

خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدونات العربية

أ.د. محمد كمال شرف الدين : أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تونس، المنار

ملخص

لئن يرى العديد أن التدوين المدني الجزائري ينتمي بوجه عام لعائلة المدونات العربية التي تأثرت بالقانون المدني المصري فإن ذلك لا يفيى الجذور المشتركة للمجلات المدنية العربية وهي القانون الفرنسي والفقهاء الإسلامي في الدراسة نظرة لمسألتين. الأولى متصلة بالمصادر المادية والشكلية لقانون 1975 والثانية متعلقة بأفاق وغد ذلك القانون في قراءة استشرافية. ويبين تحليل المسألة الأولى عن توحي مشروع 1975 منهج التخيير بما يبرر تنوع مصادره المادية كما تبرز وضوح الخيار بالنسبة لمكانة الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الشكلية بما يجعل قانون 1975 مختلفا نسبيا عن القانون المصري ومبتعدا تماما عن التقنين التونسي وعن المجالات المتأثرة به وهي المجلة المغربية والمجلة اللبنانية. أما الجزء الثاني فهو مخصص للمنشود وي طرح أولا مكانة المبادئ العامة للقانون لإقتراح تصدورها المجلة لما لها من وظيفة تأصيلية وتوجيهية وثانيا ضرورة حسم إشكالية الإزدواجية اللغوية في إتجاه إقرار مبدأ الإعتماد الإستثنائي للغة العربية.

الكلمات المفتاحية : المصادر المادية التاريخية للتقنين - مكانة الشريعة الإسلامية - مقارنة مع المجالات المتأثرة بالمجلة المصرية - مقارنة مع المجلة التونسية - مكانة ووظيفة القواعد العامة للقانون - حسم الإزدواجية اللغوية.

Résumé

Il est généralement soutenu que le code civil algérien fait partie de la famille des codifications arabes inspirées du code égyptien. Toutefois cette assertion ne peut nier les racines communes de tous les codes civils arabes à savoir le droit français et le droit musulman. La présente contribution propose un regard sur deux questions : la première a trait aux sources matérielles et formelles du code de 1975. La seconde envisage ses perspectives, son avenir. L'examen de la première question révèle une méthode normative fondée sur la sélection parmi les sources

matérielles de la solution la plus appropriée ce qui explique, en large partie, la diversité des sources du code. Elle révèle également, pour les sources formelles, l'existence d'un choix clair quant à la place du droit musulman, choix qui marque une différence relative entre le code de 1975 et celui de l'Égypte et une différence absolue avec la codification tunisienne et les codes arabes qui s'en inspirent (Maroc et Liban). La seconde partie, prospective, est réservée d'une part à la place au rôle des règles générales de droit pour proposer qu'elles se placent dans un titre préliminaire du code en raison de leur fonction fondatrice et directive, et d'autre part à la nécessité de résoudre définitivement la question de la dualité linguistique des normes civiles. La référence exclusive à rédaction en langue arabe devrait être consacrée.

Mots Clés : Les sources matérielles historiques du code de 1975 – la place du droit musulman – comparaison avec les codes inspirés du code civil égyptien – comparaison avec les codes inspirés du code tunisien – Place et fonction des règles générales de droit – la dualité linguistique normative.

مقدمة

1 - ككل المدونات الوطنية فإن القانون المدني الجزائري مرتبط بتاريخ الجزائر، فلئن تأخر صدوره عن إعلان الاستقلال فلأن ميلاد مدونة مدنية موحدة أعسر أحيانا من ميلاد دستور. ألم يقل العميد كربوني أن الدستور الحقيقي للبلاد هو المجلة المدنية؟ وأراد واضعو "القانون المدني" أن يكون التقنين الجديد مستلهما من الإسهامات الإيجابية المقارنة فأوكلت مهمة وضعه إلى مجموعة من محترفي القانون. ويقسم فقهاء القانون المدونات المدنية المعاصرة إلى صنفين بحسب منهج تحريرها وصياغتها: المدونات العملية المباشرة codes empiriques et concrets وهي تعتمد أسلوبا يسير المأخذ عاريا من التجريد من جهة، والمدونات المجردة-المركزة وهي التي تولي عناية للمصطلحات والأنماط¹ من جهة أخرى. وشهد القرن التاسع عشر نموذجا للأولى في المجلة المدنية الفرنسية ونموذجا للثانية في المجلة الألمانية.

¹ - حول هذا التصنيف يراجع بالخصوص :

- Valérie LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, thèse, L.G.D.J., tome 371, Paris, 2002; André TUNC, *La technique législative du projet de Code de commerce des Etats-Unis*, D. 1952, Chr. P.9 et suiv.

2 - ومهما يكن الصنف فالإجماع حاصل على القول بأن للتقنين المدني للدولة، روحاً تعبر عن خيارات محددة وتضفي على الوثيقة الفنية مشروعية اجتماعية وسياسية وتاريخية لأنها تجسم تحولاً يرنو إلى الدوام بما يتميز حتماً عن مجرد تجمّع قوانين ظرفية وتشريعات متفرقة.²

وحول الصنف الأول، يلاحظ العميد **كربوني** ما يلي:

- « Un peuple n'a pas besoin d'un traité d'art législatif pour se donner des bonnes lois », in **Jean CARBONNIER**, Essais sur les lois, Défrénois, 2^{ème} édition, Paris, 1995, p.234 ;

ويضيف العميد **جيني** ما يلي :

- « Parce que la technique est « naturelle » et « populaire » s'offrent au juge des sources fécondes d'interprétation du code, in **F. GENY**, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil)*, in Le code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, éditions A. Rousseau, Paris, 1904, p.989 et suiv, spécialement, p.1020.

وحول الصنف الثاني، يلاحظ العميد **جيني** متحدثاً عن المحلة المدنية الألمانية أنها توفر على تقنية تشريعية مفرطة العناية من حيث الصياغة اللغوية للقوانين.

- « Le code allemand proposait le modèle d'une technique « extrêmement soignée du langage des lois », op. cit., p.1025.

وبقيت المدونة الفرنسية في الواقع متأثرة بجذورها الفقهية وبما كتبه مونتسكيو Montesquieu في كتابه "في روح القوانين":
- « *Le style en doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie... Quand le style des lois est gonflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées... Les lois ne doivent pas être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement, elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille... Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation... Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses* » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Cérès éditions, Tunis, 1994, tome 2, p.302 et suiv.).

² - **F. GENY**, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil)*, in Le code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, éditions A. Rousseau, Paris, 1904, p.989 et suiv.

وحول خصوصيات المجالات القانونية بوجه عام (أسلوبها، مضمونها وإشعاعها)، يراجع بالخصوص الدراسات النظرية الآتية:

- **Christian ATIAS**, *Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité ou son évolutivité*, Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif, 2004, p.2757 et suiv.; **Jean-Louis BERGEL**, *La méthode législative du code civil et sa longévité*, idem, p.2765 ; **Jean CARBONNIER**, *Le Code civil des français dans la mémoire collective*, in 1804-2004, le Code civil, op.cit., p.1045 et suiv. ; **Jean GAUDEMET**, *La codification, ses formes .et ses fins*, Revue juridique et politique indépendance et coopération, numéro spécial sur « la codification et l'évolution du droit », 1986, p.239 et suiv. ; **Yves GAUDEMET**, *Le Code civil, « Constitution civile de la France »*, in 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p.297 et suiv. ; **Paul MARTEENS**, *Thémis et ses plumes, réflexions sur l'écriture juridique*, in *Nouveaux itinéraires en droit*, hommage à François RIGAUX, Edit. Bruylant, Bruxelles, 1993, p.345 et suiv.; **Thierry REVET**, *Le code civil comme modèle (synthèse)*, in Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle, ouvrage collectif sous la direction de Thierry REVET, Université Paris I., tome 6, L.G.D.J., Paris, 2005, p.593 et suiv., et particulièrement p.598. ; **François TERRE et Anne OUTIN-ADAM**, *codification*,

إن الالتقاء لتقييم المدونة المدنية الجزائرية بعد مرور أربعة عقود عن ظهورها، يمنح وقفة تأمل في الصرح الموضوع منذ سنة 1975. فالمدونة تخضع لنفس الإمتحان الذي عاشته المجلة الفرنسية سنة 2004³ والمجلة الألمانية سنة 1996⁴ ومجلة الإلتزامات والعقود سنة 2006⁵ والمجلة اللبنانية للإلتزامات والعقود سنة 2008⁶ والقانون المدني القطري سنة 2014⁷.

