

الوَسِيْطُ
فِي تَرْجِيْحِ الْقَانُوْنِ الْمَلِكِيِّ

الجزء الأول

نظريّة

الالتزام بوجه عام

مَصْنُوعُ الْإِلْتِمَازِ

وَلَدُ

أَحْمَدَ التَّرَاوِيْحِيِّ الْعَرَبِيِّ

تَبِعَتْ - بَنْتَان

الوسيط
في
شرح القانون المدني الجديد

نظريّة

الالتزام بوجه عام

مصادر الالتزام

العقد - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون

تأليف

عبد الزواق محمد السنيهي

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

كلمة افتتاحية

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدي رجال القانون أقوى ما أكون أملا في أن يتلا فراغا وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشيئة الله أن أشرح القانون المدني الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جمل الله في العمر بقية ، وأمضى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برقعة من زملائي في إخراج المبسوط . فتم بذلك حلقات ثلاث ، ينتظمها عقد واحد . والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجمله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً . ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أوفى من الوجيز في سد حاجات العلم والعمل . وهو أدنى من المبسوط للباحث الذي لا يملك غير وقت محدود .

وبعد فطابع القانون المدني الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع التطور . والاستقرار يتمثل في وصل الحاضر بالماضي . والتطور يتراءى في تطمئن الحاضر إلى المستقبل .

وإذنا بأن الحاضر متصل بالماضي ، عمدت في هذا الكتاب إلى أمرين : (أولهما) أنني طمئنت أشير إلى القضاء والفقهاء المصريين في عهد القانون المدني القديم كما لو كانوا قد بنتا في عهد القانون المدني الجديد . وتراني أشير إليهما دون أن أشعر القارئ . بأن القانون المدني قد تغير ، ودون أن أنبه إلى أن القضاء والفقهاء اللذين أسند إليهما قد قاما في عهد القانون المدني القديم . وأردت بذلك أن أدل

على أن ما كان يصلح قضاء وفقهاً في الماضي لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والعهد الحاضر لا يزال متصلاً بالعهد الماضي أوثق الاتصال . وتمعدت أن أقل عن كتابي في نظرية العقد وعن كتابي الآخر في النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، في العبارات ذاتها التي وردت في الكتابين ، بعد توفير ما ينبغى من الملازمة ليسائر الكتاب الجديد أحكام القانون الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضي ، وحتى أثبت من طريق عملي أن الكتاب الذي كان يصلح مرجعاً في القانون القديم لا يزال صالحاً في كثير من نواحيه مرجعاً في القانون الجديد . فيتحقق من لا تزال خلجة من الشك تردد في نفسه أن القانون الجديد لم يؤذن بشورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التي سبق لي أن اعتنقتها في الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فتلك سنة العقل البشري ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق المطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن يقادر على إدراكه بالأمس .

ولما كان القانون الجديد — فيما استحدث من النصوص والأحكام — لا يزال بكراً لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما نقلت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص القانون الجديد مذ كان النص في المشروع التمهيدي ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائي ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص القانون الجديد . ونقلت ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه النصوص . واعتمدت في كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد التي أصدرتها وزارة العدل في أجزاء سبعة .

وكنت إذا ما استحدث القانون الجديد تغييراً ، أعنى كل الغدنة بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سريان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعي ، وبخاصة ما يكون له من أثر فوري ، وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثاني) أنى جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية الأجنبية ، النظام الأجنبي الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد القانون المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادئ ، القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد عمدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فىكون هو القضاء البارز فى جميع بواحي الكتاب ، لا يفتى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غصاً من شأنه . وإلا فهو القضاء الذى ترانا صيوقاً فى ساحته الواسعة ، وعشنازماً فى رحبته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أمانه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم . حتى أصبح من حقه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئوليته كاملة .

هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلم الحاضر إلى المستقبل ، فأيته أن القانون المدنى الجديد يفتح عهداً جديداً .

نمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ،

وقد أرسى أساسها على ماهر باشا باللجان التي ألفها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة الثمرة المباركة قرينتها التي نبتت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التي قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفي نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة في مدارج تطورها القانوني . وهي اليوم ، في نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتنبؤاً مكاناً مستقلاً في الأسرة العالمية للقانون . وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعيها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها وبقضائها . وأن هذا العهد الجديد ، الذي افتتحه القانون المدني الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعترفت أن يكون لها قضاء ذاتي وفقه قومي .

هذه هي المرحلة الجديدة التي تخطوها مصر ، وهذه هي الآفاق الجديدة التي تطالع بها رجال القانون في هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصري بالاستقلال في سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونترية هي صك استقلاله . وظفر القضاء المصري بالتوحيد بعد انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فعلى القضاء المصري تقع تبعات جسيمة ينبغي له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصري أن يكون الرائد للقضاء المصري ، يمهده له السبيل ، ويعبده له الطريق .

وإذا كان القانون المدني الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، في السكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استثناس للصياغة . أما الغالبية العظمى من أحكامه فستمد من أحكام القانون المدني القديم ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً في كتاب « نظرية العقد » : « علينا أولاً أن نحصر الفقه ، فنجمله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقها حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبي ، والاحتلال هنا فرنسي . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عنتاً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلصق في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أهقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظلّه اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقها ، وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، ببق علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالتقانون المقارن » .

واليوم يسعدني أن أنقل هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهي تنظر مشروع القانون الجديد : « أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من السكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويجيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقته مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً

عن مصدره ، فيطبقه أو يسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بمحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي ، يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون» .

تطور النصوص في صميم الحياة القومية : هذه هي مهمة القضاء والفقه في مصر منذ اليوم . ولاعذرهما إذا هما تخليا عن هذه التبعة الخطيرة ، وتركوا الاجتهاد إلى التقليد . وإن القانون المصري الجديد ليؤذن بعهد جديد لا في مصر فحسب ، بل أيضاً في البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . ويكفي أن يكون هذا الشرح للقانون المصري الجديد هو في الوقت ذاته شرح للقانون السوري الجديد ، فإين القانونين إلا فروق طفيفة أشرت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حان الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وفقهاء العراق . ويتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوى « للقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً .

وإذا كنا نشعر اليوم بنزعة محمودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيد استقلالنا ، بعد أن صلب عودنا وشببتنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل مانحن مدينون به للفقه الأجنبي ، وبخاصة للفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه التلكئة التي عليها ترتكر ، والدور الذي به نهتدى ، ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم .

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للقانون
المدنى الجديد . فلا بد أن يكون بعيداً عن حد السكال . وما أمجلى إلى إخراجه
إلا على أن الغاية بعيدة ، وأن العمر قصير ، وأن السكال لله وحده .

وقد تفضل صديقى الأستاذ الفاضل مصطفى كامل اسماعيل فكفل نصحيح
«التجارب» ، فعاون بذلك على إخراج الكتاب معاونة مشكورة ، تخففت بهامن
مشقة بالغة . جزاه الله عنى خير الجزاء .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه
المصرى ، وقد بدت بإشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة
تزملاء هم فى الذروة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى
هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وملاً شيئاً من الفراغ ، وسد بعضاً
من الحاجة .

وبالله المتعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

نظرة
في
التقنين المدنى الجديد

كيف وضع ، وكيف يكون تفسيره
وما استحدث من أحكام ، وما برسم من اتجاهات عامة

- ١ - تنقيح التقنين المدنى : كيف تمت فكرة التنقيح ، وكيف حلت .
- ٢ - القواعد التي قام عليها التنقيح : كيف عولت عيوب التقنين القديم - مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد .
- ٣ - الفروع الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم : ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل .
- ٤ - الاتجاهات العامة للتقنين الجديد : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

(١)

تنقيح التقنين المدني (كيف قامت فكرة التنقيح ، وكيف حققت)

١ - كيف قامت فكرة التنقيح

(١) عبوب التقنين المدني القديم^(١)

العبوب الموضوعية :

يكتنف الظروف التي وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبيّن لنا كيف وضع ، والظروف التي وضع فيها ، والسياسة التشريعية التي توجبت في وضعه .

والعروف أن ، اصع التقنين المدني احتياط هو الأستاذ مانوري Manoury . كان محامياً وسياسياً يقيم في الإسكندرية . واتخذ نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر لجنة الدولية التي كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة في مصر ، وعهد إليه في وضع التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها في العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانوري التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً محلاً في كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في سنة ١٨٦٦ . ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥ . ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين - كان فيهم

(١) انظر ، مثلاً ، لنا نشرناه في مجلة القانون والاقتصاد (سنة السادسة ، العدد الأول)

في جوب شيخ القانون المدني ، وقد نشر قسم من هذا المقال في المجلات الذهبى لعدد المحامي
العدد ١٠٠٠

محمد قدرى (باشا) وحسين فخري (باشا) وبطرس غالى (باشا) - وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطلعت إلى إصلاح القضاء الوطنى وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحفانية إذ ذاك محمد قدرى باشا . فألفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريوندى Moriondo وهو محام إيطالى عين قاضياً فى محكمة الإسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ . وبقى فى القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة . وتوفى سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت فى ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة فى الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موريوندى أن يضع التقنين المدنى الوطنى . فنقله نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدنى المختلط . واشترك محمد قدرى باشا مع الأستاذ موريوندى فى وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العربية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائى . ولما أخذت الثورة أعادت الحكومة النظر فى لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة فى ١٤ من يونيو سنة ١٨٨٣ . ثم أصدرت التقنين المدنى الوطنى فى ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ . فالتقنينات الخمسة الأخرى فى ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهب (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التى سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض (١) .

وقد سجلت قوانين «الإصلاح» المختلطة والوطنية فى تاريخ التقنين المصرى مرحلة تقدم واسعة فى العهد الذى صدرت فيه ، وقضت على كثير من مساويء

(١) انظر فى الإصلاحات القضائيه التى تمت فى ذلك العهد : بوريللى بك الماهرة سنة ١٨٩٢ ص ٢٧ - ٢٩ - دى روزاس فى نظام الامتيازات الأجنبية فى الامبراطورية العثمانية باريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثانى ص ٢٧١ وما بعدها - دى هانس جزء ١ ص ٧ وما بعدها - عد الدلاء دهنى بك فى مسؤولية دولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها . انظر فى القضاء =

الماضى . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فتطورت المدنية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنيات تظهر شيئاً فشيئاً . وبحسبى أن أشهرنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدني القديم .

وأول ما يعيب هذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسى العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده . والتقنين الفرنسى قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذي يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفى خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدي جعل التقنين الفرنسى فى الصف الأخير من التقنيات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت فى العهود الأخيرة : ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنيات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً فى التقنين الفرنسى : وقد ولد فى فجر القرن التاسع عشر ، ولا فى تقنيننا المدني الذي أخذ عنه . فبدأ التسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات . وتنظيم الملكية فى الشيوع : وعقود التزام المرافق العامة : وعقد التأمين : وحوالة الدين : والإعسار المدني ، كل هذه المسائل الخطيرة لانعثر على نص واحد فيها لا فى التقنين الأصيل . ولا فى التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، نرى الكثير منها ناقصاً مبتوراً . ويكفى أن نشير إلى أهم نظرية فى القانون المدني وهى نظرية الالتزام : وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر . حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت فى التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد فى أحكام العقد شيئاً عن النيابة فى التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد . ولا عن الحق فى الحبس ، بل نحن لا نجد فى

= المختلط المصرى واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دى بيه
فى اختصاص القضاء المختلط فى مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعدها — مينا فى
القانون المدني المصرى المختلط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها —
برتون فى أحكام المختلطة فى مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ وما بعدها — الكتاب الذهبى للعبد الخمينى
المحاكم المختلطة — الكتاب الذهبى للعبد الخمينى للمحاكم الوطنية — فال والاكثور ماش
فى القانون التجارى المصرى سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ٧١ و٧٠ — الدكتور زمزى سيب
فى تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

مسألة من أدق مسائل العقد ، وهي مسألة تكوينه ، إلا صتما محيراً . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسؤولية التقصيرية إلا عدداً قليلاً من النصوص تسكت عن أهم المسائل في هذه المسؤولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير (١) .

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه لمصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والهبة المستترة والتضامن في المسؤولية التقصيرية والمصرفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتياز المقاول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجننه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكفي أن تصفحه لتبين ذلك في وضوح . فهو في حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث في الثاني منها عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو في نظرية الالتزام يفيض في المسائل التي لا حاجة للافاضة

(١) وقد كان التفكير في تقيح التقنين المدني الفرنسي يلقي مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التقيح ما لبثت أن اخترت أمام التقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين في القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدني الفرنسي ووقوفه عن مسيرة التطور . فتقرر تقيح هذا التقنين تقيحاً شاملاً ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليودي لا مورانديير Julliot de la Morandière ولا تزال اللجنة ماضية في عملها ، وقد أخرجت حتى اليوم أربعة أجزاء من أعمالها التحضيرية (سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٩) .

فيها كما فعل في الالتزامات التخيرية والالتزامات التي يكون القانون مصلدها ،
ويقتضب في المسائل التي هي في أشد الحاجة إلي البيان والتفصيل كما فعل في
تكوين العقد وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي الدعوي البوليصية وفي المسئولية
التقصيرية وفي الإثراء بلا سبب .

وفي التقنين القديم غموض وتناقض . يتفشى الغموض في كثير من نصوصه
الجوهرية . ويكفي الرجوع إلي النصوص المتعلقة بالدعوي غير المباشرة والدعوي
البوليصية والالتزام الطبيعي والشرط الجزائي والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة
الغير والتضامن وعمل الفضولي والحيازة ، لتبين أن هذه النصوص قلقة
غامضة لا تخلص إلي معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم
فهو أمر غير تادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشتري تبعه الهلاك في بيع المثلثات قبل
التسليم ، نرى البائع هو الذي يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقد سار التقنين القديم
التقنين الفرنسي في الأولي ، ونقل عن الشريعة الإسلامية في الثانية . وبيننا لا يجوز
للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت لغيره من لمدينين المتضامين ، إذا
به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته في الدين . وفي الوقت الذي يجيز فيه التقنين
القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد : إذا به يقرر في عبارة عامة وفي غير
احتراز أن العقود لا ترتب عليها منفعة لغير عاقدتها . وينزل بالحد الأقصى
للفوائد الاتفاقية إلي ٩ في المائة : ولكنه يرتفعه في عقد القرض إلي ١٢ في المائة .
ولم يسلم التقنين المدني الوطني من أن يتناقض في بعض أحكامه مع التقنين المدني
المختلط . فالتقنين الوطني بشرط في حوالة الحق رضاء المدين ، ويكتفي التقنين
المختلط بإعلانه . ويبيح التقنين الوطني بيع المخلوقات قبل أن تنبت ، ويحرم
التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطني أقصى مدة الاسترداد في بيع
الوفاء خمس سنين . ويقتص التقنين المختلط هذه المدة إلي سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم . منها أنه أغفل أهم شرط
في التملك بالتقادم القصير . وهو شرط حسن النية . ونقل أحكام بيع المريض
مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوق في غلطين : نظر إلي مال البائع وقت
البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت ، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع
، والصحيح أن العبرة بالتقدير العادي . وقرر أحكاماً غريبة في التفقات نقلها

عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها : بل تنفق على زوجة أبي زوجها . وذكر أن ملكية الميع المعين بالنوع تفضل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائي التزاماً تخبيرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخيرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدني المختلط أن القسمة منشئة للحق . والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة .

العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويبه وإلى ازدواج لغته . فتبويبه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية : وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء . وينصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة . ولا محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة تنصل بنظرية الالتزام أوتق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين : ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازي ويورده دون غيره في العقود المسماة . ولا يشتمل على باب تمهيدي لمصادر القانون ولتطبيقه في الزمان والمكان ، وبغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نرى قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا نرى أثراً للملكية في الشيوخ ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات وفي قانون المرافعات (م ٦٢١/٧١١ مرافعات) . ونرى قاعدة جوهرية كالقاعدة التي تنقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالعقد (٦٨/٤٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧-٦٠٨/٧٣٣-٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأي ترتيب منطقي أو عملي لوحظ في تسلسل أسباب كسب الملكية . وفي الكتاب الثاني المخصص لنظرية الالتزام نرى

نظرية الالتزام في ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثاني يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر . وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض في المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة في نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ورتبها ترتيباً غير منطقي . وبمضى الباب السادس في إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه في هذا الكتاب أصلاً ، وإنما تجده منزوياً في الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفي الكتاب الثالث الذي خصص للعقود المسماة تجده هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر في غير ترتيب واضح . فيأتي بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد المقاوله وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فعقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب ، فتحلص من الوديعة إلى الكفالة ، ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فرهن الحيازة ، فالعاروقه ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادي في التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم رّد إشارة إلى الدعوي البوليصية (م ٦٨٠/٥٥٦) ، والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالرهن الحيازي يرد في العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية . ثم أحكام تفصيلية في دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلي ، فإن الترتيب الداخلي لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقي أو اعتبار عملي . ولا حاجة للخوض في ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلي يقابله نص رسمي ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، بشرط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط

النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسي ، فقد أراد المشرع المصري أن يتجنب عيباً في القانون الفرنسي بأن يجعل التديس المصادر من الغير كإلزامه الصادر من الغير عيباً في الرضاء . وإعذار المدين ، يقرر النص العربي أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربي . والوفاء مع الحلول ، لا يشير النص العربي فيه إلى دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسي بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربي . واسترداد الحصة الشائعة : لا يشترط النص العربي في الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسي ، والصحيح هو النص الفرنسي (١) . فأن ترى قدر الاضطراب الذي يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراد القاعدة في الأخذ بأي النصين ، فتارة يؤخذ بالنص العربي ، وأخرى بالنص الفرنسي . هذا إلى أن الترجمة العربية ، وهي النص الرسمي ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تنحر الدقة فيها (٢) .

ب) التنبيح السائل :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف . وتقنين على هذا القدر من العيوب لا يجوز التردد في القول بوجود تنقيحه ،

(١) انظر أيضاً في التقنين الوطني المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاصتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهي خاصة بالفلظ ، والمادة ٢٧٠ وهي خاصة بتسجيل عقد البيع .
(٢) انظر أمثلة لتلك في التقنين الوطني المواد ٩٤ و ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ و ١٣٧ و ١٩١ و ٢٠٩ و ٢٦٢ و ٢٦٥ و ٢٧٠ و ٢٨٣ و ٢٩٩ و ٣٢٨ و ٣٣٩ (الغروض) — ٨٤ و ٨٥ و ١٣٦ و ٩٥ (الخطأ) .

هذا إلى أن النص العربي قد تفتى فيه عدم الدقة في التمييز وركاكة الأسلوب . والأمثلة على ذلك كثيرة . فالإلقاء لفظ يراد به البطلان (م ٤٨ و ٥٣ و ٤٦٠) ، والعمل هو العمل القانوني (م ١٤٣) ، والمعاوضة هي المقايضة (م ٣٥٦ وما بعدها) ، والميرى هو الدولة (م ٩٠ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (م ٤٤٤) ، وإضافة الملحقات للملك هي الالتصاق (م ٤٤٤) ، والمدان هو الدائن (م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١) ، والمشاركة هي المقدم (م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٣٦٠) ، والملزومية هي الالتزام (م ٣٠٢) . ويعبر القانون القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول «لا يحكم فيه بالظن» (م ١١٠) ويقول يتحصل ويتحصل بدلاً من يحصل (م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٥٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩) ، ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استناداً خامراً بأن السيد «قد استعصر الخادم بالخصوص» (م ٤٠٣) الخ .

وبتفقيحه تنقيحاً شاملاً . فالتنقيح الجزئي لا يجدي في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثنايا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التنقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالت على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلي أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلي المذكرة الرسمية التي كانت أصلاً في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يجدي فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلي التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم نفع تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، تراه رثاً مهلهلاً يطالملك فيما بين ثناياه القديمة البالية بقطع مرقعة تلمح فيها الجدة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويكفي أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألماني والسويسري ، حتى تتبين أنهما يمتازانه كثيراً في التماسك والانسجام ، وإحكام الحبكة ، وكمال الصنعة

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إلي التنقيح الشامل دون التنقيح الجزئي ، فطلعوا على الناس بأثر تشريعي جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما نقحو تقنينهم المدني في العهد الأخير ، فجاء تنقيحهم شاملاً جامعاً . وهذا هو ما اعترزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم المدني العتيق تنقيحاً شاملاً ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالي والتقنين الفرنسي في هذه الحاجة إلي التنقيح الشامل ، وقد نفع أولهما فعلاً وأخذ الثاني طريقه إلي التنقيح ، فما أولي التقنين المصري بالتنقيح الشامل وهو الذي جمع إلي عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذي حاكاه .

والآن وقد تم التنقيح ، واستوي التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أرييك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملاً ؟ وهل كان يجدي فيه التنقيح الجزئي ؟ وأين كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهي لاتقل في العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص عقق النفع ؟ ثم أما كان التنقيح الجزئي يفرص بقاء التقنين على تقسيمه القديم

بما حواه من عيوب ، وعلى تبويبه الأصلي بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه المهود بما اعتوره من خلل ! (١) .

ج) الظروف التي نبت فيها فكرة التفتيح :

نبتت فكرة تفتيح التقنين المدني منذ عهد بعيد . وقد كان التقنين القديم منذ صدوره محلاً لتعديلات جزئية متفرقة (٢) .

(١) وقد عرضت «لجنة القانون المدني» لمجلس الشيوخ لهذه المسألة في تقريرها القيم الذي وقته للجلسة فقالت : «ويراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التفتيح في الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة قاطعة في أمر المفاضلة بين الأسلوبين التقدم ذكرهما (التفتيح الشامل والتفتيح الجزئي) . فالتقنين الحالي لم يتضمن إشارة إلى حكم تعاقب التشريعات في الزمان ، ولم يفرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداهما تتعلق بالمواريث والثانية بالبوصايا والثالثة بالأهلية . ولم يشمل على قواعد عامة في شأن الشخصية المنعوية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة في صدد حوالة الدين أو عقود المعاوضات أو العرائض المرافقة العامة أو عقد المثل أو المكر أو إيجار الوقف أو تنظيم الإعسار أو تصفية الذكوات . وإذا لوحظ أن المواد التي تنظم هذه المسائل يرى عددها في المشروع على نصف عدد مواد التقنين الحالي القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التي يتناولها التقنين المدني لا يبوغ معه استصدار تشريعات خاصة بالنسبة إليها ، رجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا سبيل إلى الشك فيه . وثمة موضوعات أخرى أجمل التقنين الحالي (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالاً أدخل في معنى الاضطراب ، كشكوى المقدم والدعوى البولسية والاشتراط لمصلحة الغير والمسئولية التعاقدية والمسئولية التصريفية والحراسة والملكية الثابتة وملكية الطابق ورهن الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يجدي فيه أي تعديل جزئي إلا إذا أريد التناقص ١٤ بلائها من عيب في غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر لا يتعلق بمجرد التفصيل لإزالة الإيضاح أو إزالة الإبهام ، ولكنه يتصل باستكمال أحكام ترتب على قصورها في كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن المحقق أن حكم هذا الخلاف من طريق التزوية صراحة بالحكم لا يتيسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد راعت اللجنة فضلاً عن ذلك أن التعديل الشامل يبين على إعادة تبويب القانون توبياً منطقياً يبرر نواحي الارتباط والتقابل بين الموضوعات ويسر الجمع بين أطراف مسائل انتشرت أحكامها في التقنين الحالي دون نظام رغم ما بين أجزائها من وثيق الصلات . بهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج المنطقي المتسق في التبويب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق في الحبس والدفع عدم التنفيذ واليابة في التعاضد وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . ففي ذلك ما يعين على تقريب الأحكام من الأذهان ويسر فهمها وتطبيقها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٣٤ - ١٢٥) .

(٢) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر الملكي الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ =

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيها فكرت فيه تنقيح القانون المدني .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلاً للتفكير في تلك العهود . ولكن التطورات العميقة التي ساقها الحرب العالمية الأولى مالبت أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصري من الأجانب في ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللي (١) والأستاذ مسينا (٢) والأستاذ والتون (٣) والأستاذ بوايه (٤) . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره (٥) .

وأول تصريح رسمي حاسم في اعترام الحكومة تعديل التقنين المدني والتقنينات الأخرى تعديلاً شاملاً ورد في الخطاب الذي ألقاه وزير الحقانية في

من تحويل حق أصحاب الألبان الحراجية إلى ملكية تامة . وكذلك الأمر العالي الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والساقى الخاصة ، وهو قانون كامل للتقنين المدني لا معدل له . وصدر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال يقص سعر الفوائد القانونية إلى ٥٪ في المواد المدنية (وكانت ٧٪) وإلى ٧٪ في المواد التجارية (وكانت ٩٪) ، ثم صدر مرسوم بقانون في مارس سنة ١٩٣٨ بنفس سعر الفوائد الاتفاقية إلى ٨٪ مع جواز خفضها إلى ٧٪ بمقتضى مرسوم . وصدر أمر عال في ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدني المختلط فيلغى الرهن القضاة ويستعيز عنه بحق الاختصاص . وصدر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطني) قانون مستقل يعدل أحكام الشفعة — انظر أيضاً ذكرينو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة ببيع الديون المتأخرة على القمار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق المجرى والمسيل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٦٩٢/٥٦٨ الخاصة بالفوائد التي يضمنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذي يخفى رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٣ لطرح البحر وأكمله ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ لحماية الدائن المرتهن .

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٢٩ .

(٥) انظر تفصيل ذلك في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد في تنقيح القانون المدني

(السنة السادسة العدد الأول) وهو المقال الذي سبقت الإشارة إليه .

عيد الاحتفال الحسيني بالحاكم الوطنية في سنة ١٩٣٣ (١). وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذي كان سائداً في ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدني تنقيحاً شاملاً (٢) .

ثم نالت الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقرب . ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦ ، بوقت الوزارة التي كانت قائمة في الحكم إذ ذلك — وزاره على ما هو باشا — أن هذه المعاهدة لا بد أن تعرض للامتيازات الأحسية ، وأن تقضى بالعلماء . فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضي تعديل التقنينات المصرية التي وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهيته ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدني والتقنين التجاري وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائي وتقنين الإجراءات الجنائية .

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التي تعاقبت على تنقيح القانون المدني)

اللجنة الأولى :

وكل إذن إلي إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدني تنقيحاً شاملاً . وكانت هذه اللجنة برئاسة مراد سيد أحمد باشا ، وأعضاؤها سبعة غير

(١) وقد جاء في هذا الخطاب ما يأتي : « أما من حيث التشريع فإن القوانين التي وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك فيه في مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين في البلاد المتقدمة ، وسؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبراء أكفاء » (انظر الكتاب الذهبي للميد الحسيني للمحاكم الوطنية ١ ص ٧) .

(٢) وقد عمر الفاعل الذي نشرناه بمناسبة العيد الحسيني للمحاكم الوطنية في وجوب تنقيح القانون المدني عن هذا الشعور ، جاء فيه ما يأتي : « وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجناس متأثرين باعتبارات مختلفة ، فمن نوح أن يكون لصر صوتها في هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعلم بأمانة عن رأى المصريين المتعلمين بانناون إذا قلنا إن التقنين المدني المصري في أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع » .

١٩٣٦) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر في أول مارس سنة ١٩٣٦. وحدد المجلس عامين للجنة لكي تنم في خلالها أعمالها ، واشترط نفع أعضاء اللجنة ومعاونتهم للمهمة التي نيّطت بهم نفعراً تاماً في نظير مكافآت مالية تعرضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى في المدة ما بين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ . تاريخ افتتاح عملها الرسمي . ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها . عشر جلسات وزعت في خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيديّة للقانون المدني على أساس المشروع الذي تقدم به الأستاذ لينان دي بلفون أحد أعضائها . وهي تتعلق بمصادر القانون ، بتنازع القوانين . وقد استبق المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد من هذه النصوص أربعة هي المواد الأولى فيه ، وكذلك استبق مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لينان دي بلفون في الأشخاص المعنوية والجمعيات والمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكتمل تقضى في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيديّة في القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجاري تتعلق كلها بالكهيلة وأوراق الصرف (٢) .

(١) وهم صليب ساس (باشا) وموسيو لينان دي بلفون ومستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دي فيه وموسيو الفريد واسكولي وعبد الرزاق أحمد السهورى (باشا) .
(٢) ورد في مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ (سنعود إليها فيما يلي) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتي : « في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحفانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحسه البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسيرة التقدم الاجتماعي ، وبالرغبة المتزايدة في توحيد التشريعات الأهلية والمختصة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يعهد إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر في أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التي اقترحتها وزارة الحفانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة الاستمارة من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعوانهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . وإله نفع أن مجلس الوزراء في هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخضرة هذا العمل التشريعي وما يقدر آثاره من الخلود ، وكان يدرك تمام الإدراك أن حرص القاطنين به على بلوغ الكمال أو الذمومة قد يفريهم بعدم التقيد برمان معين لتفريع من مهتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعي قد بلغت و —

اللجنة الثانية :

وبقي العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إني أن صدر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برئاسة كامل صدقي (باشا) ومعه عشرة أعضاء (١) . على أسس تغير الأسس التي قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرغ والمكافآت وقد حوّل من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها أعضاء من القانون المدني وقانون التجارة البري والبحري ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية في المدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يولية سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة . انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفعة والكفالة وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفعة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها (٢) .

