الفرنسي، والأحكام الفقهية التي كانت مطبقة في مصر، واجتهدات القضاة في التوفيق بين القانون والواقع، فكان تقنيناً فلقاً، ظهرت فيه العيوب والنقائص، فلا يصح أن يَتَّخَذَ مصدراً للقانون.

ب- التقنيات الحديثة:

وترجع التقنيات الحديثة إلى ثلاث طوائف، هي:

١- التقنين اللاتيني: وهو مأخوذ عن التقنين الروماني. وأول ما وضع من القوانين اللاتينية، القانون الفرنسي، ثم قلدهه قوانين متعددة، ومن التقنيات اللاتينية القانون الإسباني، والقانون الإيطالي، وقوانين أمريكا الجنوبيّة.

٢- التقنين германي: وقد تحرر من النظريات الرومانية، وَغَلَبَ النظريات герمانية الأصل، وهو يخالف في نظرته الأساسية التقنين اللاتيني

ومن التقينين الجرمانى القانونى الألمانى، والمساوي، والسويسري.

٣- التقينات المتأخرة: وهي التقينات التي استقت من كلتا المدرستين: اللاتينية والجرمانية، وحاولتأخذ محسنهما ومن هذه التقينات القانون البولونى والقانون البرازيلي.

وبمراجعة المشروع الذى بين أيدينا نجد أكثر ما رجع إليه من التقينات هو المشروع الفرنسي - الإيطالى، والتقين السويسرى، والتقين الألمانى، والتقين البولونى، فيكون قد حاول أن يجمع بين التقينات اللاتينية، والتقين الجرمانى، والتقينات المتأخرة. ونظرة خاطفة إلى بعض الأسس التي تقوم عليها هذه التقينات، نجد استحالة الأخذ منها جميعها، لأن لكل تقين نهجه وشرعته، وله فقهه وقضاءه، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر، ويستحيل الأخذ منها جميعها، لأنه يستحيل تفسير التقين إلا بالرجوع لأسانله، والتقييد به تجاهه، والتقينات الحديثة، يختلف تجاهها في شيئاً اثنين أساسين، أحدهما المدى الذي يتعلق بسلطان الإرادة، والثانى مقدار ما ينطوي عليه من نزعة ذاتية، ونزعة موضوعية. فالقوانين اللاتينية تذهب مذهباً شخصياً في العقد، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، وعندما أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكئنها في الضمير، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها، فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ بها، وإنما، فالعبرة بالمقاصد والمعانى، لا بالألفاظ والمبانى، فهي تعتبر الالتزام بأنه رابطة شخصية، وتعتبر فيه القصد. والقوانين الجرمانية، تعتبر الالتزام بأنه رابطة شخصية، وتعتبر فيه القصد. والقوانين الجرمانية تعتبر بأنه قيمة

مالية، وتأخذ بالإرادة الظاهر، وتقف عند التعبير عن الإرادة، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقة، فالتعبير المادي عن الإرادة، ليس مجرد دليل عليها، بل هو الإرادة ذاتها. ولذلك لا يعبأ القانون بالإرادة التي تنطوي عليها النفس، حين ينظم الروابط في المجتمع، بل يعتبر التعبير المادي، ويقف عند حده.

ومن ذلك يتبين التناقض بين التقنيات اللاتينية، والتقنيات الجرمانية، فكيف تتخذ أصلًا، ويرجع إليها؟ وما بني على هذه المتناقضات حتماً يكون متناقضاً.

ج- الشريعة الإسلامية:

تتمثل في الكتاب والسنة. وقد استنبط المجهدون حكاماً منها، أوجدت خلال ثلاثة عشر قرناً ثروة فقهية هائلة. وهناك خلاف في الطريقة التي تستنبط بها الأحكام الشرعية، وخلاف في هذه الأحكام ذاتها، فحين الرجوع إلى الأحكام الشرعية، للأخذ منها، هل أخذت الأحكام وحدها، وعلى أي أساس أخذت؟ وهل أخذت الأحكام وأخذت طريقتها؟ فالمزارعة أخذت على أي أساس؟ هل على أساس قوة الدليل وثبوته؟ أو على أساس انطباق الدليل على المشكلة؟ أم أخذت على أساس موافقتها لما عليه القوانين اللاتينية، التي هي الأصل الغالب في القانون المدني؟ فإذا أخذت على الأساس الأول - وهو قوة الدليل وانطباقه على المشكلة، وأخذت معها طريقة استنباط الأحكام - كان من المحم أن تنفي من القوانين، جميع المواد التي لم تؤخذ من الشريعة، وإن أخذت على الأساس

الثاني - وهو موافقتها للقوانين اللاتينية - تعذر تفسيرها معها، لأنها بالنسبة لما قدمناه من اتجاه، تناقض اللاتينية والجرمانية في سلطان الإرادة، لأنها ليست مادية ولا نفسية، إذ تأخذ النص التشريعي، وتقف عندما يحويه اللفظ من معانٍ، وهي تعتبر في اللفظ ثبوته، ودلالته، فتبحث ما إذا كان صحيح الثبوت قطعياً أو ظنياً، أو غير صحيح الثبوت، وتنظر، هل المعنى الذي يدل عليه يحتمله اللفظ أو لا يحتمله، وتقف عند حد صحة ثبوت النص، ودلالته، وتنفي ما عدا ذلك، وهذا لا تعتبر المعاني حسب النية، وحسب الإرادة الباطنية النفسية، ولا تعتبر المعاني حسب العرف المأثور، بل تقتصر على التي يحتملها اللفظ.

فالمعاني التي تقف عندها، محصورة بالمعاني التي تستخلص من الألفاظ، لا من النيات المستكنة في الصدور، ولا من العرف المأثور، والعبرة فيها بالدلالة التي يدل عليها النص، بعد أن يثبت هذا النص قطعاً أو ظناً. ولذلك نجد الفقهاء يدقون في تحديد معاني الألفاظ، ويرتبون على اختلافها اختلافاً في الحكم، والعبرة فيها بالنص، من حيث كونه قطعي الثبوت قطعياً الدلالة، أو ظني الثبوت ظني الدلالة، ولا تعتبر غير ذلك مطلقاً، وإذا كان هذا التناقض بين القانون المصري، والقوانين الحديثة، والشريعة الإسلامية، تناقضاً يستحيل معه التوفيق، فكيف يستقى منها جميعها قانون يكون صالحأً للتطبيق فضلاً عن كونه صالحأً لمعالجة مشاكل الناس؟

على أن هذا القانون لا يمكن تطبيقه إلا بالرجوع إلى أصله، وتفسيره حسبه، ويستحيل أن يفصل عن مصادره، بل يجب أن يرجع إلى مصادره،

يعني يجب أن يرجع في تفسير القانون الذي أخذ من التشريع الفرنسي الإيطالي، إلى المشروع الفرنسي- الإيطالي، أي إلى القوانين اللاتينية و يجب الرجوع في تفسير القانون الذي أخذ من القانون الألماني إلى القوانين الجرمانية، ويفسر حسب أصولها و قواعدها، ولا يمكن السير في تطبيقه دون تفسير، ولا يمكن تطبيقه و تفسيره إلا بالرجوع إلى مصادره، والرجوع إلى مصادره جيئها في وقت واحد متعدد لاستحالة تطبيقها على الواقع الموجودة، ولو جود التناقض بينها، إذ ثبت أن لكل تقنين منها نهجه و شرعته، وله فقهه و قضاوته، وله اتجاهه و اعتباره، فكيف يمكن الرجوع في تفسير قانون واحد إلى مجموعة متناقضة؟ ولذلك نجد القانون قد فقد التماسك والتناسق، ونجد فيه صعوبة التفسير، والزام القاضي بالرجوع إلى فقه متعدد متناقض، للوقوف على مفهوم نص معين، ونجد فيه عدم وجود وحدة منسجمة يرجع إليها في تفسير ما غمض من نصوصه، وتكمل ما نقص من أحکامه، ومع أن المصدر الأصلي للقانون هو القانون اللاتيني، مثلاً في التقنيات اللاتينية القدية والحديثة، ولكن محاولة أخذ التقنين الجرمانى، وأخذ أحکام من الفقه الإسلامي، جعلته ليس لاتينياً ولا جرمانياً، ولا إسلامياً، ولا شيئاً آخر، بل جعلته خليطاً وهو عبارة عن مؤلف فيه مجموعة أحکام، وليس قانوناً للتطبيق.

٣- النظرة التي يقوم عليها المشروع:

يقوم هذا المشروع على أساس النظرة التي ينظرها المبدأ الرأسمالي، ولذلك يقوم المشروع على ثلاثة أسس، هي: الديقراطية، والحربيات، وكون

الجتمع مكوناً من أفراد، فهو يقوم على أساس أن السيادة للشعب، وعلى أساس ضمان الحريات، وعلى أساس أن العلاقة في المجتمع هي علاقة الفرد بالفرد، ولذلك يقدس حرية الفرد، ويجعل مراعات حاجات الجماعة خاضعة لضمان حريات الآخرين، فهو يحاول أن يوقف بين حرية الفرد، وبين مصلحة الجماعة.