3 - مصادر الاستلهام للقانون المدني الجزائري: ينتمي هذا القانون بوجه عام لما يمكن تسميته عائلة التقنين المصرية. وتشاء الظروف التاريخية أن لا تتوحد منهجية وضع المدونات المدنية في دول المغرب العربي، إذ انقسمت بين عائلة التقنين المصرية وعائلة التقنين التونسية بما يوجب التذكير بالعلامات الفارقة للعائلتين وكذلك بنقاط التلاقي التي تجمعهما وهي بالخصوص القانون الفرنسي الذي هو المصدر المادي المشترك بينهما.

4 - إن تدوين القوانين وجمع القواعد والأحكام في مؤلف واحد يُسهّل الإطلاع عليها ويمنع تشتتها وتآثرها⁸ بما يجعلها يسيرة المآخذ وسهلة التطبيق، يُعدّ ضرورة

l'année d'un bicentenaire, Dalloz, 2004, chr. p.12 et suiv.; **Alain VIANDIER**, *Observations sur le style de la loi*, Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif, 1987, p.847 et suiv.

³ - حول إحياء ذكرى مرور 200 عاما عن صدور مجلة 1804 الفرنسية، يراجع بالخصوص:

- *Le Code civil, 1804-2004, Livre de Bicentenaire*, Dalloz, Litec, Paris, 2004 et l'ouvrage collectif, 1804-2004, *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004.

⁴ - حول إحياء ذكرى مرور مائة عام عن صدور المجلة الألمانية سنة 1896، يراجع بالخصوص:

- **Michel PÉDAMON**, *Le centenaire du B.G.B.*, D. 1997, p.107 et suiv.

⁵ - حول مائوية مجلة الإلتزامات والعقود، يراجع المؤلف الجماعي الصادر عن مخبر القانون المدني لكلية الحقوق والعلوم

السياسية بتونس، مائوية مجلة الإلتزامات والعقود 1906-2006، نشر المركز الجامعي للنشر، تونس 2006 وانظر كذلك:

- **Mohamed ZINE**, *Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats*, étude parue in «*La codification*», ouvrage collectif sous la direction de Bernard BEIGNIER, Edition Dalloz, Paris, 1996, p.187 et suiv.; Sur la méthode, cf. notamment, **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, *esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats*, Revue Internationale de droit comparé, 1996, 2, p.421 et suiv.

⁶ - احتفلت الجامعة اللبنانية بالذكرى 75 لصدور مجلة الإلتزامات والعقود سنة 1932، يراجع:

Centre d'études des droits du monde arabe (CEDROMA), 75^{ème} anniversaire du code des obligations et des contrats libanais, Bruylant, Bruxelles, 2010.

⁷ - حول الإحتفال بعشوية القانون المدني القطري، يراجع: **كلية القانون بجامعة قطر**، "التقنين المدني القطري في عقده الأول"، مؤتمر علمي بمناسبة مرور عشرة أعوام على نفاذ القانون المدني القطري، الدوحة، 2015.

⁸ - حول تفاقم ظاهرة "تضخم" التشريع، وتشتته يراجع بالخصوص:

- **François TERRÉ**, *La « crise de la loi »*, in Archives de philosophie du droit, tome 25, la loi, Sirey, 1980; **R. MARTIN**, *Désinflation législative*, R.T.D.civ. 1993, p.551 et suiv.; **R. SAVATIER**, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D. 1977, chr. p.43; **J. BEGUIN**, *Peut-on remédier*

تاريخية في الزمن المعاصر، ومن ثمّ، فلا مبالغة في ربط عملية التقنين في الدول الحديثة بمسألة الإستقرار القانوني⁹. ولم تحد الدول العربية عن هذا الاتجاه العام فسعت جلّها إلى تدوين تشريعها المدني في "مدونات" أو "مجلّات" أو تقنينات تحت تسمية "قانون"، على النمط الشكلي الذي سارت عليه المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804، كما سارت عليه بعد ذلك مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876¹⁰. وكانت مصر¹¹ ومن بعدها تونس¹² من أوّل الدول العربية التي شرعت في تدوين القانون المدني وتقنينه في شكله المعاصر.

5 - عائلتا التدوين في الدول العربية: تتقسم المدونات المدنية العربية المعاصرة بحكم ظروف إصدارها واتجاهاتها العامة إلى عائلتين:

• وتضم العائلة الأولى "مجلّات" مدنية تتحدر أساسا من أقدم مجلة عربية نافذة وهي مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة لسنة 1906 والتي تضمنت عند صدورها 1632 فصلا وشملت تقسيما مزدوجا بين كتاب أول خصّص "لتعمير الذمة" (الفصول 1 إلى 663) وكتاب ثان متضمّن "للعقود وشبهها" (العقود المسماة) (الفصول 564 إلى 1632)¹³. وفي سنة 1913 صدرت المجلة المغربية تحت عنوان "ظهير

à la complexité croissante du droit ? », in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Paris, Economica, 1995, p.1 et suiv. ; E. GRASS, L'inflation législative a-t-elle un sens? R.D.P. 2003, p.139; Bertrand MATHIEU, La loi, 2^{ème} édition, Dalloz, 2004, p.75 et suiv.

⁹ - حول الحاجة للإستقرار القانوني عبر الإستقرار التشريعي، يراجع بالخصوص :

B. MATTHIEN, La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient, Mélanges Grelard, Montchrestien, 2000, p.302; F. POLLAUD-DULIAN, A propos de la sécurité juridique, R.T.D. Civ. 2001, n° 3, p.487.

¹⁰ - بدأ العمل بالمجلة المذكورة منذ 1877، وقد تضمنت 1751 مادة وهي مستمدة خاصة من الفقه الحنفي. يراجع حولها : سليم رستم باز اللباني، شرح المجلة، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1986 : وحول تقنين الفقه الإسلامي بصفة عامة، يراجع : محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، تقنين الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.

¹¹ - صدر أوّل تقنين مدني في مصر في 28 جوان 1875 وهو المعمول به أمام المحاكم المختلطة ثم عقبه القانون المدني الخاص بالمحاكم الوطنية الصادر في 28 أكتوبر 1883 واستمر العمل بهما حتى سنة 1948، تاريخ صدور القانون المدني الجديد.

¹² - صدرت "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" بموجب الأمر العلي المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 وبدأ العمل بها في غرة جوان 1907. وبموجب القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 تمت المصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة وصياغتها تحت عنوان جديد "مجلة الالتزامات والعقود".

¹³ - حول هذه المجلة يراجع بالخصوص، مؤلّف "كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006"، المرجع المذكور آنفا، (بالفتن العربية والفرنسية) : محمد صالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود بين الماضي وتقاليد العصر ومستجداته، مطبعة ابن جمعة، الطبعة الأولى، تونس 1996؛ أطروحة دكتوراه محمد بن إبراهيم بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، صفحة 199 وما بعدها؛ ومحمد كمال شرف الدين.

الالتزامات والعقود" بتاريخ 12 أوت 1913¹⁴ وهي مجلة تقوم على اقتباس شبه كلي لأحكام المجلة التونسية. وعلى نحوها تضمنت كتابا أولا في "الالتزامات بوجه عام" (الفصول 1 إلى 477) وكتابا ثان في "مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها" (الفصول 478 إلى 1250)¹⁵. وبعد ذلك، ودائما بسعي من سلطة الحماية الفرنسية، صدرت في سنة 1932 مجلة الالتزامات والعقود اللبنانية¹⁶ وهي تقنين مأخوذ بوجه مباشر من المجلة المغربية مع تعديلات فرضتها خصوصية المجتمع اللبناني وبوجه غير مباشر من المجلة التونسية. وقد باشر النظر فيها الفقيه الفرنسي Louis Josserand¹⁷. وأخيرا وفي سنة 1989، صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتانية¹⁸ المستمدة مباشرة من المجلة المغربية بما يجعلها بالتالي متصلة، بوجه غير مباشر، بالمجلة التونسية. وتضمنت المجلة الموريتانية 1182 فصلا وامتازت هذه المجلة بحسم مسألة المصادر الشكلية خلافا لنظيراتها السابق عرضها، إذ نصّ الفصل 1179 الوارد في باب الأحكام الختامية على ما يلي: "يرجع إلى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني".