== إلحاحها مبلغا لا يتيح الإسراف في الأناة ، بعد حديد قرار مجلس الوزراء عاهد لجنة لكي تتم في خلالها أعمالها . وإذا كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لحسامة العمل الذي أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التي تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فشرطت أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونتهم للهمة التي نبضت بهم نفعنا نانا . لذلك تقرر منحهم من القيام بأعمال وظالمهم الأصلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن الحرة منهم أن يزاولوا مهنتهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهدا إضافيا من القائمين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعاونتهم من الكرتيريين والقنيين والإداريين مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم وتحفزهم على الحرص على إتمام العمل في الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة

(١) وهم صليب سامي (باشا) وعبد الفتاح السيد بك ومصطفى الشوربجي بك ومحمد ذؤاد حسي بك والمستر مرى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيب وشيفالييه انطونيو بنتا وموسيو ليون باسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد في مذكرة وزير العدل التي تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يولية سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتي : في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين الثانية والتجارية تكاف الدولة عتبا نائبا باهضا ، فهي تكفد الخزانة ما يزيد على ٤٨٠٠٠ جنيه وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على ==

اللجنة الثالثة والاغلبية :

وفي ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا - وكانت الوزارة قد تغيرت - بمذكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحيه نظام اللجان للبدء بأعمال التقنين ، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون مختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما وبتأه فى مدى ستة شهور .

وفى ٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ماجاء بمذكرة وزير العدل ، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير

== أسس تناقض الأسس الأولى، فلم تحدد لنهاية العمل مدة، وألغت نظام المرحع ، وألغت المكافآت ثم صدر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية . . على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين تتيح الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً فذا فى عملها ، إذ عقدت فى مدة شهرين عشرين جلسات أتمت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة فى عملها ، لم تقدم فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التقنين ، هى النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالوطن . والواقع أن هذا الهارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء، فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتح لها الإكثار من الكفايات العقيمة والكفايات التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التقنين . ثم أن شعور الأعضاء بفضلك العمل لم يكن يتفق مع تحديد فترة معينة يتدون فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التى سبقت مصر فى ميدان التقنين قد ذلك على أن هذا العمل يتبد أن يحدد له أجل معين ، وبفضل الأجل القصير فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أميل أجل التعديل لعقد له أن يظل متخلفا عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ونحن الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره بفضى لئلا إلى وجوب تفرغ من يعهد إليهم بنشأت التقنين لهذه المهمة ووجوب توفهم على ما تنصه من كفايات خاصة .

العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإسناد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى لإثنين من رجال القانون أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب (١) .

والى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذته وزير العدل - لجنة قليلة العدد لا تتجاوز اثنين تفرغ لعملها تفرغاً تاماً (٢) - يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢ (٣) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأسائذة

(١) جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى ، مجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١) : ولقد بدأت الجهود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٣٦ . فى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ ناضت وزارة العدل (بمضرة صاحب المالى) عبد الرزق السنهورى باشا مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأسائذة القانون وسائر الهيئات للدلايه بالرائى فيما تضمن من أحكام . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامبير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم نواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكاً جدياً فى الأعمال الأولى ، وقام وحده بوضع بعض نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود القفولة والأزام المرافق العامة والعمل والتأمين .

(٢) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك فى أعمافها الأولى ، ثم جدت ظروف قطعت عن العمل ، والأستاذان استنويت وسامى اللذان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منهما المشروع الابتدائى للباب الخامس بانيات الأزام وللفضل الخامس بعقد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان .

ونألفت سكرتارية نية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقص وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتقسيم الأشياء وعقود القرض والعارية والوديعة ، والأستاذ عبده محرم بك وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالمحراسة ، والدكتور محمد زهير جرانة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والزهان والقامرة ، والدكتور شفيق شحاته وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبخاصة ما تعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولاً للنصوص الخاصة بمقالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى بك ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجحته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوضعية هم الأسائذة محمد عزمى بك وعبده محرم بك وأحمد زيد بك وعبده الفزير محمد بك ونجيب أحمد بك .

(٣) وضع المؤلف المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخامس بنظرية الأزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بغدادى ، كما عاون فى وضع الجزء الأول الخامس بالباب التمهيدى مستغنياً بما تركه الأستاذ لامبير من مذكرات فى هذا الباب .

القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات (١) .

وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون (٢) ، تعاونها هيئة فنية (٣) ، لمراجعة المشروع في ضوء ماتم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدى في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وأرسل المشروع النهائى إلى مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ (٤) ،

(١) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً في المشروع التمهيدى ، وأرسلته للدلاء بالرأى إليه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومه وتقابى المحامين الوطنية والمختلطة وكبار رجال القانون البارزين وكلية الحقوق بجامعة فؤاد وحامعة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلى والبنك الزراعى وبنك التليف الزراعى وطائفة من رجال القانون المعروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض وإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع هذه الهيئات . وأرسل الكثير بما عن فهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظات فدرستها لجنة القانون الدنى بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدى بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برئاسة المستشار برنتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ أحمد حلمى بك ، ومحكمة النيابة الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ محمد عزمى بك .

وتفضل عميد رجال القانون في مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى باشا فعنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

(٢) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجى بك عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أبوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ بك المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٣) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم بك مدير مكتب لجان التصريح بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بغدادى أستاذ القانون الدنى بجامعة فاروق والدكتور سليمان مرقص أستاذ القانون الدنى بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحانه أستاذ القانون الدنى بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى بك رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٤) أرسله وزير العدل أحمد خشبة باشا . ومن المصادفات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل في سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهى اللجنة التى أنجزت المشروع .

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة (١) ، وصدر مرسوم تعرضه على البرلمان في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٥ (٢) .

وعرض المشروع على مجلس النواب . بعد أن أحيل على « لجنة الشؤون التشريعية » برئاسة حضرة النائب المحترم على أيوب بك وكبير المجلس (٣) .

(١) وقد رأى واضعو المشروع الحميدي أن يحولوا المشروع بشتمل من المادة ١٢٥٣ إلى المادة الأولى من الدستور ، على أن يدرج في نفس مدنى حديث ، حتى لا يخلو - ذلك على حد ما - من أي تناقض من هذه النصوص ما ترى الاستفتاء عنه . وصدروا المذكرة الإنشائية للمرسوم بالشكل الآتي .

« يرى واضعو هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه من المادة الأولى لما يوجب أن يدرج في نفس مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إسراف و اتقصين . على أن ثمة تعديلات شأرت نصوص قد يطرح تساؤل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها . وإذا كانت هذه التعديلات قد انتهت في المشروع ، فقد أريد من ذلك إلى إصاح المجال للاختيار ، أو إلى الأخذ بالأحوط . ولا سيما أن حذف المادة الأولى من إنشاء ما يقضى به « برة » . وكبر من ذلك أن تزلزلت حجة الترحمة المشروع من ١٥٩١ مادة هي المواد المذكورة المشروع الحميدي شتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هي ما خلاصت إليه من النصوص في المشروع النهائي .

(٢) وقد عمت « لجنة القانون المدني » بلجنة الشيوخ أن تترافق في تقريرها عن المشروع في وضع القانون المدني الجديد ، فألتزم « وأن وقد استقرت بالاسنادها التشريعية ، وأوشك أن يتقاسم آخر حال من طلال نظام الامتيازات . بحيث لجنة أنت تعرب عن عظيم اعتباراتها بأن يكون القانون المدني الجديد تعبيراً مسروراً خلاصاً عن هذه السيادة . وهو يعد المستور أهم تشريع وضعه المصريون أنفسهم . فقد أعد مشروعته فيه مصري يعمل مكانه رفيعة بين علماء القانون . وقد أدلى المصريون بالرأى فيه ، وكان هذا الرأى عن تقدير ودراسة . وقد تولت مراجعته لجنة اشترك فيه من رجال افته والنصاء والمخاضة فريق من البرزين ، وهو في هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة ويشيخوها للظفر في أحكامه ، في سوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها . فإذا جاوز هذه المرحلة ، أصبح القانون المدني « المصري » حقيقة ونتاجاً . وكان للاجبال القادمة أن تعتر به ، وأن تعلم تحرد العبرة والذكرى أن مصر احتملت على مضض منها تقديماً ميباً . ولكنها اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولفسها ، هذا القانون الجديد » . (مجموعة الأعمال التجمعية ١ من ١٢٢ - من ١٢٣) .

(٣) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى ، بدر بك ، وعزيز مشرفي بك ، وعبيد الحشاشي بك ، ومحمد هاشم (باشا) ، ومحمد شوكت الدين بك ، ومحمد توفيق خنسة بك ، وعبد المجيد الصرقاتي بك ، وادكتور علي ابراهيم الرجال بك ، ومحمد أمين واز بك ، وأحمد محمديري بك ، ومصطفى النسال بك ، وعبد المعتم أبو زيد بك ، وحسن محمد اسماعيل بك .

فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية رهاء ستة شهور . من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦ (١) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي : « بجملة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون المدني على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضخم عمل تشريعي قدمته حكومة إلى البرلمان ، ووفق في أهميته كل ما عداه من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدني هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . فذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشكلت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسته : تولت الأولى بحث الباب التمهيدي والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق العينية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحثه ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة . التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأ كمله ، فأقرت بعض ما اقترحه اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعامة صاحب العزة عبده محرم بك مدير إدارة المحاكم الوضعية مندوباً عن وزارة العدل ، فلاقته منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات حضرة صاحب السعادة الدكتور عبد الرزاق أحمد السهوري بشا وزير المعارف العمومية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعت اللجنة لعاونتها طبقاً للمادة ٦١ من اللائحة الداخلية ... ولا يسع اللجنة وهي تحتم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القوية التي أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى القوانين الحديثة أن يتصل المشروع بهذه القوانين المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قوية تتونق صلته بما يحيط به من ملبسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، ويفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . »

« وقد حان الوقت الذي يكون لمصرفيه قضاء ذات وفاقه مستقل . ولكل من القضاء والفقهاء ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تنبججيات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعوا المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون . » « وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقهاء في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجهدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن انفك عنهما عمل القدر يتمايع قانون واحد معين في نصرة التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا

وأحيل لمشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، فقرر في ٣ من شهر يونية سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برئاسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك وكييل المجلس (١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مادة عامين ، استتمت في خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة (٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته إلى مجلس

— في حل ، وقد انفصلت الصور عن مصادرها . من التنفيذ بمتابعة أي ذنون معين . لخرجا ذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفصح . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ص ٣٢) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى باشا ومحمد حسن العشماوى باشا وأحمد رمزى بك وجان الدين أباطة بك ومحمد على علوبة باشا وسابا حبشى باشا وخيرت راضى بك .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشارى محكمة النقض وأساندة القانون وقد ناقشها اللجنة طويلا (أنظر تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٩ - ص ١١٨) وقد جاء في محضر الجلسة الثامنة والخمسين للجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : « عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع قانون المدني من حيث فهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رغبة في زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذى ذهبت إليه اللجنة في تقريرها المذكور عمدت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد الوكيل بك رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدل ببيان في هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتي : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر ، وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن للفاضى أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنيات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات - حوالة الدين - ملكية الأسرة - اتحاد الملاك - الإعسار المدني - تصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متشعبة مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والمبادئ ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انفزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى الصور ذاتها ومادرج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٦ - ص ١١٧)

الشيوخ (١) . فأقره المجلس في ٢٨ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ (٢) . وأحيل ثانية إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها . فأقرها مجلس النواب في ٥ من شهر يولية سنة ١٩٤٨ .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مبيناً (بمجموعة الأقاليم التحضيرية ص ١١٩) : « بخاتمة ٣ من يونيو سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدني مشروع القانون الذي أعده على الوجه الذي أقره مجلس النواب . وقد تودت اللجنة على دراسة هذا المشروع في ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ . بحضور حضرات صاحب المعالي عبد الرزاق السنهوري باشا وزير المعارف العمومية وصاحب العزة عبده محمد حريم بك المستشار بمجلس الدولة والدكتور حسن أحمد فنادي وكيل كلية الحقوق بجامعة داروق الأولى ، وأقرت في محضرها نصوص من العناية ما أتاح لها أن تنبئ مساندة أحكامه وتثبيت مساندة لها لأوضاع الحياة وحاجات التعاملين . وأدخلت من التعديلات ما أوجت به التجارب أو ما يدرج عليه القضاء أو ما تدرج من أمر المعاملات . ووجدت من الحكومة في هذه الناحية معارضة سجل لتدوينها بالثناء والتقدير . ولم يقف عن اللجنة ما لتعديل القانون المدني من أثر يبالغ في نطاق المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام . باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنصبة للروابط الأفراد وسائر الخطاطين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنصبة للشخص الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول مجملها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة في هذا البحث مجرد التفكير الضمري أو التدبيلي الضمني . ولم تقتصر في صدده على ما كان حضرات الأعضاء المختصين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأعمت النظر في دليل كل منها ، استرشدت في ذلك كله بأخفاق المتخصصة من دراسة نصوص المشروع ... » وقد أشرنا في أماكن أخرى إلى محضر فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) وما يذكر لمجلس النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنهما أقرتا المشروع في يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والدورة البرلمانية تقارب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومقتضيات النظر في تعيين حويل ذي صبغة ذرية بارزة كالتقنين المدني ، مما أدى على أن برلماننا يملك من المرونة في العمل ما يجعله صالحاً لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لضبيعة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المختصين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فاجعل بهذا التصرف الحكيم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكمي موافقا مما لا يشترط الألماني عند نظره التقنين المدني الألماني من ١٩ يونيو إلى ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٦ ، فقد تقسم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألماني على المجلس بغضب تأجيل النظر فيه إلى الدورة التالية ، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب ، وأقر المشروع في أيام فلائح (أنظر سالي : مقدمة في دراسة القانون المدني الألماني باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ - ص ٣٧) هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ أحمد محمد محمد الوكيل - وكيل مجلس ورئيس لجنة القانون المدني به - محضاب قيم ، ورد فيه ما يأتي :

وفي ١٦ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره .
ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل
به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحد فيه القضاء
المصرى بزوال النظام المختلط ، وبلغ عدد موادده ١١٤٩ مادة (١) .