وهذه النظريات الثلاث فاسدة. أما بالنسبة للديمقراطية التي تعطي الشعب حق سن قوانينه فهي خاطئة، وغير عملية. أما كونها خاطئة، فذلك أن الإنسان لا يمكنه الإحاطة بحاجات الإنسان المتعدد المتعدد، ولا الإحاطة بالعلاقات التي توجد لدى بني الإنسان، ولذلك يضع النظام القاصر عن معالجة مشاكل الإنسان والقاصر عن تنظم العلاقات، فيكون نظاماً مختلفاً متناقضاً، يسبب الشقاء للإنسان، وقد أثبت الواقع العملي هذا الفساد في القوانين الوضعية، لدى جميع الذين يضعون قوانينهم من عقولهم، فاضطروا لأن يغيروها ويعدلوها، ولذلك لم تأخذ دور العراقة والتركيز، وظل القانون يوضع وينسخ، وهكذا، منذ ثبتت فكرة وضع القوانين حتى اليوم.

ولذلك لا يجوز للإنسان أن يضع هو القانون الذي يعالج حاجاته، وينظم علاقاته، بل لا بد أن يكون آتياً من خالق الإنسان وهو الله تعالى. لذلك كان لزماً أن يكون القانون من غير الشعب، فظهر بذلك فساد النظرية الديمقراطية، أما كونه غير عملي، فإن الجماعة الكثيرة لا يمكنها أن تضع قانوناً مهما كان نوعه، لعدم اجتماع العقول الكثيرة على وضع شيء من العقل. ولذلك اضطر حملة النظرية الديمقراطية لأن يجعلوا في البرلمان لجنة

قانونية، وأن يجعلوا للجنة مقرراً، حتى يتأتي تقرير النظام من واحد ومناقشته من عدد محدود للنقد، وبيان الخطأ، ويعرض على البرلمان، لا لوضعه، ولكن لقراره، ويحصل حينئذٍ نقده من أشخاص، ويصار إلى جعله قانوناً من البرلمان، وحقيقة أن الذي وضعه شخص، وناقشه عدد محدود فيكون قد سن القانون بضعة أفراد، لا الشعب ولا البرلمان، وما كلمة (إن الشعب مصدر السلطات) إلا لفظ إنسائي خيالي، غير واقع في معرك الحياة، حتى عند الديمقراطيين، فالسلطة التشريعية، إنما تمثل في الفقهاء والقانونيين، وتبادر من اللجنة القانونية، ومقرر اللجنة، والسلطة القضائية إنما هي بيد الحكومة لا بيد الشعب، ولو وضعت بيد الشعب لفسدٍ، ولا يوجد بيد الشعب إلا اختيار الحاكم الذي يحكمه. وعلى ذلك، تكون الديمقراطية غير موجودة في واقع الحياة، وإنما هي مجرد فرضٍ فقط، ولهذا لا يصح أن تتخذ نظرتها أساساً في سن القوانين. أما الحريات، فكذلك هي خطأ، وغير عملية، أما كونها خطأ، فإن الإنسان فطر وفُطرت مع غرائزه وحاجاته العضوية، وإشباعها هو المصلحة التي يسعى لها، والإساءة إلى هذا الإشباع هو المفسدة التي يدفعها، وجلب المصلحة ودرء المفسدة هو الذي يُكَوِّنُ بينه وبين غيره من بني الإنسان علاقة، وهذه العلاقة تحتاج إلى تنظيم، لأن تركها دون نظام يؤدي إلى الفوضى والاضطراب، ولذلك كان تنظيم هذه العلاقة هو تقييدها، وكانت حريتها هي إطلاقها، وإطلاقها يجعل الحياة فوضى بين بني الإنسان. لذلك كانت فكرة الحريات من أساسها فكرة خاطئة، لأنها بمعناها الدقيق، ترك علاقات الناس دون تنظيم: يجلبون مصالحهم، ويدفعون المفاسد عنهم كما يشاؤون، وهذا متنهى الخطير على الإنسان.

وأما كون الحريرات غير عملية، فإن واقع الحياة يحتم حماية الضعفاء من الأقوياء، وإعانته العاجزين على مواجهة الحياة، ولا يحدث مطلقاً أن تكون الحرية مطلقة لأناس إلا على حساب مصالح آخرين، وهذا يعني نقل الحياة إلى الحال الوحشية التي يتحتم فيها الأقوياء، ويستغل الضعفاء. ولذلك لا توجد في حياة الإنسان عملياً حريرات، فاضطر دعاة الحريرات أن يقولوا إن الحريرات مقيدة بما لا يتعارض مع حريرات الآخرين، وهذا يعني أنه لا حريرات.

أما المجتمع، فإن القانون يعتبر المجتمع مكوناً من أفراد، ويعد إلى تنظيم علاقات الأفراد، وهو يسير بذلك على المبدأ الرأسمالي، الذي يعتبر المجتمع مكوناً من أفراد، والحقيقة أن المجتمع ليس مكوناً من أفراد، لأن الأفراد، مهما كثروا عددهم، لا يشكلون مجتمعاً، ما لم تنشأ بينهم علاقات، وإنما يكونون جماعة، فالأفراد يشكلون جماعة فقط، فإذا نشأت بينهم علاقة، أصبح هؤلاء مجتمعاً بالعلاقات التي نشأت، وهذه العلاقات نشأت عن جلب المصالح لأنفسهم، ودرء المفاسد عنها، فالإنسان حين يعيش مع الإنسان، يعمل بقضاء مصالحه، بجلب المصلحة ودرء المفسدة، فتنشأ عن ذلك علاقة، وهذه العلاقة تتميز بالأفكار التي تعطي المفاهيم عن الحياة، وبالمشاعر التي يغضب الإنسان أو يرضي لها، وبالنظام الذي ينظمها، فإذا تكونت عند هؤلاء الناس أفكار واحدة عن الحياة، ومشاعر واحدة، ونظموا مشاكلهم بمعالجات واحدة، تكون منهم مجتمع معين، وعلى ذلك، فالذى جعل الجماعة من الناس مجتمعاً هو العلاقات، والذي ميز هذا المجتمع عن غيره وجعله مجتمعاً معيناً، هو الأفكار، والمشاعر، والأنظمة، وعليه كان المجتمع - بالمشاهدة - مكوناً من إنسان، وأفكار، ومشاعر، وأنظمة. وإنما قلنا

من إنسان وليس من أفراد- لأن الأفكار الواحدة، والمشاعر الواحدة، كانت عند هؤلاء الناس بوصفهم إنساناً، لا بوصفهم خالداً، ومحداً، وحسيناً، ولذلك كانوا بوصفهم الإنساني مجتمعاً، لا بوصفهم الفردي، وعليه فالقانون إنما ينظم علاقات الإنسان، وليس علاقات الأفراد، ولذلك ينطوي فقهاء الغرب حين يُعرفون القانون المدني، بأنه ينظم علاقات الأفراد. وبما أن هذا المشروع يُبني كُلُّه على هذه النظرة الخاطئة وهي الديقراطية، والحريات، وكون المجتمع مكوناً من أفراد، وقد ظهر فسادها، لذلك كان القانون كله فاسداً لفساد النظرة التي يُبني عليها.

٤- الأصل الفقهي للقوانين المدنية :

إن القانون المدني من حيث هو- لدى جميع التقنيات اللاتينية، والجرمانية، والمتخيرة- يقوم على نظرية الالتزام. وهذا المشروع، هو مشروع قانون مدني، يقوم كذلك على نظرية الالتزام، ويبني كله في إجماله وتفصيله عليها. وبما أن هذه النظرية فاسدة من أساسها، لذلك كان القانون كله فاسداً، وهاكم البيان:

لقد عرف القانون المدني بأنه (القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها بعض) وُقسّم إلى قسمين رئيسيين: قسم الأحوال الشخصية، وقسم المعاملات، فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال.

وعرف الحق في المعاملات (بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد) وُقسّم الحق إلى قسمين رئيسيين، حق يتعلق بعلاقة الشخص

ويسمى الحق الشخصي، وحق يتعلق بعلاقة الشخص بالمال، ويسمى الحق العيني.

والحق الشخصي في نظرهم هو رابطة ما بين شخصين، دائم ومدين. والحق الشخصي هو الالتزام، وعلى أساسه عولت المعاملات الشخصية مثل الحوالة والبيع، والمقايضة، و الشركة، والهبة، والصلح، والإجارة، والعارية والوكالة، والوديعة، والرهان والكفالة.

والحق العيني، هو ليس علاقة في نظرهم وإنما هو سلطة، أعطاها القانون لشخص معين، على شيء معين، وعلى أساسه عولت المعاملات العينية، مثل حق الملكية، وأسباب كسب الملكية، ورهن المقول، والرهن العقاري، والتأمين على الحياة، وحقوق الامتياز.