وصفوة القول أن العائلة الأولى تضم مجلات تونس والمغرب ولبنان وموريتانيا. وينحصر مجال هذه المجلات في مادة الالتزامات والعقود. ومع ذلك فإن وحدة المصدر المشترك وهو مجلة 1906، لم تحل دون ظهور بعض التغييرات التي بررتها

- Mohamed Kamel CHARFEDDINE, le C.O.C : esquisse d'une évaluation de l'oeuvre, in Livre du centenaire, op.cit., p.675 et suiv. ; Mohamed Kamel CHARFEDDINE, *esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats*, Revue Internationale de droit comparé, Paris, 1996, 2, p.421 et suiv.

¹⁴ - دخلت المجلة المغربية الجديدة حيز التنفيذ في 30 أوت 1913.

¹⁵ - حول العلاقة بين المجلة التونسية والمجلة المغربية يراجع بالخصوص: أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991-1992، تقديم الأستاذ عمر عزيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996، صفحة 177.

¹⁶ - قانون 9 مارس 1932، الرائد الرسمي عدد 2642 المؤرخ في 11 أبريل 1932 (النسخة العربية) وعدد 791/1932 (النسخة الفرنسية) ونص الفصل 1107 من المجلة على تأجيل نفاذها لأمد ثلاثين شهرا.

¹⁷ - إن النسخة الأصلية من المجلة اللبنانية ترجع إلى القاضي الفرنسي M. Ropers. وقد وضعت هذه النسخة لنظر الأستاذ Louis Josserand عميد كلية الحقوق بليون آنذاك. حول العلاقة بين هذه المجلات الثلاث (التونسية والمغربية واللبنانية) يراجع بالخصوص:

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, le C.O.C tunisien, Le D.O.C. marocain et le C.O.C libanais : esquisse d'une comparaison, in *Centre d'études des droits du monde arabe*, 75^{ème} anniversaire du Code des Obligations et des Contrats Libanais, Beyrouth, op. cit., p.197 et suiv.

¹⁸ - الأمر القانوني عدد 126 لسنة 1989 الصادر في 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

خصوصيات كل دولة من الدول الثلاثة الأخرى. وتتميّز هذه العائلة التشريعية بميزتين: الأولى أنها غير شاملة لقانون العائلة وقانون الأشخاص والحقوق العينية¹⁹ وهي جميعا مجالات مدنية تم تنظيمها في تقنيات مستقلة. ويعني ذلك أن العائلة المذكورة لم تختَر منهج التقنين المدني الموحد بما جعلها تشهد تعدد التدوينات والمجالات الضابطة للقانون المدني. والثانية أن هذه التعددية لم تحل دون إبراز دور المجلة "أم" المتعلقة بالالتزامات والعقود التي بدت والحالة تلك كشرية عامة un droit commun في القانون المدني يُرجع إليها كلّما صمّت النصّ المدني الخاص²⁰.

• تتحدّر العائلة الثانية من التقنين المدني المصري إذ تعتبر مصر من أوّل الدول العربيّة التي دوّنت تشريعها المدني منذ القرن التاسع عشر²¹ واستعاضت عنه عام 1948 بالقانون المدني الحالي الصادر في 16 جويلية 1948²². وتضمّن التقنين المذكور نحو 1149 مادة. شملت الأحكام العامة والأحكام المنظمة لقانون الأشخاص وللالتزامات والعقود المسماة والحقوق العينية والتأمينات. ولم يمض زمن طويل على ظهور التدوين المصري حتى ظهر، باستهام منه، القانون المدني السوري في 18 ماي 1949 متضمنا 1130 مادة. ثمّ كان للعميد المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري الأثر الملموس في وضع القانون المدني العراقي الموافق عليه في 8 سبتمبر 1951. وعلى نفس الخطى سار المشرّع الليبي بموجب مرسوم 28 نوفمبر 1953، ومن بعده المشرّع الجزائري بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

¹⁹ - تم تقنين قانون الأحوال الشخصية في تونس بموجب الأمر العلي الصادر في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، وهو تقنين لا يزال يحافظ على استقلاليتها من الناحية الشكلية شأنه في ذلك شأن قانون الحقوق العينية الذي تمّ تجميعه بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية. وتمثّل مجلة 1956 ومجلة 1965 المذكورتين إلى جانب مجلة الالتزامات والعقود لسنة 1906 مجمل التقنين المدني التونسي الحديث.

²⁰ - وي طرح تعدد المجالات المدنية في تونس مسألة إعادة تجميعها في مجلة واحدة، في هذا الشأن يراجع: Mohamed Kamel CHARFEDDINE, *Codes civils ou code civil ? Réflexion sur une éventuelle recodification*, in *l'apport du XXème siècle a droit privé tunisien*, ouvrage collectif, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis, 2000, p.35 et suiv.

كما يُراجع ما كتبه الأستاذ حمادي الرايس حول مبررات توحيد التقنين المدني التونسي وآلياته، في دراسته: "القانون المدني إلى أين؟"، منشور بالمؤلف الجماعي "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، نشر وحدة بحث القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 193 وما بعدها.

²¹ - القانون المدني الصادر في 28 أكتوبر 1883 المعمول به أمام المحاكم الوطنية والقانون المدني الصادر في 28 جويلية 1875 المعمول به أمام المحاكم المختلطة.

²² - المنشور في الجريدة الرسمية ليوم 29 جويلية 1948 وعوّض قانون 1948 قانوني 1875 و1883.

المتضمن إصدار "القانون المدني"، ثم الأردني 1976 ثم الكويتي 1980 ثم السوداني ثم اليميني ثم الإماراتي 1985 ثم القطري 2004²³.

6- الجذور المشتركة ونسبية الاختلاف بين العائلتين : إن وجود اختلاف بين العائلتين في مجال الالتزامات والعقود، لا يمنع من الإشارة إلى نسبية هذا التباين وحدوده، ذلك أن منهج التخيّر ساد كلّ هذه المدونات، فالمدونات العربية تخيّرت أحكامها من جذور مشتركة هي بالأساس القانون الفرنسي وبعض القوانين المدنيّة الأوروبيّة من جهة والفقّه الإسلامي من جهة أخرى. وبصفة أدقّ فإنّ المجلة المدنية الفرنسية أثّرت في كلّ من القانون المدني المصري والقانون المدني التونسي بما جعلها مصدراً مشتركاً يوحد في عديد المسائل، المجالات المدنيّة العربيّة المنتمية للعائلتين خاصة في مجال الالتزامات والعقود. ونفس الملاحظة تصحّ بالنسبة للحقوق العينية التي تمّ اقتباس جلّ أحكامها من القانون الفرنسي مع الأخذ بعين الاعتبار في بعض المسائل لعديد المؤسسات المستمدة من الفقّه الإسلامي كالشفعة. ويبيح كلّ ذلك القول بوجود دوائر تلاقى مشتركة عديدة بين القوانين المدنيّة العربية بالرغم من ثبوت وجود العائلتين وبالرغم من اختلاف أزمنة بروز تلك القوانين وتباين الظروف التي حفّت بنشأتها.

7- يتمّ التساؤل عن "أصالة" القانون المدني الجزائري فتطرح في الحقيقة مسألتان: الأولى تهم المصادر الماديّة والشكليّة لقانون 1975، في حين تخص الثانية، في نظرة مستقبلية، آفاقه وغده في ضوء تنوّع متطلبات العصر الاجتماعيّة وخاصة الاقتصاديّة وضرورة تطوير الاجتهاد القضائي. وانطلاقاً من هذين التساؤلين، يتجه فصل التحليل إلى قسمين ليتمّ أولاً بسط الرأي حول الموجود (I) ثم ثانياً التعرض لما يمكن أن يكون منشوداً (II).

I- الموجود :

8- يعتمد كلّ تقنين مدني مصادر "مادية" كوّنّت مصادر استلهام أحكامه. وتضع جلّ المجالات القانونيّة المدنيّة، باعتبارها كوّنّ شريعة عامّة، حلولاً لترتيب المصادر "الشكليّة" الأصليّة والاحتياطيّة للقانون. وواضح من هذه الملاحظة أنّ نظرية المصادر تقوم على التفرقة الجوهرية بين المصادر المادية التي هي المنابع التي

²³ - حول كل هذه التشريعات المدنيّة وتأثير التدوين المدني المصري في نشأتها، يراجع بالخصوص، محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامّة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقّه الإسلامي والمدونات المدنيّة العربيّة، عمان، الطبعة الثانية 2001.