تت « في منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تتكلم فيه
البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمنياتنا . ففي هذا التاريخ تختم مصر
مرحلة مريرة في تاريخها ، وتستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يفتخر المصريون فيها فوزهم بالحق إلى
النهوض بتحمل جسيم التبعات وعظيم المسئوليات . وها هي مصر تتخذ الأبهة لمواجهة ما تقتضيه
هذه المرحلة ، فتتخذ إصلاحات تشريعية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — في إنجازها
حفية طويلة من جراء القيود التي كان نظام الامتيازات يفرضها . وفي هذه الدورة تعرض على
حضرانكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدني . وقد
ظل هذا القانون — منذ أن وضع في سنتي ١٨٧٦ و ١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات
جزئية . واليوم يعرض على حضرانكم مشروع تنقيحه . وقد تولى المصريون أنفسهم إعدادة
ونخضه ، وبدلى البرلمان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدني مصرياً في أسلوبه وصياغته ،
مصرياً في وضعه وغايته . وهل أبلغ من أن يظن القضاء المصرى — في الوقت الذى يخالص له
فه السلطان — تشريعاً مصري الأركان والبنان فتقرن سيادتنا القضائية سيادتنا التشريعية ؟ »
« وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المروض قام على دعائمين رئيسيتين :
(الأولى) الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لآمد أخذود ، فإما من حكم صالح من هذه
الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب . (ثانياً) تقنين ما استقر من أسسناى في
أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خديفاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين
الأسسناى أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانفتح ثمرات المسامحة وجعل
الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تصور طبيعى لا يختلف أمره من هذا الوجه
عن أى إصلاح يستبدل الخير بالذى هو أدنى في غير نظرف أو عطف . وعلى هذا النحو لا يقطع
المشروع الصلة بين الحاضر والماضى ، وإنما هو يسير الانتفاخ بما استقر من صالح الأحكام في
التقنين الحالى وفي أحكام القضاء ، وبصقلها صقلا يجنبها أقرب مثالا وأوضح نهجاً . وقد عمد
المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين القدر الذى استحدثته من القواعد وبين المبادئ العامة
التي ألقها الناس في التعامل من قبل . وبهذا يسر سبيل الانتفاخ من الإصلاح » . (مجموعة
الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ و ص ١٥٤) .

(١) الآن وقد نرغث من عرض المراحل المختلفة التي مر عليها التقنين المدنى الجديد ،
أقل كلمة كنت قد خدمت بها مقال الذى نشرته بمناسبة العيد الخمسينى للحكام الوطنية و
وجوب تنقيح القانون المدنى . وهى كلمة كتبها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك
أن واردته أملاً يظوف النفس سيبصيح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة ، وهذا ما كتبتة في
ختام المقال المشار إليه ، أقله هنا تحية ذؤلاء الذين ذكرت أسماءهم ، وقد تعاونوا بنشاطهم على
أخراج التقنين الجديد :

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون (١) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة (٢) ، ووزعت ماورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين .

== على أن كل ما قدمناه ، إذا دل على أن تقنيننا مبيحاً ومراجحة ضرورية ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سلبها ، وأصبح البت في القيام بها أمراً ميسوراً . فإن الرغبة مهما كانت صادقة في عمل تقنين هي شيء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب في مسائل التقنين على أن الرغبة وحدهم لا تفي شيئاً . بل أن توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكفي . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الدافعة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيراً بطيئاً متوتراً ، يعثر عند كل منعرج ، ويصطدم في كل عقبة ، وقلما يصل إلى نهاية الطريق ... مهل لمصر أن تؤهل في عهد نهضتها الماضية أن تضم إلى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادي انتصاراً جديداً في النشاط القانوني ، فتعمل على إخراج تقنين مدني جديد ... أرجو أن يكون ذلك قريباً ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ١٤٣-ص ١٤٤) .

(١) وهم الأستاذ عبده محمد محرم بك المستشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمد غنيم بك مدير إدارة التفهيم القضائي بوزارة العدل والأستاذ بدوي حمودة بك المدير العام لإدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضي بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقس الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حمزوى عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ يحيى خيرالدينسكرتير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ والدكتور على علي سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٢) وهذه هي الوثائق التي جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص اتفاق ، فوضت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق في شأن هذا النص :

- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٢) محاضر اللجنة التي راجعت المشروع التمهيدى .
- (٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
- (٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
- (٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .
- (٧) تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ .
- (٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية في أجزاء سبعة (١) . هي التي نقل عنها في هذا الكتاب ما زرى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال (٢) .

= وقد أشير إزاء كل نص إلى ما يقابله من النصوص في القانون الدني القديم وفي بعض التقنينات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التي تتصل بهذا النص .

(١) الجزء الأول في الباب التمهيدى ، والجزآن الثانى والثالث في الطريقة العامة للإعرام ، والجزآن الرابع والخامس في العقود الستة ، والجزء السادس في الملكية والحقوق العينية الأصلية ، والجزء السابع في التأهيلات أى الحقوق العينية الشخصية .

(٢) هذا وقد أعقب صدور التقنين المدنى الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين ، برئاسة الأستاذ سايهان حادط بك وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقص والدكتور شفيق شجانه والدكتور على على سليمان . وقد أنجزت هذه اللجنة مهمتها ، ونشرت الترجمة الفرنسية التي راجعها .

(٢)

القواعد التي قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم - مصادر التنقيح وطرق التفسير
في التقنين الحدد

١ - كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الهم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء في الشكل أو في الموضوع .

١ - كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأبنا أن التقنين القديم كان معيباً في تبويبه . ومعيباً في ازدواج لغته وضعف أسلوبه . فلننظر كيف عولجت هذه العيوب في التقنين الجديد .

(أولاً) التبويب :

مشتملات التقنين الجبريد : كان الأمر الأول الذي نظر فيه واضعو المشروع ، وهم يستفتحون عملهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه في كل باب ؛ وبتعبير آخر : ما هي الخطة plan التي يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضع أن الخطة التي قام عليها التقنين القديم ، بما تحويه من عيوب وما يشوبها من نقص ، لاتصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم مالبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج في

التقنين الجديد أحكام الأسرة . فإن هذه الأحكام ليس مصدرها فحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحد في كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصريين . وحدث في أحكام الصغير والمحجور ، وحدثت إلى حد كبير في أحكام الميراث والوصية . ولكنها لم توحد في الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بعقبات يتعذر تذليلها . واعتزموا الاقتصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيها رسوده لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة تدل في كثير من التقنينات الحديثة . فهذا التقنين البواوني : والتقنين اللبناني . والتقنين السوفييتي في المعاملات : بل والتقنين السويسري في الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنينات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني . فلا تريب إذن على واضعي التقنين الجديد إذا هم أبقوا قانون الأسرة منفصلا ، وملاسات هذا القانون معروفة (١) .

قسم عام للتقنين الجبريم: وإذا رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات . برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذي اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسأبره فيه كثير من التقنينات الحديثة ؟ كان أم . واضعي التقنين الجديد مثلالا متعارضان : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنينات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنينات اللاتينية .

فالتقنينات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام : وإنما تجزئ . بفصل تمهيدى قصير يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة في تنازع القوانين

(١) بيد أنه إذا عر أن يجمع بين واحد المعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجمع شتات قانون الأسرة في تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدني الجديد . والخطب يبر في هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث . وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للحاكم الحسبية (الصغير والمحجور) . ولم يبق إلا تقنين خامس للزواج والطلاق والنسب فتجتمع بذلك أجزاء قانون الأسرة . وبمها كتاب واحد . والأمل معقود في أن يكون ذلك قريباً .

أما التقنين الألماني فقد حوى قسماً عاماً مسهباً اشتمل على مائتين وأربعين نصاً ، تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية العمل القانوني (acte juridique) فعرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يندرج عادة في النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصيني . وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألماني التقنين الأرجنتيني (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتقنين السوفييت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت في هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصادر القانون والتعسف في استعمال الحق والشخص الطبيعي والشخص المعنوي وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة في نظرية العمل القانوني .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلاً بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير في الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع في التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألماني كاملاً ، ولم يدرجوا في القسم العام نصوصاً تناول أحكام العمل القانوني . فإن أصلح مكان لهذه النصوص في تقنين ذي صبغة عملية هو الفصل الذي يخصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم الأعمال القانونية . فإذا ذكرت أحكامه في القسم العام بعنوان العمل القانوني ، أصبح واضع المشروع بين أن يغفلوا هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التي تندرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطوة العملية في ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، ويحال عليها فيما يخص الأعمال القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسري ، وقد أثر التقنين الجديد مسائرتة في هذه الخطوة العملية الحكيمة (١) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدي للتقنين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وثمانين نصاً ، تناولت في الفصل الأول منها القانون وتطبيقه ، فعددت مصادر القانون . وقررت مبدأ التعسف في استعمال

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذي يعد لتفسيح التقنين الفرنسي وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية للجنة تفسيح التقنين المدني سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

الحق ، ودكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان . وتناوت في الفصل الثاني الأشخاص . ففصلت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام الشخص المعنوي بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

التقسيم الرئسي للقانونه الجرمية : وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد

من تحديد مشتملات الباب التمهيدى : كان عليهم أن يرسموا لتقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا في هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم . فقد قدمنا : (أولاً) أن التقنين القديم جمع في الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك : فإن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال في الباب التمهيدى : فهياً بذلك للفكرة الصحيحة من أن المال يصلح محلاً للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل في قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة في قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبداة بنظرية الالتزام في التقنين الجديد هو خير من البداة بالحقوق العينية الأصلية في التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبداة بها أمر تستوجبه البداةة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خلط في كتابه الرابع ، الذى عنوانه بحقوق الدائنين ، بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلل : فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقارى ، توفقاً للإصلاح الجوهرى الذى سيم في هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقارى . واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية في كتاب رابع ، يجيء بعد الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين في قسم واحد - هو القسم الثاني - لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات

العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقا عينيا .
ويخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسي للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المنطق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثاني للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثاني للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثاني إلى كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية ، والثاني للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلي للتقنين الجديد : وفي تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكاتب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ فى تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام فى ذاته ، ثم تركها ، قبل أن يفرغ منها ، إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضاءه ، ويورد هذه الأسباب فى غير ترتيب منطقي ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش فى طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام - ولا يعرف منه إلا إحدى صورته - إلى جهة منزوية فى الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين الجديد فيبوب الكتاب الأول فى نظرية الالتزام تبويبا منطقياً عملياً فى وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه فأثاره فأغلامه . وينتقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة (١) فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ،

(١) وسرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدي يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع النهائى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة فى هذه الحالات المية إلا التزامات تنشأ بنص فى القانون . وسرتب على ذلك أن الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

فالقانون . وهو في كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تسلسل الأحكام فيه تسلسلاً عليه المنطق والعمل . ثم جعل الباب الثاني لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العيني ، والتنفيذ بطريق التعويض ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على ما في تنسيقه من مشقة ، قد رتب نصوصه ترتيباً قل أن تجده له نظيراً في التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تعدد محل الالتزام فيتكلم في الالتزام التخيري والالتزام البدلي ، وإلى تعدد طرفي الالتزام فيتكلم في التضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصاً في القانون القديم كان ملحوظاً . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام : فيرتب أسباب الانقضاء ترتيباً عملياً معقولاً . ويحتم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس في إثبات الالتزام (١) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعتود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين القديم أورد هذه العتود في غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويهاً تسهلاً متابعتها . فجعل الباب الأول للعتود التي تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالمقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصاح . وجعل الباب الثاني للعتود التي تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية . وجعل الباب الثالث للعتود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع للعتود الفرع ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس في عقد الكفالة .

(٢) ولولا رغبة مشروعة في عدم الإيعاد كثيراً عن التقنين التقليدي لمع أن يأتي باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذي تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضائه . ولما بدأ الكلام في إثبات الالتزام بالإقرار فالكتابة - وهي أقوى طرق الإثبات - لينتهي بأضعف الطرق وهي البينة والقرائن .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض الملكية في الشروع ، ولم يراع أي ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم في حق الملكية بوجه عام ، متناولا نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التي ترد عليه ميمزاً إياها عن حقوق الارتفاق . ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة ، وفصل أحكامها تفصيلاً ميبناً . وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردتها في ترتيب ذي صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداءً بالاستيلاء ، أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في الميراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المنفرعة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع فحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية . وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة ، الباب الأول في الرهن الرسمي ، والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفضيلي لكل باب من أبوابه ، يجري ، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ماينتظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق ، وبحيث تيسر له متابعتها في غير عناء .

(ثانياً) اللغة والأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد ، في لغته وفي أسلوبه التشريعي ، أرقى من التقنين القديم . فقد أفاد من رقى لغة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معا .
وبريء التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الركافة في الأسلوب ،
الذين كانا يزلان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامي من الألفاظ .
ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتعارض ، بل إن المصطلح القانوني
ليرد في جميع النصوص لفظا واحدا لا يتبدل ولا يتغير .

ب - كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التنين الجديد العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين
القديم . فاستحدث أحكاما جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصا
متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاما كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك
القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية
وما يتصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحوالة الدين ، والتزام المرافق
العامية ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف .
ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدا كانا في أشد الحاجة إليهما ، هما
تنظيم الإعسار المدني وتصفيةركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتضاب
على مالها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ،
والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ،
والملكية الشائعة ، ورهن الحياة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تنائر من أحكامها في جهات
متفرقة ، فلم شتأها ، وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من
صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحياة ، وحق الارتفاق ، وحق الامتياز ،
والحق في الحبس ، والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وستناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام
في الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .

٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يعيننا أن نبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرمس إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضي والفقهاء في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

١ - أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال سبعين سنة ، تبى فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة في التقنين الجديد .

ب - وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي . فقد استقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه . ج - وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم في الصياغة وروق في الأسلوب التشريعي . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث .

١ - نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

أولاً - ما الذي استفاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدمنا أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هي أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد (١) .

(١) جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتي : « وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير إبرازهما قبل الاستمرار في بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التي استقرت في البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٦ ، والمحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والملاهي ، ولكنه يتخذ الصالح =

وقد هذب التقنين الجديد نصرص التقنين القديم في بعض النظريات العامة : كالغلط والسبب والأشراط لمصلحة الغير والفضالة : وفي بعض المسائل التفصيلية : كوقف التفاضم والبيع في مرض الموت والغلط في عقد الصلح .