هذا هو الأساس الذي يقوم عليه القانون المدني، ويقوم عليه هذا المشروع. وهذا الأساس فاسد من عدة وجوه:

أ- إن الحق في المعاملات ليس مصلحة ذات قيمة مالية، فتخصيص الحق بالمصلحة ذات القيمة المالية، يؤدي إلى شيئين: أحدهما: أن لا يشمل المصالح ذات بل هو مصلحة مطلقة، فقد تكون ذات قيمة مالية، وقد لا تكون الشرف قيمة مالية لها، ولا يمكن تقديرها بقيمة مالية المصالح ذات القيمة المعنوية، مثل الكرامة، والشرف، لأنه لا على الإطلاق، ولذلك كانت نظرية التعويض على القذف خاطئة.

وثانيهما: إن تقدير الأشياء بالقيمة المالية يحتاج إلى وحدة تكون أساساً للتقدير، والحق هو ذاته أساس، ولا يمكن إيجاد وحدة لتقدير قيمته، ولذلك كان تعريف الحق على هذا الوجه فاسداً.

ب- إن تقسيم الحق إلى قسمين: حق عيني، وحق شخصي، لا وجه

له، ولا يوجد فرق بين ما أطلقوا عليه اسم الحق الشخصي، وما أطلقوا عليه اسم الحق العيني، ولا يوجد فرق بين المعاملات التي فَرَعُوها عليهما، فلا يوجد فرق بين الإجارة، ورهن العقار، فكيف جعلت الإجارة من الحق الشخصي، وجعل الرهن من الحق العيني، على أن التعريف نفسه فَرَضِي، وليس حقيقياً، فحين عرروا الحق العيني بأنه سلطة معينة، يعطيها القانون لشخص معين، على شيء معين، لم يفهم من هذا التعريف مطلقاً، أن العلاقة ناشئة بين الشخص والشيء، بل هي علاقة ناشئة بين الشخص والشخص، وموضوعها الشيء، فالعلاقة ما بين شخصين موجودة في الحق العيني، وحين عرروا الحق الشخصي، بأنه رابطة بين شخصين - دائن ومدين، يُخول الدائن بمقتضاه مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل - حين عرروا الحق الشخصي بذلك، لم يفهم من هذا التعريف نفي وجود علاقة بين الشخص والشيء، لأن موضوع العلاقة هو الشيء الذي نشأت من أجله الرابطة بين الشخصين، فتكون هناك رابطة بين الشخص والشيء في الحق الشخصي، وهو ك الحق العيني، عنصر من عناصر الديمة المالية، يتصرف فيه صاحبه بالبيع، والرهن سواء، ولذلك كان هذا التقسيم غير وارد ومخالفاً للواقع.

الالتزام:

إن الحق الشخصي، أي الالتزام، يَقُومُ على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين، وقد كانت هذه الرابطة التي يقوم عليها الالتزام، سلطة تعطي للدائن على جسم المدين، لا على ماله، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني، والحق الشخصي، فالأخير سلطة تعطي للشخص على شيء،

والثاني سلطة تعطى للشخص على شخص آخر، وبناء على ذلك كانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة، يدخل فيها حق الإعدام، وحق الاسترقة، وحق التصرف، ثم ظهر فساد هذه النظرية، فلجأوا إلى تخفيف السلطة، حتى صارت مقصورة على التنفيذ الذي يقول به القانون المدني، وهو حبس المدين مثلاً، ثم صار التنفيذ على مال المدين لا على شخصه بالجزء مثلاً، وأصبح للالتزام منذ عهد الرومان مظهران: مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يُقوم حقاً لذمة الدائن، ويترتب في ذمة المدين، وعلى ذلك ظهر فساد نظرية الالتزام، ففسرت هذا التفسير حتى تكون لها ناحية شخصية، وناحية مالية، فأدى ذلك إلى أن ينشأ اختلاف في الالتزام، فنشأ مذهبان، أحدهما يُعلّب الناحية الشخصية للاحتفاظ بالنظرية الأصلية للقانون الروماني، وهذا هو ما سارت عليه التقنيات اللاتينية، والآخر يُعلّب الناحية المالية، ويجريدها من الناحية الشخصية، ويتحرر من القانون الروماني، وهذا هو ما سارت عليه التقنيات الجermanية. وبذلك صارت نظرية الالتزام تفهم فهماً شخصياً عند اللاتينيين، ويترتب على هذا الفهم عدم لحاق المال، والاقتصر على الشخص، ولذلك لم يحيوا حواله الدين، وأخذ بذلك القانون الفرنسي القديم، وصارت نظرية الالتزام تفهم فهماً مادياً عند الجermanيين، ويترتب على هذا الفهم لحاق المال، وليس الشخص، ولذلك أجازوا حواله الدين، فكان في الالتزام مذهبان: المذهب الشخصي، والمذهب المادي، ولكل وجهة نظر تختلف الآخر، فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى في الالتزام، هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، ويترتب على هذا أن لا تدخل فيه معاملات كثيرة، منها أنه لا تدخل فيه الكفالة، ولا يدخل فيه

الوعد بجائزه، وما شاكل ذلك من المعاملات، فيكون مذهباً قاصراً، لأنه لا يشمل المعاملة التي تنشأ من جانب واحد، والمذهب المادي يرى، أن العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه، وأن الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى، ويترتب على هذا أنه يجوز وجود معاملة إذا وجد المال وحده دون شخص، وجعل العلاقة الشخصية غير ضرورية وهذا لا يجوز إلا تصور أي معاملة تحصل دون وجود شخص آخر، حتى الكفالة، والوعد بجائزه، وعقود التأمين لمصلحة الغير والسند لحامله، فإنها كلها علاقة بين شخصين. ولذلك كان المذهب الأول غير جامع، وكان المذهب الثاني غير واقع.

هذا بالنسبة لنشوء فكرة الالتزام، أما بالنسبة لتعريف الالتزام، فقد وجدت له عدة تعاريف وكلها تدور حول جعل محل الالتزام إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فقد عُرِّفَ الالتزام بأنه (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر، نحو شخص آخر أو أكثر، بإعطاء شيء، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل)، وهذا يعني جعل الالتزام اتفاقاً، وهذا التعريف لا يشمل المعاملات التي لا يوجد فيها اتفاق. وعرف الالتزام بأنه (حالة قانونية بمقتضاهما يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً، أو أن يقوم بعمل، أو أن يمتنع عن عمل) وهذا التعريف جعل الالتزام حالة قانونية، مع أن حقيقته هو علاقة يقرها القانون، فتعريفه بحالة قانونية يجعله فضفاضاً غير مانع من دخول حالات قانونية لا صلة لها بالالتزام.

هذه خلاصة الالتزام بوجه عام. وهذا كله خطأ محض، إذ لا يوجد في الموضوع التزام لا بالمعنى الشخصي، ولا بالمعنى المادي، لأن المسألة ليست رابطة بين دائن ومدين، ولا توجد هذه الرابطة مطلقاً، ولا هي رابطة

بين شخص ومال، أو سلطة لشخص على مال مطلقاً. وإنما الموضوع يتلخص في أن هناك علاقة بين شخصين موضوعها المصلحة، وقد تكون مالاً وقد تكون غير مال، وقد تكون العلاقة عند الإنشاء، وقد تكون عند التنفيذ، وهذه العلاقة يوجد لها جلب مصلحة أو دفع مفسدة للإنسان، وينظمها القانون. فالبيع علاقة بين شخصين عند الإنشاء موضوعها المال، والوعد بإعطاء جائزة لمن عثر على ضائع، علاقة بين شخصين عند التنفيذ موضوعها المال، والزواج علاقة بين شخصين موضوعها المصلحة، وهي هنا ليست المال. وعلى ذلك فالالتزام بالمفهوم الذي ذكره القانون المدني غير موجود لا بالمذهب الشخصي، ولا بالمذهب المادي، والالتزام من حيث هو بالمعنى الذي أرادوه، وهو الحقوق الشخصية، أيضاً غير موجود. وعلى ذلك ليست المعاملات سلطة من شخص على مال، ولا هي رابطة بين شخصين، وإنما هي علاقة بين شخصين موضوعها المصلحة التي يقرها القانون، وينطبق ذلك على المعاملات التي تحصل بين شخصين عند الإنشاء، كالإجارة، أو بين شخصين عند التنفيذ، كالوعد بجائزة لمن يقوم بعمل، وإذا كان الأمر كذلك كان الالتزام بأكمله غير موجود، فضلاً عن كونه بالمعنى الذي أوردوه غير صحيح، لا فيما ورد بالمذهب الشخصي، ولا فيما ورد بالمذهب المادي. ولذلك كان القانون المدني الذي ترب على الالتزام وينبه عليه، قانوناً غير صحيح.