تولدت منها الأحكام، فالقاعدة لها جذور إما تاريخية أو اجتماعية أو سياسية، وقد تمتد هذه الجذور إلى التأثير المباشر أو غير المباشر بالقوانين المدنية المقارنة، فتكون بذلك المصادر المادية. أما المصادر الشكلية أو الرسمية فهي التي تعطي للقاعدة شكلها المعتمد الذي يسمح بنفاذها في القانون الوضعي كالتشريع والعرف وغيرهما. فما هي مصادر القانون المدني الجزائري؟ يتجه اعتماد التفرقة المذكورة لتحليل هذه المسألة وبيان تنوع المصادر المادية من جهة (أ) ووضوح المصادر الشكلية من جهة أخرى (ب).

أ- منهج التخيير وتنوع المصادر المادية

9- انتهج تدوين 1975، شأنه شأن كل المدونات المدنية العربية، مسلك "التخيير" في اعتماد المصادر المادية، أي تبني الحكم الأفضل والأكثر ملاءمة لمتطلبات المجتمع بحسب نظر واضعيه. ومن ثم تنوعت المصادر المادية فيه رغم هيمنة المرجعية الفرنسية عبر الاستلهام من أحكام القانون المصري. لقد تأثر واضعو القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي لا فقط من خلال اعتماد التخطيط العام والتقسيمات الكبرى الواردة بالمجلة المدنية الفرنسية²⁴، بل وكذلك من خلال ما أورده فقه القضاء المدني الفرنسي من نظريات خارج إطار التشريع. ويبرز التأثير في النظرية العامة للعقود، والنظرية العامة للجزاء المدني، وأحكام المسؤولية، ومقتضيات أهم العقود المسماة، ونظرية الحقوق العينية والتأمينات. كما امتد التأثير إلى محاكاة بعض التقنيحات الكبرى التي طالت مجلة 1804 كتلك التي اتصلت بمبدأ إثبات التصرفات القانونية بالشهادة²⁵ أو التي كرّست حجية الكتب الإلكترونية²⁶، إذ تبني المشرع الجزائري في سنة 2005 تنقيحات مشابهة. ومع ثبوت دور هذا المصدر المادي بوجه جلي فإنه من المستوجب ملاحظة حدود هذا التأثير، إذ ابتعد قانون 1975 عن خيارات مجلة 1804 في عديد المسائل فأثر مثلا وضع حل عام

²⁴- رغم عدم التطابق الشكلي في مخطط التقنين الجزائري والفرنسي فإنه يوجد تشابه في تبني التقسيمات الأساسية في مادة الالتزامات والعقود (المصادر، العقد، المسؤولية المدنية، شبه العقود، آثار الإلزام، أوصافه، انتقاله، انقضاؤه، الإثبات، العقود المسماة، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية).

²⁵- يقوم المبدأ على استبعاد الشهادة لإثبات التصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مبلغا ماليا معينا تم إقرار الترفيع فيه في تنقيح للمجلة المدنية الفرنسية سنة 1980 وسار المشرع الجزائري على نفس المنوال وأقر تنقيحا للقانون المدني الجزائري سنة 2005، يراجع بالخصوص المادة 333 مدني جزائري بعد تنقيحها بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

²⁶- أقر التنقيح المدخل على المجلة المدنية الفرنسية سنة 2000 حجية الكتب الإلكترونية. ونسج المشرع الجزائري على نفس المنوال بتنقيحه لقانون 1975 بموجب القانون رقم 05-10 السابق الذكر وإضافة المادة 323 مكرر وخاصة المادة 323 مكرر أ.

للمصادر الشكلية للقانون الوضعي وهي مسألة لا تزال تثير في فرنسا جدلا عميقا. كما شمل الاختلاف مسائل متنوعة تتعلق بنقاط دقيقة كالإختلاف في تحديد سنّ الرشد المدني أو بمسائل مبدئية كضبط وظيفة الشكلية في العقود²⁷، وتحديد دور القاضي في مراقبة تنفيذ العقود، وبالاعتداد بالظروف الإستثنائية، أو في تقدير التعويض²⁸، أو تبني نظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية، وإقصاء الصبغة الفردية المقدّسة والمطلقة لذلك الحق²⁹.

10- أما المصدر المادّي الثاني فهو الفقه الإسلامي شأنه في ذلك شأن جُلّ التقنيات العربية المدنية إذ وردت بقانون 1975 عديد المؤسسات التي تنتمي لمدرسة الفقه كنظرية مجلس العقد³⁰ ومنع التصرفات في مرض الموت³¹ والشفعة³² وقسمة المهايأة³³ واستبعاد عقود المقامرة أو الغرر³⁴ وتبني نظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية إذ يتلاقى في ذلك الفقه الإسلامي مع الإجتهد الفرنسي حول التصدي للتعسف في استعمال الحق³⁵ وفرض صون علاقات الجوار من المضار³⁶. ولكن التأثير بهذا المصدر المادي بقي كذلك محدودا، إذ لم يساير قانون 1975 موقف الفقه الإسلامي في شأن التقادم المسقط فلم يستبعد سقوط الحق وتقادمه في حين

²⁷ - ترتبط المسألة بمكانة مبدأ سلطان الإرادة وما يرتبه من هيمنة الرضائية وهي هيمنة لا تجد لها نفس الصدى والأبعاد في القانون المدني الجزائري، يراجع بالخصوص المادة 324 مكرر 1 والمادة 324 مكرر 4.

²⁸ - يسند القانون الجزائري للقاضي دورا ملحوظا في مجال تنفيذ العقود إذ يقر قانون 1975 حقه في التدخل إذا طرأت حوادث استثنائية تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين (نظرية الظروف الطارئة)، المادة 107 كما للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض المواد 132، 177، 182، 187، مدني جزائري. كما للقاضي الحق في النظر في إبطال العقد إذا شابه استغلال طيش بين أو هوى جامع لأحد أطرافه (المادة 90 مدني جزائري) قارن مع المادة 129 من القانون المدني المصري والمادة 140 من القانون المدني القطري وحول عيب الإستغلال بوجه عام المادة 1103 من القانون المدني التونسي وفقهيا فوزي بالكفاني، عيب الإستغلال في مجلة الإلتزامات والعقود: الحاضر الغائب، دراسة منشورة في مؤلف "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، تونس 2014، ص 251 وما بعدها.

²⁹ - يتفق في هذا الشأن القانون الجزائري مع كلّ التشريعات المدنية العربية التي استبعدت صبغة الإطلاق وكّرت الوظيفة الاجتماعية للملكية أسوة بالفقه الإسلامي، يراجع المواد 674 و690 و691 و692 (تعريف حق الملكية بأن "حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" كما أن القانون الجزائري يكرّس في نظرة اجتماعية متميّزة "ملكية الأسرة".

³⁰ - المادة 64 مدني جزائري.

³¹ - يراجع في البيع المادة 408 وفي الوصية المادة 776 مدني جزائري.

³² - يراجع المواد 794 إلى 807 مدني جزائري.

³³ - يراجع المواد 733 إلى 736 مدني جزائري.

³⁴ - يراجع بالخصوص المادة 612 مدني جزائري. ولم ير المشرع الجزائري مع ذلك حرجا في تكرير مشروعية عقد "المرتب مدى الحياة" رغم أنه قد يعتبر من عقود الغرر (المواد 613 إلى 618).

³⁵ - هي نظرية ظهرت في فقه القضاء الفرنسي بعد صدور قرار Bayard ثم انتشرت قضائيا. وهي تلتقي مع ما يقره الفقه الإسلامي، يراجع بالخصوص المادة 124 مكرر مدني جزائري وكذلك المادة 690 (حق الملكية).

³⁶ - شهدت هذه النظرية نفس المسار الذي شهدته نظرية التعسف في استعمال الحق ويلتقي فيها اجتهاد القضاء الفرنسي مع ما تقره الشريعة الإسلامية في واجب صون علاقة الجوار، يراجع المادة 691 مدني جزائري.

أن الفقه لا يقرّ إلاّ بسقوط الدعوى³⁷، كما ابتعد القانون المدني عن اعتماد سنّ التمييز في الفقه الإسلامي مؤثرا ضابطها بثلاثة عشر عاما³⁸، ونفس التباين ملموس في النظرية العامة للجزاء المدني، إذ ابتعد قانون 1975 عن الأنماط المكرّسة في الفقه الإسلامي في هذا المجال³⁹، كما أن قانون 1975 لم يكرّس بطلان بيع المعدم⁴⁰. ويُستخلص مما سبق عرضه أن التآثر بالمصدرين الماديين الأساسيين لم يمنع بروز مصادر مادية بعيدة عنهما مثلما هو الشأن للأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة التي لا ترجع لأي من المصدرين.