• فن للتقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك . فن النظريات العامة التي قننها التعسف في استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصوربة ، والملكية الشائعة ، والأعمال القنونية الصادرة في مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائي ، وتجديد الحساب الجارى ، وتفاضم الاستحقاق في الوقف ، واستمرار الشركة مع التصرف ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قدمنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أتى على كسل ماهو صالح من مبادئ التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى في تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التي استمد منها المشروع

== من أوضاع هذا الماضي أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويعتمد في ذلك على التروة التي أسفر عنها اجتهاد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويجارى الفقه الإسلامى في نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع نصراً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه المثابة يعبر المشروع صراحة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون في مصر في مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التي استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يفضى إلى قلب أوضاع التعامل التي ألفها الناس ، أو أن يحل باستقرار المعاملات . وإنما هو على النقيض من ذلك يعب هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقبه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد الكلية على نحو يحل انتقال التعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه التصور الطبيعي للظروف . ثم إن المشروع في تقنين ما استقر عليه القضاء من مبادئ وفي تدارك أوجه القس في التقنين الحالى قد نوحى أن يعمل النهج واضحاً أمام التعاملين ليكمل استقرار المعاملات على أسس صلتها التجارى ، فرسخت في النفوس قبل أن تتخذ مكانها في النصوص المروضة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ، ص ١١٩ — ١٢٠) .

أحكامه هي التقنين الحالى القديم وماصدر فى شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولاً . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشير إليه فى معرض إيضاح النص المقابل له فى المشروع فى المذكرات الإيضاحية التى قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به فى تفسير هذه النصوص إلا اعرضته هذه المذكرات . وهى فى الحالى تنوه بالإبقاء على الحكم الوارد فى النص ، أو بالتعديل الذى آثرت إدخاله على صياغته تمشياً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التى رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أبى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهديباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية فى مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التى تضمنها هذا التقنين فى الجملة ، وأضاف إليها ما اجتهد القضاء فى إقراره على أساس هذه المبادئ . فلا هو يقطع الصلة بين الماضى والحاضر ، ولا هو يضيع ثروة القضاء من المبادئ والتقاليد ، وإنما هو على التقيض من ذلك يضمنى على ما استقر من الأوضاع فى الماضى صبغة جديدة من الإصلاح تبرئه من العيوب التى خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه (١) .

ثانياً - كيف تفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى والتقنين
المصرى القديم :

ويعيننا أن نبين هنا فى وضوح أن النصوص التى استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشأ فى مصر فى ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير فى هذا الكتاب إلى القضاء المصرى الذى نبت فى عهد التقنين القديم ، مستندين إليه فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذى نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء وافقه القديمين، ونختار توجهاً للإيجاز أمثلة أربعة ، هي النصوص المتعلقة بالاستغلال ، وبالاشتراط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالى ، وبالشرط الجرائي .

١ - الاستهلول :

كان القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت فى أشد الحاجة إلى علاج تشريعي . فقد كانت أفضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن الشيخوخة ، وينبذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أولادها منها عن كل ماله . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الولد يضيق عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الإبن يده فيه فيبدده ، والمرابون يستكتبون ضحيتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الذرائع والحيل . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زمامها إلى هواها ، وقضحي الطائل من المال يبرزه الزوج ليخلى لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأفضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصرى ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction , captation) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيق بهذه الأفضية ، بل لقد ذهب فى حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع فى الفقه الإسلامى . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصرى سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الريبة إلى العقود التى تبرم فى مثل هذه الظروف ، فيبطلها أو ينتقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانونى يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما نقوله المادة ١٢٩ :

« ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينتقص التزامات هذا المتعاقد » .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص وما ينطوى عليه من مسائل تفصيلية . وبحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هي تحديد ما يريده المشرع « بالطيش البين والهوى الجامح » . ولا نتردد في القول بأن القاضي عند تحديده للمعنى المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأفضية التي رفعت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يتمثل صورة الشيخ الذي وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذي أصبح ألعوبة في أيدي المرابين ، وصورة الزوجة التي غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزواج . هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضي وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس في حاجة إلى أن يطوف بخياله بلاداً غير مصرية ينقل عنها نماذج هي أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس في حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألماني أو التقنين السويسري أو التقنين البولوني وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصري ، فإن البلاد التي تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا . ومجتمعها الأجنبي يغيّر مجتمعا المصري ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد مماثل في الأسلوب والصياغة لنصوص هذه التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضي المصري يلتزم تفسير القضاة الأجانب . ما يوجد من تفاوت في الأوساط الاجتماعية وفي العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادئ التي سبق أن قررتها المحاكم المصرية في وسطنا المصري .

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عقبات على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القديم

غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة .
فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتي :

١٥ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات بشرطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢٥ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً ملبساً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك .
ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣٥ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلاً ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلاً ما يقتضي تحديد الدفع التي يجوز للمتعهد أن يتمسك بها قبل المنتفع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للمشرط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق ، فأى مصدر يسترشد القاضي في حل هذه المسائل ؟ لا تتردد في القول بأنه يتعين على القاضي أن يسترشد في كل ذلك بالقضاء المصري السابق وبالفقه المصري السابق ، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زاخرين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، في هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر في أننا كنا في الوضع القديم نستقي القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لانجد غناء في النص التشريعي ، فكان قانوننا في هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفي ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادئ التي كنا نطبقها في الماضي ، ولنلتزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا نتمسك هذه المبادئ والحلول ، لا في قضائنا وفقهنا فحسب ، بل نجد الكثير

منها واضحاً في تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقنناً في موضوع من أهم موضوعات القانون المدني . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففي الوضع القديم ، ونحن نتلمس الحلول في ثنايا ماتراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقهاء لم يكن يسلم من خلاف . أما في الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة . فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خصصت لنا الحلول في أهم المسائل منحسمة بينة ، متمسة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ - التهديد المالي :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التي قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصري . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص في هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصري نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك في ذلك سبيلهاو محض اجتهاد لاسند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصري النصوص التي أوردتها في هذا الشأن على الوجه الآتي :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ - إذا كان تنفيذ الأتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ - وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعاةً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين » .

وهذه النصوص التي استقيت من القضاء المصري السابق يرجع القاضي بإدائها في تفسيرها وفي تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات ، فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنيات الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضح التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنيات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنيات الأجنبية هي

المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصرى السابق .

بيد أن تقنين القضاء المصرى السابق على الوجه الذى قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا نجملها فيما يأتى :

أولاً - أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالى ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل (١) .

ثانياً - حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالاً للاضطراب الذى يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذى تطبق فيه نظرية التهديد المالى ، والوقت الذى يبنى فيه مركز المدين . أما النطاق فداه هو حيث يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلاً شخصياً يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذى يبنى فيه مركز المدين فهو الوقت الذى يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء (٢) .

ثالثاً - وصلت النصوص بنظرية التهديد المالى إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضى ، إذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، بجواز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على ممانعة المدين . والوجه

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية فى وضعه الراهن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سبباً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوف ، تنفى عنه قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة لئلا استنجانته لأمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عتاده نهائياً ، فدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

الثاني أن القاضي عند تحديده مقدار التعويض الذي يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وأن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدياً من عناصر احتساب التعويض ، وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه (١) .

٤ - الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي مثل رابع في أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة في أن القضاء الذى قن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر فى الاشرط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لاسند له من التشريع ، كما هو الأمر فى نظريى الاستغلال والتهديد المالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣ / ١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسى (١١٥٢م فرنسى) ، وهى أيضاً صريحة فى هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاءين الوطنى والمختلط يقضى بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التعويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضى ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى فى هذا الصدد . ونصته المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

« ١ - لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .

وهذا النص يجب أن يرجع في تطبيقه وتفسيره إلى اقتضاء المصرى السابق الذى أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه في ذلك شأن سائر النصوص التى تقنن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتي :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضاة الوطنى والمختلط فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبنائها على أساس سليم . «فليس الشرط الجزائى في جوهره -- وهذا ما نقونه المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) . -- إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار . وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائى إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيفه إذا قل الضرر . فما دام الضرر هو شرط واجب للجزاء المتفق عليه ، «فهو بذاته -- كما نقول هنا أيضاً المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) -- مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه . ويرتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من متدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة» .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام . فلا يجوز الاتفاق على ما خالفها . وبذلك أمن المدين تعسف الدائن . وتوفى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها - وهي قليل من كثير - تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً - أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد : وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضي فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانياً - أن التقنينات الأجنبية الحديثة : إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهي ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما لمصدر الموضوعي فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارئ أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة : ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص : بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية فى تطوراتها التاريخية .

ثالثاً - أن التقنين الجديد : فى استقائه من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى السابق الكثرة الغالبة من نصوصه : لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التى كانت محل الشكوى . وقن القضاء المصرى تقنيناً حسم به الخلاف فى موطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب - الفقه الإسلامى

أولاً - ما الذى استفاه التقنين الجديده من المصادر

للفقه الإسلامى مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى استقي منها تنقيح

القانون المدني . فقد استبقى التشريع الجديد ما تشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي . واستحدثت أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون المدني ، يأتي بعد التصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (١) .

١ - الفرع من الفقه الاسلامي لذي استبقاه التقنين الجديد :

كان التقنين القديم يشتمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، فاستبقاها

(١) وهذا ما كتبه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها في هذا الصدد : « وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً للقانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث رוחي حرى بأن يسان وأن ينفع به . واللجنة تسجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بطريقة التصرف في استئمان الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث عبر التوفيق . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم في التقنيات العربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام وأحكامها وتطبيقه على ما عرض في عصورهم من أفضية لقرون حلت قبل أن يحضر شيء من ذلك يبال فقهاء الغرب أو من تولوا أمر التشريع فيه . ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفي أن يشار في صدها إلى إما تعلق بمجلس المقدم وإيجار الوقت والحكر وإيجار الأراضي الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المستأجر ونسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، ككثير الرض مرض الموت والعين ربعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والعلو والنفذ والمناظير المشتركة . أما الأهلية والمهبة والشفعة والمبدأ الخامس بالأثر إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة العملية . وفي حدود هذا المصدر الثاني كان سلك المشروع نوعاً ارتاحت إليه اللجنة وآنت في اتجاهها إلى تقدير ما للفقه الإسلامي من مزايا أدركها علماء الغرب منذ زمن بعيد ، وبقي على دول الشرق أن تحملها المحل الخلق بها وأن تعبر عملياً عن اعتبارها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من فائدة القول أن يشار إلى أن هذا السلك أمعن في رعاية ما للخاص من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامي باجتهدهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه في معاملاتهم . ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أي أساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصي التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١ - ١٢٢) .

التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصححها. انظورت عليه من أخطاءه .
فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل
إيلولة التركة للورثة ، والغبن في بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في
البيع . وغرس الأشجار في العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ،
وبالحائض المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين
القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجـه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض
مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة .

فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التي
تسربت إليها في التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المحابي به لابقية المبيع ، ونظر
إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع ،
بل أورد في النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض
بوجه عام نقلها عن الفقه الإسلامي والقضاء المصري . فنصت المادة ٩١٦ على
أن : « ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً
به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت
التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل
القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع
الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .
٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر
التصرف صادراً على سبيل التبرع ، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس
ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » . ونصت المادة ٩١٧ على أنه :
« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بجائزة العين التي
تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد
الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يقم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد في عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم
المتعلقة بها . ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت
مقصورة على الشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث
شكلها ومن حيث مرضوعها . واستمد الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضي بالأ تركة إلا بعد سداد الدين - وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنايا نصوصه - بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيمًا دقيقاً وفصل الإجراءات التي تكفل تطبيقه ، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

٢ - الجرمير من الفقه الاسلامى الذى استحدثه التقنين الجرمير :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدتها من الفقه الإسلامى . وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادئ عامة ، وبعضها مسائل تفصيلية . فن المبادئ العامة التي أخذ بها النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامى عمدته في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدتها كذلك من أحكام الفقه الإسلامى . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامى بقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة وتبوتى الضرر الجسم الذي قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامى . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة (imprévision) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجع التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامى .

ومن الأحكام التي استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا : اقتبسها من الفقه الإسلامى . ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

٣ - الفقه الاسلامى أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدنى :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه إذا لم يوجد نص تشريعى

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .
ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني المصرى . وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولا شك في أن ذلك يزيد كثيراً في أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدني ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . بل اهل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد ، فتغنيها عنها في كثير من المواطن (١) .

ثانياً - كيف تفسر النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً :
ونبين في إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التي أخذها بالذات من الفقه الإسلامى ، وهي المسائل التي تقدم ذكرها . أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذى يبنى عليه تفسيرنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعر الأمانى التي ننتج بها الصدور ، وتنطوى عليها الجوائح . ولكن قبل أن نصح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يماون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يتبعوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لا غناء فيها ، وقدموا نموذجاً يشتمل على بعض النصوص في نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي ليست من الشريعة الإسلامية في شيء . ودار في شأن هذه النصوص حوار عنيف في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(انظر في تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ - ٨٩) .

أما النصوص التي نقاها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصراً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً لها . فهذه نرجع في تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول - هو القضاء المصري فيما يوجد له تفسير في هذا القضاء . والقضاء المصري غني بالمبادئ والأحكام في موضوعات كرض الموت والشفعة والحكر وإنجاز الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة في هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استمر عليه من المبادئ .

والمصدر الثاني - هو ما جاء في كتب الفقه الإسلامي ، وبخاصة في تفسير ما لا يوجد له تفسير في القضاء المصري . والرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة واجب أيضاً عند ما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدني .

وفي رأينا أنه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمي التي تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في صوته النصوص التشريعية ، يجب أن يراعي أمران جوهريان :

الأمر الأول - هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . بل ولا ينتقد بالمذهب الحنفي في جملته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كذهب الريدبة ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثاني - هو أن يراعي في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته . فلا يجوز الأخذ بمحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفتقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه - جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يصل الباحث في تفصلات الفقه الإسلامي : ولا يختار منها إلا ما يتسق مع

المبادئ العامة للتشريع المدني (١).

ج - التقنيات الحديثة

أولاً - ما الزى استفاه التقنين الجرمير من هذا المصدر:

. والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته ، هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة فى طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفنى والصياغة التشريعية .

وقد رتبت هذه التقنيات الحديثة فانتظمها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنيات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتى على رأسه التقنين الفرنسى ، ومعه التقنين الإيطالى القديم ، والتقنين الأسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى . والحديث يشتمل على التقنينين التونسي والمراكشى ، والتقنين اللبناى ، والمشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد . والقسم الثانى التقنيات الجرمانية . وأهمها التقنين الألماني ، والتقنين السويسرى ، والتقنين النمساوى . والقسم الثالث تقنيات متميزة استقت من كائنا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنيات التقنين البولونى ، والتقنين البرازيلى ، والتقنين الصينى ، والتقنين اليابانى .