نظريّة الالتزام:

تعتبر نظرية الالتزام، أهم النظريات الفقهية في التقنيات الغربية جميعها، والناظر في الفقه الغربي، وفي التقنيات جميعها يستدل من العناية

الكلية بها على مالها من شأن وخطر، فهي من القانون المدني عندهم، بل من القانون عامة، بثابة العمود الفقري من الجسم، وهي في نظرهم أصلح النظريات القانونية ميداناً للفكير، وأفسحها مجالاً للتعيم، وأخصبها تربة لإنبات القواعد العامة، ويرونها بأنها أولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة. ولذلك يجعلونها الأصل الذي يتفرع عنه القانون المدني، فإذا ظهر فسادها، وعدم صلاحيتها، تبين بوضوح فساد جميع التقنيات التي بنيت عليها، وظهر فساد جميع القوانين المتفرعة عنها، ولا سيما القانون المدني، الذي هو في حقيقته نظرية الالتزام وفروعها، والناظر في هذه النظرية يجد أنها كانت منذ عهد الرومان، عن الرومان، واستعملتها في أول الأمر دون تغيير يذكر، لكن لما بدأت مشاكل الحياة تتجدد، ظهر فساد هذه النظرية للذين نقلوها، وبرز لهم عدم صلاحيتها، فاعتبروا هذا الفساد قصوراً عن الإحاطة بالمشكلات، وأخذوا يغيرونها، زاعمين أنها تتطور، والحقيقة أن هناك عوامل متعددة، أبرزت فساد النظرية، وأثرت عليها حتى تغيرت كثيراً، وتبدلت على مختلف العصور، فالنظريات الاشتراكية التي ظهرت في أوروبا قبل ظهور المبدأ الشيوعي، أظهرت عدم صلاحية الطريقة الالتزام فاضطر الفقهاء لأن يغيروا نظرتهم للالتزام، فعَقدَ العمل قد أدخلَت عليه قواعد وأحكام تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل، كحرية الاجتماع، وحق تكوين النقابات، وحق الاضراب، ونص نظرية الالتزام الرومانية، لا يبيح إحداث مثل هذه القواعد، ولا يبيح مثل هذه الحقوق. ونظرية العقد ذاتها كانت قوة الالتزام فيها تبني على إرادة الشخص، فصارت تبني على التضامن في الجماعة أكثر مما تقوم على إرادة الفرد، وهذه نظرية الغبن لم تكن موجودة، بل لم تكن

نظيرية الالتزام تحيزها، فقد كانت النظريات الفردية تقضي بوجوب ترك الفرد حراً في تعاقده، بلتزم بما أراد، مهما أصابه من غبن في ذلك، ولما تبين فساد هذه النظريات، أدخلت نظرية الغبن على بعض العقود، ثم أخذت تتسع حتى أصبحت في القوانين الحديثة نظرية عامة، تنطبق على جميع العقود، وهكذا كان لشوء أفكار عن الحياة تخالف الأفكار القديمة، أثرَ في بيان فساد نظرية الالتزام ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل كان استعمال مختلف الآلات الميكانيكية، وتقدم الصناعة، ووجود حروب عالمية، قد أوجد مسائل عملية تبرز فساد نظرية الالتزام إذ أن استعمال الآلات، اقتنان بمخاطر جمة يستهدف لها الناس، ولم تكن نظرية الالتزام تجعل المسؤولية إلا على الشخص، فظهر عدم صلاحيتها، ووضعت المسؤولية على الخطأ المفروض، وصار إلهاق أي أذى في العامل، يلزم صاحب العمل بالتعويض، وهذا لا تقضي به نظرية الالتزام، وصار عقد التأمين لا يقتصر على الشخص، بل يشمل الغير فوجدت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده، سواء أكان له أولاد وقت التأمين أم لم يكن له أولاد حين التأمين، وهذا يخالف نظرية الالتزام بأنها رابطة بين شخصين، والأولاد الذين لم يوجدوا لا يدخلون في هذه الرابطة مع أن العقد أصبح يدخلهم، وعلاوة على ذلك فإن نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها، وفي التسعير الجبri للسلع، والتقدير الجبri للأجر، وفي عقود التزام المرافق العامة، ما ينافق نظرية الالتزام، ومع ذلك أدخلت في القوانين الحديثة. وهي تدل على فساد نظرية الالتزام وعدم صلاحتها، وزيادة على ذلك، فإن النظرية التي تقضي بأن الغش يفسد العقد، والقاعدة القائلة بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، والالتزام

بوجوب الامتناع عن الأضرار بالغير دون حق، والإثراء بلا سبب، الذي يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره، كل ذلك يخالف نظرية الالتزام، ويدل على فسادها، لأنها تقييد وليس حرية، وهي تناقض الحق الشخصي وتهدمه، على اعتبار أنه حق مطلق غير مقيد. على أن الالتزام من حيث هو باعتباره الحق الشخصي، وباعتباره الحق العيني، يقوم على رابطة قانونية بين الدائن والمدين، توجب على الشخص أن ينقل حقاً. وهذا يعني عدم اشتراط الرضا بالحالة دون رضا الحال عليه بحالة الحق، وعدم اشتراط رضا الدائن بحالة الدين، لأن الحالة القانونية في الالتزام تلزم الشخص بنقل الحق عيناً أو ديناً. وهذا لا يضمن تحقيق العدل. ولذلك ظهر فساده، فمجرد تبليغ الحال عليه لا يكفي، بل لا بد من قبولة، لأن العقد في الحالة- كما في غيرها- يجب أن تكون برضاء أطراف العقد.

هذا إجمال في نظرية الالتزام، ومنه يتبين أنها لا تصلح ميداناً للتفكير، لأن كثيراً من أنواع العلاقات بين الإنسان لا يمكن استنباطها منها، بل على العكس، هي تمنع استنباطها، مثل كون الغش يفسد العقد، وهي لا تصلح لأن تكون مجالاً للتعيم، لأن المسؤولية على الخطأ المفروض، وحالة الدين، والاشتراط لمصلحة الغير، والإرادة المنفردة، وما شابه ذلك، لا يمكن أن تشملها، لا منطق، ولا بمفهوم. ولذلك، فهي قاصرة، وهي لا تصلح لأنبات قواعد عامة، بدليل وجود نظريات وقواعد تناقضها، مثل قاعدة عدم جواز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، ومثل نظرية الغبن في العقود. وليس فيها قابلية للتوحيد في شرائع الأمم، بدليل ظهور قصورها حين ظهرت النظريات الاشتراكية، وحين تقدمت الصناعة. وهي من

أساسها خاطئة، لأنها تقوم على حرية الملكية، والحرية الشخصية، وهذه الحرية للشخص، وفي الملك، هي التي تسبب الفساد بين الناس وهي التي تُمكّن من الاستغلال والاستعمار، لأن إعطاء الحرية في التملك، وإعطاء الحرية الشخصية يحميه القانون، حين بني على نظرية الالتزام، وفي ذلك الفساد والشقاء.

تعريف مصدر الالتزام:

والذي يُبرِّز فساد نظرية الالتزام أيضاً، تعريف مصدر الالتزام، وترتيب مصادر الالتزام، التي ذكرتها التقنيات الحديثة والقديمة، فقد عرف مصدر الالتزام بأنه (هو السبب القانوني الذي يُنشئ الالتزام) فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع، والالتزام المتسبب في ضرر بتعويضه، مصدره العمل غير المشروع، والالتزام الأب بالنفقة على ابنه مصدره نص في القانون، وهكذا..

وإذا دققنا النظر في هذا التعريف وجدناه غير صحيح، وذلك أن الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزامات، ليست مقصورة على دائرة الحقوق الشخصية، بل هي تتناول الحقوق العينية، وتناول قانون الأسرة، وتناول جميع العلاقات. وأيضاً فإن السبب القانوني هو السبب الذي ينشئ علاقة قانونية، أو يؤثر فيها، فلا يقتصر على الإنشاء بل قد يؤثر في العقد المنشأ، مثل خيار العيب في البيع. على أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية. ليس أمراً مخصوصاً يقف عند حد العلاقات التي حصلت، بل هو أمر يجد ويتجدد، فتحدث أسباب لم تكن موجودة، تحدث تعديلات في العلاقات القانونية الموجودة، بل قد تستلزم علاقات قانونية لم توجد من قبل. ولذلك كان

جعل المصدر للالتزام مخصوصاً حسب التعريف غير سديد. ومن ثم كان تعريف مصدر الالتزام غير صحيح.