11- وفي القانون المدني لسنة 1975 أحكام متميزة كالمقتضيات المتعلقة بالغبن والإستغلال⁴¹ أو صيرورة تنفيذ الإلتزام "مرهقا بما يجيز رده إلى الحدّ المعقول"⁴²، وكذلك "تسخير الملكية لخدمة مرفق عام"⁴³، أو "التأميم"⁴⁴، أو حسم مسألة شخصية الذات المعنوية بتبني "نظرية الافتراض"⁴⁵، أو تنظيم أحكام "عقود الإذعان"⁴⁶ وصفوة القول أن قانون 1975 متعدّد المصادر المادية وهو ما يكوّن مصدرا لإثراء أحكامه وتفردّها وتمييزها.

ب- منهج الخيار والحسم في المصادر الشكلية

12- إن حسم مسألة المصادر الشكلية ضمن أحكام المجلة المدنية، أمر مستوجب لأنها مجلة تحتزن الشريعة العامة المتضمنة للنظرية العامة للقانون. إن المتمعّن في المجالات

³⁷ - تتناول بعض المواد "تقادم الحقوق" (من ذلك مثلا المواد من 308 إلى 313 و320 مدني جزائري) في حين تستعمل بعض المواد الأخرى عبارة "سقوط الدعوى" أو "الدعوى" (من ذلك مثلا المادة 359 و383 مدني جزائري).

³⁸ - سنّ الرشد المعتمد هي 19 سنة كاملة وهي سنّ تختلف عما يعتمده القانون الفرنسي (18 سنة) وكذلك القانون المصري (21 سنة) أما سنّ التمييز فإن المشرع المصري تأثر بالفقه الإسلامي وحده ببلوغ 7 سنوات (المادة 54 فقرة 20) حين ضبطه القانون الجزائري ببلوغ 13 سنة كاملة (المادة 42 فقرة 2 مدني جزائري).

³⁹ - تقوم منظومة الجزاء المدني على النموذج الفرنسي بالأساس، يراجع بالخصوص أحكام المادة 99 و105 مدني جزائري (البطال والإبطال) 119 (الفسخ).

⁴⁰ - بيع المعدم باطل في نظر الفقه الإسلامي وقد جرى على ذلك التشريع التونسي في باب البيع (الفصل 574 "بيع المعدم باطل...").

⁴¹ - المادة 90 مدني جزائري وحول نظرية "الإستغلال" في القوانين العربية المقارنة يراجع بالخصوص المادة 129 مدني مصري والمواد 140 إلى 142 مدني قطري كما يراجع دراسة فوزي بالكناني، الإستغلال في مجلة الإلتزامات والعقود : الحاضر الغائب دراسة بمؤلف مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مذكور آنفا، ص 251 وما بعدها.

⁴² - المادة 107 مدني جزائري.

⁴³ - المادة 679 وما بعدها مدني جزائري.

⁴⁴ - المادة 678 مدني جزائري.

⁴⁵ - المادة 49 مدني جزائري.

⁴⁶ - يراجع المادة 110 و112 مدني جزائري.

المدنية العربية، يجد اختلافات في المواقف في حلّ هذه المسألة إذ ظهر موقفان: الأول يرفض الخوض مباشرة في مسألة المصادر الشكلية حتى لا يتمّ الحسم فيها لما في ذلك من انعكاسات على الخيارات التشريعية خاصة فيما يتعلق بمكانة الشريعة الإسلامية. وسارت في هذا الاتجاه كلّ المدونات المستمدة من التقنين المدني التونسي، أما الموقف الثاني فهو الذي اختار بيان المصادر الشكلية في مطلع التقنين المدني ليعلن عن خيارات المشرّع بكل وضوح وهو الموقف المتبع من كلّ المدونات المنحدرة من التقنين المصري مع ظهور اختلاف جدي بينها في ترتيب تلك المصادر وتحديد مضمونها.

فكيف تعامل التقنين الجزائري مع هذه المسألة؟ لقد ابتعد قانون 1975 عن الغموض الذي يسود المدونات العربية المنتمية للعائلة التونسية وهي تونس والمغرب ولبنان وموريطانيا وتبني بشيء من التميّز المنهج الذي سارت فيه عائلة التقنينات المنحدرة من التشريع المصري.

1) استبعاد غموض المجالات المنحدرة من المجلة التونسية

13- أّسم موقف المجلة التونسية الصادرة سنة 1906 في شأن المصادر الشكلية بغموض مقصود، فقد نصّ الفصل 535 م.ا.ع على ما يلي: "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون." ويعني ذلك أن التشريع هو المصدر الشكلي الأساسي، فإن غاب جرى العمل بالقياس على التشريع الموجود ذاته، وإن بقي شكّ تمّ تطبيق "القواعد العامة للقانون" التي خصص لها المشرّع تحت نفس العنوان الفصول 532 إلى 562 من المجلة. ويتربّب على ذلك وفي قراءة تنقيّد بالنصّ، غياب تنقيص صريح ومباشر على الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي، وهو ما يُفسّر حدّة الجدل، الذي ظهر منذ الثمانينات من القرن الماضي، في فقه الشراخ حول مدلول عبارة "القواعد العامة للقانون" الواردة في آخر الفصل المذكور. وكان للأستاذ المرحوم محمد العربي هاشم الفضل في بيان الصلة الوثيقة بين هذه القواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر شكلي، إذ رأى في محاضراته أنّ تلك القواعد هي القواعد الكلية المأخوذة من الشريعة الإسلامية ذاتها. وأتى هذا الموقف جوابا على التشكيك الذي أورده في هذا الشأن المرحوم الأستاذ محمد الشريفي⁴⁷. ورغم ذلك

⁴⁷ - محمد الشريفي، مدخل لدراسة القانون، دار سيرا للناشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، طبعة ثانية تونس، 1991،

فإن غموض موقف مجلة 1906 في شأن هذه المسألة التأصيلية أدخل اضطراباً على المرجعية العامة في المصادر الشكلية الرسمية للقانون المدني بما ترتب عنه اختلاف الآراء والاجتهادات القضائية، وبما أحاط مكانة ووظيفة الشريعة الإسلامية بنقاش متواصل. رأى المرحوم محمد العربي هاشم أن عبارة "قواعد القانون العمومية" تشير إلى القواعد الكلية المأخوذة في معظمها من مواد مجلة الأحكام العدلية العثمانية. وبحسب هذا الرأي فإنه "يمكن القول بأن المشرع التونسي عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنما أحال إلى القواعد الكلية الفقهية، أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي، وقد أعطى ضمن المجلة (والمقصود مجلة الالتزامات والعقود) البعض منها تاركاً للباحث وللقاضي حرية استلهاً للحلول بالرجوع إليها طالما أنها مدونة "بمجلة الأحكام العدلية" ومفسرة في كتب الأصوليين والتابعين"⁴⁸. وترتب على هذا الاختلاف بين فقهاء تونس ظهور انفصام في القضاء التونسي الذي يشير جانب منه إلى تكريس صريح للفقه الإسلامي كمصدر شكلي مباشر، بينما يتجه جانب آخر إلى الامتناع عن اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً يجوز تطبيقه مباشرة⁴⁹. وتتجه الإشارة إلى أن الجانب الأول من الاجتهادات القضائية هو الأبرز، إذ طبق فقه القضاء المدني التونسي أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة في عديد المواضيع كتحديد الوارثين أو تدقيق أبعاد واجب المساكنة⁵⁰ أو تأصيل قاعدة تحمل المدعي عبء الإثبات⁵¹. كما اعتدّ فقه القضاء بالفقه الإسلامي لتحديد مضامين مصطلحات أو مؤسسات قانونية وضعية

⁴⁸ - محمد العربي هاشم، محاضرات المرحوم محمد العربي هاشم المرقدية الملقاة سنوات 1986-1990 بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، وحول هذا الخلاف يراجع: محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع المذكور، فقرة عدد 145 وما بعدها، صفحة 149 وما بعدها.

⁴⁹ - حول هذا الانفصام يراجع بالخصوص، فوزي بالكفاني، فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي، وصلاح الدين الملولي، إشكالية المصادر ومكانة الفقه الإسلامي أمام فقه القضاء المدني، وهما دراستان منشورتان بمؤلف "خمسون عاما من فقه القضاء المدني، (1959-2009)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، الدراسة الأولى، ص 99 وما بعدها والدراسة الثانية، ص 79 وما بعدها.