ولكل من هذه التقنيات مزايا وعيوب (٢) وقد توخى التقنين الجديد

(١) وفى محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لا تعمق فيها ، وهى المحاولة التى أشرنا إليها فيما تقدم . نحن واضعو النموذج الذى سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية الفسخ هى نظريات يمكن الأخذ بها كما هى مبسطة فى الفوازين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإسلامى تتعارض معها كل التعارض . ويدهى أن الشريعة الإسلامية لا تتخذ عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تتخذ عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هى الأمانة العلمية . ولا يجب الشريعة الإسلامية أنها لا تتأوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يجبها أن تشوه مبادئها وأن تمنح أحكامها .

(٢) والمشروع الفرنسى الإيطالى أكسب التقنيات اللاتينية القيمة جيدة لم تكن لها ، ونفخ فيها روح العصر ، وضع بين البساط والوسوح ، مع شىء كثير من المذقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظا إذا فقس إلى تقنيات العائمة الأخرى . والتقنين الألمانى بدأ من تقنين

أن ينتفع بجزاها وأن يتوفى عيوبها وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا. وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد، من هذه التقنينات: خمسة: المشروع الفرنسي الإبطالي، والتقنين الإبطالي الجديد، والتقنين السويسري، والتقنين الألماني، والتقنين البولوني. فالتقنين الجديد، وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساساً له إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضاً إلى التقنينات الجرمانية.

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية. ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع في نواحي الصياغة والأسلوب. أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار، وبعض المسائل التفصيلية التي أخذت عن التقنينات الحديثة، كمشواية عديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وإدارة الملكية في الشيوخ وبملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات. وجازى التقنين الجديد فوق ذلك، كما قدمنا. التقنينات الجرمانية والنقمة الإسلامية في إثبات المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل.

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة. ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص، وهم في سبيل الانتفاع من

== صدر في العصر الحديث، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل، وبجزء من الناحية الفقهية أي تقنين آخر، فقد اتبع الرئاسة تعدد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى المنطق القانوني. ولكن هذا كانت عائلاً له عن الأناضول، بل إن تفتيده التي ودقته العلمية أفضياه بعض الشيء عن معنى الحياة العملية، وجعله ملئ التركيب، عسر الفهم. والتقنين النمساوي يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر، فقد ظهر في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي، ولكنه لم يتبع له من النجاح ما أتبع لهذا التقنين، لذلك بقي محدود الأثر في أوروبا حتى عمرة التقنين الألماني، وقد قام أخصائيوه بنقح تقنينهم في أول من الحرب العالمية الأولى، وظهر التقيح في سنة ١٩١٦، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئاً من الجدة والمسايرة لروح العصر، أما التقنين السويسري — تقنين الالتزامات والتقنين المدني — فقد كان الشطر أن يكون، وهو من عمل أستاذة (فيك وهوبر)، عملاً فقهياً، فإذا به ذو صفة عملية بارزة. ويجمع التقنين السويسري إلى الوضوح والبساطة الدقة والتمتع وإن كان خداعاً في بعض المواضع فيما ينسب به من وضوح ودقة (أطرف في كل ذلك المحاصرة التي أقميناها في الجمعية الخيرية الملكية وفتحنا بها باب الاستغناء في التقنين الجديد: مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٩).

التقنيات الحديثة في الصياغة والأسلوب : على أن يخفقوا أمرين : أولاً أن تكون العبارات التي استعيرت من التقنيات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي، في أمانة ووضوح : المعاني التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصري وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثاني أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنيات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين : وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها في بوتقة واحدة ، وأن ينتظم جباهاً جميعاً عقد واحد .

ثانياً - كيف تفسر النصوص التي استقت من التقنيات الحديثة :

أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرهما الأجنبية ، فلا يرجع إلي هذه المصادر في تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصرى سابق ومن فقه مصرى تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هي المصادر الأولى التي يجب أن يرجع إليها في التفسير . وقد ألححنا في التنبيه على ذلك عندما تكلمنا في القضاء المصرى كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدني . أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة : كالموازنة بين الشرائع المختلفة : وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانوني معين . هذا المبدأ الجوهرى الذى تقرره يفرض نفسه على كل باحث في التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ - أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة إن هي : في الواقع من الأمر : إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى : أو إصلاح لعيوب في نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنيات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أى تغيير في الأحكام التي تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصرى . وقد تكررت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) وقد جاء في نسخة طبعة القانون المدنى مجلس الشيوخ ما يهه سائ هذا القول فيما أتوا به :

٢ - أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة ، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاقتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتفق مع سائر النصوص . فهي أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً متماسكاً من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام (١) .

٣ - أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنيات هي محاولة مقضي عليها بالفشل . فإن هذه التقنيات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله فقهه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر . فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين متماسك الأجزاء ،

« والكثرة الغالبة من النصوص المدروسة قد طرقت من وراء الاستئناس بصيغ التقنين الأجنبية بدقة في الأداء ، وإيجاز في التعبير ، جملاً للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطاماً حسناً . وتروجعت هذه النصوص في اللجنة التي أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجعت كذلك في لجان مجلسي البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظي والموضوعي ما يجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المعاني التي قصدت إلى أدائها . ولا محل لأن يعاب على المشروع ارتفاعه من التجربة التي انتهت إليها التقنينات الأجنبية في حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجعت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة في ذاتها عن المعاني التي استظهرها كل من ساهم في وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا المعنى : « أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنينات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع . وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأي أو آخر في أي تقنين من التقنينات ، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها . ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشد بها في المفاضلة بين أحكام الوارد في تقنين وبين غيره مما في تقنينات أخرى . وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية تزول على ما تتضمن تلك الظروف . وهو في هذا لم يشذ عن الأسلوب المتبع في أكثر الدول عند التقنين في الوقت الحاضر ، والمتبع في مصر فعلاً بالنسبة إلى كثير من التشريعات . وقد أدمجت الأحكام التي اقتبست على هذا الوجه في المشروع ، وزوعي في هذا الإدماج أحكام التالف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجعت في مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤٣) .

متسق النواحي : إلى مصادر متضاربة متناقضة (١) !
٤ - أن هذا الذى نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتى ، لتعيش فى البيئة التى تطبق فيها ، ولتتوثق صلها بما يحيط بها من ملبسات ، وانتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة ، هو مايقول به سالى وغيره من أقطاب القانون (٢) ، وهذه هي خير مدرسة نعرفها فى تفسير النصوص التشريعية .

٥ - أن هذا الذى نقرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحة واضعو التفتين الجديد . تبين ذلك فى وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً فى مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، وتلقاه مردداً فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

أما مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتى : «(أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادئ التى أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التى جرى عليها القضاء والفقهاء فى مصر . وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدها . (ثانياً) أن الأحكام التى اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع فى تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء فى المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان

(١) وفى رأينا أنه إذا جاز الرجوع فى تفسير التفتين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسى باعتبار أن الفقه المصرى لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتأخر خطواته فى كثير من المسائل . وسيرى القارىء أننا فى هذا الكتاب نشير فى مناسبات كثيرة لأراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصرى . أما الرجوع إلى غير الفقه المصرى والفقه الفرنسى فلا يكون إلا لأغراض علمية بحثية كما أسلفنا القول . ولا تزال ترقب اليوم الذى يبلغ فيه الفقه المصرى أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يتوافر له من أسباب ذاتية . وغنى عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامى متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذى سبق بيانه .

(٢) أنظر المقدمة التى وضعها الأستاذ سال يخدم بها كتاب الأستاذ جنى المعروف فى طرق تفسير القانون الحالى .

هناك محل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدني ، تصفية الشركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال (١) .

وأما ما جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب في هذا الصدد ، فهذا هو : « ولا يسع اللجنة ، وهي تحتم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهدت لجنة القانون المدني إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) في أن يدل به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أدلى به فعلاً أمام المجلس ، وقدم له في خطابه بالعبارات الآتية : « ولا يجنب أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أفند المشروع ما كان ينبغي أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جيداً تتقارب في مشاربها . فقواعد التقنين الحالي وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشا جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تمثل التقدم العلمي الذي تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة في تشريعها إلا على أساس تخير الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشريعات متباينة . والواقع أن العبرة في التقنين بتناسك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذلك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المروض قد وفق في التأليف بين القواعد التي استقاها من المصادر التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماداً اعتماداً أولاً ورئسياً على التقنين الحالي وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تنقيح القانون المدني في أية دولة من الدول في الوقت الحاضر لا يمكن أن يفشل تندم التقنينات في الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والانتباس منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع في التقنين المدني السويسري واللبناني والبولوني والإيطالي والمشروع الفرنسي الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدموا في هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوفت هذه المسألة حقها من البحث في تقريرها ، وقمت من ناحيتي بتوضيح الأمر في كلمتي هذه ، إلا أنه رغبة في زيادة الإيضاح ، وتأكيدها للعني الذي ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها في هذا الموضوع فهاج بالبيان التالي : (أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع ... ألغ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ص ١٦١ و ١٦٢) .

أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور : فإن هذا حتى لو كان ممكنا ، لا يكون مرغوبا فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وبخيار حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملائسات ، وما يخضع له من مقتضيات . فينفسل انفصالا تاما عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائما بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعا لما تقتضيه المصلحة : ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتسائر مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ؛ ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظا في التطور العالمي للقانون» .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجد المكان الفسيح لجهاد والاستنباط بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرهما ، من التقليد بمتابعة أي قانون معين ، فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح (١) » .

وهذا ماجاء أخيراً في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى فقه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ، فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت في التقنين انزلت عن مصادر الاستثناس ، وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من

نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي تعيش فيها ، واضعالمها بظروف هذه البيئة . فما نقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى في المشروع تحددت دلالتها من قبل في التقنين الحالي وفي الفقه المصرى وأحكام القضاء في مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ .
هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد تعوزه وحدة منسجة يرجع إليها في تفسير ما تمس من نصوصه وفي تكميل ما نقص من أحكامه (أنظر مارافان في مجله مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ - الدكتور شفيق شحاته في جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ تاريخ ٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسى للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتينى ، ممثلا في نصوص التقنين القديم وفي أحكام القضاء المصرى ، ومثلا كذلك في التقنينات اللاتينية القديم منها والحديث ، ومقترنا بأحكام من الفقه الإسلامى تعود التشريع المدنى المصرى أن يراها متآلفة من النظام اللاتينى طوال السنين السابقت . ولم يدخل النظام الجرمانى في التقنين الجديد إلا بقدر ، وفي الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتينى .
وسنمود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)

الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قننه وكان معمولاً به من قبل)

*
* *

فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظاً فى التقنين القديم ، وفى غير ما عالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يغاير ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد إلى أصليين :
الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنن من أحكام كان معمولاً بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل
استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

١ - موضوعات لأمة :

هذه الموضوعات هي المؤسسات والإعسار المدنى وحوالة الدين وتصفية
التركة .

أولاً - المؤسسات (م ٦٩-٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات (foundations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخبرى الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام

الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية في مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فاتخذت نظام جمعية عادية على ما في ذلك من ضيق و حرج ، أو اتخذت بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التي تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات : وأورد النصوص التي تقرر أحكامها .

وتتلخص هذه النصوص في أن المؤسسة شخص اعتباري يقوم على تخصيص مال لغرض لا ينطوي على ربح مادي . فيدخل في ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جماعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف في أن الوقف لا يكون إلا في العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ما تعرف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لامرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجيء ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة (١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذي خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة في صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو في صورة وصية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يثبت أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فثمة مؤسسات في مصر لم تتخذ شكل الوقف كالدرسة العيديدية التي أنشئت في سنة ١٨٦٦ وملاجئ أيتام سبروروبولو الذي أنشئ في سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينشئ مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا يخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيل الهبة للحكومة للاتفاق على هذه المنشآت . وثمة مؤسسة بناربو أو « قنطرة الحليب » وهو ملجأ أيتام إسرائيلي اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منتهى كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . والحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس في مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رسدت على خدمتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٧١)

إذا كان الإنشاء بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يجعل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية في فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التي تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا في أمر جوهرى .

وللقضاء أيضاً أن يعدل في النظام الذى تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة في سند الإنشاء : بل له أن يلغها إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفي هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخيص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً - الإعسار المرنى (م ٢٤٩ - ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى الفوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المعسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيمًا راعى فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معاً ، وتحاشى أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاب وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولاً إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار بمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضي على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارد المستقبلية ومقدرته الشخصية ومستوايته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

وإذا شهر إعسار المدين فليس من الختم إن تخل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبقى على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه وديا في أحسن الظروف ملاءمة . والمدين في سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاه الدائنين ، على أن يكون ذلك بشمن المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع ثمن خزائنه المحكمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فرق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة بتفاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر في هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من البداية ما لم يكن متاحاً لهم في ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص ، يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقوقه أى وفاء يقوم به المدين . وتعزيراً للحماية الدائنين من تصرفات المدين . قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش التي إضراراً بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذي وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة : فهو يحمي المدين من دائنيه ، ويحمي الدائنين من مدينتهم ، ويحمي الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً - مواءمة الدين (م ٣١٥ - ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف في انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حوالة الحق حوالة الدين جرياً على سنتن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامي قد نظم حوالة الدين تنظيلاً محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفي التقنين الجديد تم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز

للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته . وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة . وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً في حانة تعرض كثيراً في العمل ، هي حالة بيع العقار المرهون رهناً رسمياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب في ذمته بالحوالة كما يتخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً - تصفية التركة (م ٨٧٦ - ٩١٤) :

من العيوب البارزة في التقنين القديم أنه في الوقت الذي كان يقر فيه القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها في عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون مادامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً في أن يقع القضاء والفقهاء في مصر في كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نحيل القارئ على هذه النصوص ، وهي تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

ب - مسائل تفصيلية متنوعة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية تتعقب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدى : عدت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامى من بينها ولا شك في أن هذا كسب جديد للشريعة الإسلامية ، لم تظفر به إلا في التقنين الجديد .

وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذى خصص للالتزامات بوجه عام . استحدث التقنين الجديد (١) عدا نظرية الحوادث الطارئة (م ١٤٧) مستوابة

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفي بالإشارة إليها في هذه المحاشية ، بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته (م ٩٢) .

عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ فقرة ٢) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة (أنظر م ١٧٨) وأجاز في المادة ١٧٠ للقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

وفي آثار الالتزام ، أجاز في المادة ٢٠٣ (فقرة ٢) للمدين إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً له ، أن يقتصر على دفع تعويض يقضى إذا كان ذلك لا يلحق بالذاتين ضرراً جسماً . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعدار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات . أما في الفوائد ، فقد استحدث التقنين الجديد (م ٢٢٦ - ٢٢٧) أحكاماً هامة ترمي إلى الحد منها مجازاة للزرعة في القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانوني للفوائد إلى ٤٪ في المسائل المدنية وإلى ٥٪ في المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد مادفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين في حالتين أعفاه فيهما من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الذاتين بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا المزاد في العين المحجوز عليها وفاء للمدين ، فلا يكون الدائتون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يجاوز ما يتقاضاه الدائتون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفي هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالا للقيود الهامة التي فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلاً هاماً على قواعد الدعوى

البوليفية : فنص في المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى باشرها . ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦) الحق في الحبس إلى تكليفه القانوني الصحيح ، فجعله دعماً بعدم التنفيذ ، لاحقاً عينياً كما كان يذهب إليه التقنين القديم . فأزال هذا التكليف الصحيح ما كان يعترض الحق في الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ومكن من تعميم هذا الحق في جميع صوره المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً في التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفي حوالة الحق ، جعلت الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاه المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم - الوطني دون المختلط - يشترط هذا الرضاء . وكان في هذا تعطيل للتعامل لامبرر له ، وتختلف عن التشبي مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطيء أن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق أصلاً . وقد توهم بعض الفقهاء المصريين أن ما يسميه الفقه الإسلامى في دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضاه المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن في قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفي انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضاه المدين (م ٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفي هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات في الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية : كالاتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإثراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحى التقنين الجديد في هذا التجديد منحي التقنينات الحديثة . والحكمة في ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى في الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق في إبطال العقد لنقص في الأهلية أو لعب من عيوب الرضاء يتقادم هو

أيضا بثلاث سنوات . حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطان مصننا على العقود بتهددها بالزوال مدة طويلة .

وفي الكتاب الثاني : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة ، أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٤٥٢) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهى مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول . حرم بيع الوفاء تحريما باتا (م ٤٦٥) ، وهذه هى نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزا دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضروبا هى رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش . حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيع الوفاء فى مصر ليست إلا رهونا مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعا ، فى صورتها الساترة والسافرة .

وفى عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم - جريا على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى - يسمي طائفة من العقود ، هى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقودا عيذا ويجعلها لانتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقية تخلت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضاه المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقوداً رضيد . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركنا غير الرضاء يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضاه المتعاقدين كافيا لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود ، ولم يعد هناك من يلقاها ،

وقد اختلفت فعلا في كثير من التقنيات الحديثة . واختلفت كذلك في التقنين الجديد (١) .

وفي عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكما هاما ، فنص في المادة ٥٤٤ على أنه إذا انفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه : على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن السنة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد ، أو الحد منه .

وفي عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابيا هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر في التقنين القديم التزاما سلبيا يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضي هذا التعديل الجوهري نصا صريحا في التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصا كان موجودا في التقنين القديم ، يقضي أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضي عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا في أكثر الأحيان ، ويغلب أن يكون قد تورط في كفالة لانتلبث أن تعود عليه بالغرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالبينة (م ٧٧٣) .

وفي الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للمفوق العينية الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة في حق الملكية وأسباب كسبها .

(١) هذا مع استثناء هبة المنقول ، فإنها تم في إحدى صورتها بالقبض تمشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ في هذا الصدد على ما يأتي : « ١٥ - تكون الهبة بورقة رسمية ، وبلا وقت باطله ، ما لم تم تحت ستار عقد آخر . ٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المنقول ، إذا لم تخف تحت ستار عقد آخر ، تم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لألاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحدد شركة بينهما (م ٨١٣). وقد المظل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين سنيمترا من حرف المظل (م ٨٢٠). ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنت الأقلية ووقفت حجر عثرة في سبيل الإصلاح (م ٨٢٨)؛ وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية. في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدله المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩)، بل وحتى لو قررت التصرف في المال الشائع مستندة في ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢). وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول. أما العقار فاكنتي فيه بالشفعة، وبذلك حدد التقنين الجديد تحديدا عمليا واضحا نطاق كل من نظامين متقاربين، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسي وهو حق الاسترداد. وأخذ الآخر من الفقه الإسلامي وهو الشفعة. وأدخل التقنين الجديد في الملكية الشائعة نظامين جديدين. هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١-٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢-٨٦٩). أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظما من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة. فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز في خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة. وجعل للشركاء الحق في تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعدله المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به. وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصري في الريف. فكثيراً ما تستيق الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث، ويتولى الإدارة كبير الأسرة. فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة. والنظام الآخر - نظام اتحاد الملاك - يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشئوا مساكن تكون ملكاً لهم، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد، كما أجيز لملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم. ويضع الاتحاد، في كل من هاتين الصورتين. نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك، ويكون له مأمور يتولى تنفيذ قراراته.

وفي هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمباني ذوات الطبقات، وتشجيع على إنشاء هذه المباني، مما يعين على التفريغ من أزمة المساكن في المدن المكتظة بالسكان. وفي الاستيلاء كسبب للملك، اشترط التقنين الجديد فيمن يحمي الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرياً (م ٨٧٤ فقرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجبا في التقنين القديم.

وفي الالتصاق، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً، فأجاز في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض، إذ كانت المنشآت قد بلغت حد من الجسامة يرهقه، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل. وفي حالة أخرى، إذا كان مالك الأرض وهو يقم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة: أجازت المادة ٩٢٨ له محكمة إذا رأت محالاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجارَه عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل.

وفي الشفعة: عالج التقنين الجديد نقصاً في التقنين القديم، فأباححت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإندار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه. وكان التقنين القديم يسقط حق الشفع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات، فوقف التقنين الجديد عند الإندار الرسمي دون العلم. وضيع التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه في التقنين القديم وذلك من نواح عدة: أوجب في خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع الشفع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣)، وأسقط الحق في الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفي التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو نزل الشفع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفي التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفع عن الحق

قبل البيع) ، كما لم يجز الأخذ بالشفعة . بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفي التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفي الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين الجديد فى الرهن الرسمي رهن الحصة الشائعة . فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بترتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتبى الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويتبع قابلاً للإبطال ، ورهن المال المستقبل ويتبع باطلاً . وأجاز للدائن (م ١٠٦٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطراً إلى زيادة العشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يبلغ التقنين الجديد حق الاختصاص . ولكنه قلل من عبويه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين وللمهندسين المعماريين (م ١١٤٨) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيابة العقارى خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن

أى حكم منها لا يسرى على الماضي ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ تفض التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل نعالجها في مواضعها من هذا الكتاب .

٢ - ما فن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل

وهذه طائفتان . طائفة هي الأحكام التي قررها القضاء المصري دون نص في ظل التقنين القديم ، وهي أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقنتها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوصاً عليها في التقنين القديم . ولكن النصوص كانت إما معيبة فهدتها التقنين الجديد ، أو مدمرة في مكان غير التقنين المدني فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

١ - الأمطام التي قررها القضاء المصري في ظل التقنين القديم

دوره نص فنتمها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصري السابق ، من وطني ومختلط ، وقن المبادئ الهامة التي أقرها هذا القضاء في خلال سبعين عاماً عمل فيها في ظل التقنين القديم .

في الباب التمهيدي . وردت نصوص صريحة في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفي الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصري كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفي نظرية الالتزام . أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصري في طائفة كبيرة من النصوص . في العقد والعمل القانوني نقل عن القضاء المصري كيف توافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصاً صريحة في مبادئ كان القضاء المصري قد أقرها ، كالنيابة في التعاقد ، والعقد الابتدائي ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، ونحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ،

والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بمجازرة . وفي مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كمعلاقة السببية في المسؤولية التصيرية ، وأسباب دفع المسؤولية ، وطرق التعويض المختلفة ، واجتماع التقادم المدني والتقادم الجنائي ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قنن التقنين الجديد اقتضاء المصرى في مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالاتزام الطبيعي ، والالتزام بانخاذ الحيلة ، ونظرية التهديد المالي . والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، والضرر المباشر . والضرر الأدبي ، والمطالبة التقضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد الحساب الجارى ، والإجابة ، وتقادم الربيع ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقفه ، وانقطاعه ، والزول عنه . وتديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر التجار ، والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه الميّن الحاسمة ، وجواز إثبات الحث فيها .

وفي العقود المسماة ، قنن التقنين الجديد أحكام القضاء في البيع بالتسيط ، وفي إقرار المشتري بالاستحقاق ، وفي ضمان صلاحية البيع . وفي تقديم الشريك نفوذه حصة في الشركة ، وفي القواعد التي تنظم إدارة الشركة ، وفي المسؤولية عن ديون الشركة ، وفي استمرار الشركة مع التصر ، وفي إثبات الصلح بالكتابة ، وفي ضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وفي حريق العين المؤجرة ، وفي التحسينات التي يستحدثها المستأجر ، وفي أثر موت المستأجر في انقضاء عقد الإيجار ، وفي انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفي عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وفي نائب الوكيل ، وفي مسؤولية الموكل عن الضرر الذي يصيب الوكيل ، وفي تعدد الوكلاء ، وفي ودیعة الفئادق ، وفي كفالة ناقص الأهلية ، وفي تراحم الدائن مع الكفيل في الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفي الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوخ الإيجارى ، وملكية الطقات ، والتصرفات الصادرة في مرض الموت ، وتراحم الشفعاء ،

وحق السكنى ، والقيود التي تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء .

وفي التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفى زول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفى الحائز للعقار المرهون ، وفى بعض أحكام التطهير . وفى منع حق الاختصاص بعد إعسار المدين أو موته . وفى رهن الدين رهن حيازة ، وفى ترتيب حقوق الامتياز . وفى التفصيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

ب - الأعلام التي كانت تقوم على نص تشريعى :

نصوص كانت معينة فمهربت : كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معينة فهذهما التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التي وردت فى الغلط ، وفى السبب ، وفى البطلان ، وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى مسئولية المكلف بالرقابة ، وفى مسئولية المتبوع ، وفى دفع غير المستحق ، وفى الفضالة ، وفى الدعوى غير المباشرة ، وفى الدعوى البوليصية ، وفى الحق فى الحبس ، وفى التضامن ، وفى المقاصة ، وفى وقف التقادم ، وفى البيع فى مرض الموت . وفى عقد المقاولة ، وفى الحراسة ، وفى القيود القانونية الواردة على حق الملكية . وفى نظرية الحيازة ، وفى نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت فى ملاءم أمر فزالت الى التقنين المرنى : نقل التقنين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها فى مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارد فى لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث يلتبسها فى كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقي والإيداع والحوالة بن حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء فى الشيوخ لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمة المورث ، وقد وردت نصوصها فى قانون

الوصية . والشفعة . وكانت قد فصلت عن التقنين المدني وصدر بها قانون خاص (١) .

(١) ويجب التمييز ، في التشريعات المدنية التي كانت منفصلة عن التقنين المدني القديم ،

بين :

« أ » تشريعات مدنية وضعت على سبيل اندوام والاستقرار ، وهي في الواقع من الأمر جزء من القانون المدني ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدني ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالشهر العقاري وبالفوائد وبأرضى وبطرح البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فعلاً جزءاً من التقنين المدني القديم ، وأدمج الكثير منها في التقنين المدني الجديد ، وإن بقي بعضها منفصلاً عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر العقاري وقانون الرى .

« ب » تشريعات خاصة صدرت في ظروف استثنائية لمناسبات معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدني القديم ، مستفقة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى ببقائه ، ولا تزول بزواله . وإنما هي تبقى ببقاء الظروف الاستثنائية التي كانت سبباً في صدورها ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع التعلق بعدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتمييز حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التكوين ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تمتد مستفلة عن القانون المدني ، ولم يلغها التقنين المدني الجديد ، وإنما هي باقية بقاء الظروف الاستثنائية التي استدعت صدورها . ولا تزول إلا إذا ألغيت بالتشريع خاص أو إذا انقضت المدة التي قدرت لبقائها .

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة .)
(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

١ - موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

يحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولاً أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية *tendance subjective* ، ومقدار ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية *tendance objective* ، وأية نزعة من هاتين الزعتين هي المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول - أى المذهب المختار فى تصوير الالتزام : المذهب الشخصى أو المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى - أية النظريتين تختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث - حظ التصرف المجرد *acte abstrait* بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله بجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة ، ولا تجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى التقيض من ذلك تختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر

نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل للتصرف المجرد مكانا ملحوظا إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة في جملتها تفصل ما بين التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية . فالأولي مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فمشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولي تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة في التقنيات الأولى ، أما التقنيات الأخرى فتبرز إلى جانب التصرف المسبب التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقى على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق في الناحية الفقهية أكثر مما يصدق في الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين ، ونبد بتانا الاتجاه الآخر . فالتقنين الألماني - وهو عنوان التقنيات الجرمانية - أحترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصي في الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي ، وعرف التصرف المسبب فاعتراه باطلا إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي - وهو عنوان التقنيات اللاتينية - يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتد في بعض الحالات بالعنصر المادى في الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة في بعض النواحي ، ويعرف التصرف المجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنيات الجرمانية والتقنيات اللاتينية في هذه الاتجاهات لا يجوز أن يكون فصلاً تاماً . والذي يمكن أن يقال في هذا الصدد أن نزعة التقنيات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنيات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه

الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين (١) .
أضف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت في الخمسين عاما الأخيرة ،
منذ ظهور التقنين الألماني . بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف
إلى هذا الغرض ، حمل سالي (Saleilles) لواءها في مسهل القرن العشرين .
وبرز هذا الطابع في التقنينات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في القرن الحالي . ترى
ذلك واضحا في التقنينين التونسي والمراكشي ، وفي التقنين اللبني ، وفي المشروع
الفرنسي الإيطالي . وفي التقنين الإيطالي الجديد ، وفي تقنينات أخرى متخيرة
كالتقنين البولوني والتقنين البرازيلي والتقنين الصيني . وكان من أثر ذلك أن أصبحت
هناك فروق محسوسة بين التقنين المدني الفرنسي أوتقنين نابليون (Code civil
français, Code Napoléon) والقانون المدني الفرنسي (Droit civil français)
وانفجرت مسافة الخلف بينهما (٢) .