ترتيب مصادر الالتزام:

ذكر المشروع في الباب الأول من الكتاب الأول مصادر الالتزام، وعدها خمسة وهي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون. ولا بد من بحث ترتيب مصادر الالتزام أولاً، وبيان هل هذه هي مصادر الالتزام، أم لا، وهل هي خمسة فقط، كما ذكر المشروع، أم أكثر أم أقل. أما من حيث ترتيب مصادر الالتزام فإن المتبع لها منذ عهد الرومان حتى الآن، يجد التخطيط في ترتيبها بالنسبة للمعاملات، فالقانون الروماني يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر هما: الجريمة والعقد، وتنحصر الجريمة في نظره في جرائم محددة *بيّنها*، وينحصر العقد في عقود معينة *عيّنها* على سبيل الحصر، ثم رأى أن هناك مصادر غير الجريمة، وغير العقد، ولكنه لم يحاول ترتيبها ولا عدّها، وسمّاها الأسباب المختلفة، فكان فساد تعداد مصادر الالتزام موجوداً من الأساس، ولذلك قام فقهاء معروفون من الرومان، ووجدوا التزامات أخرى، ثم جاء فقهاء فرنسيون وبحثوا هذه الالتزامات الأخرى، إلى أن استقر الرأي على جعل مصادر الالتزام خمسة، هي العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، والقانون، واستقر الرأي على هذه المصادر الخمسة وجعل قانون نابليون مصادر الالتزام هي هذه، وسلم فقهاء القانون المدني الفرنسي بهذا الترتيب، وجعلوه أساساً لتعليقاتهم وشرحهم، وتذكر جميع القوانين اللاتينية القديمة هذه المصادر الخمسة وشرحها.

فالعقد: هو توافق إرادتين على إنشاء التزام، كعقد البيع، فإنه يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات، منها ما هو في جانب البائع، كالالتزام بنقل الملكية، ومنها ما هو بجانب المشتري، كالالتزام بدفع الثمن.

وشبه العقد: هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير، مثل الفضولي، فهو يقوم مختاراً بعمل يريده مصلحة الغير، دون أن يتعاقد معه على ذلك، كمن يقيم بناء على أرض الغير، ويدفع ديناً غير موجود.

والجريمة: هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً بالإضرار بالغير، مثل ما إذا أتلف شخص عمداً مالاً ملوكاً للغير، فينشأ من هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله، بأن يعوض المال الذي أتلفه.

وشبه الجريمة: هو عمل يصيب الغير بالضرر، كالجريمة، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية، بل يأتيه فاعله من إهماله، وعدم احتياطه، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة. مثال ذلك إذا رعت دابة زرع آخر بسبب إهمال صاحبها، فإن صاحب الدابة يُعوض على صاحب الزرع.

والقانون: قد يكون القانون مصدراً للالتزام فينشأ في حالات معينة، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض، من نفقة، ورضاع، وحضانة.

وقد سار القانون الفرنسي وسائر القوانين اللاتينية على هذا الترتيب، حتى مدة قريبة. وحين وضع القانون المدني المصري موضع العمل في مصر في القرن التاسع عشر، ووضعت المجلة تقليداً للقانون الفرنسي شكلاً، مع التقييد بالأحكام الشرعية، كانت مصادر الالتزام هي هذه المصادر، غير أن

فقهاء الغرب كانوا ينقبون في التقنيات التي بين أيديهم فحسب، فبحثوا هذا الترتيب ووجدوه غير صحيح، ورأوا أن للالتزام مصدرين اثنين، هما العقد، والقانون، وأما شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، فإنها ثرداً جمِيعاً إلى القانون. وعللوا ذلك، بأن الالتزامات التي تنشأ عن هذه المصادر الثلاثة، ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالالتزامات قانونية، ففي شبه العقد، يشري شخص على حساب غيره، فيدخل بالالتزام قانوني، وهو ألا يشري دون حق على حساب الغير. وفي الجريمة، وشبه الجريمة، يحدث شخص بخطئه العمد أو غير العمد ضرراً للغير فيدخل بالالتزام قانوني، وهو ألا يضر الخطأ بغيره، إلا أن هذا البحث كان بحثاً فقهياً، ولم يكن بحثاً تشريعياً. ولذلك لم يغير من الترتيب الذي سارت عليه القوانين اللاتينية المصادر الالتزام، ولكنه وجه النظر إليه، فبحث بحثاً تشريعياً، واتخذت التقنيات الحديثة لاتينية، وجرمانية، ومتخيرة ترتيباً آخر المصادر الالتزام، فأقرت أن مصادر الالتزام خمسة، هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون، فأقرت من الترتيب اللاتيني القديم مصدرين، هما: العقد، والقانون، وأما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان في (العمل غير المشروع) وأما شبه العقد، فوضع بدله الإثراء بلا سبب، وزيد في الترتيب الجديد الإرادة المنفردة. وقد استقر الرأي على هذا الترتيب، وأخذ به أكثر فقهاء القانون في العصر الحديث، وهذا هو الترتيب الذي سار عليه المشروع تقليداً للقوانين الحديثة.

ولدى التدقيق في هذه المصادر، يتبيَّن أن الخطأ الذي وقع فيه فقهاء القانون في بحث مصادر الالتزام هو كونهم اخْذُوا نظرية الالتزام أساساً، وأخذُوا يبحثون الالتزام على هذا الأساس، فركّزوا بحثهم على أساس

مغلوط، فكان البحث كله مغلوطاً. وزاد خطأهم في البحث كونهم جعلوا نظرية الرومان أساساً لترتيب المصادر، فسلموا بوجود مصادر الالتزام، وصار الخلاف لا في وجودها وعدم وجودها، بل صار الخلاف في عددها. والحقيقة التي يدل عليها واقع حياة الإنسان بوصفه إنساناً، هي أن الالتزام من حيث هو غير موجود، وأن القضية هي علاقة بين إنسان وإنسان، موضوعها المصلحة التي يقرها القانون، وهذه العلاقة ينظمها القانون، وأن الواقع أو المسائل أو المشاكل التي تحدث من الإنسان، هي المصدر لهذه العلاقة، والقانون هو الذي يقرر اعتبار هذه العلاقة، ولا يوجد شيء غير ذلك مطلقاً، لهذا لا يوجد بحث لمصادر التزام، وبالطبع لا يوجد ترتيب مصادر، ولا تعداد لها. هذا من ناحية موضوع ترتيب مصادر الالتزام باعتبار حقيقته بالذات.

وعلادة على ذلك فإن المصادر التي ذكروها أيضاً، على فرض وجود المصادر، لا معنى لعدادها باثنتين أو أربعة أو خمسة. والقضية كلها ترجع إلى مصدر واحد هو القانون حتى حسب بحث فقهاء الغرب. وعند التدقيق في جميع أبحاثهم يشاهد أن القانون هو المصدر الوحيد للالتزام، والقضية كلها هي أن القانون نص على قواعد كلية بأنها مصدر للالتزام، ونص على أحكام جزئية بأنها مصدر للالتزام ولو لا نص القانون لما اعتبرت تلك القواعد الكلية ولا المسائل الجزئية مصدراً للالتزام بل الذي جعلها مصدراً نص القانون عليها، ولكن فقهاء الغرب، جاءوا للقواعد الكلية التي نص عليها القانون، وجمعوها تحت أربع مجموعات، واعتبروها مصدراً للالتزام، وتناسوا القانون، وجاءوا للمسائل الجزئية التي نص عليها القانون، ولم

يعتبروها مصدراً، وجعلوا المصدر هو القانون، والحقيقة هي أن القانون مصدر مباشر في الحالتين تقرر القاعدة الكلية (تحت أي بحث تكون) مباشرة وجهاً المعاملة، وتقرر المسألة الجزئية (في أي موضوع تكون) مباشرة وجهاً المعاملة. والمصدر هو القانون مباشرة في الاثنين إن اعتبر أنه هو الذي قرر قانونيتها، ومصدر غير مباشر في الاثنين إن اعتبر أن المباشر هو الشيء الذي نص عليه القانون، قاعدة كلية، أو مسألة جزئية، وعلى ذلك لا يقال إن القانون مصدر مباشر في حالات، ومصدر غير مباشر في حالات أخرى، بل الحقيقة إنه وحده هو المصدر المباشر للالتزام. وذلك إن كل التزام مصدره القانون، فالالتزام المترتب على العقد، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب، والالتزام المترتب على الإرادة المنفردة، كل هذه الالتزامات مصدرها القانون، لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها، وحدد أركانها، وبين أحکامها، ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر، هو الذي رتب عليه القانون إنشاءها، فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من خمسة مصادر منها قواعد كلية، ومنها مسائل جزئية، فالقواعد الكلية حصرت ما عرفوه منها في أربعة هي:

١ - تطابق إرادتين: فكل اتفاق بين المدين والدائن (أي بين شخصين) على إنشاء التزام في الحدود التي بيّنها القانون، ينشئ هذا الالتزام، وهذا هو العقد.

٢ - عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير: كل خطأ يصدر من شخص ويلحق ضرراً بشخص آخر يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر،

وكذلك كل ما يصدر عن الغير من عمل، أو يصدر عن الأشياء ويكون خطأ مفروضاً، ويلحق ضرراً بشخص آخر يلزم من فرض أنه ارتكب الخطأ بتعويض الضرر، وهاتان الحالات هما العمل غير المشروع.

٣- إثراء دون سبب: كل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر، ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه، يلزم المثري بتعويض المفتقر، وهذا هو الإثراء بلا سبب.