⁵⁰ - يراجع القرار التعقيبي المدني المدني عدد 1165 المؤرخ في 9 ماي 1978، النشرة، 1978، I، 250، "وحيث أن عقد الزواج ولئن كان مصدر الحقوق فإنه كذلك منشئ لواجبات وقد اقتضت الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية بالنسبة للزوجة أن عليها أن "ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق وتقوم بواجباتها الزوجية حسيماً يقتضيه العرف والعادة. هذا هو المفهوم الوارد بالآية الكريمة "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف".

⁵¹ - القرار التعقيبي المدني عدد 3902 المؤرخ في 20 أكتوبر 1981، النشرة، 1981، ج، III، ص 267 "حيث أنه من المبادئ القانونية المتفق عليها فقها وقضاء أن عبء الإثبات يحمل على كاهل المدعي تطبيقاً للقاعدة الكلية القاضية بأن البينة على من ادعى وإن أصلح الناس لو ادعى على أطلع الناس لطولب بالبينة".

كنظرية "مرض الموت"⁵² أو لحسم صعوبات مستحدثة غاب فيها النص التشريعي الصريح كمسألة جواز أو عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم⁵³ أو مسألة القبول أو عدم القبول بتغيير الجنس.⁵⁴

14- وتحقيقا لانسجام نظرية المصادر الشكلية في القانون المدني نادى الفقه الحديث بضرورة تجاوز الغموض المقصود الذي انتهجه واضعو مجلة 1906 قصدا في ظروف ولأسباب لم تعد سائدة اليوم في تونس⁵⁵. فلقد توخى دافيد سانتيلانا، واضع المجلة التونسية سنة 1906 الغموض في تحديد المصادر الشكلية للقانون بالتصيص على أنه "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون" (الفصل 535 م.ا.ع). ويعني ذلك أن التشريع هو المصدر الشكلي الأساسي، فإن غاب جرى العمل بالقياس على التشريع الموجود ذاته، وإن بقي شك تم تطبيق القواعد العامة للقانون

⁵² - مثلا قرار تعقيبي مدني عدد 8162 مؤرخ في 24 نوفمبر 1982، النشرة 1982، ج.4، ص 351 : "وحيث أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض وإن تعرضت مجلة الالتزامات والعقود بفصولها 565-565-354 ومجلة الأحوال الشخصية بفصلها 206 لأحكامه إلا أنها لم تعرض إلى تحديده وتعريفه ويجب لذلك الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي استمد منه المشرع تلك الأحكام لمعرفة ماهيته... وقد حددت مجلة الأحكام العدلية وهي تفنين للفقه الحنفي مرض الموت بالمادة 1595 بما نصه "مرض الموت هو الذي يغلب فيه الموت يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إذا كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه وبتيقنها حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حالة اعتبار من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت انتهى". وحيث يتبين مما سبق عرضه في تحديد مرض الموت وأسباب الحد من تصرفات المريض خلاله عند فقهاء الإسلام ان العلامات التي يستدل بها عليه أمور مادية فنية وواقعية يرجع فيها أولا وبالذات إلى أقوال الأطباء العارفين بطبيعة الأمراض اللذين لهم القول الفصل في الموضوع ويجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات القانونية ومنها البيينة بالشهادة الفنية العادية".

⁵³ - إذا ورد بقرار "حورية" المشهور ما يلي : "لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى. كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه. لكن مع ذلك لا تراه ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها الغير المسلم". كما أضافت "وحيث لا نزاع على أن المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدا"، القرار التعقيبي المدني عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966، مجلة القضاء والتشريع 1967، عدد 6، ص 107 ومنشور أيضا بالمجلة القانونية التونسية 1968، ص 114 مع تعليق للأستاذة E. DE LAGRANGE (بالفرنسية).

⁵⁴ - "تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حاليا، إذ أنه من الثابت علميا أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج"، نشر بمجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 109، وبالمجلة القانونية التونسية 1995، ص 145 مع تعليق بقلم رشيدة الجلاصي، وانظر كذلك محمد المحجوب طرير، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 59، وانظر كذلك التعليق الإنتقادي الصادر عن الأستاذين حمادي الرديسي وصلاح الدين بن عبيد تحت عنوان :

« L'affaire Samia, ou le drame d'être « autre » », Journal International de Bioéthique, 1995, n° 2, p.153.

⁵⁵ - يراجع محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، الفقرة 148 "وجوب تجاوز غموض أحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود، صفحة 152، المطبعة الرسمية، الطبعة الأولى، تونس 2002.

التي هي بدورها ذات طليعية تشريعية فيصبح التشريع هو المصدر الوحيد للقانون. وجلي أن هذا الغموض تسرّب إلى المجالات المدنية العربية المنحدرة من المجلة التونسية، إذ آثرت المجلة المغربية استبعاد ما يقابل الفصل 535 التونسي وما يتبعه من قواعد عامة للقانون تحوفاً من تسرّب المذهب الحنفي إلى المنظومة القانونية المغربية باعتبار أن جلّ تلك "القواعد العامة" الواردة بالتقنين التونسي مأخوذة من مجلة الأحكام العدلية. ويتأثير من الفقيه Louis Josserand، استبعدت كل تلك الأحكام أيضاً بما فيها مقتضيات الفصل 535 عند وضع المجلة اللبنانية فغابت مسألة المصادر الشكلية عن القانون اللبناني تفادياً للتعرض لمكانة الشريعة الإسلامية في قانون قد لا يحتمل ذلك التدقيق في هذا المجال بالنظر لتعدد ديانات المواطنين. وسبق القول بأن المجلة الموريطانية بوأت المذهب المالكي مكانة المصدر الشكلي الاحتياطي الأول.

2) اعتماد موقف العائلة المصرية

15- تضمنت المادة الأولى من القانون المصري الصادر في 29 جويلية 1948 ما يلي:

1- "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو فحواها.

2- فإذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يتّسم الحلّ بالوضوح، فالشريعة الإسلامية أو على الأقل مبادئها هي مصدر شكلي صريح للقانون المصري وفي هذا قطع مع غموض المدرسة الأولى. لكن وضوح الخيار لم يمنع النقد. فالعرف يتبوأ في التقنين المصري مكانة أرقى من مبادئ الشريعة الإسلامية وقد حاول بعض الفقهاء تقديم تبرير لذلك بأنه مصدر وضعي مواكب أكثر للحياة الاجتماعية⁵⁶. كما أن اللجوء إلى الشريعة الإسلامية محدد بقواعدها "المبدئية" دون إشارة لأحكامها التفصيلية ودون تعريف "مبادئ الشريعة الإسلامية". فلا عجب بعد ذلك أن تبتعد بعض المجالات العربية المتأثرة بالتقنين المصري عن هذه المآخذ فتوضح كلمة "المبادئ" أو تقيدها أو تغيّر ترتيبها

⁵⁶ - حول هذا الترتيب المفضّل للعرف، يراجع: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984، ص 261: محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، 1955، ص 3 وما بعدها.

فتجعل منها مصدرا أسبق من العرف، وهو ما انتهجه لأول مرة المشرع السوري سنة 1949⁵⁷ ثم العراقي سنة 1951⁵⁸ ثم الجزائري سنة 1975 ثم الأردني سنة 1976⁵⁹ ثم الكويتي سنة 1980⁶⁰ ثم الإماراتي سنة 1985⁶¹ ثم القطري سنة 2004⁶².

16- وصفوة القول أن الخيار في تحديد المصادر الشكلية يتسم بالوضوح في القانون المدني الجزائري إذ تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في مرتبة ثانية بعد النصوص التشريعية وقبل العرف.

II- المنشود

17- ينتمي القانون المدني الجزائري، كما سبق بيانه، لمجموعة التقنيات العربية الحديثة نسبيا، وهو ما يُفسّر شموله لجلّ النظريات المعاصرة مقارنة بالتقنين المدني التونسي وحتى التقنين المدني المصري، وهو ما مكّنه أيضا من حسم عديد المسائل الخلافية، من ذلك مثلا توضيح نظرية الجزاء المدني باعتماد مصطلحات دقيقة، وحسم مسألة تحديد شخصية الذات المعنوية، وإقرار نظرية الاستغلال وكذلك نظرية الظروف

57- نصت المادة الأولى من القانون السوري على ما يلي: 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فيمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

58- نصّت المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يلي: 1- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها- 2. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون- 3. تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.