أما التقنين المصري الجديد فقد بدأ في مشروعه التمهيدي يتأثر تأثراً ظاهراً
بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثير أخذ يخف تدريجاً في المراحل التالية ،
وقد خف بنوع خاص في المشروع النهائي أمام لجنة المراجعة ، ثم في المشروع
الذي أقرته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . وهو في الصورة الأخيرة التي
صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتيني . وإذا كانت هناك بقايا من
النزعة الجرمانية لا تزال موجودة (٣) ، فذلك هو القدر الذي تأثرت في حدوده
القوانين اللاتينية ذاتها فقها وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها التقنين
المصري الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لا يزال منتصياً للنظام اللاتيني
لا في دائرة التقنين المدني الفرنسي بالذات ، ولكن في دائرة أوسع هي دائرة

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانوني المجرده»
نسخة عمرية ص ٢٧٤ - ص ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكي الشبلي في المذكرة التي تقدم بها إلى
معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ ص ٢٥ - ص ٢٦ ، وانظر بنوع خاص ماورد
في هذه المذكرة (ص ٣٧ - ص ٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauenstheorie) التي أخذ بها
التقنين الألماني متوسطاً في ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

(٢) أنظر في هذا المعنى التقرير الذي تقدم به الأستاذ موري (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع
الدولي للقانون الذي عقد بباريس سنة ١٩٥٠ ص ١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد
وبين القانون الفرنسي من جهة والقانون الألماني من جهة أخرى في ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٣) مثل ذلك تعريف العهد والمعايير الموضوعية والعقود التي تقوم على الإرادة الظاهرة
وغير ذلك مما ستوردته تفسيرا فيما يلي .

القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية (١).

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليد اللاتينية ، بل بقي محتفظا بها . والزعم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلابا فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب . ولكن تسجيل لما تم فعلا من تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساسا له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسى فى مستقبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسابرا لتجاجات العملية وتخطي أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالتقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع . وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن . ونظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

١ - مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفتى فى سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه . ولا هو تركه

(١) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شحاته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى ميسوط القانون المقارن للأستاذة بيبير أرمانيجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثان ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) ، فى تقدير التقنين الجديد ما يأتي : « إن مبادئ (التقنين المصرى الجديد) ، وتكليفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، ونواعده الأساسية ، هى فى مجموعها متأثرة فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لما يمتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale) .

يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويحدد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التي كان التقنين القديم يرسمها حدوداً لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعي في شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة في نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغبن في بعض العقود قائمة كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس (م ٨٤٥) .

واستحدث قيوداً جديدة طأوع فيها التطور الاجتماعي والاقتصادي للقانون طوال العصور الأخيرة ، بل سجل في بعضها ما كان القضاء المصري ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقيدهم من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحواره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للإرادة حدوداً جديدة لاتتعداها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه في المتعاقد الآخر حتى لورضي هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته في هذه الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدوداً لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستغل في المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مذعن في الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . فقضي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لتقضي به العدالة (أنظر المادة ١٤٩) (١) ، بل إن التقنين

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظر أخرى ، أن ما رتب القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام سلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يعتد اعتدداً كاملاً بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للإرادة المرة .

الجديد سارى الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فالتزم ، كما قدمنا في إدارة المال الشائع وفي التصرف فيه : أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وجعل زمام الإدارة في يد الأغلبية إذا كون ملك طبقات البناء الواحد اتحاداً فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧) (١) . وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحى بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد . فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظرتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى . وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» . وطبق هذه النظرية تطبيقاً خاصاً في عقود الإيجار والمقاوله . فنص في الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً» (أنظر أيضاً المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص في الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاوله ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» . وكجواز إنقاص الالتزام الذى أصبح مرهقاً لحوادث

(١) أنظر أيضاً في حالتين أخريين المادتين ٩٢٥ و ٩٢٨ .

طارئة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذي وقع فعلاً ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة» . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدعي على دفع تعويض نقدي إذا تبين أن في التنفيذ العيني إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه «إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدعي . جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالمدان ضرراً جسيماً» . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهي تضع الجزاء على مخالفة القيود التي تحمى من حق مالك العقار في البناء ، على أن «كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . ومثل ذلك أخيراً ما رتبته التقنين الجديد على تغير الظروف في تعديل حق الارتفاق وفي إنهائه . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، في صدد النهي عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتي : «ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق» . ونص في المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لانتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثتها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصري إلى بعض منها — فحفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جرى النزعة

الحديثة التمشية، لافي التقنيات الجرمانية وحدها بل وفي التقنيات اللاتينية الحديثة ذاتها، فسار بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنيات (١).

ب - النظرية التخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام في نظرية الالتزام أن هناك مذهبين مختلفان في النظرة إلى الالتزام. فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو مايقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين. وهذه هي نظرية القانون الرومانى. وعنها أخذت القوانين اللاتينية. أما المذهب المادى فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسى فيه، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى، فيصبح الالتزام في نظر هذا المذهب عنصراً مادياً أكثر منه علاقة شخصية. وهذه هي النظرية الجرمانية، قال بها جيبرك ومن نحا نحوه من فقهاء الألمان متأثرين في ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة، ونايدين تقاليد القانون الرومانى.

والمذهب المادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبنى الالتزام رغم تغير أطرافه. فلو أن الالتزام. في عنصره الجوهرى. رابطة شخصية. لزال بزوال هذه الرابطة، ولما أمكن أن يتغير الدائن في حوالة الحق، والمدين في حوالة الدين، دون أن يتغير الالتزام ذاته. ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن. والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً في الحياة العملية، فمن ذلك التزام الواعد بجائزة، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود في الاشتراط لمصلحة الغير، والتزام من يوقع السند لحامله. فلو أن الالتزام ليس في جوهره إلا رابطة شخصية بين

(١) على أن التقنين الجديد، من جهة أخرى، قد بسط في سلطات الإرادة عندما استبقاها في بعض الفروض تنتج أثراً آخر غير الأثر المقصود أصلاً، بعد أن أبطل أثرها الأصلي. ترى ذلك في انتقاص المقد وفي تحويله. فقد نصت المادة ١٤٣ على أنه «إذا كان المقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن المقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل المقد كله». ونصت المادة ١٤٤ على أنه «إذا كان المقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن المقد يكون صحيحاً باعتباره المقد الذى توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تصرف إلى إبرام هذا المقد».

دائن ومدين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معا وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنيات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصي في الالتزام ، تفسح مجالاً لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فتعترف بحالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله . وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصي سارت التقنيات اللاتينية في تطورها ، فاعترف بعضها بحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يفرق في الأخذ بالمذهب المادى ، ولكنه من جهة أخرى سجل ماتم فعلاً من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولاً استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترف بحوالة الحق (أنظر المواد ٣٠٣ - ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلية أو لمصلحة أو جهة لم يعينها وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنيات اللاتينية في ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ - ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجهمور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصي للالتزام ، ولم يخرج على تقاليد خروجاً لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وعن طريق هذه الإرادة تسيرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيها ولا استغلال . ويجب أن تكون على هدى ،

لا غلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانبا للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفي هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصي في الالتزامات غير العقدية .

ب - نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى في هذا أيضاً ، عند الكلام في نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان في النظرة إلى الإرادة . فذهب الإرادة الباطنة - وهو المذهب اللاتيني - يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب الإرادة الظاهرة - وهو المذهب الجرمانى - يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة والقانون إنما يعينه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى ينف عنده المتعاملون ويطمثون إليه في تعاملهم .

ولم تسلّم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلّم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعنينا في هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد نبنى في حظيرة التقنيات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو في هذا قد تأثر بالزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه الزعة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، في تكوين العقد وفي تفسيره .

ففي تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد في بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص في المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ،

يرتبط بالعقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس . وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠) . ويرتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابهها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ما قرره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . فإذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر (١) .

(١) وقل مثل ذلك في السبب غير المشروع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطاع أن يعلم به - هذا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، فيقال =

وفي تفسير العتد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة في العقود التي تكون عبارتها واضحة . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفي التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزم للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك . فنحن في الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة . وإن كنا نعمل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة في بعض الفروض ، سواء كان ذلك في تكوين العقد أو في أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص في المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير في هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تختمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها في بعض الفروض ، فقد صدر في ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذي يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التي تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفي مواطن شتى . سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففي تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا في معدنها الحقيقي ، حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة ، فحصرها من الغايط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه

== إن العقد في الحالات المتقدمة في الفلظ والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع للمنافد الآخر — وهو لا ذنب له — على التعاقد الأول بالتعويض ، وغير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً .

تعقيها في مظان ما قد تخضع له من ضغط كما فعل في عقود الإذعان . ثم سار في استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه مآلتها إليه من غايات مستترة إلى مدى أبعد ، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالباعث الذي كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة . وفي الأخذ بهذه النظرية انحياز واضح للإرادة الباطنة .

وفي تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » . فالأصل إذن في تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أي تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للنفوذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هي الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة في بعض الأحوال ، تبعاً لمقتضيات الاستقرار في التعامل ، تتجسم في المظهر الذي اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين . (١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار في طريق

(١) هذا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكي الشبلي في المذكرة التي تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس في سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ - ٤٠) يرى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauensstheorie) التي أخذ بها التقنين الألماني والسويسري . وهذه النظرية وسط بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهي تأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يترنمها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التي يجب عقلاً أن تدخل في اعتباره . فالإرادة التي يعتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هي الإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك في أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يتعرف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسي ، فإن له في ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التي خطت هي أيضاً خطوات واسعة في هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة ، فهو على كل حال لم يبلغ في ذلك مبلغ التقنين الألماني والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال في هذا الصدد باقياً في حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة .

د - التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام في نظرية السبب أن هذه النظرية هي المحك الذي تتميز به التقنينات ذات الصبغة الذاتية عن التقنينات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنينات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالاً واسعاً . ولا تقر التصرف المجرد عن سببه إلا في حدود ضيقة . أما التقنينات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تفسح له إلا مكاناً محدوداً ، وتتوسع في إقرار التصرف المجرد . وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى أن القانون الفرنسي قد خطا في نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية الضيقة . وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذي دفع إلى التعاقد . فحورته إلى فكرة نفسية مخصصة . واشترط في كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه . فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا في حالات استثنائية يقتضها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بذواتها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنينات الجرمانية . فعندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنينات في نظرتها هذه بصبغتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد في حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التي أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التي تنشئ الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع . وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإبادة في الوفاء .

بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسمت خطوطاً رئيسية للتصرف الجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخذ صورة التعهد الجرد بالوفاء (promesse abstraite de paiement) أو الاعتراف الجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)

فإلى أي المذهبين انتمي التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسي : نظرية نفسية واسعة نفذت منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل في الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ في بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف في نظرية السبب عند المعيار الذاتي ، ولم يترشح في ذلك عن تقاليد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصري الجديد سببي (causaliste) كالتقنين المصري القديم ، وكالتقنين الفرنسي ، وهو يتعارض في هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسي يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببه ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام الجرد إلا في حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا في حالات معينة يقتضيها الاستقرار في التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجديد في هذا الصدد بقي كعادته في حظيرة التقنينات اللاتينية . بل إنه هنا التزم هذه الحظيرة في أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلاً بالتقنينات الجرمانية .

٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأيناه معتدلاً فيما قدمنا . يتوسط في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصي والمذهب المادى للالتزام ، فيستبقى المذهب الشخصي بعد أن يأخذ بما في المذهب المادى من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة . فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضي ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب

كاملة . ولا يقر التصرف الجرد إلا في حدود معتدلة معقولة .
فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة (éclectique) ، وإن بقي بوجه
عام في حظيرة التقنيات اللاتينية كما قدمنا .
وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله
قواماً بين الاستقرار والتطور . وبين الفرد والجماعة .

١ - التقنين الجبرير بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحي العملي
ينبغي أن يحمل في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى
يكون عملياً .

عوامل التطور في التقنين الجبرير : أهم هذه العوامل هي هذه المعايير
المرنة التي جعلها التقنين الجديد في مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية
الواسعة التي أعطاها للقاضي .

١ - **المعايير المرنة :** ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد
الجامدة التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك الغبن في بيع عقار
لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ،
والقوائد القانونية والاتفاقية وقد رها سعر معلوم لا يتجاوز (م ٢٢٦ - ٢٢٧) ،
والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه
رد ضعفه (م ١٠٣ فقرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ،
والقاعدة التي استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين
غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلاً واحداً
ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتي تقف في بعض المسائل
عند رقم معلوم لا تحيد عنه ، قد نكون في حاجة إليها في قليل من الحالات
لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكثار من مثل
هذه القواعد الجامدة فإنها تقف عقبة في طريق التطور . وخير منها معايير مرنة
يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد بها هذا فيما يعرض له من الأفضية ،

ولا يتقيد فيها بخل واحد لا ينحرف عنه . بل تتغير الأحوال وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملابسات (١) .

وهذا مثل لمعيار مرن أستبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة في التقنين القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ - ٢٩٢ / ٣٦٤ - ٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء يبعث جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢ / ٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لا يجوز للمشتري فسخ البيع في هذه الأحوال « إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين » . فنجد التقنين الجديد هذه القاعدة الجامدة التي تقف عند نسبة معينة من الثمن ؛ واستبدل بها معياراً مرناً ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لتقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا التقص من الجسامة بحيث إنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » . وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملاءمة ما بين ظروف كل قضية والحل القانوني الذي يناسبها . فقد يكون التقص أو الزيادة في المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويوجب القاضي المشتري إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملابسات والظروف في كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة : إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها .

فمن ذلك معيار الغلط الجوهري ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة

(١) أنظر في هذا المعنى : « القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار والقاعدة » ، رسالة بالفرنسية للدولف ليون سنة ١٩٢٥ . هذا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالخشية من تحكيم القاضي ، وبأن هذا الحكم ممنوع إذا تقيد القاضي بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضي لا يلبث إزاء القاعدة الجامدة التي أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينتقل إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أمامه معيار تشريعي مرن مفروض عليه أن يترشد به .

التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التديليس الجسيم ، وقد قصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتديليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ومثل معيار التديليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تقضي المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسدياً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستغلال اتخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طبيئاً أو هوى جاعاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان . يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامه الإكراه » . وسرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ - سلطة القاضي التقديرية : وعامل آخر في التقنين الجديد يفسح أمامه

إجمالاً للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها للقاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرنة التي تقدم ذكرها ، وراها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطي في ذلك من سلطة