٤- الإرادة المفردة: كل شخص التزم أمراً من جانبه للجمهور، أو لشخص آخر، كالوعد بجائزه، وكالوصية، وكان القانون قد نص على هذا الالتزام يعتبر هذا ملزماً لمن وعده، أو أوصى له، وهذا هو الإرادة المنفردة.

٥- المسائل الجزئية وجعلوا القانون مصدراً لها وهي كل حالة من الحالات الخاصة يرتب القانون عليها التزاماً، يستند إلى عمل قانوني، مثل الوصية وإلى واقعة مادية، مثل التزامات الأسرة، كالنفقة والحضانة، تعتبر هذه الحالة منشئة للالتزام، وهذا هو القانون.

ومن هذا يتبيّن أن الحالات الأربع الأولى، ليست مصادر للالتزام، بل هي قواعد كلية، نص عليها القانون، فكانت مُنشئة للالتزام، بنص القانون، وإن الحالة الخامسة مسائل جزئية نص عليها القانون، فكانت منشئة للالتزام بنص القانون، ولذلك كان بحث مصادر الالتزام من حيث هو خطأ في أساسه، فلا توجد مصادر للالتزام، وخطأ في تعداده، إذ على فرض وجود مصدر للالتزام، فالقانون وحده هو المصدر لا غير.

هذه هي نظرية الالتزام بوجه عام. وهي النظرية التي يقوم الفقه

المدنى الغريى على هيكلها، وهي التي تجمع جميع الأسس التي تستند إليها أحكام القانون المدنى، وهذه المصادر هي التي تقوم على أساسها جميع تفاصير القانون المدنى من حيث هو، ومنه هذا المشروع الذى بين أيدينا، ولا يمكن أن ينشأ حكم لمعالجة مشكلة، أو على حد تعبيرهم التزام على إنسان، دون أن يكون مستنداً إلى أحد تلك الأسباب الخمسة التي هي مصادر الالتزام الخصورة في نظريته العامة، وقد تبين لنا فسادها، لأنها تقوم على أساس معنى الحق في العاملات بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد، وقد تبين غلط هذا لأنه لا يشمل المصلحة التي ليست ذات قيمة مالية، كالزواج، والطلاق، ونحوهما مما يتضمن الحقوق الزوجية، وحقوق الأسرة جميعها، ولا يشمل كذلك المحافظة على الشرف، والكرامة، مما هو حق الإنسان، ولا يشمل جميع بني الإنسان إذا قيل للفرد، ولذلك لم يكن الحق هو الذي بنيت عليه نظرية الالتزامات، بل هو جلب المصلحة، ودرء المفسدة، وتبين فسادها من نفس المعنى الذي وضع للالتزام بأنه رابطة قانونية بين الدائن والمدين، سواء أقيل عنها رابطة شخصية أم رابطة مادية، فهو غلط، لأنها ليست رابطة، وإنما هي علاقة للإنسان، وجدت من جراء محاولته إشاع حاجاته العضوية وغرائزه ومن جراء عيشه مع غيره من بني الإنسان، ولذلك قد تكون علاقة بين شخصين موضوعها المصلحة، وقد تكون علاقة من شخص واحد مثل إنشاء الطلاق والوصية والوقف، فليس المقصود هو وجود شخصي، ولا وجود شخص وشىء، وإنما المقصود هو معالجة مشكلة للإنسان علاجاً ينظم غرائزه وحاجاته، وينظم علاقاته. وعليه فنظرية الالتزام نظرية مغلوطة، ومصادرها مغلوطة، وعلى ذلك تكون جميع الاجتهادات الفقهية التي بنيت على أساسها مغلوطة، مهما

تفرعت وتنوعت، لأنها جميعها فروع لأساس فاسد، وعلى ذلك يكون القانون المدني من حيث هو لدى العالم الغربي قانوناً مغلوطاً، ويكون القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري، قانونين مغلوطين، وبالتالي، فإن هذا المشروع للقانون المدني فاسد من أساسه.

على أن هذا المشروع بوصفه مشروع لقانون مدني، فاسد أيضاً من تعريف القانون المدني، ومن تقسيم الحق، أما التعريف فإن فقهاء القانون المدني عرّفوا القانون المدني بأنه: القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض، وهذا التعريف خاطئ، لأن القانون لا ينظم علاقات الأفراد، وإنما ينظم علاقات الإنسان، أي لا ينظم علاقات محمد وحسن وخالد وعمر وسعد إلخ بوصف ذات كل واحد منهم بوصفه فرداً، وإنما ينظم علاقات الإنسان، ويدخل فيها هؤلاء بوصفهم إنساناً، لا بوصفهم الفردي، وحين تنشأ علاقات تنظم تنتهي فرديتهم، ويصبحون مجتمعاً، فالعلاقة حين توجد بين الناس تجعل منهم مجتمعاً، ويأتي القانون ينظم شؤون المجتمع بتنظيمه علاقات بني الإنسان. لذلك كان تعريف القانون الذي ينظم معاملات الناس، وهو ما أطلق عليه اسم القانون المدني، بأنه ينظم علاقات الأفراد، تعريفاً خاطئاً، لما ذكرت، ولأن التنظيم لعلاقات الإنسان لا للعلاقات فقط، أي ينظم علاقات بني الإنسان بعضهم بعض لا بعضها بعض.

هذا من ناحية التعريف، أما من ناحية الحق، فتقسيم الحق إلى شخصي وعمراني لا معنى له، لأن القضية تتعلق بعلاقة الشخص سواء أكانت مع شخص آخر ومعه شيء، كالزواج والبيع أو كانت مع شيء، معه شخص، كالمهبة، وكفالة المال، أو مع شيء فقط، كالوقف الخيري، ولذلك لا

يوجد فرق بين القسم الأول في القانون المتعلق بما سماه الالتزامات، ولا بين القسم الثاني المتعلق بما سماه الحقوق العينية، إذ لا فرق بين الرهن، وحقوق الامتياز، وحق الملكية، وما شاكلها، مما ذكر في القسم الثاني، وبين الحوالة، والبيع، والشراكة، والإجارة، والوكالة، وما شاكلها مما ذكر في القسم الأول، لأن الموضوع علاقة من الإنسان تتعلق إما بالشخص و موضوعها المال، وإما بالمال مضافاً إلى شخص، وإما بالمال فقط، وهذه الثلاث كلها شيء واحد، هو تنظيم علاقة الإنسان.

٥- الشريعة الإسلامية:

يقوم الإنسان بجميع أعماله لقضاء حاجاته العضوية، وإشباع غرائزه، فتنشأ لديه علاقات بينه وبين كل ما له علاقة بقضاء الحاجات العضوية، وإشباع الغرائز، سواء أكانت بينه وبين غيره من بني الإنسان كما هو الحال في المعاملات والعقوبات، أو كانت بينه وبين خالقه، كما هو الحال في العقائد والعبادات، أو كانت متعلقة به وحده، بغض النظر عن ارتباطه بغيره أو عدم ارتباطه، كما هو الحال في الأخلاق، ولما كان قيامه بالأعمال إنما هو من أجل جلب مصلحة له، أو درء مفسدة عنه، تكون العلاقات كذلك مبنية على جلب مصلحة، أو دفع مفسدة. لذلك كان من المختم أن يكون للإنسان نظام ينظم علاقات الإنسان، بحيث يضمن جلب المصلحة ودرء المفسدة. وعلى ذلك فإن جلب المصلحة ودفع المفسدة هما الأساس الذي يجب أن تقوم عليهما الأنظمة وكافة القوانين.

بقي أن نعرف ما هي المصلحة التي تجلب، والمفسدة التي تدفع؟ وهل هي ما يحبه الإنسان ويكرهه؟ أو هي ما ينفعه ويضره؟ أم هي غير ذلك؟

والجواب على هذا هو أن الفرد في المجتمع يعيش مع غيره من بني الإنسان، فقد يتعارض بينهم ما يُحبُّ وما يُكرهُ، وما ينفع وما يضر، فيتذر عليهم جلب المصالح لهم جميعاً، ودفع المفاسد عنهم جميعاً، فلا بد من جهة تكون غيرهم، تعيّن لهم ما هي المصلحة التي تُجلب، والمفسدة التي تُدفع، ولذلك اتفق الناس على ضرورة وجود شيء يعين المصلحة والمفسدة، ويُلزمُ الناس بهذا التعين، حتى تسير علاقاتهم حسبه، فمنهم من جعل القانون هو الذي يعين المصلحة والمفسدة، ومنهم من جعل الشرع هو الذي يعين المصلحة والمفسدة، ولكن من المقطوع به عقلاً، هو ضرورة وجود من يعين ما هي المصلحة التي تُجلب والمفسدة التي تُدفع. والقانون هو الأمر الذي يصدره السلطان ليسير عليه الناس، وقد عرف القانون (بأنه مجموع القواعد التي يجبر السلطان الناس على اتباعها) وليس معنى القانون هو القواعد الفقهية، ولا المشروعات التي تتضمن أحكاماً لتنظيم العلاقات، وإنما هو مجموع الأحكام التي تأمر بها الدولة، إذ تبقى الأحكام الفقهية فقهاً حتى تشرع منها أحكاماً معينة تأمر بها الدولة، فتصبح حيئذ قانوناً، والظاهر أنها تبقى أحكاماً ظنية حتى يقطع بها في رأي واحد ملزم، فتعين بهذا الرأي، وهذا الرأي هو أمر الدولة بالعمل بها، ولذلك لا يعتبر الحق حقاً حتى يقره القانون، ولا تعتبر المصلحة مصلحة حتى يقرها القانون، ولذلك لم تكن حواله الدين في القانون الفرنسي القديم حقاً، لأن القانون لم يقرها لفرد، وقد أصبحت في التقنيات الحديثة حقاً، لأن القانون أقرها لفرد. فهي إذن لم تعتبر مصلحة حتى أقرها القانون، مع أن حواله الدين هي هي لم تتغير، فهي مصلحة قبل أن يقرها القانون، ومصلحة بعد أن أقرها القانون، ولكن لما كانت المصلحة لا تترك للفرد يقيسها بما يُحبُّ ويُكرهُ، وبما ينفع ويضر،

كان حتماً أن تعيّن من غيره، وجعل هذا الغير عند بعض الناس هو القانون، وجعل عند بعضهم هو الشرع.