59- قضت المادة الثانية من القانون الأردني أنه: 1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساع للإجتihad في مورد النص. 2- فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. 3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة. ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد، 4- ويسترشد في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي.

60- ونصت المادة الأولى من القانون الكويتي على ما يلي: 1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف.

61- كما نصت المادة الأولى من القانون الإماراتي على يلي: تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساع للإجتihad في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسيما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على أن يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

62- نصت المادة الأولى من القانون القطري على ما يلي: 1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فيمقتضى قواعد العدالة.

الطارئة. وبيّعت قانون 1975 عن الإعلان عن المبادئ التأسيسية العامة، إذ لا يتضمن ما يُشبه القواعد الكلية واكتفى في بابه التمهيدي بفضّ مسائل فنية وإن بدت عامة كمسألة آثار القوانين وتطبيقها أو تنازعها في الزمان والمكان، وتسري نفس الملاحظة على تنظيمه للحقوق العينية الأصلية. فهل من مكانة تُسند في هذا الصرح للمبادئ التأسيسية العامة التي تكوّن مرجعا عاما في جميع المواد يلجأ إليه القاضي في حالة غموض التشريع أو سكوتة وهي مبادئ تعبّر عن روح التشريع وعن الخيارات الأساسية للمشرّع باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون (أ). وبصفة أدقّ وفي جانب آخر، تُطرح ضرورة تجاوز الإزدواجية اللغوية بين النصّ المحرّر باللغة العربية وترجمته الفرنسية وهي ضرورة ملحّة (ب). لقد واجهت عديد المدونات المدنية العربية هاتين الصعوبتين بما يبيح التعرّض إلى تجاربها.

أ- مكانة المبادئ العامة للقانون

18- هي خاصية قديمة متجدّدة في بعض المجالات المدنية، فالمجلة التونسية تضمّنت نقلا لنحو ثلاثين قاعدة كلبية استلهمها المشرّع أساسا من القواعد الكلية الواردة بمجلة الأحكام العدلية العثمانية ذات الاتجاه الحنفي، وهي قواعد أحال إليها الفصل 535 في صورة صمت النص⁶³. بدت هذه القواعد اليوم رغم متانتها عتيقة ومحدودة الجدوى بالنظر إلى تطوّر التشريع المدني وظهور مبادئ جديدة. ونسجت

⁶³ - هي قواعد وردت بالفصل 532 إلى الفصل 562 ومنها على سبيل الذكر القواعد الآتية: (533: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"; 534: "إذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى"; 535: "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون"; 536: "ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلّما وجد السبب المذكور"; 537: "ما أجازته القانون لسبب معين بطل بزواله"; 538: "الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب"; 539: "إذا صرح القانون بالنهاي عن شيء معين كان إثباته باطلا لا يبنى عليه شيء"; 540: "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة"; 541: "إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا"; 542: "لا تسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها"; 543: "العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح"; 544: "من استند إلى عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة"; 545: "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به"; 546: "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع"; 547: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسيغيب مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح"; 548: "ما يصدر من شخص لا يكون حجة له"; 549: "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"; 550: "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل"; 551: "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق"; 552: "لا يجوز للمفلس أن يتبرع"; 553: "الدائن يقدم على الوارث ولا يرث إلا بعد أداء الدين"; 554: "الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا"; 555: "التعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره"; 556: "الأصل ارتكاب أخف الضررين"; 557: "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة"; 558: "الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك"; 559: "الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه".

المدوّنة الإماراتية على نفس المنوال إذ تضمّن الفصل الثاني من بابها التمهيدي 42 قاعدة كليّة عامة⁶⁴ مستلهمة من الفقه الإسلامي، وتشبه في البعض منها ما ورد بالمجلة التونسية. وفي نفس المنهج وبرؤية مغايرة ومعاصرة آثر المشرع الفرنسي تنقيح مجلة 1804 في فصولها الأولى لإدماج مبادئ تأصيلية جديدة في طالع المجلة كمبدأ حماية الحياة الخاصة وتم ذلك بتنقيح الفصل 9 منها سنة 1970⁶⁵، ومبدأ التمتع بالحق قي قرينة البراءة وذلك بإضافة الفصل 9-1 سنة 1993⁶⁶، وكذلك بتنقيح أحكام الفصل 16 وإضافة تسعة فصول له سنة 1994⁶⁷ تُكرّس جميعها مبدأ حماية كرامة الذات البشرية وتعلن على ضمان التشريع لعلوية تلك الذات ومنع أي تعد على كرامة الإنسان وضمان حمايته منذ بداية حياته.

19- ويبقى المجال مفتوحاً لتبني مثل هذه الأحكام العامة حسب خيارات المشرّع ومتطلبات المجتمع وكذلك لجعل المجلة المدنية أداة لتشجيع الاستثمار بحث المتعاقدين في العقود الدولية على اختيارها كقانون منطبق على علاقتهم، فمن شأن هذه المبادئ أن تكون وحدة مرجعية تختزل الخيارات الأساسية للتشريع وتضع حداً لمساوئ تشتت النصوص وغياب أحكامها لفصل ما قد يطرأ في المجتمع من نزاعات مستحدثة⁶⁸. ومن هذه المبادئ مبدأ الحرية الذي يشمل بالخصوص كامل مادة العقود ومادّة الملكية والحالة الشخصية ويتفرع منه مبدأ حرية التعاقد وحرية التملك وحرية الزواج، كما يسري على ممارسة الحقوق الفردية فيعلن أن الأصل هو الحرية وأن الاستثناء هو القيد منها. ويترتب على ذلك إقرار أن ما به قيد في الأحكام المدنية لا يُوسّع فيه قدراً وصوراً⁶⁹. وبالنظر لما تضمنته أحكام قانون 1975 من حرص على تحقيق التوازن العقدي وحماية

⁶⁴ - المواد 29 إلى 70 (على سبيل الذكر المادة 29: "الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً": المادة 30: "الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسّع في تفسيره": المادة 33: "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً": المادة 35: "اليقين لا يزول بالشك": المادة 42: "1- لا ضرر ولا ضرار. 2- الضرر يزال. 3- الضرر لا يزال بمثله": المادة 43: "الضرورات تبيح المحظورات": المادة 50: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً": المادة 53: "التابع تابع واليُفرد بالحكم": المادة 62: "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان".

⁶⁵ - القانون عدد 643 لسنة 1970 المؤرخ في 17 جويلية 1970.

⁶⁶ - يُراجع القانون 2 لسنة 1993 المؤرخ في 4 جانفي 1993 ثم القانون عدد 516 لسنة 2000 المؤرخ في 15 جوان 2000.

⁶⁷ - يراجع القانون عدد 653 لسنة 1994 المؤرخ في 29 جويلية 1994.

⁶⁸ - أضعف تشتت النصوص التشريعية ونال من مبدأ الاستقرار القانوني في جلّ الدول إذ كتب العميد **كاربوني** في هذا الشأن ما يلي:

« *De l'inflation du droit, l'inflation des lois est l'élément qui est senti comme le plus pesant, qui est le plus visible en tout cas, le plus aisément quantifiable ...* », in Droit et passion du droit sous la Vème République, Forum Flammarion, Paris, 1996, p.107.

⁶⁹ - ويترتب عن ذلك قاعدة كليّة تفسيرية وضعها القانون الروماني ولا زالت تتداولها القوانين المدنية.

المتعاقد الضعيف، فمن الوجيه كذلك التصييص العام على مبدأ العدالة العقديّة الذي يُحقّق المساواة في كلّ الحالات، أي حتى في غياب الحكم التفصيلي طالما أنه يصعب الإمام بكلّ الحالات التي تختلّ فيها العدالة العقديّة. كما أنه من المفيد التصريح بمبدأ حسن النية والأمانة. فحسن النية ليس مجرد قرينة قانونية بسيطة بل يجب أن يرتقي إلى المبدأ التّأصيلي، إذ الأصل في الإنسان براءة الذمّة، أما الأمانة فهي مفهوم يخرزن أبعادا أوسع إذ يفرض النزاهة والاستقامة ونبذ التحايل والمساس بحقوق الآخرين عملا بالقاعدة القديمة القائلة بأن "الغش مفسد لكلّ أمر". إن مبدأ الأمانة هو اليوم مبدأ توجيهي في جلّ القوانين الحديثة⁷⁰. كما لمبدأ المسؤولية عن كل فعل ضار مكانة في المبادئ التّأصيلية وشهدت هذه القوانين في السنوات الأخيرة كذلك بروز مبدأ تأصيلي جديد لأحكام القانون المدني وهو مبدأ صون كرامة الإنسان وحرّمته الذي يؤصّل لعديد المقتضيات التشريعية والترتيبية خاصة في مجال قانون الأشخاص⁷¹.