والبحث الآن هو هل يصلح القانون لأن يعين المصلحة للإنسان أم لا يصلح؟ وهل يتحتم أن يكون المعين للمصلحة هو الشرع وحده، أو يجوز أن يكون غيره؟ والحقيقة هي أن القانون لا يصلح لأن يعين جلب المصلحة، ودفع المفسدة، وذلك لأن القانون من حيث هو قانون، مأخوذ من مصدر- أي مشروع من مصدر- وهذا المصدر هو مجموعة قواعد فقهية، أو أحكام عملية، قد وضعت بناءً على نظرية عامة، أو نظريات كافية، وقد استنبط الإنسان هذه النظرية العامة، أو النظريات الكلية، من العادات أو التجارب، أو أحكام المحاكم، وجعلها أساساً أخذ يستنبط منه بمحض ال考慮 الحوادث وتجددتها تلك القواعد الفقهية، أو الأحكام العملية، وجعلها تقنيات، وصارت الدولة تأخذ شيئاً منها، أو تأخذها جميعها، وتأمر بها، فتصبح قانوناً، فالأساس في القانون هو مصدره، وبما أن المصدر هو استنباطات ظنية فيها قابلية الخطأ، وثبت فسادها من تغيرها، لذلك لا يصلح هذا المصدر الظني لأن يقدر جلب المصلحة ودرء المفسدة للإنسان، لأنه قد يقدر الشيء مصلحة، ثم يتبين أنه مفسدة، وقد يقدر الشيء مفسدة ثم يتبين أنه مصلحة، لذلك لا يصلح القانون لأن يقرر جلب المصلحة ودرء المفسدة، لأن مصدره ظني ظهر فساده من تغير أحكامه، فتحتم أن يكون الذي يقرر المصلحة هو الشرع، وليس القانون، لأن الشرع من الله تعالى، وهو وحده المحيط بالإنسان. ولذلك كان من المحتمن أن يكون المعين للمصلحة هو الشرع وحده، ولا يجوز أن يكون غيره حتى يضمن للإنسان جلب المصالح التي هي في ذاتها حقيقة مصالح، ودرء المفاسد التي هي في ذاتها، حقيقة مفاسد،

ولهذا، كان لا بد أن يكون النظام هو الشّرع الإسلامي وكان لا بد أن تكون القوانين مأخوذه من الشّرع الإسلامي.

وعلى ذلك ليست المسألة رابطة بين شخصين دائم ومدین، ولا رابطة بين شخص وشيء، وإنما هي إنسان يقوم بأعمال لجلب مصلحة ودفع مفسدة، فلا بد من تنظيم هذه الأعمال تنظيماً يجلب المصلحة للإنسان، ويدفع المفسدة عن الإنسان، وهو يرجع أولاً وبالذات إلى من هو الذي يعيّن المصلحة والمفسدة، وإذا ثبت أن الشّرع هو وحده الذي يعيّن ذلك، كان لزاماً أن يعالج الشّرع أعمال الإنسان. والمدقق في الشّرع يجد أنه لم يعالج مشاكل الإنسان بقواعد كلية يرجع إليها في استنباط الأحكام، وإنما عالجها بما هو أوسع من ذلك، إذ جعل للإنسان أدلة ترشده إلى الحكم الذي ينظم به علاقاته، وترك لعقله أن يدرس الواقعـةـ أيـ الواقعـةـ ويفهمـهاـ، ثم يأخذ تنظيمـهاـ من الدليلـ الشرعيـ، أيـ الدليلـ الذيـ بينـهـ الشـرعـ. هذاـ هوـ الأساسـ الذيـ يقومـ عليهـ الفـقهـ الإـسلامـيـ فيـ استـنبـاطـ الأـحكـامـ. وهذهـ الأـدـلـةـ ليستـ مـصـادـرـ لـالأـحكـامـ، بلـ هيـ أدـلـةـ عـلـيـهـاـ، لأنـ الحـكـمـ هوـ معـالـجـةـ المشـكـلةـ، أيـ بـيـانـ الـوـجـهـ الـذـيـ يـنـظـمـ الـمـشـكـلةـ فـالـوـاقـعـةـ فـيـ الـحـقـيقـةـ الـتـيـ نـتـجـتـ عـنـ أـفـعـالـ الإـنـسـانـ هيـ الـمـطـلـوبـ إـعـطـاءـ الرـأـيـ فـيـهـ، وـمـاـ تـضـمـنـهـ الدـلـلـ ماـ هوـ مـتـعـلـقـ بـهـ هوـ حـكـمـهـ، ولـذـلـكـ عـرـفـ عـلـمـاءـ الـأـصـوـلـ الـحـكـمـ الشـرـعـيـ، بـأـنـهـ خـطـابـ الشـارـعـ المـتـعـلـقـ بـأـفـعـالـ الـعـبـادـ. ولـهـذـاـ نـرـىـ أـنـ الـأـحكـامـ الـتـيـ تـنـظـمـ أـفـعـالـ الإـنـسـانـ مـأـخـوـذـةـ مـنـ فـهـمـ اـنـطـبـاقـ الدـلـلـ عـلـىـ الـحـادـثـةـ. وـبـذـلـكـ تـكـوـنـ التـقـنـيـنـاتـ هـيـ الـأـحكـامـ الـتـيـ تـبـيـنـ تـنـظـيمـ أـعـمـالـ الإـنـسـانـ عـلـىـ وـجـهـ مـعـيـنـ، وـأـمـرـ السـلـطـانـ هـوـ الـذـيـ يـجـعـلـهـ قـانـونـاـ، وـيـلـزـمـ الـعـمـلـ بـهـ وـحـدـهـ، وـعـلـىـ هـذـاـ

كان لزاماً على الدولة أن تبحث الأحكام الشرعية التي بينت تنظيم أعمال الإنسان وأن تأمر بما تراه منطبقاً على الواقع وتجعله قانوناً.

والأدلة التي تستبطئ منها الأحكام عند جميع المسلمين، هي الكتاب والسنة أي هي النص الذي من عند الله لفظاً ومعنى، وهو القرآن، أو معنى لا لفظاً وهو السنة، وما عداهما من الأدلة ينظر فيه، فإن نص عليه النص الشرعي، أي قال عنه الكتاب والسنة بأنه دليل يضاف إلى هذين الدليلين، وإن لم ينص عليه لا يعتبر دليلاً مطلقاً ويتبع نصوص القرآن والحديث الصحيح تجد أنهما نصا على أن إجماع الصحابة، والقياس، يعتبران من الأدلة، وما عداهما لا يعتبر دليلاً لأنه لا يوجد في النص الشرعي ما يدل على اعتباره من الأدلة. وعلى ذلك، فالعبرة إنما هي بالنص الشرعي فقط، وهو وحده الذي يؤخذ منه الحكم الشرعي، ويؤخذ منه دليل الحكم الشرعي.

وفي النص حالتان: ثبوته ودلالته، أي معرفة الطريق التي وصل إليها بها والمعنى الذي يحتويه، فإن صحت الطريق التي وصل إليها بها ولو ظناً، اعتبر هذا النص نصاً شرعياً وإن لم تصح مطلقاً لا يعتبر هذا النص نصاً شرعياً، فإذا ثبت أنه نص شرعي ينتقل بعد ذلك إلى دلالته، ويوقف عند لفظه، فما يؤديه اللفظ من معنى، وما يرشد إليه المعنى من معاني، ولو عن طريق الظن، يعتبر الحكم الذي يؤخذ منه حكماً شرعياً، وما لا يرشد إليه المعنى لا يعتبر حكماً شرعياً. ولذلك لا يجوز أن يحمل اللفظ ما لا يحتمله، وكل معنى لا يحتمل لفظ النص الدلالة عليه. لا يعتبر حكماً شرعياً. والنص الشرعي خط عريض - أي معنى عام - يتسع لاستنباط أحكام كثيرة، وهذه الأحكام تتسع لانطباقها على مسائل متعددة، ووجه الاتساع بالنص،

إنه إما أن يكون مشتملاً على علة أو غير مشتمل على علة، فإن لم يكن مشتملاً على علة، مثل جلد الزاني، وقطع يد السارق، وحرم الربا، كان الحكم دائمياً، ولا يعلل، ولكن تستبطن منه أحكام متعددة حسب فهم الآية في تحديد المعنى الشرعي للزنا وللسقة وللربا وما شابه ذلك، ومع كون هذا النص لا يتضمن علة، ولا يدور الحكم فيه مع أي علة، فإنه نص يتسع لاستنباط أحكام متعددة وينطبق على مسائل متعددة، ولذلك يكون خطأ عريضاً، ودليلأً على الواقع المتتجدة والمتجدة. وإن كان النص مشتملاً على علة، فإن الحكم الذي يستبطن منه يؤخذ معللاً بما عللها، فيوجد إن وجدت العلة، ويعدم إن عدلت العلة، ويتخذ مثل هذا الحكم أساساً يقاس عليه كل حكم في أي مسألة تضمنت نفس العلة، ولذلك تحرم الإجارة أثناء النداء للجمعة، قياساً على تحريم البيع، لكون العلة التي في البيع وهي الإهاء عن الصلاة موجودة في الإجارة، فثبت لها نفس الحكم الثابت لتلك، وهذا هو قياس الحكم، وحيثئذ يكون النص يتسع لاستنباط أحكام متعددة للواقع المتعددة والمتتجدة، لا في فهم معانيه فحسب بل في العلة التي تضمنها، وبذلك يكون الدليل على الحكم هو في الحقيقة النص، ولكنه كان دليلاً غير مباشر وكان القياس هو الدليل المباشر. وحتى لا تخرج الحكم بما رسمه النص الشرعي، كان جلب المصلحة ودرء المفسدة، هو الذي يقرره الشرع فحسب، ولذلك كانت العلة علة شرعية، لا علة عقلية، ولهذا لا بد أن يكون النص الشرعي هو الذي دل عليها بأي نوع من أنواع الدلالة، ودلالة الشرع على العلة قد تكون صراحة، مثل إعادة توزيع المال على الناس لعلة تداوله بين الأغنياء فقط، فإن الآية قد دلت عليها صراحة، قال

تعالى ﷺ كَمَا لَمْ يَكُنْ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ وَنَكِّمَ كَمَا وَقَدْ تَكُونَ دَلَالَةُ الشَّرِعِ عَلَى الْعَلَةِ دَلَالَةً مُثْلِ إِعْطَاءِ الزَّكَاةِ لِلْمُؤْلَفَةِ قُلُوبَهُمْ، فَقَدْ دَلَّ تَأْلِيفُ قُلُوبِ الْمُسْلِمِينَ وَضَعَافُ الْإِيمَانِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ بِالزَّكَاةِ عَلَى ضَعْفِ الدُّولَةِ، فَإِذَا قَوَّتِ الدُّولَةُ ذَهَبَتِ عَلَةُ التَّأْلِيفِ فَهَذِهِ الدَّلَالَةُ جَاءَتْ لَا مِنْ لَفْظِ النَّصِّ صِرَاطَةً وَلَكِنْ مِنْ مَعْقُولِ النَّصِّ دَلَالَةً، فَيَكُونُ النَّصُّ هُوَ الَّذِي جَعَلَهَا عَلَةً شَرِيعَةً، وَقَدْ تَكُونَ الْعَلَةُ قَدْ اسْتَبَطَتْ اسْتِبْنَاطًا، مُثْلِ جَعْلِ الشَّيْءِ مِلْكًا عَامًا لِعَلَةِ كُونِهِ مِنْ مَرَاقِقِ الْجَمَاعَةِ، فَقَدْ اسْتَبَطَتْ مِنْ إِبَاةِ الرَّسُولِ مَلْكِيَّةِ النَّاسِ لِلْمَاءِ مَلْكِيَّةً فَرَدِيَّةً فِي حَالَاتٍ وَمَنْعِهِمْ مِنْ مَلْكِيَّتِهِ فِي حَالَاتٍ، فَقَدْ اسْتَبَطَ مِنْ مَنْعِهِ مَلْكِيَّةَ الْمَاءِ حِينَ لَا تَسْتَغْنِيُ عَنْهُ الْجَمَاعَةُ، وَإِبَاةُ مَلْكِيَّتِهِ حِينَ اسْتَغْنَاءِ الْجَمَاعَةِ عَنْهُ، اسْتَبَطَ مِنْ ذَلِكَ، إِنْ عَدَ اسْتَغْنَاءِ الْجَمَاعَةِ عَنِ الْمَاءِ هُوَ عَلَةُ مَلْكِيَّتِهِ الْعَامَةِ، أَيْ كُونِهِ مِنْ مَرَاقِقِ الْجَمَاعَةِ، فَكَانَ هَذِهِ عَلَةً تَكُونُ فِي كُلِّ شَيْءٍ لَا تَسْتَغْنِيُ عَنْهُ الْجَمَاعَةُ، فَهَذِهِ الْعَلَةُ اسْتَبَطَتْ اسْتِبْنَاطًا. وَقَدْ تَكُونَ الْعَلَةُ لَا يَتَضَمَّنُهَا النَّصُّ لَا صِرَاطَةً وَلَا دَلَالَةً وَلَا اسْتِبْنَاطًا. وَلَكِنْ هَنَاكَ عَلَلٌ شَرِيعَةً اعْتَرَتْ عَلَلًا لِأَمْرٍ مَعِينٍ، فَإِذَا وَجَدَ هَذَا الْأَمْرُ فِي أَيِّ شَيْءٍ، وَلَوْ لَمْ يَدْلِ عَلَيْهِ النَّصُّ، يَعْتَبِرُ هَذِهِ الشَّيْءِ عَلَةً شَرِيعَةً، لِأَنَّ فِيهِ مَا فِي الْعَلَةِ الشَّرِيعَةِ الَّتِي تَضَمَّنُهَا النَّصُّ، وَهَذَا هُوَ قِيَاسُ الْعَلَةِ، وَذَلِكَ مُثْلِ مَنْعِ القَاضِيِّ مِنَ الْقَضَاءِ أَثْنَاءِ الْغَضَبِ لِعَلَةِ الْغَضَبِ، فَهَذِهِ الْعَلَةُ تَضَمَّنُهَا النَّصُّ الشَّرِيعِيُّ، وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ [لَا يَقْضِيَ الْقَاضِيُّ وَهُوَ غَضِيبٌ]، فَاعْتَبَرَ الْغَضَبُ عَلَةً، وَلَدِي بَحْثُ النَّاحِيَّةِ الَّتِي اعْتَبَرَ الْغَضَبَ مِنْ أَجْلِهَا عَلَةً وَجَدَ أَنَّهَا ارْتَبَاكُ الْعُقْلِ وَتَحْيِرُهُ، وَلَذِلِكَ يَعْتَبِرُ الْجَوْعُ عَلَةً لِمَنْعِ القَاضِيِّ مِنَ الْقَضَاءِ أَثْنَاءِ جَوْعِهِ لِأَنَّ مَا فِي

الغضب من ارتباك العقل وتحيره موجود في الجموع، فاعتبر علة قياساً على الغضب.

هذه هي العلل الشرعية التي يدل عليها النص، وهي كافية لأن تجعل النص خطأً عريضاً، يتسع لتنظيم كل عمل، ويعطي الحكم في كل واقعة تحدث مهما تجددت هذه الواقع وتعددت. ولهذا كان حتماً أن تجعل النصوص الشرعية الأدلة على الأحكام، لا الحقوق الشخصية، ولا الحقوق العينية، لأنها وحدها التي تبين الحق. والثروة الفقهية التي تركها آلاف المجتهدين، والتي دوّنها آلاف الفقهاء، تعتبر أغنی ثروة فقهية في العالم، وهي قد عالجت مشاكل حديث وطبقت من قبل القضاء الإسلامي مدة ثلاثة عشر قرناً، وهي كافية لأن تبني الدولة منها أحكاماً لمعالجة المشاكل التي حديث والخطوط العريضة كافية لاستنباط الأحكام التي تجددت وتتبني الدولة من هذه الاستنباطات، فتضع للأمة قانون هو أحكام شرعية مستنبطة باجتهاد صحيح. وعليه: فإن هذا المشروع المقدم هو خطأ في الأساس الذي قام عليه، وهو مخالف للأحكام الشرعية، فيجب رده، ويجب الرجوع للأحكام الشرعية لسُنّها وحدها قوانين للناس.

٣٠ جمادى الأولى ١٣٧٤ هـ

٢٤ كانون ثاني (يناير) ١٩٥٥ م