⁷⁰ - حول مبدأ الأمانة وحسن النية في القانون المقارن، يراجع بالخصوص :

- Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Thèse, tome n° 208, Paris, 1989 ; Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats*, étude comparative des droits français, allemand et japonais, Dalloz, Paris, 2001 .

كما يُراجع في القانون التونسي، محمّد حمّودة، في الوفاء بالالتزام مع تمام الأمانة، مجموعة دراسات مهداة للأستاذ ساسي بن حلّيمة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، صفحة 1031 وما بعدها، وقد أبان البحث عن جذور مبدأ الأمانة في الفقه الإسلامي، وكذلك عن تأثر واضعي المجلة التونسية بما شاع في القانون الألماني في نهاية القرن التاسع عشر من خلال مفهوم الإخلاص والثقة « *Treu und Glauben* ». وحول مبدأ منع الحيل والغش يراجع بالخصوص : محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، تونس، وحول نظرية الحيل في القانون المقارن يراجع بالخصوص :

- José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957 ; M. CABRILLAC, *Considérations sur la règle fraus omnia corrumpit*, D. 1961, chr. p.69.

⁷¹ - يفتح تكريس مبدأ حفظ الكرامة وصون الذات البشرية في كل أبعادها آفاقا كبيرة لمنع التعدي عليها أسوة بقوله تعالى في كتابه الكريم : (سورة الإسراء الآية 70) :

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا . ويلاحظ أن هذا المبدأ انتشر في القوانين الحديثة وهو موضع اهتمام متزايد من الفقه المعاصر، انظر مثلا :

M. BEDJAOUI, *De la dignité humaine aux principes de la bioéthique*, in. Byk (C), dir. Bioéthique et droit international, autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, Litec, 2007, pp.65-87 ; B. MATHIEU, *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, RDP n° 1, 1999, p.93 ; B. EDELMAN, *La dignité humaine, un concept nouveau*, D. 1997, ch. p 185 ; C. NEIRINK, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, Mélanges Ch. BOLZE, Economica, Paris 1999, p.39 ; F. BORELLA, *Le concept de dignité de la personne humaine*, Mélanges Ch. BOLZE, précités, p.29 ; L. HARANG, *La reconnaissance de la dignité : Paradoxe et interrogation*, Revue de la Recherche juridique : Droit prospectif, 2008 (2),

20- إن في تكريس هذه المبادئ في مطلع المجلة إعلان عن المقومات الأساسية لخيارات المشرع في إطار التدوين المدني الذي يكون الشريعة العامة للقانون⁷².

ب- حسم الأزواجية اللغوية

21- شهد القانون المدني التونسي والقانون المدني المغربي والقانون المدني اللبناني إشكالية الأزواجية اللغوية، لأن المجالات الثلاث المتصلة بتلك القوانين صيغت باللغة الفرنسية وترجمت إلى اللغة العربية فيما بعد⁷³. وأثارت هذه الأزواجية صعوبات في تطبيق وتأويل أحكام المجلة. فجرى العمل لمدة طويلة بمقتضيات الأمر العلي الصادر في 27 جانفي 1883 الذي كرس إزدواجية اللغة في الرائد الرسمي التونسي إلى غاية سنة 1955 تاريخ الإستقلال الذاتي للبلاد الذي اقترن بالإعلان عن مبدأ الأولوية في التأويل للصياغة الواردة باللغة العربية. ومع ذلك فلم تتردد المحاكم التونسية في الاستئناس بالنص في صياغته الأصلية وهي الفرنسية التي كانت تبدو أكثر انسجاما ووضوحا من الصياغة العربية للمجلة⁷⁴، خاصة وقد اعتمدت المجلة منهج الشرح على المتون الذي يقيد القاضي بلفظ النص وبمراد واضعه. وحسم المشرع التونسي مسألة الأزواجية بإصدار قانون 5 جويلية 1993 الذي نص على أن النسخة الوحيدة المعتمدة هي النسخة المحررة باللغة الوطنية والذي تجاوز تماما أية إشارة للترجمة الفرنسية. وفرض هذا الحسم على المشرع

p.841 ; D.-G. LAVROFF, *Réflexions sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, in Mélanges Jean HAUSER, Dalloz, 2012, p.281.

⁷² - حول وظيفة المبادئ التأصيلية يراجع : محمد كمال شرف الدين، قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني، دراسة منشورة بمؤلف "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 49 وما بعدها.

⁷³ - فرضت الترجمة العربية مجلة الالتزامات والعقود التونسية لتمكين لجنة توجيه النظر الشرعي المتكوّنة من شيوخ من جامع الزيتونة، من إبداء رأيها في النسخة الأصلية المنتهية صياغتها سنة 1899. حول هذه اللجنة وظروف وضع المجلة التونسية في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 يُراجع بالخصوص :

- Sana BEN ACHOUR, *aux sources du droit moderne tunisien : la législation tunisienne en période coloniale*, thèse de doctorat d'Etat en droit, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (Tunis II), 1996; *addé*, en langue arabe ;

- محمد بن إبراهيم بوزغيب، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، صفحة 199 وما بعدها ; أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991-1992، تقديم الأستاذ عمر عزيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996، صفحة 177.

⁷⁴ - انظر مثلا القرار التقييبي المدني عدد 32039 الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب (أعلى هيئة قضائية) في 19 جانفي 1995 مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1994-1995، ص 3 وما بعدها : "إن الخدم الماجورين" المجرّح فيهم... هم خدمة المنازل... إن هذا التفسير تؤكد الترجمة الرسمية للفقرة المشار إليها عند صدور المجلة إذ ترجمت بالفرنسية بعبارة « domestiques à gages » ويؤيده عرف الإستعمال مما يجعل إطلاقها على غيرهم من أجزاء المؤسسات مخالفا للمدلول اللغوي".

تكوين لجنة لإعادة النظر في صياغة المجلة لغويًا⁷⁵. وأنهت لجنة إعادة النظر في الصياغة أعمالها باقتراح تنقيح أكثر من 1000 فصل وآلت تلك الأعمال إلى صدور القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، فزال بذلك نهائيًا مشكل الإزدواجية اللغوية⁷⁶ في التقنين المدني.

22- ولا مناص من حسم هذه المسألة في القانون المدني الجزائري لأنها مصدر صعوبات تأويلية فضلًا عن اتصالها المباشر بمسألة السيادة الوطنية، فاللغة القانونية جزء من مضمون القاعدة⁷⁷، واللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة. ولا نخل هذه المهمة صعبة المنال بالنظر إلى حداثة وضع قانون 1975.

23- أما بخصوص الأصل فلا نرى القانون الجزائري لسنة 1975 يعيش وضعية تحتم مراجعة كبيرة وملحة إذ أن ما تمّ فيه الحسم والتوضيح يفوق بكثير عمّا غاب عن هذا القانون أم غمض فيه.

⁷⁵ - تمّ ذلك بموجب الأمر المؤرخ في 15 جانفي 1996 الذي ترتب عنه مأمورية "تنظيف" أحكام المجلة من كلّ الشوائب المخالفة للغة العربية السليمة.

⁷⁶ - حول أعمال هذه اللجنة وقانون 2005 المشار إليه يُراجع بالخصوص:

- **Mohamed Kamel Charfeddine**, *Le code des obligations et des contrats : esquisse d'une évaluation de l'œuvre*, in, Centenaire du COC 1906/2006, CPU, Tunis 2006, p.675 et suiv.

⁷⁷ - «Ni la terminologie, ni le mode d'énoncé juridique, ni la structure de la loi, ni même le style de la loi ne peuvent complètement être abstraites du discours législatif en que message juridique», constate **Valérie LASSERRE-KIESOW**, op. cit., p.125.

وحول علاقة لغة النصّ بمضمونه وروحه، يُراجع بالخصوص:

- **Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT**, *le langage du droit*, 1ère édition, P.U.F., Paris, 1975; **Gérard CORNU**, *Linguistique juridique*, 2ème édition, collection DOMAT, Montchrestien, Paris, 2000; **Nicolas MOLFESSION**, (sous la direction de), *les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999. Pour une application de cette approche entre un code et sa langue, voir **Jean RAY**, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Librairie Felix ALCAN, Paris, 1926.